PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

[Tema 6 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/506 y Add.1*

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

[Original: francés/inglés]
[7 de marzo y 20 de abril de 2000]

ÍNDICE

		Párrafos	*Página*
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe			216
Obras citadas en el presente informe			217
INTRODUCCIÓN		1–8	221
Capítulo			
I.	ESTRUCTURA DEL INFORME	9–32	222
	Introducción	10–32	222
II.	PROYECTO DE ARTÍCULOS	33–188	225
	Artículo 1. Alcance	33–46	225
	Comentario	33–46	225
	A. Protección diplomática	33–40	225
	B. Significado del término «medidas»	41–46	227
	Artículo 2	47–60	228
	Comentario	47–60	228
	Artículo 3	61–74	231
	Comentario	61–74	231
	Artículo 4	75–93	234
	Comentario	75–93	234
	Artículo 5	94–120	237
	Comentario	94–120	237
	Artículo 6	121–160	241
	Comentario	121–160	241
	Artículo 7	161–174	248
	Comentario	161–174	248
	Artículo 8	175–184	250
	Comentario	175–184	250
	Futuros informes (y artículos)	185–188	251
III.	NACIONALIDAD CONTINUA Y TRANSFERIBILIDAD DE LAS RECLAMACIONES	189–218	252
	Artículo 9	189–218	252
	Comentario	189–218	252
	A. La formulación clásica de la regla y su justificación	190–192	252
	B. Posición de la regla	193–199	253
	C. Incertidumbre acerca del contenido de la regla	200–205	255
	D. Objeciones de jurisprudencia y de política a la regla de la continuidad	206–211	257
	E. Conclusión	212–218	258

*En el que se incorpora el documento A/CN.4/506/Corr.1.

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Convención relativa a la Limitación del Empleo de la Fuerza para el Cobro de Deudas Contractuales (Convención Porter) (La Haya, 18 de octubre de 1907)	J. B. Scott, ed., *Las Convenciones y Declaraciones de La Haya de 1899 y 1907*, Nueva York, Oxford University Press, 1916.
Convención sobre ciertas cuestiones relativas a los conflictos de leyes sobre la nacionalidad (La Haya, 12 de abril de 1930)	Ibíd., vol. CLXXIX, pág. 89.
Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio europeo de derechos humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Ibíd., vol. 213, n.º 2889, pág. 221. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 243, 10 de octubre de 1979.
Convención sobre el estatuto de los refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 189, n.º 2545, pág. 151.
Acuerdo de nacionalidad entre los Estados de la Liga Árabe (El Cairo, 5 de abril de 1954)	*British and Foreign State Papers, 1954*, vol. 161 (Londres, HM Stationery Office, 1963), pág. 635.
Convención sobre el estatuto de los apátridas (Nueva York, 28 de septiembre de 1954)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 360, pág. 174.
Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Ibíd., vol. 500, n.º 7310, pág. 162.
Convención para reducir los casos de apatridia (Nueva York, 30 de agosto de 1961)	Ibíd., vol. 989, n.º 14458, pág. 221.
Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963)	Ibíd., vol. 596, n.º 8638, pág. 392.
Convención sobre la reducción de los casos de pluralidad de nacionalidades y sobre las obligaciones militares en el caso de pluralidad de nacionalidades (Estrasburgo, 6 de mayo de 1963)	Ibíd., vol. 634, n.º 9065, pág. 221.
Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Washington D.C., 18 de marzo de 1965)	Ibíd., vol. 575, n.º 8359, pág. 206.
Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 21 de diciembre de 1965)	Ibíd., vol. 660, n.º 9464, pág. 195.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, n.º 14668, pág. 241.
Convenio europeo sobre funciones consulares (París, 11 de diciembre de 1967)	Consejo de Europa, *Série des traités européens*, n.º 61.
Protocolo al Convenio europeo sobre funciones consulares relativo a la protección de los refugiados (París, 11 de diciembre de 1967)	Ibíd., n.º 61 A.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n.º 18232, pág. 443.
Convención americana sobre derechos humanos – «Pacto de San José de Costa Rica» (San José, 22 de noviembre de 1969)	Ibíd., vol. 1144, n.º 17955, pág. 124.
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Nueva York, 18 de diciembre de 1979)	Ibíd., vol. 1249, pág. 70.
Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981)	Ibíd., vol. 1520, pág. 217.
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	Ibíd., vol. 1834, n.º 31363, pág. 371.
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)	Ibíd., vol. 1465, n.º 24841, pág. 145.
Convenio de las Naciones Unidas sobre las Condiciones de Matriculación de los Buques (Ginebra, 7 de febrero de 1986)	TD/RS/CONF/19/Add.1.
Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (Nueva York, 18 de diciembre de 1990)	*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 49 A*, resolución 45/158, anexo.
Acuerdo para promover el cumplimento de las medidas internacionales de conservación y ordenación por los buques pesqueros que pescan en alta mar (Roma, 24 de noviembre de 1993)	ILM (Washington D.C.), vol. 33, n.º 4 (julio de 1994), pág. 968.
Convenio europeo sobre la nacionalidad (Estrasburgo, 6 de noviembre de 1997)	Consejo de Europa, *Série des traités européens*, n.º 166.

Obras citadas en el presente informe

AGHAHOSSEINI, Mohsen

«The claims of dual nationals before the Iran-United States Claims Tribunal: some reflections», *Leiden Journal of International Law*, vol. 10, marzo de 1997.

ALDRICH, George H.

The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal, Oxford, Clarendon Press, 1996.

AMERASINGHE, C. F.

State Responsibility for Injuries to Aliens, Oxford, Clarendon Press, 1967.

BALLADORE PALLIERI, Giorgio

«La determinazione internazionale della cittadinanza ai fini dell'esercizio della protezione diplomatica», *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, vol. 1, Milán, Giuffrè, 1957.

BARRIE, George N.

«Forcible intervention and international law: legal theory and realities», *South African Law Journal*, vol. 116, 1999.

BARSOTTI, Roberto

«Armed reprisals», en A. Cassese (ed.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986.

BAR-YAACOV, N.

Dual Nationality, Londres, Stevens & Sons, 1961.

BASDEVANT, J.

«Conflits de nationalités dans les arbitrages vénézuéliens de 1903–1905», *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, vol. 4, 1909.

BATIFFOL, Henri y Paul LAGARDE

Droit international privé, 7.ª ed., vol. I, París, LGDJ, 1981.

BEDERMAN, David J.

«Nationality of individual claimants before the Iran-United States Claims Tribunal», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 42, parte 1, enero de 1993.

BENNOUNA, Mohamed

«La protection diplomatique, un droit de l'État?», en *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber: Peace, Development, Democracy*, vol. I, Bruselas, Bruylant, 1998.

BLUM, Yehuda

«Israel», en Elihu Lauterpacht y John G. Collier (eds.), *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: an International Compendium*, Nueva York, Praeger, 1977.

BOJARS, Y.

Grazhdanstvo gosudarstv mira (Nacionalidad de los Estados en el mundo), Universidad de Letonia, Matsibu gramata, 1993.

BORCHARD, Edwin M.

The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims, Nueva York, Banks Law Publishing Co., 1915.

«Protection diplomatique des nationaux à l'étranger», Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire* (Bruselas), julio de 1931, vol. I (reunión de Cambridge, 1931, trabajos preparatorios).

«La protection diplomatique des nationaux à l'étranger», Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire* (Bruselas), agosto de 1932, vol. 37 (reunión de Oslo, 1932, trabajos preparatorios).

«The protection of citizens abroad and change of original nationality», *Yale Law Journal*, vol. XLIII, n.º 3, enero de 1934.

BOWETT, Derek

Self-Defence in International Law, Manchester, Manchester University Press, 1958.

«Reprisals involving recourse to armed force», *American Journal of International Law* (Washington D.C.), vol. 66, n.º 1, enero de 1972.

BOYLE, Francis A.

«The Entebbe hostages crisis», *Netherlands International Law Review*, vol. XXIX, n.º 1, 1982.

BRIERLY, J. L.

«The theory of implied State complicity in international claims», *British Year Book of International Law, 1928* (Oxford), vol. 9, págs. 42 a 49.

The Law of Nations: an Introduction to the International Law of Peace, 6.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1963.

BRIGGS, Herbert W.

«La protection diplomatique des individus en droit international: la nationalité des réclamations», Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire* (Basilea), septiembre de 1965, vol. I (reunión de Varsovia, 1965, trabajos preparatorios).

BROWER, Charles N. y Jason D. BRUESCHKE

The Iran-United States Claims Tribunal, La Haya, Martinus Nijhoff, 1998.

BROWNLIE, Ian

International Law and the Use of Force by States, Oxford, Clarendon Press, 1963.

«The relations of nationality in public international law», *British Year Book of International Law, 1963* (Londres), vol. 39, 1965.

Principles of Public International Law, 5.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1998.

BRYDE, Brun-Otto

«Self-defence», en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam, Elsevier, 2000.

CAFLISCH, Lucius

«Switzerland», en Elihu Lauterpacht y John G. Collier (eds.), *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: an International Compendium*, Nueva York, Praeger, 1977.

«Pratique suisse en matière de droit international public», *Annuaire suisse de droit international* (Zurich), vol. XXXIV, 1978.

CASTRO, F. de

«La nationalité, la double nationalité et la supra-nationalité», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1961–I*, Leiden, Sijthoff, 1962, vol. 102.

CHAPPEZ, Jean

«Protection diplomatique», *Juris-Classeur Droit International*, Parte 250, París, Editions du Juris-Classeur, 1999.

CHERNICHENKO, S. V.

Mezhdunarodno-pravovye voprosy grazhdanstva, Moscú, Mezhdunarodnoye otnasheniya, 1968.

CHOLEWINSKI, Ryszard

Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment, Oxford, *Clarendon Press, 1997.*

COMBACAU, Jean y Serge SUR

Droit international public, 4.ª ed., París, Montchrestien, 1999, 801 págs.

DAHM, Georg

Völkerrecht, Stuttgart, Kohlhammer, 1961.

D'ANGELO, John R.

«Resort to force by States to protect nationals: the U.S. rescue mission to Iran and its legality under international law», *Virginia Journal of International Law*, vol. 21, n.º 3, segundo trimestre de 1981.

De Visscher, Charles

Théories et réalités en droit international public, 3.ª ed. rev. y aum., París, Pedone, 1960.

«Cours général de principes de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1954–II*, Leiden, Sijthoff, 1955, vol. 86.

De Visscher, Paul

«Cours général de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1972–II*, Leiden, Sijthoff, 1973, vol. 136.

Dinstein, Yoram

War, Aggression and Self-Defence, 2.ª ed., Cambridge, Grotius, 1994.

Doehring, K.

Die Pflicht des Staates zur Gewährung diplomatischen Schutzes, Colonia, Carl Heymanns, 1959.

«Handelt es sich bei einem Recht, das durch diplomatischen Schutz eingefordert wird, um ein solches, das dem die Protection ausübenden Staat zusteht, oder geht es um die Erzwingung von Rechten des betroffenen Individuums?», en Georg Ress y Torsten Stein (eds.), *Der diplomatische Schutz im Völker– und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996.

Donner, Ruth

The Regulation of Nationality in International Law, 2.ª ed., Irvington-on-Hudson (Nueva York), Transnational, 1994.

Dunn, Frederick Sherwoood

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

Fitzmaurice, Sir Gerald

«The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1957–II*, Leiden, Sijthoff, 1958, vol. 92.

Flournoy Jr., Richard W.

«Nationality convention, protocols and recommendations adopted by the First Conference on the Codification of International Law», *American Journal of International Law* (Washington D.C.), vol. 24, 1930.

Franzke, Hans-Georg

«Die militärische Abwehr von Angriffen auf Staatsangehörige im Ausland: insbesondere ihre Zulässigkeit nach der Satzung der Vereinten Nationen», *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (Viena), vol. XVI, 1966.

García Amador, F. V.

«State responsibility: some new problems», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1956–II*, Leiden, Sijthoff, 1959, vol. 94.

The Changing Law of International Claims, vols. I y II, Nueva York, Oceana, 1984.

Geck, Wilhelm Karl

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

Glahn, Gerhard von

Law Among Nations: an Introduction to Public International Law, 4.ª ed., Nueva York, Macmillan, 1981.

Goodwin-Gill, Guy S.

The Refugee in International Law, 2.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1996.

Grahl-Madsen, Atle

«Protection of refugees by their country of origin», *Yale Journal of International Law*, vol. 11, n.º 2 , segundo trimestre de 1986.

Greig, D. W.

International Law, 2.ª ed., Londres, Butterworth, 1976.

Griffin, William L.

«International claims of nationals of both the claimant and respondent States: the case history of a myth», *International Lawyer*, vol. I, n.º 1, octubre de 1966.

Guha Roy, S. N.

«Is the law of responsibility of States for injuries to aliens a part of universal international law?», *American Journal of International Law* (Washington D.C.), vol. 55, n.º 4, octubre de 1961.

Hailbronner, Kay

«Diplomatischer Schutz bei mehrfacher Staatangehörigkeit», en Georg Ress y Torsten Stein (eds.), *Der diplomatische Schutz im Völker– und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996.

Harris, D. J.

Cases and Materials on International Law, 5.ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1998, 1123 págs.

Harvard Law School

Research in International Law, II. *Responsibility of States*, Cambridge (Massachusetts), Harvard Law School, 1929.

«Draft conventions and comments on nationality, responsibility of States for injuries to aliens, and territorial waters», *Supplement to the American Journal of International Law* (Washington D.C.), vol. 23, número especial, abril de 1929.

Higgins, Rosalyn

The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations, Londres, Oxford University Press, 1963.

Problems and Process. International Law and How We Use It, Oxford, Clarendon Press, 1994.

Hudson, Manley O.

«The First Conference for the Codification of International Law», *American Journal of International Law* (Washington D.C.), vol. 24, 1930.

Hughes, Kevin D.

«Hostages' rights: the unhappy legal predicament of an American held in foreign captivity», *Columbia Journal of Law and Social Problems*, vol. 26, n.º 4, tercer trimestre de 1993.

Hurst, Sir Cecil J. B.

«Nationality of claims», *British Year Book of International Law, 1926* (Londres), vol. 7.

