

## Capítulo IV

### PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

#### A. Introducción

38. En su 48.º período de sesiones, celebrado en 1996, la Comisión consideró que el tema de la «Protección diplomática» era uno de los tres temas idóneos para su codificación y desarrollo progresivo<sup>8</sup>. Ese mismo año la Asamblea General, en el párrafo 13 de su resolución 51/160, de 16 de diciembre de 1996, invitó a la Comisión a que examinara el tema e indicara su alcance y contenido a la luz de las observaciones formuladas en el curso del debate en la Sexta Comisión y de las observaciones que los gobiernos presentaran por escrito. En su 49.º período de sesiones, celebrado en 1997, la Comisión, de conformidad con la citada resolución de la Asamblea General, estableció en su 2477.ª sesión un grupo de trabajo sobre el tema<sup>9</sup>. En el mismo período de sesiones el Grupo de Trabajo presentó un informe que fue aprobado por la Comisión<sup>10</sup>. El Grupo de Trabajo trató de: *a*) aclarar, en todo lo posible, el alcance del tema, y *b*) determinar las cuestiones que deberían estudiarse en el contexto de dicho tema. El Grupo de Trabajo propuso un esquema para el examen del tema y, por su parte, la Comisión recomendó al Relator Especial que adoptase ese esquema como base para la presentación de un informe preliminar<sup>11</sup>.

39. También en su 49.º período de sesiones, la Comisión nombró al Sr. Mohamed Bennouna Relator Especial para el tema<sup>12</sup>.

40. En el párrafo 8 de su resolución 52/156, de 15 de diciembre de 1997, la Asamblea General hizo suya la decisión de la Comisión de incluir en su programa el tema «Protección diplomática».

41. En su 50.º período de sesiones, celebrado en 1998, la Comisión tuvo ante sí el informe preliminar del Relator Especial<sup>13</sup>. En el mismo período de sesiones, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo de composición abierta para que examinara las conclusiones que pudieran extraerse del debate en cuanto al enfoque del tema<sup>14</sup>.

42. En su 51.º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión nombró al Sr. Christopher John Robert

Dugard Relator Especial para el tema<sup>15</sup>, tras la elección del Sr. Bennouna como magistrado del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia.

43. En su 52.º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial<sup>16</sup>. Por falta de tiempo, la Comisión aplazó el examen del capítulo III hasta su siguiente período de sesiones. En el mismo período de sesiones, la Comisión inició unas consultas oficiosas de composición abierta, presididas por el Relator Especial, sobre los proyectos de artículo 1, 3 y 6<sup>17</sup>. Posteriormente la Comisión decidió remitir los proyectos de artículo 1, 3, 5, 6, 7 y 8 al Comité de Redacción junto con el informe de las consultas oficiosas.

44. En su 53.º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión tuvo ante sí el resto del primer informe del Relator Especial, así como su segundo informe<sup>18</sup>. Por falta de tiempo, la Comisión sólo pudo examinar las partes del segundo informe relativas a los proyectos de artículo 10 y 11, y aplazó hasta su siguiente período de sesiones el examen del resto del informe, acerca de los proyectos de artículo 12 y 13. En el mismo período de sesiones, la Comisión decidió remitir los proyectos de artículo 9, 10 y 11 al Comité de Redacción.

45. También en el mismo período de sesiones la Comisión inició unas consultas oficiosas de composición abierta, presididas por el Relator Especial, sobre el artículo 9.

46. En su 54.º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión tuvo ante sí el resto del segundo informe del Relator Especial, relativo a los proyectos de artículo 12 y 13, así como su tercer informe<sup>19</sup>, que trataba de los proyectos de artículo 14 a 16. En ese período de sesiones la Comisión decidió remitir los apartados *a*, *b*, *d* (para su examen en relación con el apartado *a*) y *e* del artículo 14 al Comité de Redacción. Posteriormente decidió además remitir el apartado *c* del artículo 14 al Comité de Redacción, para su examen en relación con el apartado *a*.

47. También en ese período de sesiones, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción sobre los proyectos de artículo 1 a 7 [8]. Aprobó los artículos 1 a

<sup>8</sup> *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), documento A/51/10, pág. 107, párr. 248 y anexo II, adición 1, pág. 151.

<sup>9</sup> *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 61, párr. 169.

<sup>10</sup> *Ibid.*, párr. 171.

<sup>11</sup> *Ibid.*, pág. 63, párrs. 189 y 190.

<sup>12</sup> *Ibid.*, párr. 190.

<sup>13</sup> *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/484, pág. 333.

<sup>14</sup> Las conclusiones del Grupo de Trabajo figuran en *ibid.*, vol. II (segunda parte), pág. 52, párr. 108.

<sup>15</sup> *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), documento A/54/10, pág. 19, párr. 19.

<sup>16</sup> *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/506 y Add.1.

<sup>17</sup> El informe de las consultas oficiosas figura en *ibid.*, vol. II (segunda parte), págs. 90 y 91, párr. 495.

<sup>18</sup> *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/514.

<sup>19</sup> *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/523 y Add.1.

3 [5], 4 [9], 5 [7], 6 y 7 [8]. La Comisión aprobó asimismo los comentarios de los proyectos de artículo mencionados<sup>20</sup>.

48. La Comisión también estableció una consulta oficiosa de composición abierta, presidida por el Relator Especial, sobre la cuestión de la protección diplomática de las tripulaciones y de las sociedades y sus accionistas.

49. En su 55.º período de sesiones, celebrado en 2003, la Comisión tuvo ante sí el cuarto informe del Relator Especial<sup>21</sup>. La Comisión examinó la primera parte del informe, relativa a los proyectos de artículo 17 a 20, en sus sesiones 2757.<sup>a</sup> a 2762.<sup>a</sup>, 2764.<sup>a</sup> y 2768.<sup>a</sup>, celebradas del 14 al 23 de mayo, el 28 de mayo y el 5 de junio de 2003, respectivamente. Ulteriormente examinó la segunda parte del informe, relativa a los proyectos de artículo 21 y 22 en sus sesiones 2775.<sup>a</sup> a 2777.<sup>a</sup> celebradas los días 15, 16 y 18 de julio de 2003.

50. En su 2762.<sup>a</sup> sesión, la Comisión decidió establecer un Grupo de Trabajo de composición abierta, presidido por el Relator Especial, sobre el párrafo 2 del artículo 17<sup>22</sup>. La Comisión examinó el informe del Grupo de Trabajo en su 2764.<sup>a</sup> sesión.

51. En su 2764.<sup>a</sup> sesión, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción el artículo 17, propuesto por el Grupo de Trabajo<sup>23</sup>, y los artículos 18 a 20. Posteriormente en su 2777.<sup>a</sup> sesión, la Comisión decidió también remitir al Comité de Redacción los artículos 21 y 22.

52. La Comisión examinó el informe del Comité de Redacción sobre los proyectos de artículo 8 [10], 9 [11] y 10 [14] en su 2768.<sup>a</sup> sesión. En la misma sesión, aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 8 [10], 9 [11] y 10 [14]<sup>24</sup>.

## B. Examen del tema en el actual período de sesiones

53. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/538). La Comisión examinó el informe en sus sesiones 2791.<sup>a</sup> a 2796.<sup>a</sup>, celebradas del 3 al 11 de mayo de 2004.

54. Durante el examen del quinto informe, la Comisión pidió al Relator Especial que estudiara si la doctrina de las manos limpias guardaba relación con el tema de la protección diplomática y, en caso afirmativo, si había que dedicarle un artículo. El Relator Especial preparó un memorando sobre esta cuestión, pero la Comisión no tuvo tiempo de examinarlo y decidió retomar este tema en su próximo período de sesiones.

55. En su 2794.<sup>a</sup> sesión, celebrada el 6 de mayo de 2004, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción el proyecto de artículo 26, junto con la variante del proyecto de artículo 21 propuesta por el Relator Especial. Además, la Comisión, en su 2796.<sup>a</sup> sesión, decidió que el Comité de Redacción examinara la posibilidad de elaborar una disposición sobre la conexión entre la protección de las tripulaciones de los buques y la protección diplomática.

56. En su 2806.<sup>a</sup> sesión, celebrada el 28 de mayo de 2004, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.647) y aprobó en primera lectura un total de 19 proyectos de artículo sobre la protección diplomática (véase secc. C *infra*).

57. En la misma sesión, la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 y 21 de su estatuto, transmitir a los gobiernos el proyecto de artículos (ibid.), 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.

58. En su 2827.<sup>a</sup> sesión, celebrada el 3 de agosto de 2004, la Comisión expresó a los dos Relatores Especiales, el Sr. Mohamed Bennouna y el Sr. John Dugard, su profundo reconocimiento por la notable contribución que habían aportado al estudio del tema mediante su erudita labor de investigación y su vasta experiencia, lo que había permitido a la Comisión concluir con éxito la primera lectura del proyecto de artículos sobre la protección diplomática.

## C. Texto del proyecto de artículos sobre la protección diplomática aprobado por la Comisión en primera lectura

### 1. TEXTO DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS

59. A continuación se transcribe el texto del proyecto de artículos aprobado por la Comisión en primera lectura.

#### PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

##### PRIMERA PARTE

#### DISPOSICIONES GENERALES

##### *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.**

##### *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.**

<sup>20</sup> El texto de los proyectos de artículo con los comentarios correspondientes figura en ibid. vol. II (segunda parte), cap. V, secc. C, págs. 70 a 80, párrs. 280 y 281.

<sup>21</sup> *Anuario... 2003*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/530 y Add.1.

<sup>22</sup> Ibid., vol. II (segunda parte), párrs. 90 a 92.

<sup>23</sup> Ibid., párr. 92.

<sup>24</sup> El texto de los proyectos de artículo con los comentarios correspondientes figura en ibid. párr. 153.

## SEGUNDA PARTE

## NACIONALIDAD

## CAPÍTULO I

## PRINCIPIOS GENERALES

*Artículo 3. Protección por el Estado de la nacionalidad*

1. El Estado con derecho a ejercer la protección diplomática es el Estado de la nacionalidad.

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

## CAPÍTULO II

## PERSONAS NATURALES

*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 un 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.

*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.

*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.

*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.

*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.

## CAPÍTULO III

## PERSONAS JURÍDICAS

*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.

*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 resultados de ese perjuicio, ha dejado de existir según la legislación de ese Estado.

*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.

*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.

*Artículo 13. Otras personas jurídicas*

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

## TERCERA PARTE

## RECURSOS INTERNOS

*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 entiende 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.

*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.

*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.

CUARTA PARTE

DISPOSICIONES VARIAS

*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.

*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.

2. TEXTO DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS CON SUS  
COMENTARIOS

60. A continuación se reproduce el texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes aprobados en primera lectura por la Comisión en su 56.º período de sesiones.

**PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA**

1) La redacción de los artículos sobre la protección diplomática se consideró inicialmente como parte del estudio sobre la responsabilidad de los Estados. En efecto, el primer Relator Especial sobre la responsabilidad de los Estados, el Sr. García Amador, incluyó una serie de proyectos de artículo sobre el particular en los informes que presentó entre 1956 y 1961<sup>25</sup>. En la codificación posterior de la responsabilidad de los Estados se prestó poca atención a la protección diplomática y en el texto definitivo del proyecto de artículos sobre el tema se

afirma expresamente que los dos elementos centrales de la protección diplomática —la nacionalidad de las reclamaciones y el agotamiento de los recursos internos— serían examinados en detalle por la Comisión en otro marco<sup>26</sup>. No obstante, hay una estrecha conexión entre el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado y el presente proyecto de artículos. Muchos de los principios que figuran en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado guardan relación con la protección diplomática y, por consiguiente, no se repetirán en esta ocasión. Esto se aplica en particular a las disposiciones que tratan de las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito. El Estado responsable del daño causado a un nacional extranjero está obligado a poner fin al comportamiento ilícito y a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito. Esta reparación puede adoptar la forma de restitución, de indemnización o de satisfacción, de un modo separado o conjuntamente. Todas estas cuestiones se tratan en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado<sup>27</sup>. Algunos miembros de la Comisión opinaron que el presente proyecto de artículos tendría que haber regulado las consecuencias jurídicas de la protección diplomática y que no se debería haber centrado la atención en la admisibilidad de las reclamaciones.

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

«La responsabilidad del Estado no podrá ser invocada:

- a) si la reclamación no se presenta de conformidad con las normas aplicables en materia de nacionalidad de las reclamaciones;
- b) si la reclamación está sujeta a la norma del agotamiento de los recursos internos y no se han agotado todas las vías de recurso internas disponibles y efectivas»<sup>28</sup>.

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

3) El presente proyecto de artículos no se ocupa de la protección ejercida por una organización internacional en favor de uno de sus agentes, generalmente denominada

<sup>25</sup> Primer informe: *Anuario... 1956*, vol. II, documento A/CN.4/96, pág. 171; segundo informe: *Anuario... 1957*, vol. II, documento A/CN.4/106, pág. 113; tercer informe: *Anuario... 1958*, vol. II, documento A/CN.4/111, pág. 51; cuarto informe: *Anuario... 1959*, vol. II, documento A/CN.4/119, pág. 1; quinto informe: *Anuario... 1960*, vol. II, documento A/CN.4/125, pág. 40, y sexto informe: *Anuario... 1961*, vol. II, documento A/CN.4/134 y Add.1, pág. 1.

<sup>26</sup> *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 129 y 130 (comentario al artículo 44, notas a pie de página 683 y 687).

<sup>27</sup> Artículos 28, 30, 31 y 34 a 37. Gran parte del comentario sobre la indemnización (art. 36) está dedicado a un examen de los principios que se aplican a las reclamaciones relativas a la protección diplomática.

<sup>28</sup> *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 29, párr. 76.

«protección funcional». Si bien hay semejanzas entre la protección funcional y la protección diplomática, existen también importantes diferencias. La protección diplomática es un mecanismo concebido para obtener reparación por un perjuicio sufrido por el nacional de un Estado, sobre la base del principio de que un daño a un nacional es un daño al propio Estado. La protección funcional, por su parte, es una institución destinada a favorecer el buen funcionamiento de una organización internacional garantizando el respeto a sus agentes y su independencia. Esas diferencias han hecho que la Comisión llegara a la conclusión de que la protección ejercida por una organización internacional en favor de uno de sus agentes no debe formar parte de un proyecto de artículos sobre la protección diplomática. La cuestión de si un Estado puede ejercer la protección diplomática con respecto a un nacional que es agente de una organización internacional fue resuelta por la CIJ en el asunto *Réparation*:

En ese caso, no existe una norma jurídica que asigne prioridad a una reclamación o a la otra, o que obligue al Estado o a la organización a abstenerse de entablar una reclamación internacional. La Corte no ve por qué razón las partes interesadas no podrían hallar soluciones inspiradas por la buena voluntad y el sentido común<sup>29</sup>.

## PRIMERA PARTE

### DISPOSICIONES GENERALES

#### *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.**

#### *Comentario*

1) El artículo 1 define la protección diplomática mediante la descripción de sus elementos principales, e indica el alcance de ese mecanismo para la protección de los nacionales que sufran un perjuicio en el extranjero.

2) En derecho internacional, un Estado es responsable del daño que cause a un extranjero por una acción o una omisión ilícitas. La protección diplomática es el procedimiento que emplea el Estado de la nacionalidad de la persona lesionada para garantizar la protección de esa persona y obtener reparación del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito. El presente proyecto de artículos se ocupa sólo de las normas que regulan las circunstancias en que puede ejercerse la protección diplomática y las condiciones que deben darse para ejercerla. No trata de definir ni describir los hechos internacionalmente ilícitos que dan origen a la responsabilidad del Estado por un perjuicio causado a un extranjero. El proyecto de artículos, lo mismo que el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente

ilícitos, mantiene la distinción entre normas primarias y secundarias y trata sólo de estas últimas<sup>30</sup>.

3) El artículo 1 deja en claro que el derecho de protección diplomática corresponde al Estado. Al ejercer la protección diplomática, el Estado asume como propia la causa de su nacional lesionado por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado. La redacción sigue la utilizada por la CIJ en el asunto *Interhandel*, al decir que el Estado demandante se había «hecho cargo de la causa de uno de sus nacionales»<sup>31</sup>, cuyos derechos habían sido lesionados. El interés jurídico del Estado por ejercer la protección diplomática se deriva del daño causado a un nacional a consecuencia del hecho ilícito de otro Estado.

4) En la mayoría de los casos, el vínculo de nacionalidad entre el Estado y la persona lesionada es el que da origen al ejercicio de la protección diplomática, cuestión que se trata en los artículos 4 y 9. El término «nacional» de este artículo comprende tanto las personas físicas como las jurídicas. Más adelante en el proyecto de artículos se hace una distinción entre las normas por que se rigen las personas físicas y las jurídicas y, en caso necesario, los dos conceptos se tratan por separado.

5) La protección diplomática debe ejercerse por medios legítimos y pacíficos. Varias resoluciones judiciales distinguen entre la «acción diplomática» y los «procedimientos judiciales» al describir las medidas que puede adoptar un Estado cuando recurre a la protección diplomática<sup>32</sup>. El artículo 1 mantiene esa distinción, pero va más allá al subsumir el procedimiento judicial en «otros medios de solución pacífica». La «acción diplomática» comprende todos los procedimientos legítimos empleados por un Estado para informar a otro Estado de sus opiniones y preocupaciones, incluidas la protesta, la solicitud de una investigación y las negociaciones orientadas a la solución de controversias. «Otros medios de solución pacífica» abarcan todos los modos lícitos de solución de controversias, desde la negociación, la mediación y la conciliación hasta el arbitraje y el arreglo judicial. El uso de la fuerza, prohibido por el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, no es un método permisible para hacer valer el derecho de protección diplomática.

6) El artículo 1 deja en claro la cuestión, ya planteada en el comentario general<sup>33</sup>, de que los presentes artículos se ocupan sólo del ejercicio de la protección diplomática por un Estado y no de la protección dada por una organización internacional a sus agentes, reconocida por la CIJ en su opinión consultiva sobre el asunto *Réparation*<sup>34</sup>.

7) La protección diplomática comprende principalmente la protección de los nacionales que no se ocupan

<sup>30</sup> *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 31 (comentario general, párrs. 1 a 3).

<sup>31</sup> Excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil 1959*, pág. 6, en pág. 27. Véase también *Concessions Mavrommatis en Palestine*, fallo n.º 2, 1924, *C.P.J.I. série A*, n.º 2.

<sup>32</sup> Asuntos *Concessions Mavrommatis en Palestine* (véase la nota *supra*); *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, fallo, 1939, *C.P.J.I. série A/B*, n.º 76, pág. 4, especialmente pág. 16, y *Nottebohm*, segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1955*, pág. 4, en particular pág. 24.

<sup>33</sup> Véase *supra* el párrafo 3 del comentario general.

<sup>34</sup> Véase la nota 29 *supra*.

<sup>29</sup> *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 174, en págs. 185 y 186.

de asuntos internacionales oficiales en nombre del Estado. Esos funcionarios están protegidos por otras normas e instrumentos de derecho internacional, como la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

### **Artículo 2. Derecho a ejercer la protección diplomática**

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

#### *Comentario*

1) El artículo 2 subraya que el derecho de protección diplomática pertenece o corresponde al Estado. Reconoce así el concepto de Vattel de que un perjuicio causado a un nacional es un perjuicio causado indirectamente al Estado<sup>35</sup>. Esta opinión fue formulada más cuidadosamente por la CPJI en el asunto *Mavrommatis*, al decir:

Al asumir la causa de uno de los suyos, al poner en marcha, en su favor, la acción diplomática o la acción judicial internacional, ese Estado hace valer, en realidad, su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar en la persona de sus súbditos el derecho internacional<sup>36</sup>.

Esta opinión se critica con frecuencia como ficción difícil de reconciliar con las realidades de la protección diplomática, que requieren la continuidad de la nacionalidad para poder presentar una reclamación diplomática<sup>37</sup>, el agotamiento de los recursos internos por el nacional lesionado y la evaluación de los daños sufridos de conformidad con la pérdida sufrida por el individuo. No obstante, el «principio Mavrommatis» o la «ficción de Vattel», como se ha llamado al concepto de que el perjuicio causado al nacional es un perjuicio causado al Estado, sigue siendo la piedra angular de la protección diplomática<sup>38</sup>.

2) El Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática en beneficio de uno de sus nacionales, pero no tiene el deber ni la obligación de hacerlo. El derecho interno de un Estado puede obligarlo a prestar protección diplomática a un nacional<sup>39</sup>, pero el derecho internacional no impone esa obligación. La tesis fue claramente expuesta por la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction*:

[...] dentro de los límites establecidos por el derecho internacional, un Estado puede ejercer la protección diplomática por los medios y en la medida en que considere adecuado, puesto que es su propio derecho lo que el Estado está haciendo valer. Si las personas naturales o jurídicas por cuenta de las cuales actúa estiman que sus derechos no están suficientemente protegidos, no existe recurso en el derecho internacional. Todo lo que pueden hacer es recurrir al derecho interno, si éste les ofrece los medios para ello, con objeto de promover su causa y obtener desagravio. [...] El Estado debe ser considerado como único juez para

<sup>35</sup> «Quien maltrata a un ciudadano lesiona indirectamente al Estado, el cual debe protegerlo», E. de Vattel, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle* (1758), Washington D.C., Carnegie Institution, 1916, vol. I, libro II, cap. VI, pág. 309.

<sup>36</sup> *Concessions Mavrommatis en Palestine* (véase la nota 31 *supra*), pág. 12.

<sup>37</sup> Véase el texto de los artículos 5 y 10 *supra*.