Jennings, R. Y.

«General course on principles of international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1967–II*, Leiden, Sijthoff, 1969, vol. 121.

Jennings, Sir Robert and Sir Arthur Watts (eds.)

Oppenheim's International Law, vol. I, *Peace*, partes 1 a 4, 9.ª ed., Harlow, Longman, 1992.

Jessup, Philip C.

A Modern Law of Nations: An Introduction, Nueva York, Macmillan, 1949.

Jones, J. Mervyn

British Nationality Law, ed. rev., Oxford, Clarendon Press, 1956.

«The Nottebohm case», *International and Comparative Law Quarterly* (Londres), vol. 5, 1956.

Joseph, Cuthbert

Diplomatic Protection and Nationality: The Commonwealth of Nations, Gateshead, Northumberland Press, 1968. (Tesis, Universidad de Ginebra.)

Joyner, Christopher C.

«Reflections on the lawfulness of invasion», *American Journal of International Law* (Washington D.C.), vol. 78, 1984.

Jürgens, Thomas

Diplomatischer Schutz und Staatenlose, Berlín, Duncker & Humblot, 1987.

KELSEN, Hans

The Law of the United Nations: a Critical Analysis of its Fundamental Problems, Londres, London Institute of World Affairs, 1950.

KHAN, Rahmatullah

The Iran-United States Claims Tribunal: Controversies, Cases and Contribution, Dordrecht, Kluwer, 1990.

KLEIN, Eckart

«Anspruch auf diplomatischen Schutz?», en Georg Ress and Torsten Stein, eds., *Der diplomatische Schutz im Völker– und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996.

KLEIN, Pierre

«La protection diplomatique des doubles nationaux: reconsidération des fondements de la règle de non-responsabilité», *Revue Belge de Droit Internationale* (Bruselas), vol. XXI, 1988–1.

KUNZ, Josef L.

«The Nottebohm judgment (second phase)», *American Journal of International Law* (Washington D.C.), vol. 54, n.º 3, julio de 1960.

LAVIEC, Jean-Pierre

Protection et promotion des investissements: étude de droit international économique, París, Presses Universitaires de France, 1985.

LEE, Luke T.

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

LEIGH, Guy I. F.

«Nationality and diplomatic protection», *International and Comparative Law Quarterly* (Londres), vol. 20, 1971, págs. 453 a 475.

LILLICH, Richard B.

«The diplomatic protection of nationals abroad: an elementary principle of international law under attack», *American Journal of International Law* (Washington D.C.), vol. 69, 1975.

The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law, Manchester, Manchester University Press, 1984.

LOWE, A. V.

«US extraterritorial jurisdiction: the Helms-Burton and D'Amato acts», *International and Comparative Law Quarterly* (Londres), vol. 46, 1997.

MARGO, Roderick D.

«The legality of the Entebbe raid in international law», *South African Law Journal* (Ciudad del Cabo y Johannesburgo), vol. 94, 1977.

MAURY, Jacques

«Du conflit de nationalités et en particulier du conflit de deux nationalités étrangères devant les autorités et les juridictions françaises», *La technique et les principes du droit public: études en l'honneur de Georges Scelle*, vol. 1, París, LGDJ, 1950.

MCDOUGAL, Myres S., Harold D. LASSWELL y Lung-chu CHEN

«The protection of aliens from discrimination and world public order: responsibility of States conjoined with human rights», *American Journal of International Law* (Washington D.C.), vol. 70, 1976.

MENZHINSKY, V. I.

Neprimeniie sily v mezhdunarodnyh otnosheniiah, Moscú, Naouka, 1976, 295 págs.

MOORE, John Bassett

History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party, vol. III, Washington, Government Printing Office, 1898.

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

NANDA, Ved P.

The validity of United States intervention in Panama under international law», *American Journal of International Law* (Washington D.C.), vol. 84, 1990.

NASH LEICH, Marian

«Contemporary practice of the United States relating to international law», *American Journal of International Law* (Washington D.C.), vol. 76, 1982.

«Contemporary practice of the United States relating to international law», *American Journal of International Law* (Washington D.C.), vol. 78, 1984.

«Contemporary practice of the United States relating to international law», *American Journal of International Law* (Washington D.C.), vol. 84, n.º 2, abril de 1990.

NGUYEN QUOC DINH, Patrick DAILLIER y Alain PELLET

Droit International Public, 6.ª ed. rev., París, LGDJ, 1999.

O'CONNELL, D. P.

International Law, vol. 2, 2.ª ed., Londres, Stevens & Sons, 1970.

OHLY, D. Christopher

«A functional analysis of claimant eligibility», en Richard B. Lillich (ed.), *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1983.

OPPENHEIM, L.

International Law: A Treatise, vol. I, *Peace*, 8.ª ed., H. Lauterpacht (ed.), Londres, Longmans, Green and Co., 1955.

ORREGO VICUÑA, Francisco

«Chile» en Elihu Lauterpacht y John G. Collier (eds.), *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: an International Compendium*, Nueva York, Praeger, 1977.

«The changing law of nationality of claims». Informe final presentado al Comité sobre protección diplomática de las personas y las propiedades, ADI, Londres, 2000, inédito.

PANHUYS, Haro Frederik van

The Role of Nationality in International Law: an Outline, Leiden, Sijthoff, 1959.

PARRY, Clive

«Some considerations upon the protection of individuals in international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1956–II*, Leiden, Sijthoff, 1957, vol. 90.

PARTSCH, Karl Josef

«Self-preservation», en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam, North-Holland, 1982.

«Reprisals», en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9, Amsterdam, Elsevier, 1986.

PRZETACZNIK, Franciszek

«The protection of individual persons in traditional international law (diplomatic and consular protection)», *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (Viena), vol. XXII, 1971.

RALSTON, Jackson H. y W. T. Sherman DOYLE

Venezuelan Arbitrations of 1903, Washington, Government Printing Office, 1904.

RANDELZHOFER, Albrecht

«Nationality», en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, Amsterdam, Elsevier, 1997.

REUTER, Paul

Droit international public, 5.ª ed. rev., París, Presses Universitaires de France, 1976.

REZEK, José Francisco

«Le droit international de la nationalité», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1986–III*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987, vol. 198.

RODE, Zvonko R.

«Dual nationals and the doctrine of dominant nationality», *American Journal of International Law* (Washington D.C.), vol. 53, 1959.

Ronzitti, Natalino

Rescuing Nationals Abroad through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1985.

Rousseau, Charles

Droit international public, 8.ª ed., París, Dalloz, 1976.

Ruzié, David

«Nationalité, effectivité et droit communautaire», RGDIP, vol. XCVII, 1993.

Schachter, Oscar

International Law in Theory and Practice, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991.

Schwarzenberger, Georg

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

Seidl-Hohenveldern, Ignaz

«Austria», en Elihu Lauterpacht y John G. Collier (eds.), *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: an International Compendium*, Nueva York, Praeger, 1977.

«Federal Republic of Germany», en Elihu Lauterpacht y John G. Collier (eds.), *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: an International Compendium*, Nueva York, Praeger, 1977.

Shaw, Malcolm N.

International Law, 4.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

Shea, Donald R.

The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955.

Sinclair, I. M.

«Nationality of claims: British practice», *British Year Book of International Law, 1950* (Londres), vol. 27.

Skubiszewski, Krzysztof

«Introduction», en Elihu Lauterpacht y John G. Collier (eds.), *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: an International Compendium*, Nueva York, Praeger, 1977.

Sohm, Rudolph

The Institutes, 3.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1907.

Sohn, Louis B. 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.

Tomuschat, Christian

«Article 2(3)», en Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 1994.

Tunkin, G.

«Politics, law and force in the interstate system», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1989–VII*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1992, vol. 219.

Ushakov, N. A. (ed.)

Kurs Mezhdunarodnovo Prava, vol. 3, Moscú, Naouka, 1990.

Vattel, E. de

Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite des affaires des nations et des souverains, Neuchatel, Imprimerie de la Société Typographique, 1777.

Verdross, Alfred y Bruno Simma

Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis, 3.ª ed. rev., Berlín, Duncker & Humblot, 1984.

Verwey, Wil D.

«Humanitarian intervention», en A. Cassese (ed.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986.

Verwilghen, Michel

«Conflits de nationalités», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1999*, La Haya, Martinus Nijhoff, 2000, vol. 277.

Waelbroeck, Michel

«Belgium», en Elihu Lauterpacht y John G. Collier (eds.), *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: an International Compendium*, Nueva York, Praeger, 1977.

Waldock, C. H. M.

«The regulation of the use of force by individual States in international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1952–II*, París, Sirey, 1953, vol. 81.

Warbrick**,** Colin

«Protection of nationals abroad», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 37, parte 4, octubre de 1988.

Weil, Prosper

«France», en Elihu Lauterpacht y John G. Collier (eds.), *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: an International Compendium*, Nueva York, Praeger, 1977.

Weis, Paul

«Diplomatic protection of nationals and international protection of human rights (The question of third party determination of alleged violations of human rights)», *Human Rights Journal* (París), vol. IV, 1971.

Nationality and Statelessness in International Law, 2.ª ed., Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979.

Wyler, Eric

La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international, París, Presses Universitaires de France, 1990.

Yanguas Messia, José de

«La protection diplomatique en cas de double nationalité», *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, París, Pedone, 1960.

Young, Jacqueline M.

«Torture and inhumane punishment of United States citizens in Saudi Arabia and the United States Government's failure to act», *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 16, 1992-1993.

Introducción[1]

1. En su 48.º período de sesiones, celebrado en 1996, la Comisión de Derecho Internacional consideró que el tema de la protección diplomática era uno de los tres temas idóneos para su codificación y desarrollo progresivo[2]. En el mismo año, la Asamblea General, en 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 las observaciones que los gobiernos presentaran por escrito. En su 49.º período de sesiones, celebrado en 1997, la Comisión, en cumplimiento de la citada resolución de la Asamblea General, estableció en su 2477.ª sesión un grupo de trabajo sobre el tema[3]. En el mismo período de sesiones, el Grupo de Trabajo presentó un informe, que la Comisión hizo suyo[4]. El Grupo de Trabajo trató de: *a*) aclarar, en lo posible, el ámbito del tema; y *b*) determinar las cuestiones que deberían estudiarse en el contexto de dicho tema. El Grupo de Trabajo presentó un esquema para el examen del tema y la Comisión recomendó que dicho esquema constituyera la base de un informe preliminar que debería presentar el Relator Especial[5]. La Comisión también acordó que trataría de concluir el examen del tema en primera lectura antes de que finalizara el quinquenio en curso.

2. En su 2501.ª sesión, celebrada el 11 de julio de 1997, la Comisión nombró al Sr. Mohamed Bennouna Relator Especial para el tema. 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».

3. La Comisión examinó el informe preliminar (*Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/484) del Relator Especial en sus sesiones 2520.ª a 2523.ª, celebradas del 28 de abril al 1.º de mayo de 1998.

4. En su 2534.ª sesión, celebrada el 22 de mayo de 1998, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo de composición abierta sobre la protección diplomática, presidido por el Sr. Bennouna, Relator Especial sobre el tema[6], para que examinara las conclusiones que pudieran extraerse del debate en cuanto al enfoque del tema y para proporcionar orientación con respecto a las cuestiones que deberían tratarse en el segundo informe que el Relator Especial presentaría a la Comisión en su 51.º período de sesiones, en 1999. El Grupo de Trabajo celebró dos sesiones, los días 25 y 26 de mayo de 1998. En lo que respecta al enfoque del tema, el Grupo de Trabajo convino en lo siguiente:

a) El planteamiento de la protección diplomática desde el punto de vista del derecho consuetudinario debía ser la base para la labor de la Comisión sobre el tema;

b) El tema trataría de las normas secundarias del derecho internacional relacionadas con la protección diplomática; las normas primarias se examinarían sólo en el caso de que la aclaración de estas normas fuese esencial a título de orientación para una clara formulación de una norma secundaria concreta;

c) El ejercicio de la protección diplomática era un derecho que incumbía al Estado. En el ejercicio de este derecho, el Estado debía tener en cuenta los derechos e intereses de sus nacionales respecto de los cuales ejercía la protección diplomática;

d) La labor sobre la protección diplomática debía tener en cuenta el desarrollo del derecho internacional, que reconocía y protegía cada vez más los derechos de las personas y les proporcionaba un acceso más directo, pero también indirecto, a los foros internacionales para que pudieran hacer efectivos sus derechos. En el contexto del presente tema, el Grupo de Trabajo opinó que los efectos directos y concretos de esa evolución se debían examinar a la luz de la práctica de los Estados y en la medida en que guardaran relación con las cuestiones concretas pertinentes al tema, como el requisito del vínculo de la nacionalidad;

e) El derecho discrecional del Estado a ejercer la protección diplomática no obstaba a que el Estado asumiera respecto de sus nacionales el compromiso de ejercer ese derecho. En este contexto, el Grupo de Trabajo tomó nota de que algunos ordenamientos jurídicos internos habían reconocido el derecho de sus nacionales a la protección diplomática de su gobierno;

f) El Grupo de Trabajo consideró que sería útil pedir a los gobiernos que proporcionaran a la Comisión el texto de las leyes nacionales más importantes, las decisiones de sus tribunales y la práctica de los Estados que guardara relación con la protección diplomática;

g) El Grupo de Trabajo recordó la decisión adoptada por la Comisión en su 49.º período de sesiones, celebrado en 1997, de completar la primera lectura del tema antes de que finalizara el quinquenio en curso[7].

5. En lo que respecta al segundo informe del Relator Especial, el Grupo de Trabajo sugirió que se centrara en las cuestiones señaladas en el capítulo I del esquema propuesto en el año anterior por el Grupo de Trabajo, titulado «Base de la protección diplomática»[8].

6. En su 2544.ª sesión, celebrada el 9 de junio de 1998, la Comisión examinó e hizo suyo el informe del Grupo de Trabajo.

7. En 1999, el Sr. Bennouna fue elegido magistrado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y dimitió de su cargo en la Comisión. En julio de 1999, la Comisión eligió al autor del presente informe Relator Especial sobre el tema de la protección diplomática[9].