<sup>38</sup> Véase un examen de este concepto y de las críticas al respecto en el primer informe del Relator Especial sobre protección diplomática (nota 16 *supra*), párrs. 61 a 74.

<sup>39</sup> Véase un examen de la legislación nacional al respecto en *ibid.*, párrs. 80 a 87.

decidir si otorgará su protección, en qué medida lo hará, y cuándo le pondrá fin. Posee a este respecto un poder discrecional cuyo ejercicio puede estar determinado por consideraciones políticas o de otra índole, que no guardan relación con el caso en particular<sup>40</sup>.

La propuesta de que se impusiera al Estado de la nacionalidad un deber limitado de protección fue rechazada por la Comisión, por considerar que iba más allá de los límites permisibles del desarrollo progresivo del derecho<sup>41</sup>.

3) El derecho de un Estado a ejercer la protección diplomática sólo puede ser ejercitado dentro de los parámetros establecidos en los presentes artículos.

## SEGUNDA PARTE

### NACIONALIDAD

#### CAPÍTULO I

#### PRINCIPIOS GENERALES

### **Artículo 3. Protección por el Estado de la nacionalidad**

**1. El Estado con derecho a ejercer la protección diplomática es el Estado de la nacionalidad.**

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

#### *Comentario*

1) Mientras que el artículo 2 afirma el derecho discrecional del Estado a ejercer la protección diplomática, el artículo 3 afirma el principio de que el Estado de la nacionalidad de la persona lesionada tiene derecho, aunque no está obligado, a ejercer la protección diplomática a favor de esa persona. El acento en este artículo se carga en el vínculo de nacionalidad entre el Estado y el individuo, que da derecho al Estado para ejercer la protección diplomática. Este vínculo difiere según se trate de personas naturales o personas jurídicas. Por consiguiente, se dedican capítulos distintos a estos diferentes tipos de personas.

2) El párrafo 2 reconoce que en algunas circunstancias la protección diplomática puede ser ejercida con respecto a los no nacionales. El artículo 8 prevé esa protección en el caso de los apátridas y los refugiados.

#### CAPÍTULO II

#### PERSONAS NATURALES

<sup>40</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1970*, pág. 3, en pág. 44.

<sup>41</sup> Véase el artículo 4 del primer informe del Relator Especial sobre la protección diplomática, (nota 16 *supra*). Véase también el debate en la Comisión en *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), págs. 82 y 83, párrs. 447 a 456.

#### 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 un 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.

##### Comentario

1) El artículo 4 define el Estado de la nacionalidad a los efectos de la protección diplomática de las personas naturales. Esta definición se basa en dos principios: en primer lugar, que corresponde al Estado de la nacionalidad determinar, de conformidad con su derecho nacional, quién reúne los requisitos para obtener su nacionalidad; en segundo lugar, que hay límites impuestos por el derecho internacional para la concesión de la nacionalidad. El artículo 4 ofrece también una lista no exhaustiva de elementos de conexión que normalmente constituyen bases sólidas para conceder la nacionalidad.

2) El principio de que incumbe a cada Estado decidir quiénes son sus nacionales ha sido respaldado tanto por las decisiones judiciales como por los tratados. En 1923, la CPJI declaró en el asunto *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*: «en el estado actual del derecho internacional, las cuestiones de nacionalidad corresponden [...], en principio, a ese dominio reservado»<sup>42</sup>. Ese principio fue confirmado por el artículo 1 del Convenio sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad: «Incumbirá a cada Estado determinar con arreglo a su propio ordenamiento quiénes serán nacionales suyos». En fecha más reciente, el principio ha sido respaldado por el Convenio europeo sobre la nacionalidad (art. 3), de 1997.

3) Los elementos de conexión para conferir la nacionalidad que se enumeran en el artículo 4 son ilustrativos pero no exhaustivos. No obstante, incluyen los elementos de conexión que los Estados aplican más comúnmente para conceder la nacionalidad: nacimiento (*jus soli*), filiación (*jus sanguinis*) y naturalización. No se incluye el matrimonio con un nacional ya que, en la mayoría de los casos, el matrimonio es insuficiente *per se* para la concesión de la nacionalidad: requiere además un breve período de residencia, después del cual se confiere la nacionalidad por naturalización. Cuando el matrimonio con un nacional se traduce automáticamente en la adquisición por un cónyuge de la nacionalidad del otro cónyuge pueden surgir problemas con respecto a la compatibilidad de esa adquisición con el derecho internacional<sup>43</sup>. La nacionalidad también puede adquirirse como consecuencia de la sucesión de Estados<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, opinión consultiva, 1923, C.P.J.I. *serie B n.º 4*, pág. 6, en pág. 24.

<sup>43</sup> Véase, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 9 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que prohíbe la adquisición de la nacionalidad en esos casos. Véase también el párrafo 6 del comentario a este proyecto de artículo *infra*.

<sup>44</sup> Véanse los proyectos de artículo sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados, *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 22, párr. 47.

4) Los elementos de conexión enumerados en el artículo 4 son los utilizados con más frecuencia por los Estados desarrollados para determinar la nacionalidad. En algunos países, en donde no existen registros de nacimiento claros, quizá sea difícil probar la nacionalidad. En esos casos, la residencia puede proporcionar una prueba de nacionalidad aunque no constituya la base para la nacionalidad misma. Sin embargo, un Estado podrá conferir la nacionalidad a esas personas por medio de la naturalización.

5) El artículo 4 no exige al Estado que pruebe la existencia de un vínculo efectivo o auténtico entre él y su nacional, en el sentido indicado en el asunto *Nottebohm*<sup>45</sup>, como factor adicional para ejercer la protección diplomática, incluso cuando el nacional sólo posea una nacionalidad. A pesar de la división de opiniones en cuanto a la interpretación de ese asunto, la Comisión estimó que había determinados factores que limitaban la posición adoptada en el asunto *Nottebohm* a los supuestos de hecho de ese asunto, especialmente el de que los vínculos entre el Sr. Nottebohm y Liechtenstein (el Estado demandante) eran «extremadamente tenues»<sup>46</sup>, en comparación con los estrechos vínculos entre el Sr. Nottebohm y Guatemala (el Estado demandado) durante un período de más de 34 años, lo que llevó a la CIJ a afirmar reiteradamente que Liechtenstein «no estaba legitimado para dispensar a Nottebohm protección contra Guatemala»<sup>47</sup>. Esto indica que la Corte no tenía intención de enunciar una norma general<sup>48</sup> aplicable a todos los Estados sino sólo una norma según la cual un Estado en la situación de Liechtenstein debía demostrar la existencia de un vínculo auténtico entre él y el Sr. Nottebohm para poder hacer suya su causa frente a Guatemala, con la que el Sr. Nottebohm tenía lazos sumamente estrechos. Además, la Comisión tuvo en cuenta el hecho de que si el requisito del vínculo auténtico propuesto en el asunto *Nottebohm* se aplicara estrictamente, excluiría a millones de personas de los beneficios de la protección diplomática, ya que en el mundo de hoy, de mundialización económica y migración, había millones de personas que dejaban sus Estados de nacionalidad para rehacer su vida en Estados cuya nacionalidad nunca adquirirían, o bien que habían adquirido la nacionalidad, por nacimiento

<sup>45</sup> En el asunto *Nottebohm*, la CIJ declaró: «Según la práctica de los Estados, los laudos arbitrales y las decisiones judiciales y las opiniones de los tratadistas, la nacionalidad es un lazo jurídico que tiene como fundamento un hecho social que constituye un vínculo, una comunidad auténtica de vida, intereses y sentimientos, así como la existencia de derechos y deberes mutuos. Cabe decir que constituye la expresión jurídica del hecho de que la persona a quien se le otorga, bien directamente por ley o como resultado de un acto de las autoridades, está, en la práctica, ligada más estrechamente con la población del Estado otorgante de la nacionalidad que con la de cualquier otro Estado. Al ser otorgada por un Estado, sólo legitima a éste para ejercer la protección frente a otro Estado, si constituye la traducción, en términos jurídicos, de la conexión que tiene con aquél la persona y que lo convierte en nacional suyo» (véase la nota 32 *supra*), pág. 23.

<sup>46</sup> *Ibid.*, pág. 25.

<sup>47</sup> *Ibid.*, pág. 26.

<sup>48</sup> Esta interpretación fue la que dio al asunto *Nottebohm* la Comisión de conciliación italo-americana en el asunto *Flegenheimer*, decisión n.º 182, de 20 de septiembre de 1958, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV (n.º de venta: 65.V.4), pág. 327, en pág. 376; o *International Law Reports* (1958-I), vol. 25 (1963), pág. 91, en pág. 148.

o filiación, de Estados con los que tenían una conexión tenue<sup>49</sup>.

6) Al final del artículo 4 se subraya que la adquisición de la nacionalidad no debe estar en contradicción con el derecho internacional. Aunque un Estado tiene derecho a decidir quiénes son sus nacionales, ese derecho no es absoluto. El artículo 1 del Convenio sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad, de 1930, lo confirmó así, matizando la disposición de que «[i]ncumbirá a cada Estado determinar con arreglo a su propio ordenamiento jurídico quiénes serán nacionales suyos» con la salvedad de que «[o]tros Estados reconocerán ese ordenamiento en la medida en que sea compatible con los convenios internacionales, el derecho consuetudinario internacional y los principios de derecho generalmente reconocidos en materia de nacionalidad»<sup>50</sup>. Hoy en día, en los convenios, y sobre todo en materia de derechos humanos, se exige a los Estados que observen las normas internacionales al conceder la nacionalidad<sup>51</sup>. Por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 9 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer dispone que:

Los Estados Partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán, en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge<sup>52</sup>.

7) Por consiguiente, el artículo 4 reconoce que un Estado contra el que se formule una reclamación en nombre de un nacional extranjero lesionado puede impugnar la nacionalidad de esa persona cuando ésta haya adquirido la nacionalidad en contra del derecho internacional. El artículo 4 requiere que la nacionalidad se adquiera de un modo que «no esté en contradicción con el derecho internacional». Esa afirmación subraya que la carga de probar que la nacionalidad se ha adquirido en violación del derecho internacional recaerá sobre el Estado que impugne la nacionalidad de la persona lesionada. El hecho de que la carga de la prueba recaiga sobre el Estado que impugne la nacionalidad es consecuencia del reconocimiento de que debe darse al Estado que confiere la nacionalidad un «margen de apreciación» al decidir la concesión de la

nacionalidad<sup>53</sup> y de que existe una presunción a favor de la validez de la concesión de la nacionalidad por el Estado<sup>54</sup>.

### 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 dicha 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.**

### Comentario

1) Aunque la norma sobre la continuidad de la nacionalidad está bien establecida<sup>55</sup>, ha sido objeto de abundantes críticas<sup>56</sup> por el hecho de que puede plantear grandes dificultades en los casos en que un individuo cambie de nacionalidad por razones sin relación con la presentación de una reclamación diplomática. No se han atendido las sugerencias de que se abandonara esa norma, por temor a que se produjeran abusos y a que ello condujera al *nationality shopping* (búsqueda de la nacionalidad conveniente) a efectos de la protección diplomática<sup>57</sup>. La Comisión estima que la norma de la continuidad de la nacionalidad debe mantenerse, pero permitiendo excepciones

<sup>49</sup> Véase la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto de la *Propuesta de modificación a la Constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización* (nota 51 *supra*), párr. 62.

<sup>50</sup> Véase *Oppenheim's International Law*, 9.ª ed., publicación dirigida por R. Y. Jennings y A. D. Watts, Harlow, Longman, 1992, vol. I, *Peace*, pág. 856.

<sup>51</sup> Véase, por ejemplo, la decisión de la Comisión Internacional de Reclamaciones de los Estados Unidos 1951-1954 en la reclamación *Kren*, *International Law Reports* (1953), vol. 20 (1957), pág. 233, en particular pág. 234.

<sup>52</sup> Véase la opinión separada del magistrado Sir Gerald Fitzmaurice en el asunto *Barcelona Traction*, segunda fase, fallo (nota 40 *supra*), págs. 101 y 102; véase también E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, París, Presses universitaires de France, 1990.

<sup>53</sup> Véase el pronunciamiento del árbitro Parker en el asunto *Décision administrative n.º V*: «Cualquier otra regla abriría la puerta de par en par a los abusos y podría tener el resultado de convertir a una nación fuerte en una agencia de reclamaciones en nombre de las personas que, tras sufrir perjuicios, asignaran sus reclamaciones a nacionales de esa nación o aprovecharan sus leyes de naturalización para obtener el patrocinio de sus reclamaciones» (Comisión Mixta de Reclamaciones Estados Unidos-Alemania), decisión de 31 de octubre de 1924, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII (n.º de venta: 1956.V.5), pág. 119, en pág. 141.

<sup>49</sup> Véase una argumentación más amplia a favor de limitar el ámbito del asunto *Nottebohm* en el primer informe del Relator Especial sobre la protección diplomática (nota 16 *supra*), párrs. 106 a 120.

<sup>50</sup> Véase también el párrafo 2 del artículo 3 del Convenio europeo sobre la nacionalidad.

<sup>51</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos insistió en ello en la opinión consultiva emitida en el asunto de la *Propuesta de modificación a la Constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, en la que dijo que era necesario conjugar armoniosamente, por un lado, la consideración de que la determinación y regulaciones de la nacionalidad eran competencia de cada Estado y, por el otro, que «las disposiciones de derecho internacional limitan, en alguna forma, esta facultad de los Estados en razón de exigencias de la protección internacional de los derechos humanos» (opinión consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, Serie A, n.º 4, párr. 38).

<sup>52</sup> Véanse también el artículo 20 de la Convención americana sobre derechos humanos: «Pacto de San José de Costa Rica» y el artículo 5 d iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.



para atender a los casos en que, de otro modo, se produciría una injusticia.

2) El párrafo 1 afirma el principio tradicional de que un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que era su nacional en el momento del perjuicio y lo sea en la fecha de la presentación oficial de la reclamación. La práctica de los Estados y la doctrina no son claras con respecto a si el nacional debe mantener la nacionalidad del Estado demandante entre esas dos fechas, en gran parte porque en la práctica rara vez se plantea la cuestión<sup>58</sup>. En vista de ello, la Comisión decidió no pronunciarse sobre la cuestión de si la nacionalidad tiene que mantenerse entre el momento del perjuicio y la presentación de la reclamación<sup>59</sup>.

3) El primer requisito es que el nacional lesionado sea nacional del Estado demandante en el momento de producirse el perjuicio. Normalmente, la fecha del perjuicio que da origen a la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito coincidirá con la fecha en que se produjo el hecho lesivo.

4) El segundo requisito temporal que figura en el párrafo 1 es la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Hay cierto desacuerdo en la jurisprudencia sobre la fecha hasta la cual se requiere la continuidad de la nacionalidad de la reclamación. Esta incertidumbre procede en gran parte del hecho de que las convenciones que establecieron comisiones mixtas de reclamaciones han utilizado diferente terminología para designar la fecha de la reclamación<sup>60</sup>. La expresión «presentación de la reclamación» es la que se usa con más frecuencia en los tratados, decisiones judiciales y doctrina para indicar el último día del plazo o *dies ad quem* requerido para el ejercicio de la protección diplomática. La Comisión ha añadido la palabra «oficial» para indicar que la fecha de la presentación de la reclamación es la fecha en que se haga la primera solicitud oficial o formal por el Estado que ejerza la protección diplomática, y no las de las solicitudes de información o contactos oficiosos sobre el tema.

5) El derecho del Estado a ejercer la protección diplomática comienza en la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Sin embargo, la opinión según la cual la persona deja de ser nacional a los efectos de la protección diplomática si cambia de nacionalidad entre esa fecha y aquella en que se dicta un laudo arbitral o una sentencia judicial no carece de apoyo. Según esta opinión, la norma sobre la continuidad de la nacionalidad exige que el vínculo de la nacionalidad exista «desde el momento en que se produjo el perjuicio hasta aquel en que se dicta la decisión final»<sup>61</sup>. Como en la práctica son pocos los casos de este género, la Comisión se ha inclinado por mantener la posición reflejada en el proyecto de artículo 5.

<sup>58</sup> Véase H. W. Briggs, «La protection diplomatique des individus en droit international: la nationalité des réclamations», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 51 (1965), tomo I, pág. 5, en particular págs. 72 y 73.

<sup>59</sup> La misma posición adoptó el Instituto de Derecho Internacional en su período de sesiones de Varsovia, en septiembre de 1965 (ibid., tomo II, págs. 260 a 262).

<sup>60</sup> Véase la observación incidental del árbitro Parker en el asunto *Décision administrative n.º V* (nota 57 *supra*), pág. 143.

<sup>61</sup> *Oppenheim's International Law* (véase la nota 54 *supra*), pág. 512.

6) La palabra «reclamación» del párrafo 1 comprende tanto la presentada por la vía diplomática como la interpuesta ante un órgano jurisdiccional. Esa reclamación puede especificar el comportamiento que deberá observar el Estado responsable para poner fin al hecho ilícito, si es de carácter continuado, y la forma que deberá adoptar la reparación. La cuestión se trata más detenidamente en el artículo 43 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión en su 53.º período de sesiones, en 2001, y en su comentario<sup>62</sup>.

7) Aunque la Comisión decidió que era necesario mantener la norma de continuidad de la nacionalidad, convino también en que era preciso hacer excepciones a esa norma. En consecuencia, el párrafo 2 dispone que un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que sea nacional suyo en la fecha de la presentación oficial de la reclamación aunque no lo era en el momento del perjuicio, siempre que se den tres condiciones: en primer lugar, que la persona que solicite la protección diplomática haya perdido su nacionalidad anterior; en segundo lugar, que esa persona haya adquirido la nacionalidad de otro Estado por una razón no relacionada con la presentación de la reclamación, y, por último, que la adquisición de la nueva nacionalidad se haya producido de un modo que no esté en contradicción con el derecho internacional.

8) La pérdida de la nacionalidad puede producirse voluntaria o involuntariamente. En el caso de la sucesión de Estados y, posiblemente, de la adopción y el matrimonio cuando el cambio de nacionalidad sea obligatorio, la nacionalidad se perderá involuntariamente. En el caso de otros cambios de nacionalidad, el elemento de la voluntad no resulta tan claro. Por razones de esta índole, el párrafo 2 no requiere que la pérdida de la nacionalidad haya sido involuntaria.

9) Como se ha indicado anteriormente<sup>63</sup>, el temor de que una persona pueda cambiar deliberadamente de nacionalidad a fin de adquirir la de un Estado más dispuesto y capaz para interponer una reclamación diplomática en su nombre es la base de la norma sobre la continuidad de la nacionalidad. La segunda condición que figura en el párrafo 2 tiene en cuenta ese temor al determinar que la persona respecto de la cual se ejerza la protección diplomática debe haber adquirido su nueva nacionalidad por alguna razón no relacionada con la presentación de la reclamación. Esta condición tiene por objeto limitar las excepciones a la norma de la continuidad de la nacionalidad a los casos que implican la imposición forzosa de la nacionalidad, como los de que la persona haya adquirido la nueva nacionalidad como consecuencia necesaria de factores como el matrimonio, la adopción o la sucesión de Estados.

10) La tercera condición que debe cumplirse para que la norma de la continuidad de la nacionalidad no se aplique es que la nueva nacionalidad se haya adquirido de un modo que no esté en contradicción con el derecho

<sup>62</sup> *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 127 a 129.

<sup>63</sup> Véase *supra* el párrafo 1 del comentario al presente proyecto de artículo.

internacional. Esta condición debe leerse juntamente con el artículo 4.

11) El párrafo 3 añade otra salvaguardia contra el abuso de la suspensión de la norma de la continuidad de la nacionalidad. La protección diplomática no podrá ejercerse por el Estado de la nacionalidad actual frente al Estado de la nacionalidad anterior de la persona lesionada en razón de un perjuicio sufrido cuando esa persona era nacional del Estado de la nacionalidad anterior y no del Estado de la nacionalidad actual. La persona lesionada no era un extranjero cuando se produjo el perjuicio.

#### **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.**

#### *Comentario*

1) La doble o múltiple nacionalidad es un hecho de la vida internacional. Una persona puede adquirir más de una nacionalidad como consecuencia de la aplicación paralela de los principios del *jus soli* y del *jus sanguinis* o de la obtención de la nacionalidad mediante naturalización que no implique la renuncia a la nacionalidad anterior. El derecho internacional no prohíbe la doble o múltiple nacionalidad: de hecho, tal tipo de nacionalidad fue aprobada en el artículo 3 del Convenio sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad, que dispone que: «[...] una persona que tenga dos o más nacionalidades podrá ser considerada nacional por cada uno de los Estados cuya nacionalidad posea». Por consiguiente, es necesario abordar la cuestión del ejercicio de la protección diplomática por el Estado de la nacionalidad respecto de la persona que tenga doble o múltiple nacionalidad. El artículo 6 se limita al ejercicio de la protección diplomática por uno de los Estados del que la persona lesionada es nacional frente a un Estado del que esa persona no es nacional. El ejercicio de la protección diplomática por un Estado de la nacionalidad frente a otro Estado de la nacionalidad está comprendido en el artículo 7.

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

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

ni en las decisiones arbitrales<sup>64</sup> ni en las codificaciones<sup>65</sup> se exige mayoritariamente tal condición. En el asunto *Salem*, un tribunal arbitral sostuvo que Egipto no podía aducir el hecho de que la persona lesionada tuviese efectivamente la nacionalidad persa frente a una reclamación de los Estados Unidos, otro Estado de la nacionalidad. El tribunal afirmó que:

La norma de derecho internacional [es la de que] en el caso de doble nacionalidad una tercera Potencia no tiene derecho a impugnar la reclamación de una de las dos Potencias cuyo nacional esté interesado en el caso remitiéndose a la nacionalidad de la otra Potencia<sup>66</sup>.