8. En julio de 1999, la Comisión examinó el tema en una sesión oficiosa del Grupo de Trabajo.

---

[1] El Relator Especial desea reconocer la inestimable contribución aportada a la preparación del informe por la Sra. Zsuszanna Deen-Racsmany, auxiliar de investigaciones financiada por el Cornelis van Vollenhoven Stichting de la Universidad de Leiden, Países Bajos.

[2] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 107, párr. 248, y pág. 151, anexo II, adición 1.

[3] *Anuario… 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 61, párr. 169.

[4] Ibíd., párr. 171.

[5] Ibíd., págs. 63 y 64, párrs. 189 y 190.

[6] *Anuario… 1998*, vol. I, 2534.ª sesión, pág. 122, párr. 90.

[7] Ibíd., vol. II (segunda parte), pág. 52, párr. 108.

[8] *Anuario… 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 63, párr. 189.

[9] *Anuario… 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 19, párr. 19.

Capítulo I

Estructura del informe

9. El presente informe consta de tres partes:

a) Una introducción a la protección diplomática, en la que se examinan los antecedentes y el alcance del tema y se sugiere la forma en que el derecho a la protección diplomática puede utilizarse como medio de promover la protección de los derechos humanos de conformidad con los valores del ordenamiento jurídico contemporáneo;

b) Varios proyectos de artículos y comentarios sobre esos artículos. Los artículos plantean diversas cuestiones controvertidas respecto de las cuales el Relator Especial solicita las opiniones de la Comisión para que le orienten en su labor futura. Esas cuestiones podrían haberse planteado en un informe introductorio del anterior Relator Especial sin intentar formularlas en proyectos de artículos. Sin embargo, la forma de proyectos de artículos las circunscribe de forma más clara para su ulterior debate;

c) En informes futuros se presentará un esquema de los demás artículos.

Introducción

10. Hay un cúmulo de práctica y de precedentes sobre la protección diplomática, a pesar de lo cual ésta sigue siendo una de las cuestiones más controvertidas del derecho internacional[10].

11. Antes de la segunda guerra mundial y de la aparición de los tratados de derechos humanos, el derecho internacional ofrecía a las personas escasos procedimientos para reclamar por el trato recibido de su propio Estado. Por otra parte, si los derechos humanos de la persona eran conculcados en otro lugar por un Estado extranjero, el Estado nacional de esa persona podía intervenir para protegerla o para solicitar una reparación por los perjuicios que hubiera sufrido. En la práctica, eran principalmente los nacionales de los Estados occidentales poderosos quienes gozaban de esa posición de privilegio, ya que eran esos Estados los que más dispuestos estaban a intervenir para proteger a sus nacionales que no fueran tratados «de conformidad con las normas ordinarias de civilización»[11] fijadas por los Estados occidentales. Inevitablemente, las naciones en desarrollo, particularmente las de América Latina, llegaron a considerar que ese tipo de protección diplomática constituía una forma discriminatoria de ejercer el poder en vez de un método de proteger los derechos humanos de los extranjeros.

12. Para mayor detrimento de la posición de los Estados no occidentales, la protección diplomática o la intervención recibió el respaldo de la ficción de que un perjuicio causado a un nacional constituía un perjuicio causado al propio Estado. En 1924, la CPJI refrendó a nivel judicial esta ficción cuando declaró en el caso *Mavrommatis* que:

> Al asumir la causa de uno de sus súbditos y poner en marcha en su favor una acción diplomática o una acción judicial internacional, en realidad este Estado hace valer su propio derecho, el derecho que tiene de hacer respetar el derecho internacional respecto de la persona de sus nacionales[12].

13. Esta ficción tuvo consecuencias importantes. A cierto nivel ofreció una justificación para la intervención militar o para la diplomacia de las cañoneras. A otro nivel, permitió a los Estados Unidos y a las Potencias europeas rechazar los intentos latinoamericanos de obligar a los extranjeros que tenían negocios en América Latina a renunciar a la protección diplomática alegando que un nacional no podía renunciar a un derecho que correspondía al Estado[13].

14. Se ha producido un abuso considerable de la protección diplomática de los extranjeros. La guerra anglo-boer (1899-1902) fue justificada por el Reino Unido como una intervención destinada a proteger a sus nacionales que eran propietarios de las minas de oro de Witwatersrand. La intervención militar de los Estados Unidos, so pretexto de defender a nacionales estadounidenses en América Latina, ha continuado hasta épocas recientes, como demuestran las intervenciones en Granada en 1983[14] y Panamá en 1989[15]. También se ha abusado de la intervención no militar, en forma de peticiones de reparación por perjuicios causados a personas o bienes de extranjeros[16], aunque un autor ha sugerido que la solución de reclamaciones mediante el arbitraje a menudo salvó a Estados latinoamericanos de la intervención militar encaminada a hacer valer esas reclamaciones[17].

15. Muchas cosas han cambiado en los últimos años. Las normas de justicia para las personas en su propio país y para los extranjeros en otros lugares han experimentado grandes transformaciones. Hoy unos 150 Estados son partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y/o sus equivalentes regionales en África, América y Europa, que dictan normas de justicia que hay que observar en los procesos penales y en el trato de los prisioneros. Además, en algunos casos la persona está facultada para presentar quejas por la violación de sus derechos humanos a órganos internacionales como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana

---

[10] Lillich, *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law.*

[11] Caso *Harry Roberts (U.S.A.)* v. *United Mexican States*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (n.º de venta 1951.V.1), pág. 77; véase también *L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.)* v. *United Mexican States*, ibíd., pág. 60.

[12] *Concessions Mavrommatis en Palestine*, fallo n.º 2, *1924, C.P.J.I. série A n.º 2.* Este *dictum* fue repetido por la CPJI en el asunto *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, fallo, *1939, C.P.J.I. série A/B n.º 76*, pág. 16.

[13] Para una explicación completa de la controversia relativa a esa renuncia, o «cláusula Calvo», véase Shea, *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy.*

[14] Nash Leich, «Contemporary practice of the United States relating to international law», 1984, pág. 200.

[15] Ibíd., 1990, pág. 545.

[16] Véase la opinión separada del magistrado Padilla Nervo en el caso *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1970*, pág. 246. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta S.92.V.5), pág. 104.

[17] Dunn, *The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law*, pág. 58.

de Derechos Humanos o la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

16. La persona que tiene negocios en otros países también dispone ahora de nuevos recursos. El Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados permite a las empresas iniciar actuaciones contra un Estado ante el CIADI, siempre que el Estado demandado y el Estado de la empresa hayan accedido a ese procedimiento. Los tratados bilaterales sobre inversiones ofrecen recursos similares a las empresas que tienen negocios en el extranjero[18]. Indudablemente, el fin de la guerra fría y la aceptación en todo el mundo de los principios de la economía de mercado han dado mayor seguridad tanto a la vida como a las inversiones de los inversores extranjeros.

17. Esos acontecimientos han llevado a algunos a afirmar que la protección diplomática está obsoleta. A grandes rasgos, el argumento es el siguiente: la norma de la igualdad de trato con los nacionales y las normas mínimas internacionales para el trato de los extranjeros han sido sustituidas por una norma internacional de derechos humanos que otorga al nacional y al extranjero el mismo nivel de trato, que incorpora las disposiciones básicas de la Declaración Universal de Derechos Humanos[19]. La persona es ahora un sujeto del derecho internacional facultado para exigir el cumplimiento de sus derechos humanos a nivel internacional. El derecho de un Estado a presentar reclamaciones en favor de su nacional debería restringirse a los casos en que no haya otro método de solución convenido por el extranjero y el Estado causante del perjuicio. En tal caso, el Estado que presenta la reclamación actúa como agente de la persona y no por derecho propio. La posibilidad de que un Estado afirme su propio derecho cuando actúa en favor de su nacional es una ficción superada que debe abandonarse, excepto tal vez en los casos en que se vea afectado realmente el interés *nacional* del Estado[20].

18. Este argumento tiene dos defectos: primero, desdeña el uso de ficciones en el derecho; segundo, exagera el estado actual de la protección internacional de los derechos humanos.

19. En algunas situaciones, la transgresión de los derechos humanos de un extranjero afectará los intereses del Estado nacional[21]. Esto es especialmente cierto cuando las violaciones son sistemáticas y ponen de manifiesto la aplicación por el Estado causante del perjuicio de una política de discriminación contra todos los nacionales del Estado de que se trate. Sin embargo, en el caso de un perjuicio aislado causado a un extranjero, es cierto que el Estado que interviene actúa efectivamente como agente de la persona al defender su reclamación. En este caso la idea de un perjuicio causado al propio Estado es ciertamente una ficción. Ello queda demostrado por dos normas en particular: primero, la norma que exige que la persona agote los recursos del país antes de que pueda intervenir el Estado del extranjero, y, segundo, la norma de la nacionalidad continua, que exige que la persona sea nacional del Estado protector tanto en el momento en que se causó el perjuicio como en el momento en que se presentó la reclamación[22]. Además, las decisiones judiciales ponen de manifiesto que al evaluar el grado de los perjuicios sufridos por el Estado habrá que tener en cuenta los perjuicios sufridos por el nacional[23].

20. El carácter ficticio de la protección diplomática era un rasgo destacado del informe preliminar del Sr. Bennouna, quien pedía asesoramiento a la Comisión sobre la cuestión de si, al interponer una reclamación internacional, el Estado estaba haciendo valer «su propio derecho o el de su nacional perjudicado»[24].

21. El presente Relator Especial no comparte el desdén de su predecesor por las ficciones en el derecho. La mayoría de sistemas jurídicos tienen sus ficciones. Efectivamente, el derecho romano recurría mucho a ficciones de procedimiento para conseguir la equidad[25]. En palabras de Oliver Wendell Holmes, antiguo magistrado de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos[26]: «El derecho no se nutre de lógica, sino de experiencia». No debería descartarse una institución que cumple una finalidad valiosa, como la protección diplomática, simplemente porque está basada en una ficción y no puede resistir el escrutinio lógico.

22. La sugerencia de que los acontecimientos que se han producido en el campo del derecho internacional de los derechos humanos han hecho obsoleta la protección diplomática exige más atención. El Sr. García Amador, primer Relator Especial de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados, declara que la noción tradicional de la protección diplomática que permitía al Estado interponer reclamaciones en nombre de sus nacionales perjudicados corresponde a una época en que los derechos de la persona y los derechos del Estado eran inseparables. Hoy la situación es «completamente distinta». Los extranjeros, al igual que los nacionales, gozan de derechos simplemente por su condición de seres humanos y no en virtud de su nacionalidad. «Ello significa», sigue diciendo, «que el extranjero ha sido reconocido internacionalmente como persona jurídica, independientemente de su Estado; es un auténtico *sujeto*[*] de los derechos internacionales»[27].

---

[18] Véase Laviec, *Protection et promotion des investissements: étude de droit international économique*.

[19] Adoptada y proclamada por la resolución 217 A (III) de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948. Véase García Amador, «State responsibility: some new problems», págs. 421 y 437 a 439; y *Anuario… 1957*, vol. II, documento A/CN.4/106, págs. 113 a 116. Véase también el informe preliminar sobre la protección diplomática del Sr. Bennouna, *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/484, párrs. 34 a 37.

[20] García Amador, *loc. cit.*, pág. 472.

[21] Brierly, «The theory of implied State complicity in international claims», pág. 48. Véase también McDougal, Lasswell y Chen, «The protection of aliens from discrimination and world public order: responsibility of States conjoined with human rights», pág. 442: «No obstante, al igual que sucede con otras 'ficciones', tanto observadores desinteresados como las partes demandantes han considerado que esta identificación de los intereses del Estado y de la persona constituye en muchos contextos una buena aproximación a la realidad social. Las personas siempre han sido, y siguen siendo, bases importantes de poder para las comunidades territoriales».

[22] Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international.*

[23] *Usine de Chorzów*, fondo, fallo n.º 13, *1928*, *C.P.J.I. série A n.º 17*, pág. 28.

[24] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/484, párr. 54.

[25] Respecto de la *actio ficticia* en el derecho romano, véase Sohm, *The Institutes*, págs. 259 y 260.

[26] *Anuario… 1972*, vol. I, 1167.ª sesión, pág. 102, párr. 53.

[27] García Amador, *loc. cit.*, pág. 421.

Una consecuencia necesaria de este razonamiento es que la persona, que se ha convertido en un sujeto de derecho internacional, con derechos y deberes reconocidos por el derecho internacional, salvo en casos excepcionales, debe valerse de sus propios medios cuando sale al extranjero.

23. El presente informe no es el lugar apropiado para llevar a cabo un examen completo de la posición de la persona en el derecho internacional contemporáneo. Obviamente, la persona tiene más derechos en virtud del derecho internacional hoy que hace 50 años. No obstante, cabe debatir si ello la convierte en un sujeto del derecho internacional.

24. El debate sobre la cuestión de si la persona es un mero «objeto» de derecho internacional (la noción tradicional) o un «sujeto» de derecho internacional no es útil. Es mejor considerar a la persona un *participante* en el orden jurídico internacional[28]. Como tal, la persona puede participar en el orden jurídico internacional ejerciendo sus derechos contemplados en tratados de derechos humanos o en acuerdos bilaterales sobre inversiones. Al mismo tiempo, es necesario reconocer que, si bien la persona puede tener derechos en virtud del derecho internacional, sus recursos son limitados, un hecho que García Amador pasa por alto[29].

25. Si bien es posible que el Convenio europeo de derechos humanos ofrezca recursos efectivos a millones de europeos, es difícil argumentar que la Convención americana sobre derechos humanos o la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos hayan tenido éxito en la misma medida. Además, la mayor parte de la población mundial, la que vive en Asia, no está amparada por un instrumento regional de derechos humanos. Sugerir que los instrumentos universales de derechos humanos, particularmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ofrecen a la persona recursos eficaces para la protección de sus derechos humanos es fantasioso, y la fantasía, a diferencia de la ficción, no tiene lugar en el razonamiento jurídico. La triste realidad es que tan sólo unas pocas personas, en el número limitado de Estados que aceptan el derecho de la persona a presentar reclamaciones ante los órganos de supervisión de esos instrumentos, han obtenido u obtendrán recursos satisfactorios en virtud de dichos tratados.