Esta norma se ha seguido en otros casos<sup>67</sup> y ha sido reafirmada en época más reciente por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos<sup>68</sup>. La decisión de la Comisión de no exigir un vínculo auténtico o efectivo en esas circunstancias es razonable. A diferencia de la situación en la que un Estado de la nacionalidad formula una reclamación contra otro Estado de la nacionalidad respecto de una persona que tenga doble nacionalidad, no hay un conflicto de nacionalidades cuando un Estado de la nacionalidad trata de proteger a una persona que tenga doble nacionalidad frente a un tercer Estado.

4) En principio, no hay motivo para que dos Estados de la nacionalidad no puedan ejercer conjuntamente un derecho atribuido a cada uno de ellos. Por consiguiente, en el párrafo 2 se reconoce que dos o más Estados de la nacionalidad podrán ejercer conjuntamente la protección diplomática con respecto a una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad frente a un Estado del que esa persona no sea nacional. Si bien el Estado responsable no

<sup>64</sup> Véase la decisión adoptada por el Tribunal arbitral mixto yugoslavo-húngaro en el asunto *de Born*, caso n.º 205, de 12 de julio de 1926, *Annual Digest of Public International Law Cases 1925 and 1926*, A. McNair y H. Lauterpacht (eds.), Londres, Longman, 1929, págs. 277 y 278.

<sup>65</sup> Véanse el artículo 5 del Convenio sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad; el artículo 4 b de la resolución sobre el carácter nacional de una reclamación internacional presentada por un Estado por daños sufridos por un particular adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en su período de sesiones de Varsovia en 1965, *Tableau des résolutions adoptées (1957-1991)*, París, Pedone, 1992, pág. 56, en pág. 58 (reproducida en *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 148); el párrafo 3 del artículo 23 del proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a extranjeros elaborado por la Facultad de Derecho de Harvard (reproducido en L. B. Sohn y R. R. Baxter, «Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens», *American Journal of International Law* (Washington D.C.), vol. 55, n.º 3 (julio de 1961), pág. 548), y el párrafo 4 del artículo 21 del anteproyecto sobre responsabilidad internacional del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros, incluido en el tercer informe sobre la responsabilidad internacional del Relator Especial García Amador, *Anuario... 1958*, vol. II, documento A/CN.4/111, pág. 66.

<sup>66</sup> Asunto *Salem* (Egipto/Estados Unidos), laudo de 8 de junio de 1932, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 1161, en pág. 1188.

<sup>67</sup> Véanse las decisiones de la Comisión de conciliación italo-americana en la reclamación *Mergé*, de 10 de junio de 1955, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, pág. 236, o *International Law Reports* (1955), vol. 22 (1958), pág. 443, en pág. 456; la reclamación *Vereano*, de 17 de mayo de 1957, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, pág. 321, o *International Law Reports* (1957), vol. 24 (1961), págs. 464 y 465, y la reclamación *Stankovic*, de 29 de julio de 1963, *International Law Reports*, vol. 40 (1970), pág. 153, en pág. 155.

<sup>68</sup> Véase *Dallal v. Iran* (1983), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1984, vol. 3, pág. 23.

puede oponerse a tal reclamación presentada por dos o más Estados que actúan simultáneamente y de concierto, puede suscitar objeciones cuando los Estados reclamantes formulan reclamaciones separadas bien ante el mismo foro o ante foros diferentes o cuando un Estado de la nacionalidad formula una reclamación después de que otro Estado de la nacionalidad haya recibido ya satisfacción respecto de esa reclamación. También pueden surgir problemas cuando un Estado de la nacionalidad renuncia al derecho a la protección diplomática mientras que otro Estado de la nacionalidad persevera en su reclamación. Es difícil codificar las normas que regulan diversas situaciones de este tipo. Dichas situaciones deben tratarse de conformidad con los principios generales del derecho concernientes a la satisfacción de las reclamaciones conjuntas.

### **Artículo 7. Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un Estado de la nacionalidad**

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

#### *Comentario*

1) El artículo 7 trata del ejercicio de la protección diplomática por un Estado de la nacionalidad ante otro Estado de la nacionalidad. Mientras que el artículo 6, que se refiere a una reclamación con respecto a una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad contra un Estado del que dicha persona no es nacional, no requiere que haya un vínculo efectivo entre el Estado reclamante y el nacional de ese Estado, el artículo 7 exige que el Estado reclamante demuestre que su nacionalidad es predominante, tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de presentación oficial de la reclamación.

2) Hubo un tiempo en que los partidarios de la norma de la no responsabilidad, según la cual un Estado de la nacionalidad no puede presentar una reclamación con respecto de una persona que tenga doble nacionalidad contra otro Estado de la nacionalidad, eran numerosos. En 1930, el Convenio sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad decía en su artículo 4: «Un Estado no podrá conceder protección diplomática a uno de sus nacionales contra otro Estado cuya nacionalidad esa persona también posea»<sup>69</sup>. En posteriores propuestas de codificación se adoptó un enfoque similar<sup>70</sup> y también se

apoyó esa posición en laudos arbitrales<sup>71</sup>. En 1949, en su opinión consultiva acerca del asunto *Réparation*, la CIJ calificó de «práctica corriente» la seguida por los Estados de no proteger a sus nacionales contra otro Estado cuya nacionalidad también tuvieran<sup>72</sup>.

3) Sin embargo, incluso antes de 1930 había decisiones arbitrales que sostenían otra posición, a saber, que el Estado de la nacionalidad dominante o efectiva podía emprender acciones legales con respecto a un nacional frente a otro Estado de la nacionalidad<sup>73</sup>. Esta jurisprudencia sirvió de base a la CIJ en otro contexto en el asunto *Nottebohm*<sup>74</sup> y recibió la aprobación explícita de la Comisión de conciliación italo-americana en el asunto *Mergé* en 1955. En este caso esa Comisión de conciliación afirmó lo siguiente:

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

<sup>69</sup> Véanse el asunto *Alexander* (1898) (Comisión de Reclamaciones Británico-estadounidense), J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1898, vol. III, pág. 2529; el asunto *Oldenbourg*, decisión n.º 11, de 19 de diciembre de 1929, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (n.º de venta: 1952.V.3), pág. 74, o *Decisions and Opinions of the Commissioners*, 5 de octubre de 1929 a 15 de febrero de 1930, Londres, H. M. Stationery Office, 1931, pág. 97; el asunto *Honey* (Comisión de Reclamaciones Británico-mexicana), decisión n.º 23, de 26 de marzo de 1931, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, pág. 133, o *Further Decisions and Opinions of the Commissioners*, posteriores al 15 de febrero de 1930, Londres, H. M. Stationery Office, 1933, pág. 13, y el asunto *Adams and Blackmore* (Comisión de Reclamaciones Británico-mexicana), decisión n.º 69, de 3 de julio de 1931, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, págs. 216 y 217.

<sup>72</sup> *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* (véase la nota 29 *supra*), pág. 186.

<sup>73</sup> Asunto *Drummond*, 2 Knapp, Privy Council I, pág. 295, *The English Reports*, vol. 12, Edimburgo/Londres, William Green and Sons/Stevens and Sons, 1901, pág. 492; asuntos *Mathison*, *Stevenson* (Comisión Mixta de Reclamaciones Británico-venezolana), *Brignone* y *Miliani* (Comisión Mixta de Reclamaciones Italo-venezolana), Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (n.º de venta: 59.V.5), págs. 485 y 494, y vol. X (n.º de venta: 60.V.4), págs. 542 y 584, respectivamente, o *Venezuelan Arbitrations of 1903*, J. H. Ralston (ed.), Washington D.C., United States Government Printing Office, 1904, págs. 429 a 438, 438 a 455, 710 a 720 y 754 a 762, respectivamente; asunto *Canevaro* (Italia c. Perú) (Corte Permanente de Arbitraje), sentencia de 3 de mayo de 1912, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (n.º de venta: 61.V.4), pág. 397, o *The Hague Court Reports*, J. B. Scott (ed.), New York, Oxford University Press, 1916, pág. 284; asunto *Hein*, caso n.º 148 (1922) (Tribunal mixto de arbitraje anglo-alemán), *Annual Digest of Public International Law Cases 1919 to 1922*, J. F. Williams y H. Lauterpacht (eds.), Londres, Longman, 1932, pág. 216; asunto *Blumenthal* (1923) (Tribunal mixto de arbitraje franco-alemán), *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*, tomo 3, París, Sirey, 1924, pág. 616; asunto *de Montfort*, caso n.º 206 (1926) (Tribunal mixto de arbitraje franco-alemán), *Annual Digest of Public International Law Cases 1925 and 1926* (nota 64 *supra*), pág. 279; asuntos *Pinson*, casos n.ºs 194 y 195 (1928) (Comisión Mixta de Reclamaciones Franco-mexicana), *ibíd.* (1927-1928), págs. 297 a 301, o *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, pág. 327; y asunto *Tellech* (1928) (Comisión Tripartita de Reclamación de los Estados Unidos, Austria y Hungría), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (n.º de venta: 1955.V.3), págs. 248 y 249.

<sup>74</sup> Véase la nota 32 *supra*, págs. 22 y 23. El asunto *Nottebohm* no guardaba relación con la doble nacionalidad pero la Corte basó su conclusión en que el Sr. Nottebohm no tenía ningún vínculo efectivo con Liechtenstein. Véanse también las resoluciones judiciales mencionadas en la nota 73 *supra*.

<sup>69</sup> Véase también el artículo 16 a del proyecto de convención sobre la responsabilidad de los Estados por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros elaborado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, *American Journal of International Law*, vol. 23, n.º especial (vol. 2) (abril de 1929), pág. 133, en pág. 200 (reproducido en *Anuario... 1956*, vol. II, documento A/CN.4/96, apéndice 9, pág. 225, en pág. 226).

<sup>70</sup> Véanse el párrafo 5 del artículo 23 del proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a extranjeros elaborado por la Facultad de Derecho de Harvard (nota 65 *supra*), y el artículo 4 a de la resolución sobre el carácter nacional de una reclamación internacional presentada por un Estado por daños sufridos por un particular adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en su período de sesiones de Varsovia en 1965 (*ibíd.*).

criterio de aplicación práctica para la eliminación de cualquier posible incertidumbre<sup>75</sup>.

En su opinión, la Comisión de conciliación sostuvo claramente que el principio de la nacionalidad efectiva y el concepto de la nacionalidad dominante eran simplemente dos caras de la misma moneda. La norma así adoptada fue aplicada por la Comisión de conciliación en más de 50 asuntos posteriores que afectaban a personas de doble nacionalidad<sup>76</sup>. Basándose en estos asuntos, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos ha aplicado el principio de la nacionalidad dominante y efectiva en varios asuntos<sup>77</sup>. Otra institución que apoya el principio de la nacionalidad dominante es la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas establecida por el Consejo de Seguridad para la indemnización de los daños causados por la ocupación de Kuwait por el Iraq<sup>78</sup>. La condición exigida por la Comisión de Indemnización para examinar las reclamaciones de personas con doble nacionalidad que poseen la nacionalidad iraquí es que tengan de buena fe la nacionalidad de otro Estado<sup>79</sup>. En recientes propuestas de codificación se ha aprobado este enfoque. En su tercer informe sobre la responsabilidad internacional, presentado a la Comisión, el Relator Especial García Amador propuso lo siguiente:

En los casos de doble o múltiple nacionalidad, el derecho a reclamar solamente podrá ejercitarlo el Estado con el cual el extranjero tenga mayores y más genuinos vínculos jurídicos y de otra índole<sup>80</sup>.

Orrego Vicuña expuso una opinión análoga en su informe a la Asociación de Derecho Internacional de su 69.ª Conferencia<sup>81</sup>.

<sup>75</sup> *Mergé*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (véase la nota 67 *supra*), pág. 247. Véase también el asunto *De Leon*, decisiones n.ºs 218 y 227, de 15 de mayo de 1962 y 8 de abril de 1963, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVI (n.º de venta: E/F.69.V.1), pág. 239, especialmente pág. 247.

<sup>76</sup> Véanse, por ejemplo, el asunto *Spaulding* (1956), Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, pág. 292, o *International Law Reports* (1957), vol. 24 (1961), pág. 452; el asunto *Zan-grilli* (1956), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, pág. 294, o *International Law Reports*, vol. 24, pág. 454; el asunto *Cestra* (1957), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, pág. 307, o *International Law Reports*, vol. 24, pág. 454; el asunto *Salvoni* (1957), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, pág. 311, o *International Law Reports*, vol. 24, pág. 455; el asunto *Ruspoli-Drouzkoy* (1957), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, pág. 314, o *International Law Reports*, vol. 24, pág. 457; el asunto *Puccini* (1957), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, pág. 323, o *International Law Reports*, vol. 24, pág. 454; el asunto *Turri* (1960), *International Law Reports*, vol. 30 (1966), pág. 371; el asunto *Graniro* (1959), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, pág. 393, o *International Law Reports*, vol. 30, pág. 351; el asunto *Ganapini* (1959), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, pág. 400, o *International Law Reports*, vol. 30, pág. 366; y el asunto *Di Cicio* (1962), *International Law Reports*, vol. 40 (1970), pág. 148.

<sup>77</sup> Véanse, en particular, *Eshpahanian v. Bank Tejarat* (1983), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1984, vol. 2, pág. 157, en pág. 166, y asunto n.º A/18 (1984), *ibid.*, 1985, vol. 5, pág. 251.

<sup>78</sup> Resolución 692 (1991) del Consejo de Seguridad, de 20 de mayo de 1991.

<sup>79</sup> Decisión 7 del Consejo de Administración de la Comisión de Indemnización, de 16 de marzo de 1992, «Criterios aplicables a categorías adicionales de reclamaciones» (S/AC.26/1991/7/Rev.1), párr. 11.

<sup>80</sup> Anteproyecto sobre responsabilidad internacional del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros (véase la nota 65 *supra*), art. 21, párr. 4.

<sup>81</sup> «The changing law of nationality of claims», informe provisional, *Report of the Sixty-ninth Conference*, Londres, 2000, pág. 646, párr. 11.

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

5) La doctrina utiliza los términos «efectiva» o «dominante» para describir el vínculo necesario entre el Estado reclamante y su nacional en situaciones en las que un Estado de la nacionalidad presenta una reclamación frente a otro Estado de la nacionalidad. La Comisión decidió no utilizar ninguna de esas palabras para describir el vínculo necesario sino el término «predominante», ya que da una idea de relatividad e indica que la persona mantiene vínculos más estrechos con un Estado que con otro. Los tribunales que examinen esta cuestión tendrán que ponderar la fuerza respectiva de las nacionalidades concurrentes y esa comparación se define con mayor precisión mediante el término «predominante» aplicado a la nacionalidad que con las palabras «efectiva» o «dominante». Además, es el término utilizado por la Comisión de conciliación italo-americana en el asunto *Mergé*<sup>82</sup>, que puede considerarse el punto de partida para el desarrollo de la actual norma consuetudinaria.

6) La Comisión no pretende describir los factores que deben tenerse en cuenta al decidir cuál es la nacionalidad predominante. Según la doctrina, esos factores comprenden la residencia habitual, el tiempo pasado en cada país de nacionalidad, la fecha de naturalización (es decir, el tiempo durante el cual la persona era nacional del Estado protector antes de que se presentara la reclamación); el lugar, los programas de estudio y el idioma de la enseñanza recibida; el empleo y los intereses financieros; el lugar de la vida familiar; los vínculos familiares en cada país; la participación en la vida pública y social; la utilización del idioma; la tributación, las cuentas bancarias, la seguridad social; las visitas al otro Estado de la nacionalidad; la posesión y utilización del pasaporte del otro Estado, y el servicio militar. Ninguno de esos factores es decisivo y el peso que debe atribuirse a cada factor variará según las circunstancias del caso.

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

8) La principal objeción a la presentación de una reclamación por un Estado de la nacionalidad frente a otro Estado de la nacionalidad es que eso podría permitir a un Estado a cuya nacionalidad hubiese dado predominancia el individuo después de haber sufrido un perjuicio infligido por el otro Estado de la nacionalidad presentar una reclamación contra este Estado. Esta objeción queda salvada mediante el requisito de que la nacionalidad del Estado reclamante sea predominante tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Esta exigencia refleja el principio

<sup>82</sup> Véase la nota 67 *supra*.

enunciado en el párrafo 1 del artículo 5 sobre la cuestión de la continuidad de la nacionalidad. Las expresiones «en el momento del perjuicio» y «en la fecha de la presentación oficial de la reclamación» se explican en el comentario a ese artículo. La excepción a la norma de la continuidad de la nacionalidad que figura en el párrafo 2 del artículo 5 no se aplica en este caso, ya que la persona lesionada a la que se refiere el artículo 7 no habrá perdido su otra nacionalidad.

### *Artículo 8. Apátridas y refugiados*

**1. Un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona apátrida que, 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.**

#### *Comentario*

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

Un Estado [...] no infringe las leyes internacionales al causar un perjuicio a un individuo carente de nacionalidad y, en consecuencia, ningún Estado está facultado para intervenir o presentar una denuncia en nombre de ese individuo antes o después de que se haya causado el daño<sup>83</sup>.

Este pronunciamiento ya no refleja exactamente la situación de apátridas y refugiados ante el derecho internacional. El derecho internacional contemporáneo recoge una preocupación por la condición jurídica de esas dos categorías de personas, como demuestra la existencia de convenios como la Convención para reducir los casos de apatridia, de 1961 y la Convención sobre el estatuto de los refugiados, de 1951.

2) El artículo 8, que corresponde a la esfera del desarrollo progresivo del derecho, se separa de la norma tradicional según la cual sólo los nacionales pueden beneficiarse del ejercicio de la protección diplomática y permite que un Estado ejerza esa protección con respecto a una persona que no sea nacional suyo, cuando esa persona sea apátrida o refugiado. Aunque la Comisión ha actuado dentro del marco de las normas que rigen la condición de apátrida

o de refugiado, no ha querido pronunciarse sobre la condición de esas personas. Se ocupa sólo de la cuestión del ejercicio de la protección diplomática de esas personas.

3) El párrafo 1 se refiere a la protección diplomática de los apátridas. No define quiénes son. Sin embargo, tal definición figura en el artículo 1 de la Convención sobre el estatuto de los apátridas, en la que se define como apátrida a «toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación». Cabe considerar sin duda que esa definición ha adquirido carácter consuetudinario. Un Estado puede ejercer la protección diplomática con respecto a esa persona, independientemente de cómo haya llegado a ser apátrida, siempre que tenga residencia legal y habitual en ese Estado en el momento del perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

4) La exigencia de la residencia tanto legal como habitual fija un umbral elevado<sup>84</sup>. Mientras que algunos miembros de la Comisión pensaron que este umbral era demasiado alto y podía llevar a una situación en la que los individuos implicados carecieran de protección efectiva, la mayoría opinó que la combinación de la residencia legal con la residencia habitual estaba justificada en el caso de una medida excepcional introducida *de lege ferenda*.

5) El criterio temporal para formular una reclamación previsto en el artículo 5 se repite en el párrafo 1. La persona apátrida debe ser residente legal y habitual del Estado reclamante, tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Esto garantiza que los no nacionales estén sometidos a las mismas normas que los nacionales respecto de los requisitos temporales para la presentación de una reclamación.

6) El párrafo 2 trata de la protección diplomática de los refugiados por su Estado de residencia. La protección diplomática por parte del Estado de residencia es especialmente importante en el caso de los refugiados, ya que éstos no pueden o no quieren «acogerse a la protección [del Estado de la nacionalidad]»<sup>85</sup> y, si lo hacen, corren el peligro de perder su condición de refugiados en el Estado de residencia. El párrafo 2 es un reflejo del párrafo 1. Las importantes diferencias entre los apátridas y los refugiados, puestas de manifiesto en el párrafo 3, explican la decisión de la Comisión de asignar un párrafo separado a cada categoría.

7) La Comisión decidió insistir en la residencia legal y la residencia habitual como condiciones para el ejercicio de la protección diplomática de los refugiados, como en el caso de los apátridas, pese a que el artículo 28 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados fija el

<sup>83</sup> *Dickson Car Wheel Company (U.S.A.) c. United Mexican States*, sentencia de julio de 1931, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (n.º de venta: 1951.V.1), pág. 669, especialmente pág. 678.

<sup>84</sup> Los términos residencia «legal y habitual» se basan en el apartado g del párrafo 4 del artículo 6 del Convenio europeo sobre la nacionalidad, en el que se emplean en el contexto de la adquisición de la nacionalidad. Véase también el apartado c del párrafo 3 del artículo 21 del proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a extranjeros elaborado por la Facultad de Derecho de Harvard (nota 65 *supra*), en el que se incluye a efectos de la protección con arreglo a esa convención a «una persona apátrida que tenga su residencia habitual en ese Estado».

<sup>85</sup> Artículo 1.A.2 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados.

umbral más bajo de que «se encuentren legalmente»<sup>86</sup>, en lo que respecta a la expedición de documentos de viaje a los refugiados por los Estados Contratantes. La Comisión se vio influida por dos factores para llegar a esta decisión. En primer lugar, el hecho de que la expedición de documentos de viaje, según los términos de la Convención, no da al titular derecho alguno a la protección diplomática<sup>87</sup>. En segundo lugar, la necesidad de fijar un umbral elevado al introducir una excepción *de lege ferenda* a una norma tradicional. Algunos miembros de la Comisión adujeron que el umbral de la residencia legal y habitual como condición para el ejercicio de la protección diplomática era demasiado elevado también en el caso de los refugiados<sup>88</sup>.