26. La posición de los extranjeros no es mejor. Los instrumentos universales y regionales de derechos humanos brindan efectivamente protección a todas las personas, tanto nacionales como extranjeros, en el territorio de los Estados partes. Sin embargo, no hay ningún instrumento multilateral cuyo propósito sea ofrecer al extranjero recursos para la protección de sus derechos fuera del ámbito de la inversión externa[30].

27. En 1990 se adoptó la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares[31]. La Convención incluye una carta de derechos para los trabajadores migratorios, con un órgano de supervisión similar al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y el derecho facultativo de presentar reclamaciones a título personal. El propósito de esos recursos no es sustituir el derecho a la protección diplomática, como se destaca en el artículo 23, que dispone lo siguiente:

> Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recurrir a la protección y la asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen, o del Estado que represente los intereses de ese Estado, en todos los casos en que queden menoscabados los derechos reconocidos en la presente Convención.

La Convención todavía no ha recibido las 20 ratificaciones necesarias para que entre en vigor, lo cual indica cierta falta de disposición de los Estados a reconocer derechos a los trabajadores migratorios.

28. En 1985, la Asamblea General aprobó la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven[32], cuyo propósito es ampliar a los extranjeros los derechos contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos. La Declaración no contempla mecanismos para hacerla cumplir, pero reitera el derecho del extranjero a dirigirse a su consulado o a su misión diplomática para obtener protección. Esto pone claramente de manifiesto la situación actual: que los extranjeros pueden tener derechos reconocidos por el derecho internacional como seres humanos, pero que no tienen recursos amparados por el derecho internacional —si no existe un tratado de derechos humanos— salvo mediante la intervención de su Estado nacional[33].

29. Hasta que la persona adquiera derechos procesales amplios al amparo del derecho internacional, abandonar la protección diplomática significaría un retroceso de los derechos humanos. Como instrumento importante para la protección de los derechos humanos, la protección diplomática debe ser fortalecida y estimulada. Como escribió Lillich en 1975:

> [M]ientras no se haya establecido un mecanismo internacional que garantice la determinación por terceros de las controversias entre extranjeros que presentan reclamaciones y los Estados, redundará en interés de los abogados internacionales no sólo apoyar la doctrina [de la protección diplomática] sino oponerse vigorosamente a todo intento de menoscabarla o destruirla[34].

30. Una opinión similar fue expresada en 1968 por Przetacznik, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Polonia. Después de enumerar las críticas que solían hacerse a la protección diplomática, escribió lo siguiente:

---

[28] Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, págs. 48 a 55.

[29] El siguiente comentario de McDougal, Lasswell y Chen, *loc. cit.*, pág. 456, sobre la «noble 'síntesis' de la nueva legislación que va apareciendo sobre derechos humanos y la legislación más antigua encaminada a la protección de los extranjeros» de García Amador (ibíd., pág. 454) es el que mejor capta las distintas respuestas a esa «síntesis»:

> «Algunos piensan que esta propuesta amplía la protección sustantiva de los extranjeros mucho más allá de lo que es razonable esperar que los Estados acepten y exacerba los problemas de la cooperación entre Estados con diferentes niveles de socialización. Otros podrían pensar, tal vez justificadamente, que debilita un importante recurso tradicional para la protección de los extranjeros antes de que se haya establecido un nuevo recurso eficaz para sustituirlo.»

[30] Párr. 14 *supra.*

[31] Respecto de esa Convención, véase también Cholewinski, *Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment.*

[32] Resolución 40/144 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1985, anexo.

[33] Geck, «Diplomatic protection», págs. 1059 y 1060.

[34] «The diplomatic protection of nationals abroad: an elementary principle of international law under attack», pág. 359. Véase también Amerasinghe, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, págs. 4 a 7.

Cabría admitir que esta crítica está justificada en parte, pero contiene cierta exageración y una generalización deliberada. Sin embargo, no puede negarse que a menudo se ha abusado de la protección diplomática y que los Estados más fuertes están en mejor situación para dar efectividad a la protección diplomática. Por tanto, el defecto está principalmente en unas prácticas demasiado rigurosas y no en la propia institución.

[…]

En la medida en que evolucionen y se fortalezcan los derechos humanos, la protección diplomática puede perder parte de su significado. No obstante, es probable que los derechos humanos no sean capaces de sustituir totalmente la protección diplomática.

En tanto la protección diplomática no pueda ser sustituida por otros recursos mejores, será necesario mantenerla, porque es muy necesaria y porque sus ventajas superan a sus inconvenientes en cualquier caso[35].

31. El derecho internacional de los derechos humanos no está integrado únicamente por los instrumentos sobre derechos humanos. Hay todo un cuerpo de convenciones y costumbres, incluida la protección diplomática, que en conjunto integran el derecho internacional de los derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio europeo de derechos humanos, la Convención americana sobre derechos humanos, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y otros instrumentos universales y regionales de derechos humanos son importantes, particularmente en la medida en que ofrecen protección tanto a los extranjeros como a los nacionales en el territorio de los Estados partes[36]. Sin embargo, sus recursos son débiles. Por otra parte, la protección diplomática, pese a que sólo está disponible para proteger a los individuos contra un gobierno extranjero, es una norma consuetudinaria del derecho internacional que se aplica universalmente y, potencialmente, ofrece un recurso más eficaz. La mayoría de Estados tratarán una solicitud de protección diplomática de otro Estado con más seriedad que una reclamación contra su conducta ante un órgano de supervisión de los derechos humanos[37].

32. El derecho internacional de los derechos humanos contemporáneo brinda a los nacionales y los extranjeros la misma protección, que es muy superior a las normas mínimas internacionales de trato a los extranjeros fijadas por las Potencias occidentales en una época anterior. Ello no significa que esos acontecimientos hayan hecho obsoletos los procedimientos tradicionales reconocidos por el derecho consuetudinario internacional para el trato de los extranjeros[38]. Si bien en la actualidad las personas gozan de más recursos internacionales para la protección de sus derechos que en cualquier otro momento, la protección diplomática sigue siendo un arma importante en el arsenal de la protección de los derechos humanos. Mientras el Estado siga siendo el protagonista principal de las relaciones internacionales, el hecho de que los Estados hagan suyas las reclamaciones de transgresión de los derechos de sus nacionales sigue siendo el recurso más eficaz para la promoción de los derechos humanos. En vez de intentar debilitar este recurso despreciándolo como una ficción obsoleta que ya ha dejado de ser útil, hay que hacer todo lo posible por fortalecer las normas que integran el derecho a la protección diplomática.

[35] «The protection of individual persons in traditional international law (diplomatic and consular protection)», pág. 113.

[36] Por ejemplo, en el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se conmina a las partes «a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentran en su territorio» los derechos reconocidos en el Pacto. Véase también el artículo 1 del Convenio europeo de derechos humanos; y el artículo 2 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

[37] Análogamente, es probable que una reclamación presentada por una persona al amparo del Convenio europeo de derechos humanos con el apoyo de un gobierno extranjero tenga más peso. Véase los casos caso *Soering*, sentencia de 7 de julio de 1989, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *série A n.º 161* (con intervención de Alemania occidental); *Selmouni*, solicitud n.º 25803/94, fallo de 28 de julio de 1999 (con intervención de los Países Bajos), y *Danemark* c. *Turquie*, solicitud n.º 34382/97, fallo de 8 de junio de 1999.

[38] En el caso *Barcelona Traction* (véase la nota 16 *supra*), pág. 165, el magistrado Jessup declaró lo siguiente: «Ciertamente, la institución del derecho a la protección diplomática no es obsoleta pese a que estén surgiendo nuevos procedimientos».

Capítulo II

Proyecto de artículos

Artículo 1. Alcance

1. En los presentes artículos se entenderá por protección diplomática las medidas que adopte un Estado contra otro Estado en relación con un perjuicio a la persona o a los bienes de un nacional causado por un acto o una omisión internacionalmente ilícitos atribuibles al segundo Estado.

2. En circunstancias excepcionales contempladas en el artículo 8, la protección diplomática podrá otorgarse a no nacionales.

Comentario

A. Protección diplomática

33. La doctrina de la protección diplomática está estrechamente relacionada con la de la responsabilidad de los Estados por daños causados a extranjeros. La idea de que los actos u omisiones internacionalmente ilícitos que causen daños a extranjeros crean responsabilidad para los Estados a los que sean atribuibles esos actos y omisiones gozaba de aceptación general en la comunidad internacional a fines del decenio de 1920. Se aceptaba en general que, si bien un Estado no estaba obligado a admitir extranjeros, una vez que lo hubiera hecho tenía con el Estado de la nacionalidad del extranjero la obligación de ofrecer cierta medida de protección a su persona o a sus bienes de conformidad con una norma internacional mínima de trato para los extranjeros[39].

34. Se han hecho varios intentos de codificar este principio. En 1927, el Instituto de Derecho Internacional aprobó una resolución sobre responsabilidad internacional del

[39] Joseph, *Diplomatic Protection and Nationality: The Commonwealth of Nations*, pág. 3, y Jennings y Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, págs. 897, 910 y 911.

Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros, en la que se declaraba que:

El Estado es responsable de los daños que cause a los extranjeros por toda acción u omisión contraria a sus obligaciones internacionales[40].

En 1930, el Comité III de la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional de La Haya aprobó en primera lectura una disposición que estipulaba lo siguiente:

Todo incumplimiento de las obligaciones internacionales de un Estado por parte de sus órganos que cause un daño a la persona o los bienes de un extranjero dentro del territorio de ese Estado, entraña la responsabilidad internacional de éste[41].

Más tarde, en el proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a extranjeros preparado en 1960 por la Facultad de Derecho de Harvard se propuso lo siguiente:

Un Estado tendrá responsabilidad internacional por todo acto u omisión que, en virtud del derecho internacional, sea ilícito, sea atribuible a ese Estado y cause un daño a un extranjero[42].

Este principio ha sido aceptado como norma del derecho consuetudinario internacional y se ha aplicado en numerosas decisiones judiciales y laudos arbitrales. En el período de la descolonización, algunos rechazaron su aplicabilidad universal alegando que podía ser objeto de abuso por parte de las Potencias imperialistas, que era esencialmente un invento occidental y que los extranjeros no debían gozar de una protección más amplia que los propios nacionales de un Estado[43]. Pese a esas críticas, la responsabilidad de los Estados por perjuicios causados a los extranjeros goza hoy de aceptación general[44]. También se acepta que una responsabilidad de este tipo entraña la obligación de conceder reparaciones[45]. Así, en su anteproyecto revisado sobre responsabilidad internacional del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros (art. 2, párr. 1), presentado a la Comisión en 1961, el Relator Especial, Sr. García Amador, propuso lo siguiente:

A los efectos del presente anteproyecto, la «responsabilidad internacional del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de extranjeros» supone el deber de reparar tales daños[46].

35. El presente proyecto de artículos consiste básicamente en normas secundarias. Por este motivo no se intenta presentar disposición alguna que incluya una norma primaria en que se describan las circunstancias en las cuales un acto o una omisión ilícitos que causen perjuicios a un extranjero entrañarán la responsabilidad de un Estado. Tampoco se intenta formular disposición alguna sobre reparaciones, ya que esta cuestión se trata en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados[47].

36. Históricamente, el derecho a la protección diplomática corresponde al Estado de la nacionalidad de la persona perjudicada. Este derecho se fundamenta en la ficción de que un perjuicio causado a la persona constituye un perjuicio para el Estado de su nacionalidad. Los orígenes de esa doctrina o ficción se remontan al siglo XVIII, cuando de Vattel afirmó lo siguiente:

Quien maltrata a un ciudadano perjudica indirectamente al Estado, el cual debe proteger a ese ciudadano. El soberano del ciudadano perjudicado debe vengar el hecho y, de ser posible, obligar al agresor a dar una reparación cabal o castigarlo, ya que de otro modo el ciudadano no obtendrá la finalidad principal de la sociedad civil, que es la protección[48].

Aunque esta doctrina tradicional de la protección diplomática ha dado lugar a un debate considerable, especialmente con respecto a la cuestión de cuáles son los derechos que se afirman cuando el Estado ejerce la protección diplomática en favor de su nacional[49], es una norma generalmente aceptada del derecho consuetudinario internacional que el Estado tiene derecho a proteger a sus nacionales en el extranjero. Aunque el Estado de la residencia tenga jurisdicción territorial sobre el extranjero, el Estado de la nacionalidad mantiene su jurisdicción personal sobre su nacional, aun cuando éste resida en otro Estado[50]. La formulación clásica de esta posición relativa a las consecuencias de la jurisdicción personal del Estado de la nacionalidad fue expuesta por la CPJI en el asunto *Mavrommatis*:

Un principio elemental del derecho internacional autoriza a un Estado a proteger a sus súbditos, cuando éstos hayan sido perjudicados por actos contrarios al derecho internacional cometidos por otro Estado, del cual no han podido obtener satisfacción por los conductos ordinarios. Al asumir la causa de uno de sus súbditos y poner en marcha en su favor una acción diplomática o una acción judicial internacional, en realidad este Estado hace valer su propio derecho, el derecho que tiene de hacer respetar el derecho internacional respecto de la persona de sus nacionales[51].

El derecho del Estado de la nacionalidad a ejercer la protección de esta forma ha sido confirmado por decisiones judiciales[52] y por los escritos de los tratadistas[53]. Además,

---

[40] Proyecto de artículo 1, reproducido en el primer informe sobre responsabilidad internacional, del Sr. García Amador, *Anuario… 1956*, vol. II, pág. 224, documento A/CN.4/96.

[41] Artículo 1, publicación de la Sociedad de las Naciones *V. Legal, 1930.V.17* (documento C.351 *c*) M.145 *c*).1930.V), reproducido en *Anuario… 1956*, vol. II (véase la nota 40 *supra*), pág. 221.

[42] Artículo 1, párr. 1, del proyecto de convención, reproducido en Sohn y Baxter, «Responsibility of States for injuries to the economic interest of aliens», pág. 548.

[43] Véase, por ejemplo, Guha Roy, «Is the law of responsibility of States for injuries to aliens a part of universal international law?».

[44] Véase García Amador, *The Changing Law of International Claims*, págs. 74 a 76. Ello lo indica también el hecho de que muchos autores se refieren al trato de los extranjeros en el marco general del tema de la responsabilidad de los Estados. Véase, por ejemplo, Jennings y Watts, *op. cit.*; Brownlie, *Principles of Public International Law*; Harris, *Cases and Materials on International Law*, y Shaw, *International Law.*

[45] Otras expresiones de este principio figuran en García Amador, *loc. cit.*, págs. 393 y 394.

[46] *Anuario… 1961*, vol. II, documento A/CN.4/134 y Add.1, adición, pág. 51.

[47] Véase el artículo 42 aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura, *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 73.

[48] *The Law of Nations or the Principles of Natural Law*, cap. VI, pág. 136.

[49] Este aspecto se trata con mayor detalle en el comentario del artículo 3 *infra*.

[50] Leigh, «Nationality and diplomatic protection», pág. 453.

[51] Véase la nota 12 *supra*.

[52] Casos *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (véase la nota 12 *supra*), págs. 16 y 17, y *Nottebohm*, segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1955*, pág. 24. Para este último caso, véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991*, pág. 46.

[53] Véase, por ejemplo, Joseph, *op. cit.*, pág. 1; Leigh, *loc. cit.*, pág. 453; Geck, *loc. cit.*, pág. 1046, y Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 512.

está codificado en el artículo 3 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, y en el artículo 5 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, el primero de los cuales enumera como función de las misiones diplomáticas y consulares:

> Proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional[54].

37. El consenso general sobre el derecho del Estado a ejercer la protección diplomática ha dado lugar a definiciones de la protección diplomática que reflejan la posición tradicional centrada en el Estado. En 1915, Borchard escribió lo siguiente:

> La protección diplomática es, por su propia naturaleza, un procedimiento internacional, que constituye «un llamamiento de nación a nación para que se cumplan las obligaciones de una para con la otra, fundamentado en sus derechos y deberes mutuos»[55].

Joseph, más preocupado por los perjuicios causados a la persona y por la responsabilidad del Estado, escribe lo siguiente:

> La protección diplomática puede definirse como un procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad del Estado en relación con infracciones del derecho internacional que provocan perjuicios jurídicos contra la persona o los bienes del ciudadano de un Estado[56].

Charles de Visscher, citado con aprobación por García Amador, define la protección diplomática como

> un procedimiento que permite a los Estados hacer valer el derecho de sus ciudadanos a recibir un trato acorde con el derecho internacional[57].

38. Geck, en su *Encyclopedia of Public International Law*, presenta una definición que tiene en cuenta los acontecimientos relativos a la protección funcional otorgada a los agentes de una organización internacional:

> La protección diplomática es […] la protección que otorga un sujeto de derecho internacional a las personas, ya sean naturales o jurídicas, contra una violación del derecho internacional cometida por otro sujeto de derecho internacional[58].

La protección funcional por una organización internacional, expuesta por primera vez en el caso *Réparations pour dommages subis au service des Nations Unies*[59] en 1949, contempla una institución importante para la protección de los derechos de las personas empleadas por una organización internacional[60]. Inevitablemente, existen diferencias importantes entre la protección diplomática tradicional de un Estado y la protección funcional que ejerce una organización internacional. Por este motivo, el presente conjunto de artículos no intenta ocuparse de la protección funcional[61].

39. Tal vez sorprendentemente, el Sr. García Amador no intentó ofrecer una definición precisa de la protección diplomática. El Sr. Bennouna, el primer Relator Especial sobre la protección diplomática, se limitó a describirla, en su informe preliminar, como

> un mecanismo o un procedimiento para hacer valer la responsabilidad internacional del Estado de acogida del extranjero[62].

Sin embargo, reconoció que:

> la protección diplomática fue concebida desde el principio como corolario de la competencia personal del Estado sobre su población cuando elementos de ésta que se encontraban en territorio extranjero sufrían un perjuicio en violación del derecho internacional[63].

40. El artículo 1 no pretende ser una definición de la protección diplomática, sino que constituye una descripción de la protección diplomática tal como se entiende el término en el lenguaje del derecho internacional. Refleja sustancialmente el significado que dio al término el Grupo de Trabajo sobre la protección diplomática, en 1997:

> Basándose en la nacionalidad de las personas naturales o jurídicas, los Estados reivindican, frente a otros Estados, el derecho a subrogarse por ellos y a actuar en su favor cuando sean víctimas de un daño o de una denegación de justicia en otro Estado. A este respecto, la protección diplomática se ha definido por la jurisprudencia internacional como un derecho del Estado[64].

En el artículo 1 procura evitarse cualquier sugerencia de que se trata de una norma primaria omitiendo toda referencia al concepto de «denegación de justicia».

B. Significado del término «medidas»

41. Las definiciones de la protección diplomática no tratan adecuadamente la índole de las medidas de que dispone un Estado en ejercicio de la protección diplomática.

42. En el asunto *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, la CPJI parecía distinguir entre «medidas diplomáticas» y «procedimientos judiciales»[65], una distinción repetida por

---

[54] Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, art. 3, párr. 1, apdo *b*. La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, contiene a su vez una disposición muy parecida, aunque algo más específica, en su artículo 5:

> «Las funciones consulares consistirán en:
>
> *a*) Proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional; …
>
> […]
>
> *e*) Prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas.»

El Convenio Europeo sobre Funciones Consulares hace suyo este principio en el párrafo 1 del artículo 2.

[55] Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims*, pág. 354, citando a Blaine, Secretario de Estado. Véase también ibíd., pág. 357.

[56] Joseph, *op. cit.*, pág. 1. Véase también Leigh, *loc. cit.*, pág. 453.

[57] «Cours général de principes de droit international public», pág. 507. García Amador cita esta definición en apoyo de la idea de que las definiciones existentes hacen hincapié en el derecho del Estado a actuar. Él mismo no ofrece ninguna definición original, sino que cita a otros autores y decisiones judiciales que hacen hincapié en lo mismo (*loc. cit.*, págs. 426 y 427).

[58] *Loc. cit.*, pág. 1046.

[59] Opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 174. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 10.

[60] La opinión consultiva de la CIJ *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, C.I.J. Recueil 1999*, pág. 62, ofrece un ejemplo de cómo puede utilizarse el derecho a la protección funcional.

[61] En 1997 el Grupo de Trabajo sobre la protección diplomática no tomó «posición sobre si el tema protección diplomática debería incluir la protección reivindicada por las organizaciones internacionales a favor de sus agentes» (*Anuario… 1997*, vol. II (segunda parte), págs. 62 y 63, párr. 187).

[62] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/484, párr. 10.

[63] Ibíd.

[64] *Anuario… 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 62, párr. 182.

[65] Véase la nota 12 *supra*.

la CIJ en el caso *Nottebohm*[66] y por el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán, en el asunto n.º A/18[67].

43. Por el contrario, los tratadistas jurídicos no establecen una distinción de este tipo y utilizan el término «protección diplomática» para abarcar la acción consular, la negociación, la mediación, los procedimientos judiciales y de arbitraje, las represalias, la retorsión, la ruptura de relaciones diplomáticas, la presión económica y, como último recurso, el uso de la fuerza[68]. En su estudio de 1932, Dunn declaró, con respecto al término «medidas diplomáticas», lo siguiente:

> Abarcan en general todos los casos de representación oficial de un gobierno en nombre de sus ciudadanos o de sus intereses económicos en la jurisdicción de otro Estado, a los fines de impedir la amenaza de algún daño en transgresión del derecho internacional o de obtener reparación por tales daños una vez que se hayan sufrido.
>
> […]
>
> Lo que suele suceder en el caso de la protección es que el gobierno de un extranjero perjudicado señala a la atención del gobierno responsable los hechos de una reclamación y pide que se adopten las medidas apropiadas para reparar el agravio.
>
> […]
>
> [E]l término «protección diplomática» se utiliza aquí como término genérico que abarca la cuestión general de la protección de los ciudadanos en el extranjero, incluidos los casos en que tal vez se haya recurrido a medios distintos de los diplomáticos para lograr el cumplimiento de las obligaciones. […] Cabe señalar que nos ocupamos aquí únicamente de las representaciones o peticiones que se hagan (de forma expresa o implícita) en relación con la reclamación de un derecho. A menudo los gobiernos adoptan, en nombre de sus ciudadanos en el extranjero, medidas que no están basadas en ninguna afirmación de obligaciones internacionales y que no corresponden estrictamente a la categoría de la protección[69].

44. En su informe preliminar, el Sr. Bennouna también reconoce la gran variedad de medidas que puede aplicar un Estado en ejercicio del derecho a la protección diplomática cuando afirma lo siguiente:

> El Estado conserva en principio la libertad de elegir el medio de que se valdrá para defender a sus nacionales, siempre que lo haga en un marco de respeto de sus obligaciones internacionales y de las normas imperativas del derecho internacional. Entre otras cosas, no puede en ejercicio de la protección diplomática recurrir a la amenaza o al empleo de la fuerza[70].

45. Las opciones de acción diplomática de que dispone un Estado se ven limitadas por las restricciones impuestas por el derecho internacional a las contramedidas, que ahora se reflejan en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados[71]. En el artículo 2 se trata de si está totalmente excluido el derecho a utilizar la fuerza en ejercicio de la protección diplomática.

46. La protección diplomática se refiere esencialmente al trato de los nacionales, ya sean personas jurídicas o naturales, en el extranjero. En circunstancias excepcionales un Estado puede hacer extensiva la protección diplomática a no nacionales. Esta cuestión se trata en los artículos 8 y 10.

Artículo 2

Queda prohibida la amenaza o el uso de la fuerza como medio de protección diplomática, excepto en caso de rescate de nacionales cuando:

***a*) El Estado que concede la protección no ha conseguido por medios pacíficos que se garantice la seguridad de sus nacionales;**

***b*) El Estado que ha causado el perjuicio no quiere o no puede garantizar la seguridad de los nacionales del Estado que concede la protección;**

***c*) Los nacionales del Estado que concede la protección están expuestos a un peligro inmediato a sus personas;**

***d*) El uso de la fuerza es proporcionado a las circunstancias de la situación;**

***e*) Se pone fin al uso de la fuerza, y el Estado que concede la protección retira sus fuerzas, tan pronto como se rescata a los nacionales.**

Comentario

47. Como se explica en el artículo 1, las restricciones de los medios de acción diplomática de los que dispone el Estado que concede la protección se rigen por las normas generales del derecho internacional, particularmente las relativas a las contramedidas definidas en el proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados[72]. El uso de la fuerza como medio de protección diplomática en último extremo se considera frecuentemente como parte integrante de la cuestión de la protección diplomática y, por consiguiente, requiere especial atención en este proyecto de artículos.

48. La historia, tanto pasada como presente[73] está llena de ejemplos de casos en que se invocó el pretexto de la protección de los nacionales como justificación de una intervención militar. Los escritos del jurista argentino Carlos Calvo, que trataban de restringir el derecho a la protección diplomática, eran una respuesta a las intervenciones militares en América Latina[74]. La doctrina

---

[66] Véase la nota 52 *supra*.

[67] Asunto n.º A/18, decisión de 6 de abril de 1984, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1985, vol. 5, pág. 261.

[68] Borchard, *op. cit.*, págs. 439 a 447; Geck, *loc. cit.*, págs. 1061 a 1063, y Weis, «Diplomatic protection of nationals and international protection of human rights», pág. 645.

[69] *Op. cit.*, págs. 18 a 20. Geck, *loc. cit.*, pág. 1046, también deja claro que las peticiones que no se hagan en relación con la reclamación de un derecho no constituyen protección diplomática:

> «[L]as medidas diplomáticas o consulares encaminadas a obtener concesiones u otros contratos públicos para los nacionales del Estado receptor, o los arreglos para brindar asesoramiento letrado a un nacional injustamente encarcelado no constituyen protección diplomática tal como la entendemos; normalmente no están dirigidos contra el otro Estado ni se basan en efectivas o presuntas violaciones del derecho internacional.»

Véase también *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/484, párr. 12.

[70] Ibíd., párr. 11.

[71] Véanse los artículos 47 a 50, *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 73, y *Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/498 y Add.1 a 4.

[72] Artículos 47 a 50 (véase la nota 71 *supra*).

[73] Tal vez las intervenciones más conocidas de ese tipo hechas en los últimos tiempos sean las de los Estados Unidos en Granada en 1983 (nota 14 *supra*) y Panamá en 1989 (nota 15 *supra*).

[74] Véase la nota 13 *supra*.

Drago de 1903[75], con la que se trataba de proscribir la intervención militar para el cobro de las deudas contractuales contraídas con nacionales extranjeros, era una respuesta a las medidas tomadas por Alemania, Italia y el Reino Unido contra Venezuela en 1902 cuando Venezuela no pagó las deudas contractuales contraídas con nacionales de esos Estados. Esto llevó a la Convención relativa a la Limitación del Empleo de la Fuerza para el Cobro de Deudas Contractuales (Convención Porter), en cuyo artículo 1 se obligaba a los Estados a «no recurrir a la fuerza armada para recobrar deudas contractuales reclamadas al gobierno de un país por el gobierno de otro país como debidas a nacionales suyos». El hecho de que esta prohibición del uso de la fuerza no era absoluta queda claro por lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo, según el cual:

> esta estipulación no podrá aplicarse cuando el Estado deudor rehúse o deje sin respuesta una proposición de arbitraje, o, en caso de aceptación, haga imposible la celebración del compromiso o, después del arbitraje, deje de conformarse con la sentencia dictada[76].

49. Estos antecedentes, unidos a la prohibición del uso de la fuerza formulada en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, llevaron a los anteriores relatores especiales de la Comisión a afirmar que el uso de la fuerza estaba prohibido como medio de protección diplomática.

50. En 1956, el Sr. García Amador presentó, como resumen del proyecto de artículos, un informe que contenía una serie de «bases de discusión» en las que subrayaba la necesidad de resolver por medios pacíficos las reclamaciones relativas a la protección diplomática y se proclamaba lo siguiente:

> En ningún caso el ejercicio directo de la protección diplomática implicará la amenaza o el uso efectivo de la fuerza o cualquier otra forma de intervención en los asuntos internos o externos del Estado demandado[77].