8) La palabra «refugiado», en el párrafo 2, no se limita a los refugiados según se definen en la Convención sobre el estatuto de los refugiados y el Protocolo sobre el estatuto de los refugiados, sino que abarca también a personas que no están estrictamente incluidas en esa definición. La Comisión estudió la posibilidad de utilizar la expresión «refugiados reconocidos», que figura en el apartado g del párrafo 4 del artículo 6 del Convenio europeo sobre la nacionalidad, lo que habría ampliado el concepto para incluir a los refugiados reconocidos en instrumentos regionales, como la Convención de la OUA que regula los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África<sup>89</sup>, que se considera en general el modelo para la protección internacional de los refugiados<sup>90</sup>, y la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados<sup>91</sup>. Sin embargo, la Comisión prefirió no poner límites al término para que cualquier Estado pudiera otorgar la protección diplomática a cualquier persona a la que considerase y tratase como refugiado. Esto tendría especial importancia para los refugiados en Estados que no son partes en los instrumentos internacionales o regionales existentes.

9) Los requisitos temporales para presentar una reclamación que figuran en el artículo 5 se repiten en el párrafo 2. El refugiado debe ser un residente legal y habitual del Estado reclamante tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

<sup>86</sup> Los trabajos preparatorios de la Convención dejan bien sentado que «encontrarse» (*stay*) supone menos que una residencia duradera.

<sup>87</sup> Véase el párrafo 16 del anexo a la Convención.

<sup>88</sup> Véase *supra* el párrafo 4 del comentario al presente proyecto de artículo.

<sup>89</sup> Dicha Convención amplía la definición de refugiado para incluir «a toda persona que, a causa de una agresión, una ocupación o una dominación extranjera o acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o de su país de nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o de su país de nacionalidad» (art. 1.2).

<sup>90</sup> Véase la nota sobre protección internacional presentada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (A/AC.96/830), pág. 20, párr. 35.

<sup>91</sup> Adoptada en el Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios, celebrado en Cartagena de Indias (Colombia) del 19 al 22 de noviembre de 1984; el texto de las conclusiones de la Declaración aparece reproducido en OEA/Ser.L/V/II.66 doc.10 rev.1. Asamblea General de la OEA, 15.º período ordinario de sesiones (1985), resolución aprobada por la Comisión General celebrada en su quinto período de sesiones, el 7 de diciembre de 1985.

10) El párrafo 3 dispone que el Estado de refugio no podrá ejercer la protección diplomática respecto de un refugiado frente al Estado de la nacionalidad del refugiado. Si se hubiera permitido esto, se habría contradicho el criterio básico de los presentes artículos, según el cual la nacionalidad es la base predominante para el ejercicio de la protección diplomática. Este párrafo se justifica también por motivos políticos. La mayoría de los refugiados tienen serias quejas sobre la manera en que han sido tratados por su Estado de la nacionalidad, del que han huido para evitar la persecución. Si se autorizara la protección diplomática en esos casos, se abrirían las compuertas a la litigación internacional. Además, el temor a las exigencias de tal acción por los refugiados podría disuadir a los Estados de aceptar refugiados.

11) Tanto el párrafo 1 como el párrafo 2 disponen que un Estado de refugio «podrá ejercer la protección diplomática». Esto pone de relieve el carácter discrecional del derecho. Un Estado puede discrecionalmente, en derecho internacional, ejercer la protección diplomática respecto de un nacional<sup>92</sup>. *A fortiori*, puede discrecionalmente hacer extensiva esa protección a un apátrida o refugiado.

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

### CAPÍTULO III

#### PERSONAS JURÍDICAS

##### *Artículo 9. Estado de la nacionalidad de una sociedad*

**A los efectos de la protección diplomática de 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.**

##### *Comentario*

1) El proyecto de artículo 9 admite que la protección diplomática puede hacerse extensiva a las sociedades. La primera parte del artículo repite el texto del proyecto de artículo 4, relativo a la protección diplomática de las personas naturales. La disposición deja en claro que, para poder ser Estado de la nacionalidad a los efectos de la protección diplomática de una sociedad, deben reunirse

<sup>92</sup> Véanse el artículo 2 y su comentario.

ciertos requisitos, lo mismo que en el caso de la protección diplomática de las personas naturales.

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

3) Aunque la concesión de la nacionalidad pertenece al «dominio reservado»<sup>93</sup> o esfera de competencia exclusiva de un Estado, el derecho internacional, según el pronunciamiento de la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction*, «atribuye el derecho a ejercer la protección diplomática de una persona jurídica al Estado con arreglo a cuyas leyes se ha constituido y en cuyo territorio tiene su domicilio social»<sup>94</sup>. Para la adquisición de la nacionalidad por una sociedad a los efectos de la protección diplomática hacen falta dos condiciones: constitución de la sociedad y presencia de su domicilio social en el Estado en que se ha constituido. En la práctica, las leyes de la mayoría de los Estados exigen que una sociedad constituida de conformidad con su legislación mantenga un domicilio social en su territorio. Por lo tanto, el requisito adicional del domicilio social podría parecer superfluo. No obstante, la Corte dejó en claro que debían cumplirse ambas condiciones cuando dijo: «Esos dos criterios han sido confirmados por una larga práctica y por numerosos instrumentos internacionales»<sup>95</sup>. Posiblemente, la Corte, al establecer el requisito relativo al domicilio social, quiso reconocer la necesidad de que hubiera un vínculo tangible, por tenue que fuera, entre el Estado y la sociedad. Ello queda confirmado por la importancia que atribuyó al hecho de que el domicilio social de la sociedad *Barcelona Traction* estaba en el Canadá y que ese hecho creaba, con otros factores, un «vínculo estrecho y permanente»<sup>96</sup> entre el Canadá y la sociedad *Barcelona Traction*.

4) En el artículo 9 se emplea el término «fundado» en lugar de «constituido», ya que este último es un término técnico que no existe en todos los ordenamientos jurídicos. No obstante, es evidente que «fundado» abarca el concepto de constitución, así como el de inscripción, además de otros medios que pueda emplear un Estado para crear una sociedad. La «fundación» (o constitución) de una sociedad con arreglo al derecho de un Estado determinado no basta a los efectos de la protección diplomática. Debe haber además algún vínculo tangible con el Estado en que se funda la sociedad, en forma de un domicilio social o sede de su administración (*siège social*), o un vínculo similar. Con esa redacción se trata de dar efecto a la insistencia con que la CIJ exige en el asunto de la *Barcelona Traction* que haya algún factor de conexión

entre el Estado en que se ha fundado la sociedad y esa sociedad. No se utiliza la expresión «vínculo estrecho y permanente» empleada por la Corte para describir el vínculo entre la *Barcelona Traction* y el Canadá, ya que establecería un umbral demasiado alto para el factor de conexión. Se prefiere en cambio el «domicilio social», factor de conexión exigido por la Corte además de la constitución. Como algunos ordenamientos jurídicos no exigen un domicilio social sino otro tipo de conexión, se utiliza como alternativa «sede de su administración o [...] un vínculo análogo». En general, el artículo 9 requiere que exista una relación entre la sociedad y el Estado que vaya más allá de la simple fundación o constitución y se caracterice por otro factor de conexión adicional. Esa relación, que se rige por el derecho interno del Estado que trata de ejercer la protección diplomática, puede ser designada con términos diferentes por los distintos sistemas jurídicos<sup>97</sup>.

5) En el asunto de la *Barcelona Traction*, el Estado de la nacionalidad de la mayoría de los accionistas (Bélgica) adujo que tenía derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a la sociedad porque su accionariado hacía que tuviera con ella un vínculo efectivo de la misma naturaleza que el que había sido reconocido en el asunto *Nottebohm*<sup>98</sup>. Al rechazar el argumento, la CIJ no desestimó la aplicación a las sociedades del criterio del vínculo efectivo, ya que consideró que en aquel caso había un vínculo «estrecho y permanente» entre la *Barcelona Traction* y el Canadá, en donde se encontraba su domicilio social y en donde se habían celebrado durante muchos años las reuniones de su consejo de administración<sup>99</sup>. El artículo 9 no exige la existencia de una relación auténtica o vínculo efectivo entre la sociedad y el Estado protector de la índole del que Bélgica propugnaba en el asunto de la *Barcelona Traction*. Además, rechaza la noción de un vínculo efectivo como factor de conexión necesario en el contexto de la protección diplomática de las sociedades, ya que ello podría traducirse en la apatridia de las sociedades fundadas en un Estado y con una mayoría de accionistas en otro Estado. La opinión predominante en la Comisión fue la de que el domicilio social, la sede de la administración de la sociedad «o [...] un vínculo análogo» no debían considerarse, pues, como formas de una relación auténtica o vínculo efectivo, en particular en la medida en que se entienda que esa expresión requiere una mayoría de accionistas como factor de conexión.

6) Las palabras «o [...] un vínculo análogo» deben leerse en el contexto «su domicilio social o la sede de su

<sup>93</sup> *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc* (véase la nota 42 *supra*), pág. 24.

<sup>94</sup> *Barcelona Traction*, segunda fase, fallo (véase la nota 40 *supra*), pág. 42, párr. 70.

<sup>95</sup> *Ibid.*

<sup>96</sup> *Ibid.*, párr. 71.

<sup>97</sup> En el asunto de la *Barcelona Traction* la CIJ dejó en claro que no hay normas de derecho internacional relativas a la constitución de sociedades. En consecuencia, era necesario recurrir al derecho interno para cerciorarse de que se habían cumplido las condiciones necesarias para la constitución. La Corte declaró: «Lo que esto significa es simplemente que el derecho internacional ha debido reconocer a la sociedad anónima como institución creada por los Estados en una esfera que pertenece esencialmente a su jurisdicción interna. Ello a su vez exige que el derecho internacional se remita a las normas pertinentes del derecho interno cada vez que se plantean problemas jurídicos relativos a los derechos de los Estados que conciernen al tratamiento de las sociedades y los accionistas, y respecto de los cuales el derecho internacional no ha establecido sus propias normas» (*ibid.*), págs. 33 y 34, párr. 38.

<sup>98</sup> Véase la nota 32 *supra*.

<sup>99</sup> Véase el asunto *Barcelona Traction*, segunda fase, fallo (nota 40 *supra*), pág. 42, párrs. 70 y 71.

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».

7) A diferencia del artículo 4, el artículo 9 habla de «el» Estado de la nacionalidad en el sentido de «el» Estado con arreglo a cuya legislación se ha fundado la sociedad. Esa fórmula sirve para evitar toda sugerencia de que una sociedad podría tener doble nacionalidad. Como la nacionalidad múltiple es posible en el caso de las personas naturales, el artículo 4 habla de «un» Estado de la nacionalidad. Algunos miembros de la Comisión no estaban de acuerdo con la opinión de que las sociedades sólo pueden tener una nacionalidad.

### *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.**

#### *Comentario*

1) Los principios generales relativos al requisito de la continuidad de la nacionalidad se examinan en el comentario al artículo 5. En la práctica se plantean menos problemas de continuidad de la nacionalidad en el caso de las sociedades que en el de las personas naturales. Mientras que las personas naturales cambian fácilmente de nacionalidad como consecuencia de una naturalización, voluntaria o involuntaria (como, posiblemente, en caso de matrimonio o de adopción) y de sucesión de Estados, las sociedades sólo pueden cambiar de nacionalidad volviendo a ser fundadas o constituidas en otro Estado, en cuyo caso asumen una nueva personalidad, con lo que se rompe la continuidad de la nacionalidad de la sociedad<sup>100</sup>. Sólo en un caso puede quizá una sociedad cambiar de nacionalidad sin cambiar de personalidad jurídica, y es el de la sucesión de Estados.

2) El párrafo 1 afirma el principio tradicional de que un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática

<sup>100</sup> Véase el asunto *Orinoco Steamship Company*, Comisión Mixta de Reclamaciones Estados Unidos-Venezuela, constituida en virtud del Protocolo de 17 de febrero de 1903, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, pág. 180. En este caso, una sociedad constituida en el Reino Unido transfirió su reclamación contra el Gobierno de Venezuela a una sociedad sucesora, constituida en los Estados Unidos. Debido a que el tratado por el que se estableció la Comisión permitía a los Estados Unidos presentar una reclamación a favor de su nacional en esas circunstancias, se admitió la reclamación. Sin embargo, el árbitro Barge dejó en claro que, de no haber sido por ese tratado, la reclamación no se habría admitido (ibíd., especialmente pág. 192).

con respecto a una sociedad que tenga su nacionalidad tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación. El primer requisito, el de que la sociedad perjudicada sea nacional del Estado reclamante en el momento de presentar la reclamación, no plantea problemas. Sin embargo, las dificultades surgen con respecto al *dies ad quem*, la fecha hasta la que se exige la nacionalidad de la reclamación<sup>101</sup>. La sociedad debe ser claramente nacional del Estado reclamante cuando se haga la presentación oficial de la reclamación. Esta tesis encuentra apoyo en los tratados, las decisiones judiciales y la doctrina<sup>102</sup>. En ese sentido, el derecho del Estado a ejercer la protección diplomática comienza en la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Sin embargo, la opinión según la cual la sociedad deja de ser nacional a los efectos de la protección diplomática si cambia de nacionalidad entre esa fecha y aquella en que se dicta un laudo arbitral o una sentencia judicial no carece de apoyo. Según esa opinión, la norma sobre la continuidad de la nacionalidad exige que el vínculo de la nacionalidad exista «desde el momento en que se produjo el perjuicio hasta aquel en que se dicta la decisión final»<sup>103</sup>. Como en la práctica son pocos los casos de este género, la Comisión se ha inclinado por mantener la posición reflejada en el proyecto de artículo 10<sup>104</sup>.

3) La palabra «reclamación» del párrafo 1 comprende tanto la presentada por cauces diplomáticos como la interpuesta ante un órgano judicial. Esa reclamación puede especificar el comportamiento que deberá observar el Estado responsable para poner fin al hecho ilícito, si es de carácter continuado, y la forma que deberá adoptar la reparación<sup>105</sup>.

4) Surgen dificultades cuando se trata del ejercicio de la protección diplomática de una sociedad que ha dejado de existir según el derecho del Estado en que se fundó y de la que era nacional. Si se adopta la postura de que el Estado de la nacionalidad de esa sociedad no podrá interponer una reclamación, ya que la sociedad no existe en el momento de la presentación de esa reclamación, ningún Estado podrá ejercer la protección diplomática en razón de un perjuicio causado a esa sociedad. El Estado no podrá hacer valer la nacionalidad de los accionistas con objeto de entablar esa reclamación, ya que no podrá demostrar que tenía el interés necesario en el momento en que se produjo el perjuicio a la sociedad. Esta cuestión preocupó a varios

<sup>101</sup> La CPJI dejó la cuestión sin decidir en el asunto *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (véase la nota 32 *supra*), especialmente pág. 17. Véase también el cuarto informe del Relator Especial Václav Mikulka sobre la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados, que subraya las dificultades que rodean a la nacionalidad de las personas jurídicas en relación con la sucesión de Estados, *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/489, pág. 325.

<sup>102</sup> Véase la reclamación *Kren* (nota 55 *supra*), especialmente pág. 234.

<sup>103</sup> *Oppenheim's International Law* (véase la nota 54 *supra*), pág. 512.

<sup>104</sup> Véase un ejemplo reciente en *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America* (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones), No. ARB (AF)/98/3, *International Legal Materials*, vol. 42 (2003), pág. 811.

<sup>105</sup> Véanse además el artículo 43 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por actos internacionalmente ilícitos y su comentario, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 127 a 129.



magistrados en el asunto de la *Barcelona Traction*<sup>106</sup> y ha preocupado a ciertos tribunales judiciales y arbitrales<sup>107</sup> y a los tratadistas<sup>108</sup>. El párrafo 2 adopta un enfoque pragmático y permite al Estado de la nacionalidad de una sociedad ejercer la protección diplomática en razón de un perjuicio sufrido por la sociedad cuando tenía su nacionalidad, aunque ha cesado de existir —y por consiguiente ha dejado de tener esa nacionalidad— como resultado del perjuicio. A fin de poder hacerlo, el Estado reclamante deberá probar que fue el perjuicio en razón del cual se formula la reclamación el que hizo que la sociedad dejara de existir. El párrafo 2 debe leerse juntamente con el apartado a del artículo 11, que deja en claro que el Estado de la nacionalidad de los accionistas no tendrá derecho a ejercer la protección diplomática en razón de un perjuicio causado a una sociedad que llevó a su desaparición.

### 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 sea exigida por éste como condición previa para realizar actividades empresariales en ese Estado.**

#### Comentario

1) El principio fundamental de la protección diplomática de las sociedades es que una sociedad debe ser protegida por el Estado de su nacionalidad y *no* por el Estado o los Estados de la nacionalidad de los accionistas de la sociedad. Este principio fue reafirmado con firmeza por la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction*. En este caso, la Corte subrayó desde el principio que sólo le interesaba la cuestión de la protección diplomática de los accionistas de «una sociedad anónima, cuyo capital está dividido

en acciones»<sup>109</sup>. Este tipo de sociedades se caracteriza por una clara distinción entre la sociedad y los accionistas<sup>110</sup>. Cuando los intereses de un accionista son lesionados por un perjuicio causado a la sociedad, es a la sociedad a la que el accionista debe dirigirse para que ésta ejercite la acción correspondiente, dado que «aunque dos entidades distintas puedan sufrir el mismo perjuicio, sólo una de ellas ha visto vulnerados sus derechos»<sup>111</sup>. Sólo en el caso de que el acto por el que se presente la reclamación vulnere directamente los derechos de los accionistas tiene un accionista un derecho de accionar independiente<sup>112</sup>. Los principios que rigen la distinción entre la sociedad y los accionistas, dijo la Corte, se derivan del derecho interno y no del derecho internacional<sup>113</sup>.

2) Para llegar a la decisión de que corresponde al Estado de constitución de la sociedad ejercer la protección diplomática en caso de perjuicio causado a una sociedad, y no al Estado o los Estados de la nacionalidad de los accionistas, la Corte se guió, en el asunto de la *Barcelona Traction*, por una serie de consideraciones de principio. En primer lugar, cuando los accionistas invierten en una sociedad que realiza actividades comerciales en el extranjero, asumen riesgos, incluido el de que el Estado de la nacionalidad de la sociedad pueda declinar, en ejercicio de su facultad discrecional, ejercer la protección diplomática con respecto a ellos<sup>114</sup>. En segundo lugar, si se permitiera al Estado de la nacionalidad de los accionistas ejercer la protección diplomática, ello podría llevar a una multiplicidad de reclamaciones por diferentes Estados, ya que las grandes sociedades tienen a menudo accionistas de muchas nacionalidades<sup>115</sup>. En relación con esta cuestión, la Corte señaló que si el Estado de la nacionalidad del accionista tenía competencia para actuar por cuenta de éste, no había razón para que cada accionista no gozara de ese derecho<sup>116</sup>. En tercer lugar, la Corte se mostró renuente a aplicar por analogía las normas relativas a la doble nacionalidad a las sociedades y a los accionistas y a permitir que los Estados de la nacionalidad de ambos ejerciesen la protección diplomática<sup>117</sup>.

3) En el asunto de la *Barcelona Traction*, la Corte aceptó la posibilidad de que el Estado o los Estados de la nacionalidad de los accionistas *podieran* ejercer la protección diplomática en favor de éstos en dos supuestos: en primer lugar, cuando la sociedad hubiera dejado de existir en su lugar de constitución<sup>118</sup> (lo que no era el caso de la *Barcelona Traction*); en segundo lugar, cuando el Estado de constitución fuera el responsable de los perjuicios causados a la sociedad y el único medio de defensa de que dispusieran los accionistas extranjeros en el plano internacional fuera recurrir a su Estado o Estados de la

<sup>106</sup> Magistrados Jessup (véase la nota 40 *supra*, pág. 193), Gross (ibid., pág. 277) y Fitzmaurice (ibid., págs. 101 y 102) y magistrado *ad hoc* Riphagen (ibid., pág. 345).

<sup>107</sup> Véase la reclamación *Kunhardt* (votos particulares en la Comisión Mixta de Reclamaciones Estados Unidos-Venezuela, constituida en virtud del Protocolo de 17 de febrero de 1903), Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, pág. 171 y, en concreto, el voto particular disconforme del Comisionado de Venezuela, Sr. Paúl, especialmente pág. 180; véase también el asunto *F. W. Flack, on behalf of the Estate of the Late D. L. Flack (Great Britain) v. United Mexican States*, decisión n.º 10, de 6 de diciembre de 1929, ibid., vol. V, pág. 61, especialmente pág. 63.

<sup>108</sup> Véanse L. Caflisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1969, págs. 206 y 207; W. E. Beckett, «Diplomatic claims in respect of injuries to companies», en *Transactions of the Grotius Society*, vol. 17, Londres, Sweet and Maxwell, 1932, pág. 175, especialmente pág. 191, y E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, París, Presses universitaires de France, 1990, págs. 197 a 202.

<sup>109</sup> *Barcelona Traction*, segunda fase, fallo (véase la nota 40 *supra*), pág. 34, párr. 40.

<sup>110</sup> Ibid., párr. 41.

<sup>111</sup> Ibid., pág. 35, párr. 44.

<sup>112</sup> Ibid., pág. 36, párr. 47.

<sup>113</sup> Ibid., pág. 37, párr. 50.

<sup>114</sup> Ibid., pág. 35 (párr. 43), pág. 46 (párrs. 86 y 87) y pág. 50 (párr. 99).

<sup>115</sup> Ibid., págs. 48 y 49, y párrs. 94 a 96.