Aunque las actas de los debates de la Comisión no indican que se formulasen objeciones a esos párrafos, las únicas opiniones expresadas a favor de las disposiciones fueron unas breves notas de aprobación de los Sres. Krylov y Spiropoulos[78]. A pesar de esto, se omitieron las disposiciones en todos los informes posteriores.

51. En su informe preliminar, el Sr. Bennouna declaró, sin restricciones, que el Estado «no puede en ejercicio de la protección diplomática recurrir a la amenaza o al empleo de la fuerza»[79].

52. El deseo de prohibir la amenaza o el uso de la fuerza en el ejercicio de la protección diplomática es laudable, pero tiene poco en cuenta el derecho internacional contemporáneo, evidenciado por las interpretaciones de la Carta de las Naciones Unidas y por la práctica de los Estados. El dilema con el que se enfrenta actualmente el derecho internacional se refleja en Nguyen Quoc Dinh, Daillier y Pellet, que afirman audazmente que el uso de la fuerza está prohibido en el caso de la protección diplomática, pero después consideran como «delicada» la legalidad de los casos en que el Estado ha intervenido militarmente para proteger a los nacionales[80]. En el presente informe, a diferencia de los informes anteriores, se trata de describir la situación actual del derecho internacional y de proponer límites al uso de la fuerza que reflejen la actual práctica de los Estados.

53. El párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas contiene una prohibición general del uso de la fuerza:

> Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

La única excepción a esta disposición, excepción por la que se permite el uso unilateral de la fuerza por los Estados, es el Artículo 51 de la Carta, que trata del derecho de legítima defensa.

54. El uso de la fuerza para cobrar deudas contractuales está claramente prohibido por el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta[81]. También lo está cualquier amenaza o uso de la fuerza mediante la adopción de medidas de represalia encaminadas a la protección de nacionales. Éste no es lugar apropiado para analizar las represalias ni el uso de la fuerza. Baste decir que los actos de represalia que entrañen el uso de la fuerza están condenados, como contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, por la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas[82], conclusión confirmada por la CIJ en su opinión consultiva *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*[83], así como por la doctrina[84]. Las afirmaciones

---

[75] Véase *Anuario… 1956* (nota 40 *supra*), pág. 214, párr. 230, y *Papers relating to the Foreign Relations of the United States, with the annual message of the President transmitted to Congress: December 7, 1903*, Washington, Government Printing Office, 1904, págs. 1 a 5.

[76] Véase *Anuario… 1956* (nota 40 *supra*), pág. 214, párr. 230.

[77] Ibíd., Base de discusión VII, párr. 3, pág. 217. Véase también ibíd., págs. 213 a 216.

[78] Ibíd., vol. I, 371.ª sesión, págs. 225 y 226.

[79] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/484, párr. 11.

[80] *Droit International Public*, págs. 777 y 908. Véase también Verdross y Simma, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, pág. 905, párr. 1338.

[81] Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 441.

[82] Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo. En la Declaración, la Asamblea General proclama que «Los Estados tienen el deber de abstenerse de actos de represalia que impliquen el uso de la fuerza» (parte 1).

[83] *C.I.J. Recueil 1996*, pág. 246, párr. 46 (véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.97.V.7), pág. 105).

[84] Tomuschat, «Article 2 (3)», pág. 105; Bowett, «Reprisals involving recourse to armed force», pág. 1 Partsch, «Reprisals», pág. 332; Anuario… 1956 (véase la nota 40 supra), pág. 214; Facultad de Derecho de Harvard, Research in International Law, II, págs. 217 y 218, citado por el Sr. García Amador, ibíd., pág. 212; Higgins, The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations, págs. 216 y 217; Brownlie, International Law and The Use of Force by States, pág. 281; Verdross y Simma, *op. cit.*, págs. 294 y 295, párr. 480; Schachter, International Law in Theory and Practice, págs. 128 y 129; Bryde, «Self-defence», págs. 361 a 363; Partsch, «Self-preservation», pág. 218, que hace referencia a la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (véase la nota 82 *supra*) y al Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (Helsinki, 1975), y Barsotti, «Armed reprisals», págs. 79 y 80.

de algunos tratadistas en el sentido de que el derecho internacional tolera las represalias «razonables» que entrañen el uso de la fuerza[85] se basan en las dificultades inherentes a la distinción entre, por una parte, las represalias tomadas algún tiempo después de un ataque armado destinadas a disuadir futuros ataques armados y, por otra, la legítima defensa. Ahora bien, ese debate, por importante que sea, no guarda ninguna relación con el uso de la fuerza para proteger a nacionales, uso que consiste en una respuesta inmediata para garantizar la seguridad de los nacionales y no una acción punitiva posterior.

55. La amenaza o el uso de la fuerza en el ejercicio de la protección diplomática sólo puede justificarse si cabe considerarla como legítima defensa. Esta es la cuestión que hay que abordar en el presente estudio sobre la protección diplomática. No se afirma que la defensa de los nacionales pueda considerarse como una intervención humanitaria, pese a que algunos autores[86] no trazan una clara distinción entre la intervención humanitaria destinada a proteger a nacionales del Estado que ha causado el perjuicio y la intervención de un Estado destinada a proteger a los propios nacionales.

56. El derecho de legítima defensa en el derecho internacional fue formulado mucho antes de 1945. Para que se tratase de legítima defensa, era necesario que una medida tomada en defensa propia constituyese una respuesta inmediata y necesaria a una situación que amenazase la seguridad e intereses vitales de un Estado. La respuesta había de mantenerse dentro de los límites de la proporcionalidad. Ese derecho tenía un carácter amplio e incluía tanto la legítima defensa preventiva como la intervención destinada a proteger a los nacionales[87].

57. El Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas es menos generoso. Ese Artículo dispone lo siguiente:

> Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

Algunos autores[88] afirman que el Artículo 51 contiene una formulación completa y excluyente del derecho de legítima defensa que lo limita a los casos en que se ha producido un ataque armado contra un Estado, en tanto que otros sostienen que las palabras «derecho inmanente» que figuran en el Artículo 51 preservan el derecho consuetudinario anterior a la Carta[89]. En el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la CIJ apoyó esta última posición cuando sostuvo que «el Artículo 51 de la Carta no tiene sentido más que si existe un derecho de legítima defensa 'natural' o 'inmanente', y es difícil comprender que ese derecho no sea de naturaleza consuetudinaria, incluso si su contenido actual ha sido confirmado e influido por la Carta»[90]. La CIJ confirmó este enfoque en su opinión consultiva *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* cuando declaró que algunas de las limitaciones a la posibilidad de recurrir a la legítima defensa «son inherentes al concepto mismo de legítima defensa», mientras que otras están enunciadas expresamente en el Artículo 51. Además, la Corte declaró que:

> La sumisión del ejercicio del derecho de legítima defensa a las condiciones de necesidad y de proporcionalidad es una norma del derecho internacional consuetudinario[91].

58. Si el Artículo 51 preserva el derecho de legítima defensa reconocido en el derecho consuetudinario, es difícil afirmar que la prohibición del uso de la fuerza establecida en la Carta se extienda a la protección de los nacionales que se encuentran en el extranjero[92]. Hacen más difícil sostener esto el volumen de la práctica seguida por los Estados desde 1945 en apoyo de intervenciones militares destinadas a proteger a nacionales en el extranjero en situaciones de emergencia[93] y el hecho de que los tribunales[94] y los órganos políticos[95] de las Naciones

---

[85] Véase Bowett, *loc. cit.*, pág. 3; Shaw, *op. cit.*, pág. 786; Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, pág. 222, y Partsch, «Reprisals», pág. 332, y «Self-preservation», págs. 218 y 219.

[86] Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*; Verwey, «Humanitarian intervention», pág. 57; Nguyen Qouc Dihn, Daillier y Pellet, *op. cit.*, págs. 908 y 909.

[87] Bowett, *Self-Defence in International Law*, págs. 96 a 105.

[88] Brownlie, *International Law*…, págs. 272 a 275; Verdross y Simma, *op. cit.*, pág. 288, párr. 470, y Kelsen, *The Law of the United Nations: a Critical Analysis of its Fundamental Problems*, pág. 791.

[89] Bowett, *op. cit.*, págs. 184 a 186; Waldock, «The regulation of the use of force by individual States in international law», págs. 496 y 497; y Franzke, «Die militärische Abwehr von Angriffen auf Staatsangehörige im Ausland: inbesondere ihre Zulässigkeit nach der Satzung der Vereinten Nationen», págs. 169 y 170.

[90] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua *c*. Estados Unidos de América), fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1986*, pág. 94. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 210.

[91] *C.I.J. Recueil 1996* (véase la nota 83 *supra*), págs. 244 y 245, párrs. 40 y 41.

[92] Bowett, *op. cit.*, págs. 87 a 105; Dinstein, *op. cit.*, pág. 213; Barrie, «Forcible intervention and international law: legal theory and realities», pág. 800; y Dahm, *Völkerrecht*, pág. 209. Sin embargo, en contra véase Brownlie, *International Law*…, págs. 289 a 301; *Détroit de Corfou*, fondo, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 35 (véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 7); Ronzitti, *op. cit.*; Tunkin, «Politics, law and force in the interstate system», págs. 337 y 338; y Menzhinsky, *Neprimeniie sily v mezhdunarodnyh otnosheniiah*, págs. 97 y 98. No está claro qué se debe inferir del fallo de la CIJ en el caso *Nicaragua* sobre esta cuestión. La Corte, aunque dejó expresamente sin resolver la cuestión de la legalidad de la legítima defensa preventiva (véase la nota 90 *supra*), pág. 103, párr. 194, no mencionó en modo alguno la situación actual de la defensa de los nacionales como forma de legítima defensa.

[93] Jennings y Watts, *op. cit.*, págs. 440 a 442.

[94] En el caso *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (fallo, *C.I.J. Recueil 1980*, pág. 18; véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 145), la CIJ se negó a pronunciarse sobre la legalidad de la infructuosa tentativa de los Estados Unidos de rescatar a unos rehenes «en ejercicio de su derecho inmanente de legítima defensa». Los magistrados Morozov (pág. 57) y Tarazi (pág. 64) rechazaron, no obstante, los argumentos de los Estados Unidos y llegaron a la conclusión de que la operación de rescate no estaba justificada por el Artículo 51. Véase D'Angelo, «Resort to force by States to protect nationals: the U.S. rescue mission to Iran and its legality under international law», pág. 485.

[95] En ninguno de los casos en que se recurrió a la fuerza para rescatar o proteger a nacionales pudo el Consejo de Seguridad llegar a una decisión a favor o en contra de la intervención. Tras la incursión de Entebbe en 1976, no se sometió a votación un proyecto de resolución en el que se condenaba a Israel (proyecto de resolución S/12139 de 12 de julio de 1976, reproducido en ILM, vol. 15 (1976), pág. 1227.

Unidas no condenasen tales medidas. Como afirman Jennings y Watts, «los Estados han estado poco dispuestos a negar que una intervención debidamente limitada a la protección de los nacionales esté, en situaciones de emergencia, justificada»[96].

59. No obstante, en general se está de acuerdo en que hasta ahora se ha abusado mucho del derecho a utilizar la fuerza para proteger a los nacionales[97] y en que ese derecho se presta al abuso[98]. Por consiguiente, hay que formular estrictamente el derecho para dejar claro, primero, que ese derecho no se puede invocar para proteger bienes de los nacionales de un Estado en el extranjero[99] y, segundo, que ese derecho sólo se puede invocar en situaciones de emergencia para justificar el rescate de ciudadanos extranjeros. La intervención de comandos israelíes con uso de la fuerza en el aeropuerto de Entebbe en 1976[100], puede servir de modelo de tal operación de rescate. El artículo que se examina, formulado sobre la base de ese precedente, tiene por finalidad limitar el derecho a utilizar la fuerza para proteger a nacionales en situaciones de emergencia en que esos nacionales estén expuestos a un peligro inmediato y en que el Estado territorial no pueda o no quiera protegerlos. Esto parece reflejar más exactamente la práctica de los Estados que una prohibición absoluta de usar la fuerza (prohibición que es imposible de conciliar con la práctica real de los Estados) o que un amplio derecho a intervenir (derecho que es imposible de conciliar con las protestas formuladas por el Estado lesionado y por terceros Estados con motivo de tales intervenciones). Desde el punto de vista de las políticas, es más prudente reconocer la existencia de tal derecho e imponerle unos límites severos que hacer caso omiso de su existencia, lo que permitiría a los Estados invocar los argumentos tradicionales en apoyo de un amplio derecho de intervención y llevaría a nuevos abusos.

60. En la práctica, el derecho a utilizar la fuerza para proteger a nacionales se ha invocado para proteger a personas que no sean nacionales suyos cuando estén amenazadas junto con nacionales del Estado que otorga la protección[101]. En una situación de emergencia, sería al mismo tiempo difícil y poco prudente distinguir radicalmente entre los nacionales y los no nacionales. No debería haber ninguna objeción a que el Estado que concede la protección rescate a personas no nacionales suyas que estén expuestas al mismo peligro inmediato que sus nacionales, siempre que la mayoría de las personas amenazadas sean nacionales de ese Estado. Cuando la mayoría de las personas amenazadas no sean nacionales, el uso de la fuerza podría justificarse como medida humanitaria, pero no como legítima defensa para la protección de nacionales. La cuestión de si el derecho internacional reconoce un derecho de intervención humanitaria que entrañe el uso de la fuerza queda fuera del ámbito del presente estudio.

Artículo 3

El Estado de la nacionalidad tiene el derecho de ejercer la protección diplomática en nombre de un nacional ilegalmente perjudicado por otro Estado. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, el Estado de la nacionalidad tiene facultades discrecionales en el ejercicio de este derecho.

Comentario

61. En la doctrina, el aspecto más controvertido de la protección diplomática es la cuestión de *quién* es el titular de los derechos que se reivindican cuando el Estado de la nacionalidad hace responsable a otro Estado de los perjuicios causados a un nacional suyo. La posición tradicional es que el Estado de la nacionalidad actúa en nombre propio, puesto que un perjuicio causado a un nacional es un perjuicio causado al propio Estado. Hoy día se impugna esa doctrina basándose en que está llena de incongruencias internas y en que no es más que una ficción. Esta crítica se ve apoyada por la evolución contemporánea en virtud de la cual se concede a las personas acceso directo a los órganos judiciales internacionales para formular reclamaciones tanto contra Estados extranjeros como contra el Estado de su nacionalidad.