<sup>116</sup> Ibid., pág. 48, párrs. 94 y 95.

<sup>117</sup> Ibid., pág. 38 (párr. 53) y pág. 50 (párr. 98).

<sup>118</sup> Ibid., págs. 40 y 41, párrs. 65 a 68.

nacionalidad<sup>119</sup> (lo que no era el caso de la Barcelona Traction). Esas dos excepciones, que no fueron detenidamente examinadas por la Corte en el asunto de la *Barcelona Traction* porque no eran pertinentes, se reconocen en los apartados *a* y *b* del artículo 11. Es importante subrayar que, como los accionistas de una sociedad pueden ser nacionales de Estados diferentes, varios Estados de la nacionalidad pueden ejercer la protección diplomática de acuerdo con esas excepciones.

4) El apartado *a* del artículo 11 requiere que la sociedad «haya dejado de existir» para que el Estado de la nacionalidad de los accionistas tenga derecho a intervenir en favor suyo. Antes del asunto de la *Barcelona Traction*, la mayor parte de la doctrina estaba a favor de un criterio menos estricto, que permitiera la intervención en favor de los accionistas cuando la sociedad estuviera «prácticamente extinta»<sup>120</sup>. En el asunto de la *Barcelona Traction*, sin embargo, la Corte fijó un umbral más alto para determinar la desaparición de una sociedad. Las expresiones «parálisis» o «situación financiera precaria» se desecharon por estimarlas inadecuadas<sup>121</sup>. El criterio de que la sociedad estuviera «prácticamente extinta» se rechazó igualmente por considerar que «carece de toda precisión jurídica»<sup>122</sup>. Considerando que «sólo la situación jurídica de la sociedad es pertinente», la Corte declaró que: «Sólo la desaparición jurídica de la sociedad priva a los accionistas de la posibilidad de un recurso por intermedio de la sociedad; únicamente cuando se les cierra toda posibilidad en ese sentido podría plantearse la cuestión de un derecho de acción independiente para ellos y para su gobierno»<sup>123</sup>. Ulteriormente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha apoyado este criterio<sup>124</sup>.

5) En el asunto de la *Barcelona Traction* la Corte no declaró expresamente que la sociedad debía haber dejado de existir *en el lugar de su constitución* como requisito previo para la intervención de los accionistas. No obstante, parece deducirse claramente del asunto sometido a la Corte que, a su parecer, la sociedad debía haber dejado de existir en el Estado de constitución y no en el Estado en que la sociedad había resultado perjudicada. La Corte estaba dispuesta a aceptar que la sociedad había cesado de existir en España<sup>125</sup>, pero destacó que ello no impedía que siguiera existiendo en el Canadá, el Estado de constitución: «En el presente caso, la sociedad Barcelona Traction está sujeta a administración judicial (*receivership*) en el país en que ha sido constituida. Esta situación, lejos de significar que la persona jurídica o sus derechos se han

extinguido denota más bien que esos derechos subsistan mientras no se produzca la liquidación. Aunque sujeta a administración judicial (*receivership*), la sociedad continúa existiendo»<sup>126</sup>. Una sociedad «nace» en el Estado de constitución cuando se funda o constituye allí. Por el contrario, «muere» cuando se disuelve en el Estado en que ha sido constituida, el Estado que le dio existencia. En consecuencia, parece lógico que la cuestión de si una sociedad ha dejado de existir y ya no está en condiciones de funcionar como persona jurídica debe decidirse con arreglo al derecho del Estado en que la sociedad fue constituida.

6) Las palabras «por algún motivo no relacionado con el perjuicio» del apartado *a* del artículo 11 tienen por objeto asegurar que el Estado de la nacionalidad de los accionistas no pueda iniciar un procedimiento con respecto al perjuicio causado a la sociedad que sea la causa de la desaparición de ésta. Este derecho, de conformidad con el artículo 10, sigue correspondiendo al Estado de la nacionalidad de la sociedad. Por consiguiente, el Estado de la nacionalidad de los accionistas sólo podrá ejercer la protección diplomática con respecto a los accionistas que hayan sido lesionados de resultados de los daños sufridos por la sociedad sin relación con el perjuicio que pudiera haber dado lugar a la desaparición de ésta. La finalidad de esa puntualización es limitar los casos en que el Estado de la nacionalidad de los accionistas podrá intervenir a favor de éstos por un perjuicio causado a la sociedad.

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

8) Hay indicios de un apoyo vacilante a una excepción más amplia, sin la condición restrictiva que figura en el apartado *b*, en la práctica de los Estados, los laudos arbitrales<sup>127</sup> y la doctrina. Resulta significativo, sin embargo, que el apoyo más decidido en favor de la intervención del Estado de la nacionalidad de los accionistas se encuentre en tres reclamaciones en que la sociedad perjudicada había sido *obligada* a constituirse en el Estado autor del hecho lesivo: *Delagoa Bay Railway, Mexican Eagle* y

<sup>119</sup> *Ibid.*, pág. 48, párr. 92.

<sup>120</sup> Asunto *Delagoa Bay Railway*, J. B. Moore, *Digest of International Law*, vol. VI, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1906, pág. 648; reclamación *El Triunfo Company*, *ibid.*, pág. 649, y reclamación *Baasch and Römer*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, pág. 713, especialmente pág. 723.

<sup>121</sup> Véase el asunto *Barcelona Traction*, segunda fase, fallo (nota 40 *supra*), págs. 40 y 41, párrs. 65 y 66.

<sup>122</sup> *Ibid.*, pág. 41, párr. 66.

<sup>123</sup> *Ibid.*; véanse también los votos particulares de los magistrados Padilla Nervo (*ibid.*, pág. 256) y Ammoun (*ibid.*, págs. 319 y 320).

<sup>124</sup> Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Agrotexim et autres c. Grèce*, fallo de 24 de octubre de 1995, *Série A n.º 330-A*, pág. 25, párr. 68.

<sup>125</sup> Véase el asunto *Barcelona Traction*, segunda fase, fallo (nota 40 *supra*), pág. 40, párr. 65. Véanse también los votos particulares de los magistrados Fitzmaurice (*ibid.*, pág. 75) y Jessup (*ibid.*, pág. 194).

<sup>126</sup> *Ibid.*, pág. 41, párr. 67.

<sup>127</sup> Véanse los asuntos *Delagoa Bay Railway* (nota 120 *supra*); *Mexican Eagle*, M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 8 (1967), págs. 1272 a 1274; *Romano-Americana*, G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1943, pág. 841; *Salvador Comercial Company («El Triunfo Company»)*, sentencia de 8 de mayo de 1902, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV (n.º de venta: 1966.V.3), pág. 455, en particular pág. 467; y *The Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil Tankers*, laudo de 5 de agosto de 1926, *ibid.*, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 777, especialmente pág. 790. Véase un amplio examen de la doctrina en Caffisch, *op. cit.* (nota 108 *supra*); y J. M. Jones, «Claims on behalf of nationals who are shareholders in foreign companies», *The British Year Book of International Law*, 1949, pág. 225. Véase también E. Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», en M. Sorensen (ed.), *Manual of Public International Law*, Londres, Macmillan, 1968, pág. 531, especialmente págs. 580 y 581.

*Salvador Comercial Company* («*El Triunfo Company*»). Aunque en el texto de esas reclamaciones no hay ninguna indicación de que la intervención haya de limitarse a esos casos, no cabe duda de que es en ellos cuando es más necesaria. Como respondió el Gobierno del Reino Unido al argumento de México en el asunto de la *Mexican Eagle* de que un Estado no podría intervenir en favor de sus accionistas en una sociedad mexicana:

Si se aceptara la doctrina de que un gobierno puede decidir que una sociedad extranjera sólo puede realizar actividades en sus territorios si se constituye de conformidad con la legislación local, y desde luego puede alegar esa constitución como justificación para rechazar la intervención diplomática extranjera, es evidente que jamás faltarían medios para impedir a los gobiernos extranjeros el ejercicio del indudable derecho que los asiste, con arreglo al derecho internacional, de proteger los intereses comerciales de sus nacionales en el extranjero<sup>128</sup>.

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

Es exacto que se ha sostenido que, por motivos de equidad, un Estado debería poder asumir en ciertos casos la protección de sus nacionales accionistas de una sociedad que hubiera sido víctima de una violación del derecho internacional. Es así como se ha desarrollado una teoría según la cual el Estado de los accionistas tiene derecho a ejercer su protección diplomática cuando el Estado cuya responsabilidad se invoca es el Estado de la nacionalidad de la sociedad. Cualquiera que sea la validez de esta teoría, ciertamente no se aplica en el caso que nos ocupa, pues España no es el Estado de la nacionalidad de la sociedad *Barcelona Traction*<sup>129</sup>.

En sus votos particulares relativos a la sentencia dictada en el asunto de la *Barcelona Traction*, los magistrados Fitzmaurice<sup>130</sup>, Tanaka<sup>131</sup> y Jessup<sup>132</sup> se pronunciaron sin reserva a favor del derecho del Estado de la nacionalidad de los accionistas a intervenir cuando el perjuicio a la sociedad es causado por el Estado de constitución<sup>133</sup>. Aunque tanto Fitzmaurice<sup>134</sup> como Jessup<sup>135</sup> reconocieron que la necesidad de esa norma era especialmente grande cuando la condición previa para realizar actividades empresariales en un Estado era que la sociedad se hubiera constituido con arreglo a la legislación de ese Estado, ninguno de los dos estaba dispuesto a admitir que la norma se limitara a esos casos. En cambio, los magistrados Padilla Nervo<sup>136</sup>, Morelli<sup>137</sup> y Ammoun<sup>138</sup> se opusieron enérgicamente a esa excepción.

<sup>128</sup> Whiteman, *op. cit.* (nota *supra*), págs. 1273 y 1274.

<sup>129</sup> *Barcelona Traction*, segunda fase, fallo (véase la nota 40 *supra*), pág. 48, párr. 92.

<sup>130</sup> *Ibid.*, págs. 72 a 75.

<sup>131</sup> *Ibid.*, pág. 134.

<sup>132</sup> *Ibid.*, págs. 191 a 193.

<sup>133</sup> El magistrado Wellington Koo apoyó igualmente esta posición en el asunto de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil 1964*, pág. 6, en pág. 58, párr. 20.

<sup>134</sup> *Barcelona Traction*, segunda fase, fallo (véase la nota 40 *supra*), pág. 73 y 74, párrs. 15 y 16.

<sup>135</sup> *Ibid.*, págs. 191 y 192.

<sup>136</sup> *Ibid.*, págs. 257 a 259.

<sup>137</sup> *Ibid.*, págs. 240 y 241.

<sup>138</sup> *Ibid.*, pág. 318.

10) En el período posterior al asunto de la *Barcelona Traction* se han producido algunos cambios en lo que concierne a la excepción propuesta, principalmente en el contexto de los tratados. De ellos no obstante se desprende una tendencia favorable a la idea de que los accionistas de una sociedad pueden intervenir frente al Estado en que se ha constituido la sociedad cuando éste es responsable del perjuicio causado a esa sociedad<sup>139</sup>. En el asunto *ELSI*<sup>140</sup>, una Sala de la CIJ permitió a los Estados Unidos presentar una reclamación contra Italia por los daños sufridos por una sociedad italiana, la totalidad de cuyas acciones era de propiedad de dos sociedades estadounidenses. La Corte evitó pronunciarse sobre la compatibilidad de su conclusión con la del asunto de la *Barcelona Traction*, a pesar de que Italia opuso la objeción de que la sociedad cuyos derechos presuntamente se habían violado se había constituido en Italia y que los Estados Unidos trataban de proteger los derechos de los accionistas de esa sociedad<sup>141</sup>. Ese silencio podría explicarse por el hecho de que la Sala no se ocupaba de la evaluación del derecho internacional consuetudinario sino de la interpretación de un Tratado de Amistad, Comercio y Navegación<sup>142</sup>, en que se preveía la protección de los accionistas estadounidenses en el extranjero. Por otra parte, es evidente que la excepción propuesta se había planteado ante la Sala<sup>143</sup>. Por consiguiente, puede inferirse un apoyo a la excepción en favor del derecho del Estado de los accionistas de una sociedad a intervenir frente al Estado de constitución si éste es responsable del perjuicio causado a la sociedad<sup>144</sup>.

11) Antes del asunto de la *Barcelona Traction*, la excepción propuesta gozaba de cierto apoyo, aunque las opiniones estaban divididas en cuanto a si la práctica de los Estados y las decisiones arbitrales la reconocían, y hasta qué punto. El *obiter dictum* emitido por la Corte en su sentencia dictada en el asunto de la *Barcelona Traction* y los votos particulares de los magistrados Fitzmaurice, Jessup y Tanaka han conferido incontestablemente mayor peso a los argumentos a favor de la excepción. La evolución posterior, aunque sólo sea en el contexto de la interpretación de los tratados, han confirmado esta tendencia<sup>145</sup>. En esos casos sería posible defender una

<sup>139</sup> Véanse los asuntos *SEDCO Inc. v. National Iranian Oil Company and the Islamic Republic of Iran*, asunto n.º 129, de 24 de octubre de 1985, *International Law Reports*, vol. 84 (1991), págs. 484 y 496 (interpretación del artículo VII(2) de la Declaración de Argel relativa a la solución de reclamaciones); y *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. The Government of the Republic of Liberia*, *International Legal Materials*, vol. 26 (1987), págs. 647 y 652 a 654 (interpretación del artículo 25 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados).

<sup>140</sup> *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, fallo, *C.I.J. Recueil 1989*, pág. 15.

<sup>141</sup> *Ibid.*, págs. 64 (párr. 106) y 79 (párr. 132).

<sup>142</sup> Firmado en Roma el 2 de febrero de 1948 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 79, n.º 1040, pág. 171).

<sup>143</sup> Esto se deduce claramente del intercambio de opiniones al respecto en el asunto *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (véase la nota 140 *supra*) entre los magistrados Oda (págs. 87 y 88) y Schwebel (pág. 94).

<sup>144</sup> Opinión expresada por Yoram Dinstein en «Diplomatic protection of companies under international law», en K. Wellens (ed.), *International Law: Theory and Practice - Essays in Honour of Eric Suy*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1998, pág. 505, en particular pág. 512.

<sup>145</sup> De conformidad con sus Reglas aplicables a las reclamaciones internacionales, aprobadas por el Reino Unido en 1985, «en los casos en que un nacional del Reino Unido tenga intereses, como accionista o en otra calidad, en una sociedad constituida en otro Estado y del cual es,

(Continuación en la página siguiente.)

excepción general basada en la jurisprudencia. Sin embargo, el apartado *b* del artículo 11 no va tan lejos. En lugar de ello, limita la excepción a la que se ha denominado una «sociedad Calvo», es decir, una sociedad cuya constitución, al igual que la cláusula Calvo<sup>146</sup>, tiene por objeto preservarla de las normas de derecho internacional relativas a la protección diplomática. Limita la excepción al supuesto en que la sociedad, *en el momento del perjuicio* (otro rasgo restrictivo) tenga la nacionalidad del Estado supuestamente responsable de haber causado el perjuicio y la constitución de la sociedad de conformidad con la legislación de ese Estado sea exigida por éste como condición previa para realizar actividades empresariales en él. Sin duda habrá casos en que se ejerza presión política sobre los inversores extranjeros para que constituyan una sociedad en el Estado en que deseen realizar actividades empresariales. Con arreglo a la excepción que figura en el apartado *b*, ello no será suficiente: la legislación del Estado deberá exigir la constitución como condición previa para realizar actividades empresariales en ese Estado.

### Artículo 12. Perjuicio directo a los accionistas

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

#### Comentario

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

[...] un acto dirigido contra los derechos de la sociedad y que sólo lesiona esos derechos no implica responsabilidad alguna hacia los accionistas, aunque sus intereses resulten afectados. [...] La situación es diferente si el acto objeto de reclamación está dirigido contra los derechos propios de los accionistas como tales. Es bien sabido que el derecho interno confiere a los accionistas derechos distintos de los de la sociedad, entre ellos el derecho a los dividendos declarados, el derecho de asistir a las juntas generales y votar en ellas y el derecho a una parte del haber social existente en el momento de la liquidación. Si se vulnera uno de sus derechos propios, el accionista tiene un derecho de accionar independiente<sup>147</sup>.

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

2) La cuestión de la protección de los derechos propios de los accionistas se planteó ante la Sala de la CIJ en el

(Continuación de la nota 145.)

por consiguiente, nacional, y ese Estado cause un perjuicio a la sociedad, el Gobierno de Su Majestad podrá intervenir para proteger los intereses del nacional del Reino Unido». (Regla VI), reimpresas en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 37 (1988), pág. 1007.

<sup>146</sup> Véase *Anuario... 1956*, vol. II, documento A/CN.4/96, págs. 203 y 204.

<sup>147</sup> *Barcelona Traction*, segunda fase, fallo (véase la nota 40 *supra*), pág. 36, párrs. 46 y 47.

asunto de la sociedad *ELSI*<sup>148</sup>. Sin embargo, en este caso, los derechos en cuestión, como los derechos de los accionistas de organizar, controlar y administrar la sociedad, figuraban en el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación<sup>149</sup> que se pedía a la Sala que interpretara, y ésta no expuso en detalle las normas de derecho internacional consuetudinario sobre esta materia. En el asunto *Agrotexim*<sup>150</sup>, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al igual que la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Barcelona Traction*, reconoció el derecho de los accionistas a gozar de protección con respecto a la violación directa de sus derechos, pero falló que en el caso considerado no se había producido tal violación<sup>151</sup>.

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

4) El artículo 12 no especifica qué ordenamiento jurídico determinará cuáles son los derechos que corresponden a los accionistas distintos de los derechos de la sociedad. En la mayoría de los casos, la cuestión deberá decidirse por el derecho interno del Estado de constitución. Sin embargo, si la sociedad ha sido constituida en el Estado autor del hecho lesivo, tal vez se justifique invocar los principios generales del derecho de sociedades a fin de asegurarse de que los derechos de los accionistas extranjeros no sean objeto de un trato discriminatorio<sup>152</sup>.

### Artículo 13. Otras personas jurídicas

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

#### Comentario

1) Las disposiciones de este capítulo han versado hasta ahora sobre un tipo particular de persona jurídica,

<sup>148</sup> Véase la nota 140 *supra*.

<sup>149</sup> Véase la nota 142 *supra*.

<sup>150</sup> *Agrotexim et autres c. Grèce* (véase la nota 124 *supra*).

<sup>151</sup> *Ibid.*, pág. 23, párr. 62.

<sup>152</sup> En su voto particular emitido en el asunto de la sociedad *ELSI*, el magistrado Oda habló de «los principios generales de derecho relativos a las sociedades» en el contexto de los derechos de los accionistas (véase la nota 140 *supra*), págs. 87 y 88.

la sociedad. Ello se explica por dos motivos. En primer lugar, las sociedades, a diferencia de otras personas jurídicas, tienen ciertas características comunes y uniformes: son empresas con un fin lucrativo cuyo capital generalmente está dividido en acciones y en las que se hace una clara distinción entre la sociedad como entidad separada y los accionistas, a quienes incumbe una responsabilidad limitada. En segundo lugar, es principalmente la sociedad, y no la empresa pública, la universidad, el municipio, la fundación y otras personas jurídicas del mismo género la que participa en el comercio y las inversiones extranjeras y la que con sus actividades no sólo anima la economía internacional, sino también el mecanismo de solución de las controversias internacionales. La protección diplomática de las personas jurídicas atañe principalmente a la protección de las inversiones extranjeras. De ahí que la sociedad sea la persona jurídica de mayor importancia en el ámbito de la protección diplomática y que sea y deba ser el principal objeto del presente proyecto de artículos.

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

3) Se debate entre los juristas la naturaleza de la personalidad jurídica y, en particular, la manera en que nace una persona jurídica. Según la teoría de la ficción, una persona jurídica sólo puede comenzar a existir mediante un acto formal de constitución dimanante del Estado. Esto quiere decir que un ente que no sea una persona física puede adquirir los atributos de la personalidad por un acto del Estado que lo asimile en virtud de una ficción jurídica a una persona física, con sujeción a las limitaciones que la ley imponga. Por otra parte, según la teoría realista, la existencia de la personalidad jurídica es un hecho y no depende del reconocimiento del Estado. Si una asociación o ente actúa de hecho como una entidad jurídica separada, se convierte en una persona jurídica con todos sus atributos, sin necesidad de que el Estado le otorgue la personalidad jurídica. Independientemente de los méritos de la teoría realista, está claro que, para poder existir, una persona jurídica debe gozar de cierto reconocimiento jurídico, es decir, en un ordenamiento jurídico nacional, como han subrayado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>153</sup> y la Corte Internacional de Justicia<sup>154</sup>.

4) Puesto que las personas jurídicas son creación del derecho interno, es lógico que hoy exista una gran variedad de personas jurídicas con características diferentes, entre ellas las sociedades, las empresas públicas, las universidades, las escuelas, las fundaciones, las iglesias, los municipios, las asociaciones sin ánimo de lucro, las organizaciones no gubernamentales e incluso (en algu-

nos países) las sociedades personalistas (*partnerships*). La imposibilidad de encontrar rasgos comunes y uniformes en todas esas personas jurídicas explica que los estudiosos del derecho internacional público y privado, a la hora de examinar las personas jurídicas en el marco del derecho internacional, se limiten principalmente a la sociedad. No obstante, es necesario tener en cuenta las personas jurídicas distintas de las sociedades en el contexto de la protección diplomática. La jurisprudencia de la CPJI demuestra que en determinados casos un municipio<sup>155</sup> (comuna) o una universidad<sup>156</sup> pueden ser considerados como personas jurídicas y como nacionales de un Estado. No hay motivo para que dichas personas jurídicas no puedan acogerse a la protección diplomática si resultan lesionadas en el extranjero, a condición de que sean entidades autónomas que no formen parte del aparato del Estado protector<sup>157</sup>. Las fundaciones con fines no lucrativos, cuyos bienes han sido destinados por un donante o testador a un fin caritativo, constituyen personas jurídicas sin miembros. Actualmente muchas fundaciones financian proyectos en el exterior para promover la salud, el bienestar, los derechos de la mujer, los derechos humanos y el medio ambiente en los países en desarrollo. Si una persona jurídica de esa índole es víctima de un hecho internacionalmente ilícito por parte del Estado anfitrión, es probable que goce de protección diplomática por parte del Estado en virtud de cuyo ordenamiento jurídico ha sido creada. Podría parecer que las organizaciones no gubernamentales que realizan actividades en el exterior en favor de una buena causa pertenecen a la misma categoría que las fundaciones<sup>158</sup>.