62. La posición tradicional tiene su origen en una afirmación de de Vattel en el sentido de que:

> Quienquiera que maltrate a un ciudadano perjudica indirectamente al Estado, que tiene que proteger a ese ciudadano[102].

Ese pretendido perjuicio indirecto se ha considerado como la base de la protección diplomática durante siglos. Los tribunales internacionales han confirmado repetidas veces la tesis de que, por una parte, el Estado tiene un interés general en que se trate debidamente a sus nacionales en el extranjero y en que se respete el derecho internacional, y, por otra parte, como corolario necesario, el Estado hace valer su *propio* derecho cuando formula una reclamación internacional a causa de un perjuicio causado a un nacional suyo. La formulación clásica de esta doctrina se encuentra en el fallo de la CPJI en el asunto *Mavrommatis*, en el que la Corte hizo la siguiente declaración:

> Al asumir la causa de uno de sus súbditos y poner en marcha en su favor una acción diplomática o una acción judicial internacional, en realidad este Estado hace valer su propio derecho, el derecho que tiene de hacer respetar el derecho internacional respecto de la persona de sus nacionales.
>
> Según este punto de vista, no procede preguntarse si el litigio tiene su origen en un interés privado, cosa que por lo demás ocurre en un gran número de controversias entre Estados. El Estado, desde el momento en que asume la causa de uno de sus nacionales ante una jurisdicción internacional, es el único demandante ante esta jurisdicción[103].

---

[96] *Op. cit.*, pág. 440.

[97] Véanse, por ejemplo, las críticas de las intervenciones militares de los Estados Unidos en Granada y en Panamá (notas 13 y 14 *supra*); Joyner, «Reflections on the lawfulness of invasion», pág. 131; y Nanda, «The validity of United States intervention in Panama under international law», pág. 494.

[98] Véase Borchard, *op. cit.*, págs. 331 y 447; primer informe del Sr. García Amador, *Anuario… 1956* (nota 40 *supra*), pág. 213, párr. 227; Guha Roy, *loc. cit.*, págs. 880 y 887; García Amador, *op. cit.*, pág. 79; Lillich, *op. cit.*, págs. 14 y 15; y Orrego Vicuña, «The changing law of nationality of claims». En cuanto a las opiniones en el sentido de que la protección diplomática no presenta un peligro real de abuso, véase Dunn, *op. cit.*, pág. 19.

[99] Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 441; Shaw, *op. cit.*, pág. 793, y Franzke, *loc. cit.*, pág. 171.

[100] Véase Margo, «The legality of the Entebbe raid in international law», pág. 306; Boyle, «The Entebbe hostage crisis», pág. 32; *Yearbook of the United Nations 1976* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: E.76.I.1), vol. 30, págs. 315 a 320, e ILM (nota 95 *supra*), pág. 1224.

[101] Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 442.

[102] De Vattel, *op. cit.*, pág. 136.

[103] Quince años después, la Corte hizo la misma afirmación en el asunto *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (véase la nota 12 *supra*).

Esta doctrina fue apoyada en el informe aprobado por el Comité de Expertos para la Codificación Progresiva del Derecho Internacional de la Sociedad de las Naciones (informe Guerrero)[104] y en el proyecto de Harvard de 1929[105]. El principio fue también enunciado de nuevo por la CIJ en el caso *Nottebohm* en 1995, cuando algunos tratadistas criticaron la concepción tradicional[106]:

> La protección diplomática y la protección por vía judicial internacional constituyen medidas de defensa de los derechos del Estado[107].

El Instituto de Derecho Internacional, en su reunión de Varsovia de 1965, resolvió que:

> Una reclamación internacional presentada a causa de un perjuicio sufrido por una persona tiene el carácter nacional de un Estado cuando esa persona es nacional de ese Estado o es una persona que ese Estado está autorizado, en virtud del derecho internacional, a asimilar a sus propios nacionales a los efectos de la protección diplomática[108].

63. Se ha afirmado que la base del derecho del Estado a hacer que se respete el derecho internacional en lo que se refiere a sus nacionales estriba en «el derecho de autoconservación, el derecho de igualdad y el derecho a mantener relaciones»[109]. Dio una explicación más satisfactoria Brierly en 1928, en su comentario sobre la afirmación de que un perjuicio causado a un nacional es un perjuicio causado al Estado de la nacionalidad:

> Tal posición no se basa, como a veces se afirma, en ninguna ficción jurídica, ni […] en nada tan intangible como la «ofensa al honor nacional»; antes bien, meramente refleja la sencilla verdad de que el resultado lesivo de una denegación de justicia no se limita, o por lo menos no se limita necesariamente, a la víctima o su familia, sino que incluye consecuencias tales como la «desconfianza e inseguridad» de otros extranjeros que se encuentran en situación similar […] Ese gobierno tiene frecuentemente un interés mayor en que se mantengan los principios del nacional que en lograr que se reparen los daños sufridos por uno de sus ciudadanos en un asunto determinado[110].

La opinión de Brierly se basa en la premisa de que la persona interesada no puede presentar por sí misma una reclamación internacional[111], premisa subrayada por Geck en la *Encyclopedia of Public International Law*, donde afirma que la doctrina nacional de la protección diplomática es «consecuencia necesaria de la inexistencia de un derecho sustantivo internacional» de la persona perjudicada»[112].

64. La idea de que el perjuicio causado a una persona es un perjuicio causado al propio Estado no se acepta invariablemente en las actuaciones judiciales. Cuando los Estados inician actuaciones en nombre de nacionales suyos, raras veces afirman que están reivindicando un derecho propio, y frecuentemente se refieren a la persona perjudicada como el «reclamante»[113]. En el caso *Interhandel*, la CIJ dice que el Estado demandante ha «adoptado la causa de un nacional suyo cuyos derechos afirma que se han lesionado en otro Estado, con transgresión del derecho internacional»[114].

65. En estas circunstancias, no es sorprendente que algunos tratadistas[115] argumenten que un Estado, cuando ejerce la protección diplomática, actúa en nombre de la persona perjudicada y hace valer el derecho de esa persona y no el derecho del Estado. Militan en favor de esta opinión las incongruencias lógicas de la doctrina tradicional, tales como el requisito de que se posea la nacionalidad de forma continua, la norma del agotamiento de los recursos internos y la práctica de fijar el monto de los daños sufridos en función de las pérdidas sufridas por la persona interesada. Algunos especialistas tratan de superar las deficiencias de la doctrina tradicional explicando que la persona es el titular del derecho sustantivo, pero que el Estado es el titular del derecho procesal a hacer valer el derecho sustantivo[116]. Otros escritores están menos de acuerdo con la doctrina tradicional y prefieren descartarla como una ficción que está fuera de lugar en el derecho moderno de la protección diplomática[117].

66. La evolución del derecho internacional de los derechos humanos, que ha hecho que se eleve la posición de la persona en el derecho internacional, ha socavado aún más la doctrina tradicional. Si una persona tiene derecho, en virtud de instrumentos de derechos humanos, a hacer valer sus derechos humanos fundamentales ante un organismo internacional contra el propio Estado cuya nacionalidad ostenta o contra un Estado extranjero, es difícil sostener que un Estado, cuando ejerce la protección diplomática en nombre de una persona, está haciendo valer su *propio* derecho. Los tratados sobre inversiones en los que se confieren recursos jurídicos ante organismos internacionales a personas naturales y jurídicas suscitan dificultades similares para la doctrina tradicional.

67. No se hace ninguna tentativa de justificar la opinión tradicional como una doctrina coherente y congruente. Desde el punto de vista de los hechos, esa doctrina es inexacta, ya que, como señaló Brierly:

> es una exageración afirmar que, siempre que una persona resulta perjudicada en un Estado extranjero, su Estado, en su conjunto, resulta necesariamente perjudicado también[118].

---

[104] *Anuario… 1956* (véase la nota 40 *supra*), pág. 217.

[105] Facultad de Derecho de Harvard, proyecto de convención sobre responsabilidad internacional del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros, Suplemento del *American Journal of International Law*, vol. 23, número especial (abril de 1929), art. 1, pág. 133.

[106] Se puede ver un ejemplo de estas primeras críticas en Jessup, *A Modern Law of Nations*, pág. 116.

[107] Véase la nota 52 *supra*.

[108] *Tableau des résolutions adoptées (1957-1991)*, París, Pedone, 1992, art. 3, pág. 59.

[109] Borchard, *op. cit.*, pág. 353, donde se cita a Hall, Rivier, Despagnet, Pomeroy y Oppenheim.

[110] *Loc. cit.*, pág. 48.

[111] *Loc. cit.*, pág. 47.

[112] *Loc. cit.*, pág. 1057. Véase también García Amador, *loc. cit.*, pág. 471.

[113] Este fue el enfoque que siguieron los redactores del proyecto de convención de Harvard de 1960 sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a extranjeros (Sohn y Baxter, *loc. cit.*, art. 21, párr. 5, pág. 578). En 1915, Borchard describió la protección diplomática como «un recurso jurídico extraordinario concedido al ciudadano, dentro de las facultades discrecionales del Estado» (*op. cit.*, pág. 353).

[114] Fallo, *C.I.J. Recueil 1959*, pág. 27; véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 64.

[115] Se puede ver una exposición detallada de estos argumentos en el primer informe del Sr. García Amador, *Anuario… 1956* (nota 40 *supra*), pág. 189; García Amador, *loc. cit.*, págs. 413 a 428, y *op. cit.*, págs. 497 a 501; *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/484, párrs. 15 a 37, y 49 a 54; Orrego Vicuña, *loc. cit.*, págs. 1 a 6; Geck, *loc. cit.*, págs. 1057 a 1059; y Guha Roy, *loc. cit.*, págs. 877 y 878.

[116] Geck, *loc. cit.*, pág. 1058, y Guha Roy, *loc. cit.*, pág. 878.

[117] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/484. Véase también Bennouna, «La protection diplomatique, un droit de l'État?, pág. 245.

[118] *The Law of Nations*, pág. 276.

Además, esa doctrina se ve socavada por prácticas que contradicen la idea de que el perjuicio causado a una persona es un perjuicio al Estado, así como por la evolución contemporánea del derecho de los derechos humanos y del derecho de las inversiones extranjeras, en virtud de la cual la persona puede iniciar actuaciones por derecho propio ante tribunales internacionales. Por consiguiente, no cabe negar seriamente que sea una ficción la idea de que el perjuicio causado a un nacional es un perjuicio causado al Estado.

68. El presente informe trata más de la utilidad de la concepción tradicional que de su exactitud desde el punto de vista lógico. Como se indica en la introducción[119], la protección diplomática, aunque se basa en una premisa que constituye una ficción, es una institución aceptada del derecho internacional consuetudinario y es una institución que continúa sirviendo de valioso instrumento para la protección de los derechos humanos. Constituye un medio potencial de proteger a millones de extranjeros que no pueden recurrir a los organismos internacionales, así como un medio de protección más eficaz para aquellos que tienen acceso a los recursos, frecuentemente ineficaces, establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

69. Los debates sobre la identidad del titular del derecho de protección diplomática tiene importantes consecuencias sobre el alcance y la eficacia de esa institución. Si el titular del derecho es el Estado, éste puede hacer valer su derecho independientemente de que la persona interesada pueda o no interponer un recurso ante un foro internacional. Si, por el contrario, la persona es el titular del derecho, es posible argumentar que el derecho del Estado es meramente residual y procesal, es decir, un derecho que sólo puede ejercerse cuando el interesado no puede interponer un recurso. Esto es lo que apuntó Orrego Vicuña en su informe final de 1999 al Comité sobre protección diplomática de las personas y las propiedades, de la ADI:

> La atribución de una función residual a la protección diplomática parece más adecuada, en la medida en que ese mecanismo podría entrar en funcionamiento solamente cuando la persona interesada no tuviera acceso directo a procedimientos internacionales. No obstante, se debe señalar que, si se dispone de acceso directo, quedaría totalmente excluida la protección diplomática, salvo tal vez para ejecutar un laudo o para hacer que se cumpla una decisión que favorezca a esa persona; en particular, no cabría conceder protección diplomática cuando en lugar de ella el interesado hubiera recurrido a procedimientos internacionales.
>
> Existe además la posibilidad de una operación paralela, en la que el Estado apoya una reclamación al mismo tiempo que el interesado interpone un recurso directo, pero esto llevaría a diversos tipos de interferencias con el debido desarrollo del procedimiento y, en último término, con el resultado de la decisión[120].

Esta opinión refleja la posición propugnada por el Sr. García Amador en sus informes a la Comisión[121].

70. Una solución intermedia es la propuesta por Jessup[122] y Sohn y Baxter en el proyecto de convención de Harvard de 1960 sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a extranjeros[123], por la que se autorizaría tanto a la persona perjudicada como al Estado cuya nacionalidad posea esa persona a reclamar al Estado que hubiera causado el perjuicio, pero daría prioridad a la reclamación presentada por el Estado. El artículo 13 es compatible con tal solución: no descarta la posibilidad de que la persona interesada presente una reclamación en el plano internacional *cuando se pueda interponer un recurso*. Al mismo tiempo, no impone al Estado de la nacionalidad ninguna limitación a su derecho a intervenir.

71. Otra solución, propuesta por Doehring, es que el Estado pueda presentar una reclamación cuando resulten afectados sus propios derechos, lo que sería también el caso cuando se expropiasen bienes de un nacional suyo. En cambio, cuando resulten afectados derechos fundamentales personales del interesado, podrían formular reclamaciones tanto la persona como el Estado. Esta sugerencia es también compatible con la propuesta hecha en el artículo 3[124].