5) La diversidad de metas y estructuras de las distintas clases de personas jurídicas que no son sociedades hace imposible elaborar disposiciones separadas e independientes relativas a su protección. La única opción realista, y la más sensata, es elaborar una disposición que haga extensivos los principios de la protección diplomática adoptados para las sociedades a otras personas jurídicas, con sujeción a los cambios necesarios en función de las

<sup>153</sup> En el asunto *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, la CPJI estatuyó que el municipio de Ratibor pertenecía a la categoría de «nacional alemán» en el sentido de la Convención germanopolaca relativa a la Alta Silesia (fondo, fallo n.º 7, 1926, C.P.J.I. série A n.º 7, pág. 19, en particular, págs. 73 a 75). La Convención fue firmada en Ginebra el 15 de mayo de 1922 (véase G. Kaeckenbeeck, *The International Experiment of Upper Silesia*, Londres, 1942, Oxford University Press, pág. 572).

<sup>154</sup> En el pronunciamiento emitido en el asunto *Appel contre une sentence du tribunal arbitral mixte hongaro-tchécoslovaque (Université Peter Pázmány)*, la CPJI declaró que la Universidad Peter Pázmány era de nacionalidad húngara, a tenor del artículo 250 del Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Hungría (Tratado de Paz de Trianón) y que, por lo tanto, tenía derecho a la restitución de bienes de su propiedad (1933, C.P.J.I. série A/B, n.º 61, pág. 208, en especial págs. 227 a 232).

<sup>155</sup> Si la protección diplomática es un proceso reservado para la protección de personas naturales o jurídicas que no forman parte del Estado, se deduce que, en la mayoría de los casos, el municipio, como subdivisión de la administración local, y la universidad, financiada y en última instancia controlada por el Estado, no tienen derecho a la protección diplomática. Sin embargo, las universidades privadas tendrían derecho a la protección diplomática, al igual que las escuelas privadas, si gozan de personalidad jurídica en virtud del derecho interno.

<sup>156</sup> Véase además K. Doehring, «Diplomatic protection of non-governmental organizations», en M. Rama-Montaldo (ed.), *El derecho internacional en un mundo en transformación: liber amicorum en homenaje al professor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 1994, págs. 571 a 580.

<sup>153</sup> *The Queen c. H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue*, ex parte *Daily Mail and General Trust PLC*, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto 81/87, sentencia de 27 de septiembre de 1988, *Recopilación de jurisprudencia*, 1988, pág. 5483, párr. 19.

<sup>154</sup> *Barcelona Traction*, segunda fase, fallo (véase la nota 40 *supra*), págs. 33 y 34, párr. 38.

distintas características de cada persona jurídica. La disposición propuesta, que apunta a ello, establece que los principios que rigen el Estado de la nacionalidad de las sociedades y la aplicación a estas últimas del principio de la continuidad de la nacionalidad se aplicará, «en cuanto sea apropiado», a la protección diplomática de las personas jurídicas distintas de las sociedades. En un comienzo se utilizó la expresión *mutatis mutandis*, pero la Comisión decidió no emplear una expresión latina dado que la frase «en cuanto sea apropiado» reflejaba en un todo el significado que deseaba darle la Comisión. No se hace referencia a los artículos 11 y 12 puesto que éstos se ocupan únicamente de los derechos de los accionistas.

### TERCERA PARTE

## RECURSOS INTERNOS

### *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 entiende 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.**

#### *Comentario*

1) El artículo 14 trata de codificar la norma de derecho internacional consuetudinario que requiere el agotamiento de los recursos internos como requisito previo para la presentación de una reclamación internacional. Esta norma fue reconocida por la CIJ en el asunto *Interhandel* como principio «bien establecido en el derecho internacional consuetudinario»<sup>159</sup> y por una Sala de la CIJ en el asunto *ELSI*, como «importante principio de derecho internacional consuetudinario»<sup>160</sup>. El agotamiento de los recursos internos garantiza que «el Estado en que había tenido lugar la infracción tuviera la oportunidad de rectificarla por sus propios medios y en el marco de su propio ordenamiento jurídico interno»<sup>161</sup>. La Comisión ha examinado anteriormente el agotamiento de los recursos internos en el contexto de su labor sobre la responsabilidad de los Estados, llegando a la conclusión de que es un «principio de derecho internacional general» apoyado por las decisiones judiciales, la práctica de los Estados, los tratados y la doctrina<sup>162</sup>.

<sup>159</sup> *Interhandel* (véase la nota 31 *supra*), pág. 27.

<sup>160</sup> *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (véase la nota 140 *supra*), pág. 42, párr. 50.

<sup>161</sup> Asunto *Interhandel* (véase la nota 31 *supra*), pág. 27.

<sup>162</sup> Véanse el artículo 22 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura, *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D.1 (el proyecto de artículo 22 fue aprobado por la Comisión en su 29.º período de sesiones y su texto y el comentario correspondientes figuran en *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), cap. II, secc. B, págs. 32 a 53); y el artículo 44 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos adoptado

2) Tanto las personas naturales como las jurídicas deben agotar los recursos internos. También las sociedades extranjeras financiadas en parte o principalmente con fondos públicos deben agotar los recursos internos cuando realizan *acta jure gestionis*. Igualmente, los no nacionales del Estado que ejerce la protección, con derecho a protección diplomática en las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 8, deben agotar los recursos internos.

3) El párrafo 1 se refiere a la formulación de una reclamación y no a su presentación, ya que el término «formular» refleja más exactamente el proceso de que se trata que la palabra «presentar», que sugiere un acto formal al que se atribuyen consecuencias, y que se utiliza mejor para designar el momento en que la reclamación se interpone oficialmente.

4) La expresión «todos los recursos internos» debe interpretarse en relación con el artículo 16, que enuncia las circunstancias excepcionales en que no es preciso agotar los recursos internos. Las sugerencias de que se aludiera en esta disposición a la necesidad de agotar sólo los recursos internos «adecuados y eficaces» no se recogieron por dos razones. En primer lugar, porque esa salvedad del requisito del agotamiento de los recursos internos requiere atención especial en una disposición separada. En segundo lugar, el hecho de que recaiga generalmente en el Estado demandado la carga de probar que existen recursos internos, mientras que incumbe generalmente al Estado demandante la de probar que la persona lesionada no tiene a su disposición vías de recurso efectivas<sup>163</sup>, requiere tratar por separado estos dos aspectos de la regla de los recursos internos.

5) Los recursos disponibles para un extranjero, que deben ser agotados antes de formular una reclamación internacional, varían inevitablemente según los Estados. Por ello, ninguna codificación puede ofrecer una norma absoluta por la que se rijan todas las situaciones. El párrafo 2 trata de describir, en términos generales, las principales clases de recursos que deben agotarse<sup>164</sup>. En el primer caso, es evidente que el nacional extranjero debe agotar todos los recursos judiciales disponibles en el derecho interno del Estado demandado. Si ese derecho autoriza a apelar en las circunstancias del caso al más alto órgano jurisdiccional, habrá que interponer esa apelación a fin de obtener una decisión firme sobre la cuestión. Aun si no existe el derecho de apelación a un tribunal superior, pero éste tiene la facultad discrecional de autorizar la apelación, el nacional extranjero deberá solicitar la

por la Comisión en su 53.º período de sesiones (*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 29); el comentario a este artículo figura en las páginas 129 y 130.

<sup>163</sup> La cuestión de la carga de la prueba fue examinada por el Relator Especial en la sección C de su tercer informe sobre la protección diplomática (véase la nota 19 *supra*). La Comisión decidió no incluir un proyecto de artículo sobre ese tema (véase *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párrs. 240 a 252). Véase también el asunto *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (nota 140 *supra*), págs. 46 a 48, párrs. 59 a 63.

<sup>164</sup> En el asunto *Ambatielos*, el tribunal arbitral declaró que «se tiene que haber puesto a prueba todo el sistema de protección jurídica previsto en el derecho interno» (sentencia de 6 de marzo de 1956, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (n.º de venta: 63.V.3), pág. 120). Véase además sobre este tema, C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 2.ª ed., Cambridge University Press, 2004.

autorización para interponer un recurso ante ese tribunal<sup>165</sup>. A ese respecto, los tribunales incluyen tanto los ordinarios como los especiales, porque «la cuestión esencial no es saber si se trata de un recurso ordinario o extraordinario, sino si ofrece un remedio eficaz y suficiente»<sup>166</sup>.

6) Hay que agotar también los recursos administrativos. Sin embargo, el extranjero lesionado sólo está obligado a agotar los recursos que pueden llevar a una decisión vinculante. No está obligado a dirigirse al poder ejecutivo para que éste le conceda una reparación en el ejercicio de su poder discrecional. Los recursos internos no incluyen los recursos a título de gracia<sup>167</sup> ni aquellos «cuyo objeto es obtener un favor y no hacer valer un derecho»<sup>168</sup>. Las peticiones de indulto y el recurso a un *ombudsman* generalmente pertenecen a esta categoría<sup>169</sup>.

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

para que una demanda internacional sea admisible, basta que se haya sometido el fondo de la demanda a los órganos jurisdiccionales competentes y que se haya perseverado hasta donde lo permitan las leyes y los procedimientos locales, y ello sin éxito<sup>170</sup>.

Este criterio es preferible al criterio más estricto enunciado en el asunto *Arbitrage relatif aux navires finlandais*, según el cual:

todos los argumentos de hecho y de derecho aducidos por el Gobierno demandante [...] deben haber sido examinados por los tribunales internos, que deben haber estatuido al respecto<sup>171</sup>.

8) Por consiguiente, el litigante extranjero debe presentar todas las pruebas de que disponga en apoyo del fondo de su demanda durante el proceso de agotamiento de los

recursos internos<sup>172</sup>. No puede acogerse a la vía de recurso internacional que le ofrece la protección diplomática para compensar la mala preparación o la mala presentación de su demanda en el ámbito interno<sup>173</sup>.

### 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.**

#### Comentario

1) El agotamiento de los recursos internos sólo se aplica en los casos en que el Estado que formula la reclamación ha sido perjudicado «indirectamente», es decir, en la persona de su nacional<sup>174</sup>. No es aplicable cuando el Estado autor de la reclamación es perjudicado directamente por el hecho ilícito de otro Estado, por cuanto en este caso el Estado tiene claramente una razón propia para presentar una reclamación internacional.

2) En la práctica, es difícil decidir si la reclamación es «directa» o «indirecta» cuando es «mixta», en el sentido de que contiene elementos tanto de perjuicio para el Estado como de perjuicio para los nacionales del Estado. Muchas controversias sometidas a los tribunales internacionales corresponden al fenómeno de la reclamación mixta. En el asunto *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*<sup>175</sup>, hubo una violación directa por parte de la República Islámica del Irán de la obligación de proteger a los diplomáticos y cónsules de los Estados Unidos de América, pero al mismo tiempo hubo un perjuicio para la persona de los nacionales (diplomáticos y cónsules) retenidos como rehenes, y en el asunto *Interhandel*<sup>176</sup>, Suiza alegó haber sido lesionada directamente, por la violación de un tratado, y también indirectamente, por el perjuicio causado a una sociedad suiza. En el asunto *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, la CIJ trató la reclamación como una violación directa del derecho internacional, y en el asunto *Interhandel* decidió que la reclamación era preponderantemente indirecta y que *Interhandel* no había agotado los recursos internos.

3) En caso de una reclamación mixta, incumbe al tribunal examinar los diferentes elementos de la reclamación

<sup>165</sup> Esto incluiría el recurso de *certiorari* ante la Corte Suprema de los Estados Unidos.

<sup>166</sup> Asunto *B. Schouw Nielsen c. Danemark*, demanda n.º 343/57, decisión de 2 de septiembre de 1959, Comisión y Tribunal Europeos de Derechos Humanos, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1958-1959*, pág. 438, en relación con las consideraciones expuestas por el Instituto de Derecho Internacional en su resolución de 1954 (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 46 (1956), pág. 364). Véase también el asunto *Lawless c. Irlande*, demanda n.º 332/57, decisión de 30 de agosto de 1958, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1958-1959*, pág. 308, en particular págs. 318 a 322.

<sup>167</sup> Véase el asunto *Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre (Arbitrage relatif aux navires finlandais)*, sentencia de 9 mayo de 1934, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (n.º de venta: 1949.V.2), pág. 1479.

<sup>168</sup> Asunto *De Becker c. Belgique*, demanda n.º 214/56, decisión de 9 de junio de 1958, Comisión y Tribunal Europeos de Derechos Humanos, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1958-1959*, pág. 238.

<sup>169</sup> Véase el asunto *Avena et autres ressortissants mexicains* (México c. Estados Unidos de América), fallo de 31 de marzo de 2004, *C.I.J. Recueil 2004*, pág. 12, en págs 63 a 66, párrs. 135 a 143.

<sup>170</sup> *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (véase la nota 140 *supra*), pág. 46, párr. 59.

<sup>171</sup> *Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre* (véase la nota 167 *supra*), pág. 1502.

<sup>172</sup> Véase el asunto *Ambatielos* (nota 164 *supra*).

<sup>173</sup> Véase D. P. O'Connell, *International Law*, 2.ª ed., Londres, Stevens, 1970, vol. 2, pág. 1059.

<sup>174</sup> Esto concuerda con el principio expuesto por la CPJI en el asunto *Concessions Mavrommatis en Palestine*, según el cual «[a]l asumir la causa de uno de los suyos, al poner en marcha, en su favor, la acción diplomática o la acción judicial internacional, ese Estado hace valer, en realidad, su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar el derecho internacional en la persona de sus súbditos» (véase la nota 31 *supra*), pág. 12.

<sup>175</sup> Fallo, *C.I.J. Recueil 1980*, pág. 3. Véase también *Avena et autres ressortissants mexicains* (véase la nota 169 *supra*), párr. 40, en que la Corte consideró que México había sido lesionado directamente al haber sufrido un perjuicio sus nacionales en virtud del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

<sup>176</sup> Véase la nota 31 *supra*.

y decidir si es el elemento directo o el elemento indirecto el preponderante. En el asunto *ELSI*, una Sala de la CIJ rechazó el argumento de los Estados Unidos de que parte de su reclamación se basaba en la violación de un tratado y, por lo tanto, era innecesario agotar los recursos internos, sosteniendo que:

la Sala no duda que la cuestión que predominantemente influye en la demanda de los Estados Unidos en su conjunto es el presunto perjuicio sufrido por Raytheon y Machlett [sociedades estadounidenses]<sup>177</sup>.

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

4) Los otros «criterios» invocados para determinar si la reclamación es directa o indirecta no son tanto criterios como factores que deben considerarse al decidir si la reclamación se inclina predominantemente en el sentido de una reclamación directa o de una reclamación indirecta, o si no se habría presentado a falta del perjuicio causado al nacional. Los principales factores que deben considerarse para hacer esa determinación son el objeto de la controversia, la naturaleza de la reclamación y la reparación exigida. Así, cuando el objeto de la controversia sea un funcionario diplomático<sup>178</sup> o un bien del Estado<sup>179</sup>, la reclamación será normalmente directa, y si el Estado trata de obtener una indemnización por cuenta de su nacional, la reclamación será indirecta.

5) El artículo 15 deja en claro que los recursos internos deben agotarse no sólo con respecto a una reclamación internacional sino también con respecto a una petición de sentencia declarativa que se base predominantemente en un perjuicio causado a un nacional. Aunque se pueda considerar que si el Estado no pide una indemnización de daños y perjuicios para un nacional lesionado, sino simplemente una decisión sobre la interpretación y aplicación de un tratado, no hay necesidad de agotar los recursos internos<sup>180</sup>, hay casos en que se ha exigido a un Estado que agote los recursos internos cuando pedía una senten-

cia declarativa relativa a la interpretación y aplicación de un tratado supuestamente violado por el Estado demandado en relación o con ocasión del trato ilícito dado a un nacional del Estado demandante<sup>181</sup>. El artículo 15 deja en claro que una petición de sentencia declarativa no supone en sí exención de la regla del agotamiento de los recursos internos. Cuando la petición de sentencia declarativa es accesoria a una reclamación en que se alega un perjuicio a un nacional o está relacionada con ella —*vinculada o no a una demanda de indemnización o restitución en favor del nacional lesionado*— sigue siendo posible que un tribunal falle que, dadas las circunstancias del caso, la petición de sentencia declarativa se basa principalmente en el perjuicio causado al nacional. Una decisión de esa índole sería justa y razonable en los casos en que se hubiera probado que el Estado demandante había pedido deliberadamente una sentencia declarativa a fin de evitar el cumplimiento de la regla del agotamiento de los recursos internos.

#### **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.**

#### *Comentario*

1) El artículo 16 trata de las excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos. Los apartados *a* a *c*, que tratan de las circunstancias que hacen injusto o poco razonable exigir a un extranjero lesionado que agote los recursos internos como condición previa para formular una reclamación son claras excepciones a la regla de agotamiento de los recursos internos. El apartado *d* trata de un caso diferente, que se produce cuando el Estado demandado ha renunciado a exigir la observancia de esa regla.

#### *Apartado a*

2) El apartado *a* versa sobre la excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos que a veces se denomina, en términos generales, excepción de «inutilidad» o de «ineficacia». La Comisión examinó tres opciones para formular una norma que recogiera las circunstancias en que no sería necesario agotar los recursos internos:

i) los recursos internos son manifiestamente inútiles;

<sup>177</sup> *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (véase la nota 140 *supra*), pág. 43, párr. 52. Véase también el asunto *Interhandel* (nota 31 *supra*), pág. 28.

<sup>178</sup> Véase el asunto *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (nota 175 *supra*).

<sup>179</sup> Véase el asunto *Détroit de Corfou*, fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 4.

<sup>180</sup> Véanse los asuntos *Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, sentencia de 9 de diciembre de 1978, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (n.º de venta: E/F.80.V.7), pág. 415; y *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1988*, pág. 12, en particular pág. 29, párr. 41.

<sup>181</sup> Véanse los asuntos *Interhandel* (nota 31 *supra*), págs. 28 y 29; y *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (nota 140 *supra*), pág. 43.



- ii) los recursos internos no ofrecen ninguna perspectiva razonable de éxito;
- iii) los recursos internos no ofrecen ninguna posibilidad razonable de reparación eficaz.

Las tres opciones cuentan con cierto apoyo entre los autores.

3) La Comisión examinó el criterio de la «inutilidad manifiesta», expuesto por el árbitro Bagge en el asunto *Arbitrage relatif aux navires finlandais*<sup>182</sup>, pero decidió que ese criterio fijaba un umbral demasiado alto. En cambio, la Comisión estimó que el criterio de la «falta de perspectiva razonable de éxito», aceptado por la Comisión Europea de Derechos Humanos en varias decisiones<sup>183</sup>, era demasiado generoso para el demandante. En consecuencia, prefirió la tercera opción, que evita los términos rigurosos de «inutilidad manifiesta», pero impone sin embargo una pesada carga al demandante al exigirle que pruebe que, en las circunstancias del caso, y atendiendo al ordenamiento jurídico del Estado demandado, no hay una posibilidad razonable de obtener una reparación eficaz. Este criterio tiene su origen en el voto particular de Sir Hersch Lauterpacht en el asunto *Emprunts norvégiens*<sup>184</sup> y es apoyado por una parte de la doctrina<sup>185</sup>. Además, concuerda con las decisiones judiciales que han mantenido que no han de agotarse los recursos internos cuando el tribunal interno no sea competente para conocer de la controversia de que se trate<sup>186</sup>; cuando la legislación nacional que justifica los actos impugnados por el extranjero no sea examinada por el tribunal interno<sup>187</sup>; cuando sea notorio que los tribunales internos carecen de independencia<sup>188</sup>;

<sup>182</sup> *Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre* (véase la nota 167 *supra*), pág. 1504.

<sup>183</sup> Véanse el asunto *Retimag S. A. c. République fédérale d'Allemagne*, demanda n.º 712/60, decisión de 16 de diciembre de 1961, Comisión y Tribunal Europeos de Derechos Humanos, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1961*, pág. 385, en particular pág. 400, y el asunto *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, demandas n.ºs 8022/77 y 8027/77, decisión de 8 de diciembre de 1979, Consejo de Europa, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Décisions et rapports*, vol. 18, pág. 66, en particular pág. 74. Véase también el comentario al artículo 22 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados aprobado por la Comisión en su 29.º período de sesiones (nota 162 *supra*).

<sup>184</sup> Véase *Affaire relative à certains emprunts norvégiens* (Francia c. Noruega), fallo, *C.I.J. Recueil 1957*, pág. 9, en particular pág. 39.

<sup>185</sup> Véase el tercer informe sobre la protección diplomática (nota 19 *supra*), párr. 35.

<sup>186</sup> Véanse los asuntos *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (nota 32 *supra*), pág. 18, y *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly*, *American Journal of International Law*, vol. 28 (1934), pág. 760, en particular pág. 789; las reclamaciones de *Rosa Gelbtrunk*, sentencia de 2 de mayo de 1902, y de la *Salvador Commercial Company* («El Triunfo Company») (nota 127 *supra*), págs. 467 a 479; el asunto *The Lottie May Incident* (arbitraje entre Honduras y el Reino Unido), sentencia arbitral de 18 de abril de 1899, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV, pág. 29, en particular pág. 31; el voto particular del magistrado Lauterpacht en el asunto *Affaire relative à certains emprunts norvégiens* (nota 184 *supra*), págs. 39 y 40, y el asunto *Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre* (nota 167 *supra*), pág. 1535.

<sup>187</sup> Véase el asunto *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly* (nota *supra*). Véanse también los asuntos *Forêts du Rhodope central*, fondo, sentencia de 29 de marzo de 1933, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, pág. 1405; *Ambatielos* (nota 164 *supra*), pág. 119, e *Interhandel* (nota 31 *supra*), pág. 28.

<sup>188</sup> Véanse los asuntos *Robert E. Brown (United States) v. Great Britain*, sentencia arbitral de 23 de noviembre de 1923, Naciones Unidas,

cuando haya una serie constante y bien establecida de precedentes contrarios al extranjero<sup>189</sup>; cuando los tribunales internos no ofrezcan al extranjero una vía de recurso apropiada y suficiente<sup>190</sup>, o cuando el Estado demandado no tenga un sistema adecuado de protección judicial<sup>191</sup>.

4) La cuestión de si los recursos internos ofrecen o no una posibilidad razonable de reparación eficaz debe determinarse atendiendo al derecho interno y las circunstancias en el momento en que se apliquen. Es una cuestión que decidirán los tribunales internacionales competentes encargados de examinar el agotamiento de los recursos internos. La decisión en esta materia debe tomarse sobre la base de que la reclamación es fundada<sup>192</sup>.

#### Apartado b

5) La posible exención del requisito de agotar los recursos internos en los casos en que el Estado demandado sea responsable de una demora excesiva en la tramitación de un recurso interno se encuentra confirmada en los intentos de codificación<sup>193</sup>, los instrumentos y prácticas de derechos

*Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI, pág. 120, y *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, n.º 4 (para este asunto véase también *International Legal Materials*, vol. 28 (1989), pág. 291, en particular págs. 304 a 309).

<sup>189</sup> Véanse los asuntos *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (nota 32 *supra*); *Lisman*, sentencia de 5 de octubre de 1937, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* vol. III, pág. 1767, en particular pág. 1773; *Seguranca*, sentencia de 27 de septiembre de 1939, Naciones Unidas, *ibid.*, pág. 1861, en particular pág. 1868; *Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre* (nota 167 *supra*), pág. 1495; *X. c. République fédérale d'Allemagne*, demanda n.º 27/55, decisión de 31 de mayo de 1956, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Documents et décisions 1955-1956-1957*, pág. 138; *X. c. République fédérale d'Allemagne*, demanda n.º 352/58, decisión de 4 de septiembre de 1958, Comisión y Tribunal Europeos de Derechos Humanos, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1958-1959*, pág. 342, en particular pág. 344, y *X c. Austria*, demanda n.º 514/59, decisión de 5 de enero de 1960, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1960*, pág. 197, en particular pág. 203.

<sup>190</sup> Véanse los asuntos *Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre* (nota 167 *supra*), págs. 1496 y 1497; *Velásquez Rodríguez c. Honduras* (nota 188 *supra*); *Yagci et Sargin c. Turquie*, sentencia de 8 de junio de 1995, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Série A: Arrêts et décisions*, vol. 319, pág. 3, en particular pág. 17, párr. 42; y *Hornsby c. Grèce*, sentencia de 19 de marzo de 1997, *idem.*, *Recueil des arrêts et décisions 1997-II*, n.º 33, pág. 495, en particular pág. 509, párr. 37.

<sup>191</sup> Véase el asunto *Mushikiwabo and others v. Barayagwiza*, decisión de 9 de abril de 1996, *International Law Reports*, vol. 107 (1997), pág. 457, en particular pág. 460. Durante la dictadura militar en Chile, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos resolvió que las irregularidades intrínsecas de los procedimientos jurídicos de la justicia militar obviaban la necesidad de agotar los recursos internos (véase el caso 9755 (Chile), resolución 01a/88, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1987-1988*, OEA/Ser.L/V/II.74, documento 10 rev. 1, págs. 136 y ss.).

<sup>192</sup> Véanse los asuntos *Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre* (nota 167 *supra*), pág. 1504; y *Ambatielos* (nota 164 *supra*), págs. 119 y 120.

<sup>193</sup> Véanse el examen de los primeros intentos de codificación por el Relator Especial García Amador en su primer informe sobre la responsabilidad del Estado, *Anuario... 1956*, vol. II, documento A/CN.4/96, págs. 171 a 227, en particular págs. 219 a 222, y el párrafo 2 del artículo 19 del proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a los extranjeros, preparado en 1960 por la Facultad de Derecho de Harvard, en Sohn y Baxter, *loc. cit.* (nota 65 *supra*), pág. 577.

humanos<sup>194</sup>, las decisiones judiciales<sup>195</sup> y la doctrina. La Comisión tuvo conciencia de la dificultad de dar un contenido objetivo al significado de «dilación indebida», o de tratar de establecer un plazo fijo para hacer efectivos los recursos internos. Cada asunto debe juzgarse por separado. Como declaró la Comisión de Reclamaciones Británico-mexicana en el asunto *El Oro Mining and Railway Company*:

La Comisión no tratará de establecer con precisión absoluta el plazo en que se supone que el tribunal dicte sentencia. Ello dependerá de diversas circunstancias, especialmente de la magnitud del caso, es decir, del volumen de trabajo que conlleve examinar minuciosamente el caso<sup>196</sup>.

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

#### Apartado c

7) La excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos que figura en el apartado *a* del artículo 16, según la cual no habrán de agotarse los recursos internos cuando «no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener una reparación eficaz», no incluye los supuestos en que esos recursos internos podrían ofrecer una posibilidad razonable de reparación, pero sería poco razonable o causaría grandes dificultades al extranjero lesionado agotar los recursos internos. Por ejemplo, aunque existan recursos internos eficaces, sería poco razonable e injusto exigir a una persona lesionada que agotase esos recursos cuando sus bienes hubieran sufrido daños ambientales causados por la contaminación, la lluvia radiactiva o la caída de objetos espaciales procedentes de un Estado en el que no estuvieran situados sus bienes; o si se encuentra a bordo de una aeronave derribada por un Estado cuyo espacio aéreo haya sido violado accidentalmente; o cuando el Estado demandado u otro órgano pone graves obstáculos para utilizar sus recursos internos. Se ha sugerido que en tales casos los recursos internos no deben agotarse, por la falta de un vínculo voluntario o conexión territorial entre el individuo lesionado y el Estado demandado, o por la existencia de la excepción de dificultades especiales.

8) Hay apoyo en la doctrina para la tesis de que en todos los casos en que se ha exigido el agotamiento de los recursos internos ha habido algún vínculo entre el particular agraviado y el Estado demandado, como por ejemplo la presencia física voluntaria, la residencia, la propiedad de bienes o una relación contractual con ese Estado<sup>197</sup>. Los que defienden este punto de vista sostienen que la naturaleza de la protección diplomática y la regla del agotamiento de los recursos internos han experimentado cambios sustanciales en los últimos tiempos. Mientras que en los inicios de su historia la protección diplomática se caracterizaba por situaciones en que un nacional extranjero que residía y realizaba actividades comerciales en un país extranjero era lesionado por la actuación de ese Estado y, por consiguiente, cabía esperar que agotara los recursos internos de acuerdo con el razonamiento de que debe considerarse que el nacional que se traslada al extranjero aceptará normalmente el derecho del país tal como lo encuentra, incluidos los medios que le ofrezca para la reparación de la injusticia, en la actualidad puede ocurrir que un particular sea lesionado por la actuación de un Estado extranjero fuera de su territorio, o por algún acto cometido en el territorio de ese Estado en circunstancias en que el particular no tenga conexión con ese territorio. Son ejemplos los daños ambientales transfronterizos (como la explosión de la central nuclear de Chernóbil cerca de Kiev, en Ucrania, que causó una lluvia radiactiva que llegó hasta el Japón y Escandinavia) y el hecho de derribar una aeronave que ha penetrado accidentalmente en el espacio aéreo de un Estado (como el asunto *Incident aérien du 27 juillet 1955*, en el que Bulgaria abatió un avión de la compañía El Al que había penetrado por accidente en su espacio aéreo<sup>198</sup>). La base de esa norma del vínculo voluntario o conexión territorial es que el extranjero asume el riesgo en un Estado extranjero. Sólo cuando se ha sometido voluntariamente a la jurisdicción del Estado demandado cabe esperar de él que agote los recursos internos.

9) Ni la jurisprudencia ni la práctica de los Estados ofrecen una orientación clara sobre la existencia de esa excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos. Aunque hay pronunciamientos jurisdiccionales que apoyan la existencia de una excepción en los asuntos *Interhandel*<sup>199</sup> y *Salem*<sup>200</sup>, en otros asuntos<sup>201</sup> los tribunales han mantenido la aplicabilidad de la regla del agotamiento de los recursos internos a pesar de la ausencia de un vínculo voluntario entre el extranjero lesionado y el Estado

<sup>194</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 41, párr. 1 c); Convención americana sobre derechos humanos: «Pacto de San José de Costa Rica» (art. 46, párr. 2 c); *Weinberger c. Uruguay*, comunicación n.º 28/1978, Comité de Derechos Humanos, *Selección de Decisiones adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo* (2.º a 16.º períodos de sesiones) (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.84.XIV.2), vol. 1, pág. 59, en pág. 61; *Las Palmeras*, excepciones preliminares, sentencia de 4 de febrero de 2000, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, *Resoluciones y sentencias*, n.º 67, párr. 38; *Erdogan c. Turquía*, demanda n.º 19807/92, decisión de 16 de enero de 1996, Consejo de Europa, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Décisions et rapports*, vol. 84-B, pág. 5, en pág. 15.

<sup>195</sup> Véanse los asuntos *El Oro Mining and Railway Company (Limited)* (Gran Bretaña) c. Estados Unidos Mexicanos, sentencia n.º 55, de 18 de junio de 1931, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, pág. 191, en particular pág. 198, y *Administration du Prince von Pless*, providencia de 4 de febrero de 1933, C.P.J.I. *serie A/B*, n.º 52, pág. 11, en particular pág. 16.

<sup>196</sup> Véase la nota *supra*.

<sup>197</sup> Véanse C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (nota 164 *supra*), pág. 138, y T. Meron, «The incidence of the rule of exhaustion of local remedies», *The British Year Book of International Law*, 1959, vol. 35, págs. 83 y ss., en particular pág. 94.

<sup>198</sup> *Incident aérien du 27 juillet 1955* (Israel c. Bulgaria), fallo, C.I.J. *Recueil 1959*, pág. 127.

<sup>199</sup> En este asunto, la CIJ declaró «[...] se ha considerado necesario que el Estado en que tuvo lugar la infracción<sup>\*</sup> tenga una oportunidad de subsanarla por sus propios medios» (véase la nota 31 *supra*), pág. 27.

<sup>200</sup> En el asunto *Salem*, un tribunal arbitral declaró que «por norma, todo extranjero debe reconocer que el tipo de justicia que esté instituido en el país en que ha decidido residir es aplicable a su propia persona» (véase la nota 66 *supra*), pág. 1202.

<sup>201</sup> *Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre* (véase la nota 167 *supra*), y *Ambatielos* (véase la nota 164 *supra*).

demandado. Tanto en el asunto *Emprunts norvégiens*<sup>202</sup> como en el asunto *Incident aérien du 27 juillet 1955*<sup>203</sup> se hizo hincapié en el requisito del vínculo voluntario, pero en ninguno de los dos casos la CIJ adoptó una decisión al respecto. En el asunto *Fonderie de Trail* (Trail Smelter)<sup>204</sup>, relativo a una contaminación transfronteriza en que no había un vínculo voluntario ni una conexión territorial, el Canadá no insistió en el agotamiento de los recursos internos. Este asunto y otros<sup>205</sup>, en que se prescindió de los recursos internos por no haber ningún vínculo voluntario, se han interpretado como precedentes que apoyan la exigencia de que haya una aceptación voluntaria de la jurisdicción como condición previa para que se aplique la regla del agotamiento de los recursos internos. La falta de insistencia en la aplicación de esa regla en estos casos, sin embargo, puede explicarse como ejemplo de daño directo, en que no es necesario que se agoten los recursos internos, o basada en que en el compromiso arbitral de que se trataba no se exigía ese agotamiento.

10) Aunque la Comisión estimó que era necesario prever expresamente esta excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos, prefirió no utilizar la expresión «vínculo voluntario» para describirla, ya que esta expresión subraya la intención subjetiva del individuo lesionado y no la falta de una conexión objetivamente determinable entre el particular y el Estado de acogida. Además, sería difícil probar ese criterio subjetivo en la práctica. De ahí la decisión de la Comisión de exigir la existencia de un «vínculo pertinente» entre el extranjero lesionado y el Estado que lo acoge. Ese vínculo debe ser «pertinente» en el sentido de que debe referirse de algún modo al perjuicio sufrido. El tribunal no sólo tendrá que examinar si el particular lesionado estaba presente, residía o realizaba actividades comerciales en el territorio del Estado de acogida, sino también si, dadas las circunstancias, el particular, con su conducta, había asumido el riesgo de que, de sufrir un perjuicio, quedaría sometido a la jurisdicción de ese Estado. Se decidió que la palabra «pertinente» sería la que mejor permitiría a un tribunal examinar los elementos esenciales de la relación entre el extranjero lesionado y el Estado de acogida en el contexto del perjuicio, a fin de determinar si había habido una asunción del riesgo por parte de ese extranjero lesionado.

11) La segunda parte del apartado *c* tiene por objeto dar a un tribunal la potestad de prescindir de la necesidad de agotar los recursos internos cuando, dadas las circunstancias del caso, no sería razonable esperar la observancia de esa regla. Al hacer esa determinación, habrá que examinar evidentemente cada caso de forma individual, y no sería prudente tratar de ofrecer una lista amplia de los factores que podrían matizar esa excepción. No obstante, se sugiere que la excepción podría invocarse cuando un

<sup>202</sup> *Affaire relative à certains emprunts norvégiens* (Francia c. Noruega), fallo de 6 de julio de 1957, alegaciones orales de Francia, C.I.J. *Mémoires, plaidoiries et documents*, vol. I, pág. 408.

<sup>203</sup> *Incident aérien du 27 juillet 1955* (Israel c. Bulgaria), objeciones preliminares, alegaciones orales de Israel, C.I.J. *Mémoires, plaidoiries et documents*, págs. 531 y 532.

<sup>204</sup> Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, pág. 1905.

<sup>205</sup> Asunto *Virginus* (1873), recogido en J. B. Moore, *Digest of International Law* (nota 120 *supra*), vol. II, pág. 895, en pág. 903, y asunto *Jessie* (1921), recogido en *American Journal of International Law*, vol. 16 (1922), págs. 114 a 116.

Estado impidiera a un extranjero lesionado el acceso de hecho a sus tribunales, por ejemplo, denegándole la entrada en su territorio o exponiéndole a peligros que hicieran para él inseguro tratar de entrar en su territorio, o cuando conspiraciones delictivas dentro del Estado de acogida obstaculicen la interposición de una demanda ante los tribunales internos, o cuando el costo del agotamiento de los recursos internos resulte prohibitivo.

#### Apartado d

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

En este caso, según los principios del [d]erecho [i]nternacional generalmente reconocidos y la práctica internacional, la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios. Se le ha considerado así como un medio de defensa y, como tal, renunciabile, aun de modo tácito<sup>206</sup>.

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

14) Se puede incluir una cláusula expresa de renuncia en un compromiso de arbitraje especialmente concertado para dirimir una controversia que ya existe o en un tratado general que disponga que las controversias que se susciten en el futuro se dirimirán mediante arbitraje o alguna otra forma de solución de controversias internacionales. También puede incluirse en un contrato entre un Estado y un extranjero. Hay acuerdo general en que la renuncia expresa a la regla del agotamiento de los recursos internos es válida. La renuncia es común en la práctica estatal contemporánea y muchos convenios arbitrales contienen cláusulas de renuncia. Probablemente el ejemplo más conocido es el artículo 26 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, según el cual:

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

<sup>206</sup> *Viviana Gallardo y otras*, sentencia de 13 de noviembre de 1981, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A: Fallos y Opiniones, n.º G 101/81, pág. 22, párr. 26 (véase también *International Law Reports*, vol. 67 (1984), pág. 587). Véanse asimismo el asunto *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (nota 140 *supra*), pág. 42, párr. 50; los asuntos *De Wilde, Ooms et Versyp* (asuntos «*Vagabondage*»), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fallo de 18 de junio de 1971, *Série A*, n.º 12 (véase también *International Law Reports*, vol. 56 (1980), pág. 337, en pág. 370, párr. 55).

Se reconoce generalmente que la renuncia expresa, conste en un acuerdo entre Estados o en un contrato entre un Estado y un extranjero, es irrevocable incluso si el contrato se rige por la legislación del Estado de acogida<sup>207</sup>.

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

aceptar que se considere tácitamente excluida la aplicación de un principio importante de derecho internacional consuetudinario, sin que se haya precisado verbalmente la intención de excluirla<sup>208</sup>.

16) Sin embargo, cuando esté clara la intención de las partes de renunciar al agotamiento de los recursos internos, es preciso darle efectividad. Esta conclusión es corroborada tanto por la jurisprudencia<sup>209</sup> como por la doctrina. No es posible enunciar una norma general que establezca los supuestos en que se puede inferir tácitamente la intención de renunciar al agotamiento de los recursos internos. Cada caso deberá resolverse conforme a los términos del instrumento y las circunstancias de su aprobación. Cuando el Estado demandado ha aceptado someter al arbitraje las controversias que se susciten en el futuro con el Estado demandante, cabe considerar que ese acuerdo «no implica la renuncia a exigir el agotamiento de todos los recursos internos cuando uno de los Estados contratantes hace suya la demanda de su nacional»<sup>210</sup>. La Sala de la CIJ confirmó en el asunto de la sociedad *ELSI* que había una fuerte presunción contra la renuncia implícita o tácita en un caso de esa índole<sup>211</sup>. Es sin duda más fácil admitir una renuncia implícita en el caso de un compromiso de arbitraje concertado después de haber surgido la controversia. En tal caso, se puede sostener que la renuncia puede ser considerada implícita si el Estado demandado concertó un convenio arbitral con el Estado demandante para resolver las controversias relativas al trato de los nacionales después de haber causado al nacional el perjuicio que es objeto de la controversia, y si el convenio no dice nada acerca del mantenimiento de la regla del agotamiento de los recursos internos.

17) Aunque la tesis de que el comportamiento observado por el Estado demandado en un proceso internacional puede tener como resultado que ese Estado no pueda exigir que se agoten los recursos internos obtuvo cierto

apoyo<sup>212</sup>, la Comisión prefirió no mencionar el *estoppel* o regla de los actos propios al formular la norma relativa a la renuncia, a causa de la incertidumbre que rodea a la doctrina del *estoppel* en derecho internacional. La Comisión estimó que era más prudente permitir que el comportamiento del que podía inferirse una renuncia al requisito del agotamiento de los recursos internos se tratara como una renuncia implícita.

#### CUARTA PARTE

#### DISPOSICIONES VARIAS

##### *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.**

##### *Comentario*

1) Las normas de derecho internacional consuetudinario sobre la protección diplomática que han venido desarrollándose a lo largo de varios siglos y los principios más recientes que rigen la protección de los derechos humanos se complementan y, en última instancia, tienden a un objetivo común: la protección de los derechos humanos<sup>213</sup>. Por lo tanto, los presentes artículos no tienen por objeto excluir ni dejar sin efecto el derecho de los Estados, bien el Estado de la nacionalidad o bien Estados que no son el Estado de la nacionalidad de una persona lesionada, a proteger a esa persona en virtud del derecho internacional consuetudinario, o un tratado multilateral o bilateral de derechos humanos o de cualquier otro tratado. Tampoco tienen por objeto obstaculizar el derecho de las personas naturales o de otras entidades, como las organizaciones no gubernamentales, a recurrir de conformidad con el derecho internacional a acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática para obtener la reparación del perjuicio sufrido como resultado de un hecho internacionalmente ilícito.

2) Un Estado puede proteger a una persona que no es nacional suyo frente al Estado de la nacionalidad de una persona lesionada o frente a un tercer Estado en el marco del procedimiento entre Estados establecido a tenor del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 41), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 11), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 21), el Convenio europeo sobre derechos humanos (art. 24), la

<sup>207</sup> Véanse los asuntos *Viviana Gallardo y otras* (nota *supra*) y *De Wilde, Ooms et Versyp* (asuntos «*Vagabondage*») (ibid.).

<sup>208</sup> *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (véase la nota 140 *supra*), pág. 42, párr. 50.

<sup>209</sup> Véanse, por ejemplo, los asuntos *Steiner and Gross v. Polish State*, caso n.º 322 (1928), *Annual Digest of Public International Law Cases 1927 and 1928*, A. McNair y H. Lauterpacht (eds.), Londres, Longman, 1931, pág. 472, y *American International Group Inc. v. The Islamic Republic of Iran*, laudo n.º 93-2-3 (1983), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1985, vol. 4, pág. 96.

<sup>210</sup> F. A. Mann, «State contracts and international arbitration», *The British Year Book of International Law*, 1967, vol. 42, pág. 32..

<sup>211</sup> Véase la nota 140 *supra*. En el asunto *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (véase la nota 32 *supra*), la CPJI sostuvo que la aceptación de la cláusula facultativa a tenor del párrafo 2 del artículo 36 del Estatuto de la Corte no constituía una renuncia implícita a la regla del agotamiento de los recursos internos (como sostuvo el magistrado van Eysinga en su voto particular disconforme, ibid., págs. 35 y 36).

<sup>212</sup> Véanse los asuntos *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (nota 140 *supra*), pág. 44, párr. 54; *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges*, laudo de 30 de noviembre de 1992 (Tribunal arbitral), *International Law Reports*, vol. 102 (1996), pág. 216, en particular pág. 285, párr. 6.33, y *Foti and others*, fondo, sentencia de 10 de diciembre de 1982, ibid., vol. 71 (1986), pág. 366, en particular pág. 380, párr. 46.

<sup>213</sup> Véase el primer informe sobre la protección diplomática (nota 16 *supra*), especialmente párrs. 22 a 32.

Convención americana sobre derechos humanos: «Pacto de San José de Costa Rica» (art. 45), y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (arts. 47 a 54). Las mismas convenciones permiten que un Estado proteja a sus propios nacionales en el marco de procedimientos interestatales. Además, el derecho internacional consuetudinario autoriza a los Estados a proteger los derechos de no nacionales mediante protesta, negociación y, si un instrumento jurisdiccional lo permite, en el marco de un procedimiento judicial. La decisión de la CIJ en los asuntos *Sud-Ouest africano*<sup>214</sup> de 1966, a tenor de la cual un Estado no podría incoar un procedimiento judicial para proteger los derechos de no nacionales, se considera hoy no ajustada a derecho y fue repudiada expresamente por la Comisión en sus artículos sobre la responsabilidad del Estado<sup>215</sup>. Además, el artículo 48 de ese proyecto de artículos autoriza a un Estado que no sea un Estado lesionado a invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto<sup>216</sup>.

3) El individuo también puede ejercitar derechos y recursos para protegerse frente al Estado autor del hecho lesivo, sea su Estado de la nacionalidad u otro Estado, a tenor de lo dispuesto en las convenciones internacionales de derechos humanos. Ese ejercicio suele adoptar la forma de una petición dirigida a un órgano internacional de supervisión de los derechos humanos<sup>217</sup>. En el derecho internacional, también pueden surgir derechos individuales fuera del marco de los derechos humanos. En el asunto *LaGrand*, la CIJ determinó que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares «crea derechos individuales que, en virtud del artículo I del Protocolo facultativo, pueden ser invocados ante esta Corte por Estado nacional de la persona detenida»<sup>218</sup>; en el asunto *Avena* la Corte señaló además que:

toda violación de los derechos de que es titular el individuo en virtud del artículo 36 puede dar lugar a una violación de los derechos del Estado que envía, y que toda violación de los derechos de éste puede dar lugar a una violación de los derechos del individuo<sup>219</sup>.

En el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado se incluyó una cláusula de salvaguardia —el artículo 33— para tener en cuenta esta evolución del derecho internacional<sup>220</sup>.

4) Entre las acciones o procedimientos a que se refiere el artículo 17 se encuentran los que ofrecen tanto los trata-

<sup>214</sup> *Sud-Ouest africano*, segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1966*, pág. 6.

<sup>215</sup> *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 135 (comentario al artículo 48, nota a pie de página 725).

<sup>216</sup> *Ibid.*, párr. 76.

<sup>217</sup> Véanse, por ejemplo, el Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 14 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y el artículo 22 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

<sup>218</sup> *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos de América), fallo, *C.I.J. Recueil 2001*, pág. 466, en pág. 494, párr. 77.

<sup>219</sup> *Avena et autres ressortissants mexicains* (véase la nota 169 *supra*), pág. 36, párr. 40.

<sup>220</sup> El párrafo 2 de este artículo dice: «La presente parte se entiende sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado» (*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 76).

dos de derechos humanos de ámbito universal y regional como cualquier otro tipo de tratado pertinente, por ejemplo, diversos tratados sobre la protección de las inversiones. Sin embargo, el artículo 17 no se refiere a las vías de recurso internas.

5) Este proyecto de artículo concierne principalmente a la protección de los derechos humanos por medios distintos de la protección diplomática. Con todo, abarca también los derechos de los Estados, las personas naturales y otras entidades conferidos por tratados y normas consuetudinarias en relación con otras materias, como la protección de las inversiones extranjeras. Análogamente, el proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de los derechos que se puedan invocar a tenor de procedimientos distintos de la protección diplomática.

6) El artículo 17 deja bien sentado que el presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio del derecho que tengan los Estados, las personas naturales u otras entidades a obtener la reparación del perjuicio sufrido como resultado de un hecho internacionalmente ilícito mediante procedimientos distintos de la protección diplomática. No obstante, un Estado, cuando recurre a esos procedimientos, no abandona su derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una persona si ésta tiene su nacionalidad<sup>221</sup>.

7) Un miembro de la Comisión opinó que los recursos ejercitados a tenor de tratados de derechos humanos eran *lex specialis* y que tenían prioridad respecto de los recursos ejercitados en virtud de la protección diplomática. Algunos miembros de la Comisión también expresaron la opinión de que habría que refundir el texto de los artículos 17 y 18.

#### *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.**

#### *Comentario*

1) Las inversiones extranjeras se encuentran reguladas y protegidas por los tratados bilaterales sobre inversiones<sup>222</sup>. En los últimos años ha crecido considerablemente el número de esos tratados bilaterales. Hoy se estima que hay en vigor cerca de 2.000 acuerdos de ese tipo. Una característica importante de esos tratados es el procedimiento de solución de las controversias en materia de inversiones. Algunos de ellos permiten dirimir directamente la controversia en materia de inversiones entre

<sup>221</sup> En el asunto *Selmouni c. France*, demanda n.º 25803/94, sentencia de 28 de julio de 1999, *Selmouni c. France*, fallo de 28 de julio de 1999, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Recueil des arrêts et décisions 1999-V*, pág. 149, los Países Bajos intervinieron para apoyar la demanda individual interpuesta por uno de sus nacionales contra Francia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Eso no habría impedido a los Países Bajos formular una reclamación en ejercicio de su protección diplomática en favor de la persona lesionada, si así lo hubiera decidido.

<sup>222</sup> Así lo reconoció la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction*, segunda fase, fallo (véase la nota 40 *supra*), pág. 47, párr. 90.

el inversor y el Estado receptor sometiéndola, bien a un tribunal especial, o bien a un tribunal establecido por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), a tenor del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. Otros prevén resolver las controversias sobre inversiones por medio de un arbitraje entre el Estado de la nacionalidad del inversor (sociedad o accionista) y el Estado receptor acerca de la interpretación o la aplicación de la disposición pertinente del tratado bilateral sobre inversiones de que se trate. Los procedimientos de solución de controversias establecidos en los tratados bilaterales sobre inversiones y en el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados ofrecen mayores ventajas al inversor extranjero que el sistema de la protección diplomática regido por el derecho internacional consuetudinario, ya que le proporcionan acceso directo al arbitraje internacional y permiten evitar la incertidumbre política inherente al carácter discrecional de la protección diplomática.

2) El recurso a los procedimientos de solución de controversias previstos en los tratados bilaterales sobre inversiones o en el Convenio del CIADI excluye en la mayoría de los casos la protección diplomática<sup>223</sup>.

3) El artículo 18 indica claramente que los presentes artículos no se aplican al régimen especial alternativo de protección de los inversores extranjeros establecido en tratados bilaterales o multilaterales sobre inversiones. No obstante, reconoce que algunos tratados no excluyen totalmente el recurso a la protección diplomática. Por eso el texto de la disposición dice que los artículos no se aplican «en los casos y en la medida en que» sean incompatibles con las disposiciones de un tratado bilateral sobre inversiones. En la medida en que sean compatibles con el tratado de que se trate, continúan aplicándose.

#### *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.**

#### *Comentario*

1) El artículo 19 tiene por objeto afirmar el derecho del Estado o los Estados de la nacionalidad de los miembros de la tripulación de un buque a ejercer la protección

<sup>223</sup> El párrafo 1 del artículo 27 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados dispone lo siguiente: «Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo».

diplomática en favor de ellos, y reconocer al mismo tiempo que el Estado de la nacionalidad del buque tiene también derecho a exigir reparación en favor de los miembros de la tripulación, independientemente de su nacionalidad, cuando hayan sufrido un daño como consecuencia de un perjuicio causado al buque por un hecho internacionalmente ilícito. Ha sido necesario afirmar el derecho del Estado de la nacionalidad a ejercer la protección diplomática en favor de los miembros de la tripulación de un buque para excluir totalmente la idea de que ese derecho quedaba sustituido por el del Estado de la nacionalidad del buque. Al mismo tiempo, es preciso reconocer el derecho del Estado de la nacionalidad del buque a exigir reparación en favor de los miembros de la tripulación. Aunque ello no se puede considerar protección diplomática a falta del vínculo de la nacionalidad entre el Estado del pabellón del buque y los miembros de su tripulación presenta con todo una gran semejanza con dicha institución.

2) La tesis de que el Estado de la nacionalidad de un buque (el Estado del pabellón) puede exigir reparación en favor de los miembros de la tripulación del buque que no tengan su nacionalidad encuentra apoyo en la práctica de los Estados, la jurisprudencia y la doctrina<sup>224</sup>. También hay consideraciones de orden práctico a favor de esa tesis.

3) La práctica de los Estados proviene fundamentalmente de los Estados Unidos de América. En el derecho de los Estados Unidos, se ha reconocido tradicionalmente a la gente de mar extranjera el derecho a la protección de los Estados Unidos durante su servicio a bordo de buques estadounidenses. Desde el punto de vista de los Estados Unidos, desde que un marinero se enrolaba en un buque, la única nacionalidad pertinente era la del Estado del pabellón<sup>225</sup>. Este estatuto singular de los extranjeros que prestan servicio a bordo de buques estadounidenses fue reafirmado tradicionalmente en las comunicaciones diplomáticas y los reglamentos consulares de los Estados Unidos<sup>226</sup>. No obstante, los propios Estados Unidos, en una comunicación a la Comisión con fecha de 20 de mayo de 2003<sup>227</sup>, ponen en duda que esta práctica constituya la prueba de la existencia de una norma consuetudinaria.

4) Los laudos arbitrales internacionales no son concluyentes en cuanto al derecho de un Estado a hacer extensiva su protección diplomática a la gente de mar que no tenga su nacionalidad, pero tienden a inclinarse más bien a favor que en contra. En el asunto *McCready*, el árbitro Sir Edward Thornton sostuvo que:

la gente de mar que preste sus servicios en la armada o la marina mercante bajo un pabellón que no sea el suyo tiene derecho, durante

<sup>224</sup> Véanse H. Meyers, *The Nationality of Ships*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1967, págs. 90 a 107; R. Dolzer, «Diplomatic protection of foreign nationals», en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, Elsevier, 1992, pág. 1067, e I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6.ª ed., Oxford University Press, 2003, pág. 460.

<sup>225</sup> Véase el asunto *Ross*, *United States Reports*, vol. 140 (1911), pág. 453.

<sup>226</sup> Véase Hackworth, *op. cit.* (nota 127 *supra*), vol. III, pág. 418, y vol. IV, págs. 883 y 884.

<sup>227</sup> Esa comunicación se encuentra en los archivos de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas. La comunicación de los Estados Unidos se basa en gran medida en un artículo crítico de A. Watts, «The protection of alien seamen», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 7 (1958), pág. 691.

la duración de ese servicio, a la protección del pabellón bajo el que sirve<sup>228</sup>.

En el asunto *I'm Alone*<sup>229</sup>, que tuvo su origen en el hundimiento de una nave canadiense por un buque guardacostas de los Estados Unidos, el Gobierno del Canadá reclamó con éxito indemnización en nombre de tres miembros de la tripulación que no eran nacionales suyos, alegando que, cuando la reclamación se formulaba en favor de un buque, había que considerar, a los efectos de la reclamación, que los miembros de la tripulación tenían la misma nacionalidad que el buque. En la opinión consultiva emitida en el asunto *Réparation*, dos magistrados, en sus votos particulares, reconocieron el derecho de un Estado a ejercer la protección en nombre de miembros extranjeros de la tripulación<sup>230</sup>.

5) En 1999, el TIDM dictó una decisión en el asunto *Saiga*<sup>231</sup> que sostiene, aunque no sin ambigüedad, el derecho del Estado del pabellón a exigir reparación en favor de los miembros extranjeros de la tripulación. El litigio se había planteado en este caso por el apresamiento e inmovilización del *Saiga* por Guinea cuando el buque estaba abasteciendo de combustible a barcos de pesca frente a la costa de Guinea. El *Saiga* estaba matriculado en San Vicente y las Granadinas («San Vicente») y su capitán y tripulación eran nacionales de Ucrania. En el momento del apresamiento había también a bordo tres trabajadores senegaleses. Después del apresamiento del buque, Guinea lo inmovilizó y mantuvo en prisión preventiva a su tripulación. En el procedimiento incoado ante el TIDM, Guinea impugnó la admisibilidad de la demanda de San Vicente aduciendo, entre otras cosas, que los miembros de la tripulación lesionados no eran nacionales de San Vicente. El Tribunal desestimó las excepciones de inadmisibilidad de la demanda y falló que Guinea había violado los derechos de San Vicente al apresar e inmovilizar el buque y al mantener a la tripulación en prisión preventiva. Ordenó a Guinea que pagara una indemnización a San Vicente en reparación de los daños causados al *Saiga* y del perjuicio sufrido por la tripulación.

6) Aunque el Tribunal consideró que el litigio versaba fundamentalmente sobre un perjuicio causado directamente a San Vicente<sup>232</sup>, de su razonamiento se puede inferir que también abordó la cuestión como algo afín a la protección diplomática. Guinea se opuso claramente a la admisibilidad de la demanda respecto de la tripula-

ción alegando que constituía un ejercicio de la protección diplomática a favor de personas que no eran nacionales de San Vicente<sup>233</sup>. San Vicente, con igual claridad, sostuvo que le asistía el derecho de proteger a la tripulación de un buque que enarbolaba su pabellón, «independientemente de su nacionalidad»<sup>234</sup>. Al desestimar la excepción de Guinea, el Tribunal afirmó que la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en varias disposiciones pertinentes, entre ellas el artículo 292, no distinguía entre nacionales y no nacionales del Estado del pabellón<sup>235</sup>. Subrayó que:

el buque, todas las cosas que en él se encuentran y todas las personas implicadas o interesadas en su explotación son consideradas como una entidad vinculada al Estado del pabellón. La nacionalidad de esas personas no es pertinente<sup>236</sup>.

7) Hay razones prácticas que abogan de modo convincente por que se permita al Estado del pabellón exigir reparación en favor de la tripulación del buque. Así lo reconoció el TIDM en el asunto del *Saiga* cuando destacó «la composición cambiante y plurinacional de las tripulaciones de los buques» y dijo que los buques de gran tonelaje:

podían tener una tripulación compuesta de personas de nacionalidades diversas. Si cada una de las personas que hubiera sufrido un perjuicio estuviera obligada a recabar la protección del Estado de su nacionalidad, ello daría lugar a dificultades injustificadas<sup>237</sup>.

No deben pasarse por alto las consideraciones prácticas relativas a la formulación de las reclamaciones. Es mucho más fácil y eficiente que un Estado exija reparación en nombre de todos los miembros de la tripulación que obligar a los Estados de la nacionalidad de todos los miembros de la tripulación a formular por separado reclamaciones en nombre de sus nacionales.

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

<sup>228</sup> *McCready (US) v. Mexico*, J. B. Moore, *International Arbitrations*, vol. 3, pág. 2536.

<sup>229</sup> *I'm Alone*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, pág. 1609.

<sup>230</sup> *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* (véase la nota 29 *supra*), págs. 202 y 203 (magistrado Hackworth) y págs. 206 y 207 (magistrado Badawi Pasha).

<sup>231</sup> *Navire «Saiga» (n.º 2)* (San Vicente y las Granadinas c. Guinea), fallo, *TIDM Recueil 1999*, vol. 3, párr. 10.

<sup>232</sup> *Ibid.*, págs. 45 y 46, párr. 98.

<sup>233</sup> *Ibid.*, pág. 47, párr. 103.

<sup>234</sup> *Ibid.*, párr. 104.

<sup>235</sup> *Ibid.*, págs. 47 y 48, párr. 105.

<sup>236</sup> *Ibid.*, pág. 48, párr. 106.

<sup>237</sup> *Ibid.*, párr. 107.

## Capítulo V

### RESPONSABILIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

#### A. Introducción

61. En su 52.º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión decidió incluir el tema «Responsabilidad de las organizaciones internacionales» en su programa de trabajo a largo plazo<sup>238</sup>. La Asamblea General, en el párrafo 8 de su resolución 55/152, de 12 de diciembre de 2000, tomó nota de la decisión de la Comisión relativa a su programa de trabajo a largo plazo y del plan de estudios del nuevo tema anexo al informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 52.º período de sesiones. La Asamblea General, en el párrafo 8 de su resolución 56/82, de 12 de diciembre de 2001, pidió a la Comisión que iniciara su labor sobre el tema de la «Responsabilidad de las organizaciones internacionales».

62. En su 54.º período de sesiones, en 2002, la Comisión decidió incluir el tema en su programa de trabajo y nombró Relator Especial del tema al Sr. Giorgio Gaja<sup>239</sup>. En el mismo período de sesiones, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo sobre el tema<sup>240</sup>. En su informe<sup>241</sup>, el Grupo de Trabajo estudió someramente el alcance del tema, las relaciones sobre el nuevo proyecto y el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión en su 53.º período de sesiones<sup>242</sup>, las cuestiones de atribución, las cuestiones relativas a la responsabilidad de los Estados miembros por un comportamiento que se atribuye a una organización internacional y las cuestiones relativas al contenido de la responsabilidad internacional, al modo de hacer efectiva la responsabilidad y a la solución de controversias. Al final de su 54.º período de sesiones, la Comisión aprobó el informe del Grupo de Trabajo<sup>243</sup>.

63. En su 55.º período de sesiones, celebrado en 2003, la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial<sup>244</sup>, en el que éste proponía tres artículos, los artículos 1 a 3, que versaban sobre el ámbito del proyecto de artículos, los términos empleados y los principios generales. En ese mismo período de sesiones, la Comisión examinó esos artículos y los remitió al Comité de Redacción. En su 2776.ª sesión, celebrada el 16 de julio de 2003, la Comisión examinó y aprobó el informe del Comité de Redacción sobre los proyectos de artículo 1, 2 y 3.

<sup>238</sup> *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), párr. 729.

<sup>239</sup> *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párrs. 461 y 463.

<sup>240</sup> *Ibid.*, párr. 462.

<sup>241</sup> *Ibid.*, párrs. 465 a 488.

<sup>242</sup> Véase la nota 4 *supra*.

<sup>243</sup> *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párr. 464.

<sup>244</sup> *Anuario... 2003*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/532.

#### B. Examen del tema en el actual período de sesiones

64. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo a su disposición el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/541).

65. En su segundo informe, el Relator Especial trataba de la atribución de un comportamiento a una organización internacional, cuestión sobre la que proponía cuatro proyectos de artículo: el artículo 4 (Regla general sobre la atribución de un comportamiento a una organización internacional)<sup>245</sup>, el artículo 5 (Comportamiento de los órganos puestos a disposición de una organización internacional por un Estado u otra organización internacional)<sup>246</sup>, el artículo 6 (Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones)<sup>247</sup>, y el artículo 7 (Comportamiento que la organización internacional reconoce y adopta como propio)<sup>248</sup>. Los artículos correspondían al

<sup>245</sup> El proyecto de artículo 4 decía lo siguiente:

«Artículo 4. Regla general sobre la atribución de un comportamiento a una organización internacional

1. El comportamiento de un órgano de una organización internacional, de uno de sus funcionarios o de otra persona a la que se haya encomendado parte de las funciones de la organización se considerará hecho de esa organización según el derecho internacional, cualquiera que sea la posición que el órgano, el funcionario o la persona ocupe en la estructura de la organización.

2. Los órganos, los funcionarios o las personas a que se refiere el párrafo precedente son los que se designen como tales en las reglas de la organización.

3. A los efectos del presente artículo, se entiende por “reglas de la organización” en particular los instrumentos constitutivos, [las decisiones y resoluciones] [los actos de la organización] adoptados de conformidad con ellos, y la práctica [establecida] [generalmente aceptada] de la organización.»

<sup>246</sup> El proyecto de artículo 5 decía lo siguiente:

«Artículo 5. Comportamiento de los órganos puestos a disposición de una organización internacional por un Estado u otra organización internacional

El comportamiento de un órgano de un Estado o una organización internacional que haya sido puesto a disposición de otra organización internacional para desempeñar una de las funciones de ésta se considerará, según el derecho internacional, hecho de esa organización en la medida en que la organización ejerza un control efectivo sobre el comportamiento del órgano.»

<sup>247</sup> El proyecto de artículo 6 decía lo siguiente:

«Artículo 6. Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones

El comportamiento de un órgano, de un funcionario o de otra persona a la que se haya encomendado parte de las funciones de la organización se considerará hecho de la organización según el derecho internacional si tal órgano, funcionario o persona actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga a sus instrucciones.»

<sup>248</sup> El proyecto de artículo 7 decía lo siguiente:

«Artículo 7. Comportamiento que la organización internacional reconoce y adopta como propio