72. Otro argumento que trata de subsanar el carácter ficticio de la protección diplomática, pero que reduce considerablemente el ámbito de esa protección, es el siguiente. La doctrina de que el perjuicio causado a una persona es un perjuicio causado al Estado no es una ficción más que cuando el Estado interviene para proteger a una persona aislada o a un pequeño grupo de personas cuyos derechos humanos, incluido el derecho a la propiedad, han sido lesionados por el Estado territorial. En cambio, cuando el perjuicio es sistemático y está dirigido contra un número considerable de nacionales, lo que demuestra la existencia de una política de discriminación contra los nacionales de un Estado determinado, el Estado de la nacionalidad resulta perjudicado de hecho porque la conducta del Estado territorial constituye una afrenta para el propio Estado[125]. En este último caso, y solamente en él, puede intervenir el Estado de la nacionalidad.

---

[119] Párrs. 17 a 31 *supra*.

[120] «The changing law…», págs. 7 y 8.

[121] Primer informe, *Anuario… 1956* (nota 40 *supra*), pág. 211; tercer informe, *Anuario… 1958*, vol. II, documento A/CN.4/111, pág. 51; quinto informe, *Anuario… 1960*, vol. II, documento A/CN.4/125, págs. 50 a 54; y García Amador, *loc. cit.*, págs. 462 a 473.

[122] *Op. cit.*, págs. 116 y 117. Jessup afirma que la persona no debe tener libertad para recurrir a procedimientos internacionales más que cuando el Estado haya decidido no intervenir.

[123] Sohn y Baxter, *loc. cit.*, págs. 578 a 580. El artículo 22 autoriza a la persona perjudicada a reclamar directamente al Estado que haya causado el perjuicio, y el artículo 23 regula las reclamaciones presentadas por el Estado. El párrafo 1 del artículo 23 dispone lo siguiente:

> «Si presentan una reclamación tanto un demandante como el Estado del que sea nacional el demandante, el derecho del demandante a presentar o mantener su reclamación quedará en suspenso mientras se tramita la reclamación del Estado.»

[124] Doehring, «Handelt es sich bei einem Recht, das durch diplomatischen Schutz engefordert wird, um ein solches, das dem die Protection ausübenden Staat zusteht, oder geht es um die Erzwingung von Rechten des betroffenen Individuums?», *Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen*, págs. 18 a 20. Véase también unas observaciones similares de Ress y Stein, ibíd., págs. 22 y 23.

[125] Véase García Amador (*loc. cit.*, pág. 422):

> «En cualquiera de los casos en que se incurre en responsabilidad a causa del perjuicio causado a la persona o los bienes de un extranjero, las consecuencias de las acciones u omisiones pueden, por su gravedad o por su frecuencia o porque revelen una actitud manifiestamente hostil para con el extranjero, ir más allá de ese perjuicio personal específico. En otras palabras, pueden existir circunstancias en las que haya actos u omisiones cuyas consecuencias se extiendan más allá del perjuicio específico causado al extranjero.»

Véase también ibíd., págs. 466, 467, 473 y 474; *Anuario… 1956* (nota 40 *supra*), págs. 194 y 216, Base de discusión n.º III, párr. 2, apdo. *b*; *Anuario… 1958*, vol. II, pág. 51, documento A/CN.4/111; Jessup, *op. cit.*, págs. 118 a 120.

73. El artículo 3 codifica el principio de la protección diplomática en su forma tradicional. Reconoce la protección diplomática como un derecho que incumbe al Estado y que el Estado tiene libertad de ejercer discrecionalmente (sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4) siempre que un nacional suyo sea ilegalmente perjudicado por otro Estado. El derecho de intervención diplomática del Estado de la nacionalidad no se limita a los casos en que se produzcan violaciones en gran escala y sistemáticas de los derechos humanos. El Estado de la nacionalidad tampoco está obligado a abstenerse de ejercer ese derecho cuando la persona interesada pueda interponer un recurso con arreglo a un tratado de derechos humanos o de inversiones extranjeras. En la práctica, el Estado se abstendrá indudablemente de ejercer su derecho de protección diplomática mientras se tramita el recurso internacional del ciudadano perjudicado. O bien puede, cuando es posible[126], sumarse al particular en el ejercicio del derecho que corresponda a éste en virtud del tratado en cuestión. Sin embargo, en principio el Estado no está obligado a abstenerse de ejercer su protección diplomática, dado que se lesiona su *propio* derecho cuando se perjudica ilegalmente a un nacional suyo.

74. Las facultades discrecionales del Estado a intervenir en nombre de un nacional suyo se estudian en el comentario al artículo 4.

Artículo 4

1. A menos que la persona perjudicada pueda presentar una reclamación ante una corte o tribunal internacional competente, el Estado de su nacionalidad tiene el deber jurídico de ejercer la protección diplomática en nombre de la persona perjudicada a solicitud de ésta, si el daño se debe a una violación grave de una norma de *jus cogens* atribuible a otro Estado.

2. El Estado de la nacionalidad quedará eximido de esta obligación si:

***a*) El ejercicio de la protección diplomática puede poner seriamente en peligro los intereses generales del Estado y/o su población;**

***b*) Otro Estado ejerce la protección diplomática en nombre de la persona perjudicada;**

***c*) La persona perjudicada no tiene la nacionalidad efectiva y dominante del Estado.**

3. Los Estados están obligados a incluir en su derecho interno disposiciones para hacer respetar este derecho ante un tribunal interno competente u otra autoridad nacional independiente.

Comentario

75. De conformidad con la doctrina tradicional de la protección diplomática, un Estado tiene derecho a proteger a sus nacionales pero no la obligación de hacerlo. En consecuencia, un nacional del Estado que sufra un daño en el extranjero no tiene derecho a la protección diplomática en virtud del derecho internacional. En 1915 Borchard determinó con claridad que un Estado *no está obligado* en virtud del derecho internacional a proteger a un nacional:

> Muchos autores[127] consideran que la protección diplomática es una obligación del Estado al mismo tiempo que un derecho. Si constituye una obligación internacional, lo es sólo en el plano moral y no jurídico, porque no hay modo de hacerlo cumplir. En la medida en que el Estado pueda determinar a su discreción que el daño causado al ciudadano es suficientemente grave para justificar, o si la conveniencia política justifica el ejercicio de las fuerzas protectoras de la colectividad en su nombre, ya que los intereses de la mayoría no pueden sacrificarse, es evidente que en virtud del derecho internacional no incumbe al Estado la obligación jurídica de prestar protección diplomática. Si tal obligación existe hacia el ciudadano depende del derecho interno de su propio país, y la norma general es que incluso en virtud del derecho interno el Estado no tiene la obligación jurídica de prestar protección diplomática[128].

Borchard insiste igualmente en que *no existe el derecho* a la protección diplomática en nombre del nacional perjudicado:

> No es correcto […] hablar de la facultad del ciudadano de invocar la protección diplomática del gobierno como el «derecho» a la protección […]; su solicitud de que intervenga el gobierno se atiende a discreción de éste. Por consiguiente, en el mejor de los casos es un derecho imperfecto […] carente de toda obligación, se resuelve simplemente como el privilegio de solicitar la protección. La obligación de prestar protección que puede suponerse que el gobierno deba al ciudadano en estos casos es política y no jurídica, la responsabilidad de la aplicación apropiada guarda relación con la población en general y no con el ciudadano en tanto individuo[129].

Esta posición se vio reafirmada por la CIJ en el caso *Barcelona Traction*, en 1970:

> [D]entro de los límites prescritos 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 afirmando. Si el nacional o la persona jurídica en cuyo nombre se actúa considera que sus derechos no están adecuadamente protegidos no existe recurso en el derecho internacional. Todo lo que puede hacer es recurrir al derecho interno, si se dispone de medios, con miras a hacer progresar su causa u obtener reparación.
>
> El Estado debe ser considerado como el único juez que decide si se concederá su protección, en qué medida se concederá, y cuándo dejará de concederse. A ese respecto mantiene la facultad discrecional cuyo ejercicio puede estar determinado por consideraciones políticas o de otra índole, que no guardan relación con el caso en particular[130].

76. Si bien la mayoría de los autores aceptan la postura tradicional[131], se han alzado voces en su contra. Charles De Visscher señala que «la discreción política absoluta que se deja al Estado en el ejercicio de la protección se conjuga mal con el principio de que el tratamiento que se debe proporcionar a los extranjeros es una cuestión de derecho internacional»[132]. Orrego Vicuña, en su informe a la ADI, describe este aspecto como una de las principales «desventajas» del sistema actual[133].

---

[126] Véanse, por ejemplo, los casos *Soering* y *Selmouni* (nota 37 *supra*).

[127] Los autores citados por Borchard incluyen a Grotius, l. II, cap. XXV, párrs. 1 y 2, y de Vattel, vol. I, cap. II, párrs. 13 a 16.

[128] *Op. cit.*, pág. 29.

[129] Ibíd., pág. 356.

[130] *C.I.J. Recueil 1970* (véase la nota 16 *supra*), pág. 44, párrs. 78 y 79.

[131] Greig, *International Law*, pág. 523; Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 934; Geck, *loc. cit.*, págs. 1051 y 1052; García Amador, *loc. cit.*, pág. 427, y van Panhuys, *The Role of Nationality in International Law: an Outline*, págs. 103 y 221.

[132] Charles De Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, pág. 349.

[133] «The changing law…», pág. 7. Véase también *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/484, párrs. 47 y 48.

77. Si bien la institución de la protección diplomática puede considerarse un instrumento para el fomento de la protección internacional de los derechos humanos, no es posible describir a la protección diplomática como un derecho humano individual[134]. Esto se ve confirmado por dos instrumentos internacionales de derechos humanos que se refieren al derecho de los extranjeros, la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven[135], y la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares[136], que reafirman el derecho de los extranjeros a recurrir a su misión diplomática o consular para solicitar protección pero no imponen al Estado de la nacionalidad la obligación de protegerlos[137].

78. Las recientes deliberaciones en la Sexta Comisión de la Asamblea General ilustran la divergencia de opiniones al respecto. La mayoría de los oradores consideró que la decisión de ejercer o no protección diplomática era la prerrogativa soberana del Estado con discreción plena[138]. El Sr. Baker (Israel) señaló que los Estados podrían verse influidos por razones de política exterior de peso para prescindir del ejercicio de ese derecho. Además, como la reclamación del particular puede ser injusta o no ajustarse al derecho internacional, el ejercicio de la protección diplomática debe estar sujeto a la discreción del Estado a fin de que no se coloque a éste en una «posición innecesaria»[139]. Por el contrario, si bien estuvo de acuerdo en que la protección diplomática era principalmente una prerrogativa de los Estados, el Sr. Škrk (Eslovenia) propuso examinar la práctica legislativa de los Estados que concedían a sus nacionales el derecho de protección diplomática[140].

79. También se examinó la cuestión de considerar la protección diplomática como un derecho humano. El Sr. Cede (Austria) expresó dudas acerca de esa posibilidad y sostuvo que esa opinión no estaba apoyada por el derecho internacional vigente y no podía esperarse que se incluyera en el ordenamiento jurídico en un futuro próximo[141]. De manera algo más liberal, el Sr. Gray (Australia) pidió que se examinara la base jurídica (en las opiniones y prácticas de los Estados) del derecho del individuo y señaló la necesidad de examinar la posibilidad de catalizarlo como un derecho humano[142]. El Sr. Pérez Giralda (España) aparentemente apoyaba la opinión de que el derecho a la protección diplomática era un derecho humano y argumentó que las personas tienen derecho a compensación por la violación de sus derechos, así como por la falta de protección diplomática[143].

80. Las deliberaciones de la Sexta Comisión demostraron que algunos miembros de la comunidad jurídica internacional creían que el individuo debe tener derecho a la protección diplomática. Aunque limitada, existe en algunos Estados una práctica en apoyo de esta opinión. Las disposiciones constitucionales de varios Estados, principalmente los que pertenecieron al antiguo bloque comunista, reconocen el derecho de las personas a recibir protección diplomática por daños sufridos en el extranjero. Entre esos países figuran Albania, Belarús, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Camboya, China, Croacia, España, Estonia, la ex República Yugoslava de Macedonia, la Federación de Rusia, Georgia, Guyana, Hungría, Italia, Kazajstán, Letonia, Lituania, Polonia, Portugal, la República Democrática Popular Lao, la República de Corea, Rumania, Turquía, Ucrania, Viet Nam y Yugoslavia. Por lo general, el artículo correspondiente de la constitución incluye formulaciones tales como que «el Estado protegerá los derechos de los nacionales de X en el extranjero» o «los nacionales de Y gozarán de protección mientras residan en el extranjero». Las disposiciones constitucionales de España, Italia y Turquía incluyen textos muy ambiguos y generales, en que se prevé la protección de algunos derechos de los trabajadores en el extranjero o, en el caso de España, señalan que el Estado «velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales» de los trabajadores españoles en el extranjero[144]. La Constitución de la ex República Yugoslava de Macedonia es aún más limitada y dispone que el Estado «cuida del bienestar de sus nacionales» en el extranjero. En el otro extremo del espectro, las constituciones de la República de Corea y Guyana establecen la obligación de los Estados de proteger a sus nacionales en el extranjero. Ucrania «garantiza» la protección y la Constitución de Polonia se refiere al derecho de los nacionales a la protección en el extranjero, mientras que la Constitución de Hungría establece que los ciudadanos de Hungría tienen derecho a gozar de la protección de Hungría mientras residan en el extranjero[145]. No está claro si estos derechos pueden hacerse cumplir en virtud del derecho interno de esos países y en qué medida, o si sobrepasan el derecho de acceso a los funcionarios consulares en el extranjero[146]. Por otra parte, indican que algunos Estados consideran

---

[134] Skubiszewski, «Introduction», pág. 10.

[135] Art. 10 (véase la nota 32 *supra*).

[136] Art. 23.

[137] Warbrick, «Protection of nationals abroad», pág. 1004.

[138] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, declaraciones del Sr. Sepúlveda (México), 16.ª sesión (A/C.6/53/SR.16); Sr. Patriota (Brasil), ibíd.; Sr. Benítez Sáenz (Uruguay), ibíd.; Sra. Reza (Indonesia), ibíd., 15.ª sesión (A/C.6/53/SR.15); Sr. O'Hara (Malasia), ibíd.; Sr. Gray (Australia), ibíd., *quincuagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 23.ª sesión (A/C.6/52/SR.23); Sr. Longva (Noruega), ibíd., *quincuagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 14.ª sesión (A/C.6/53/SR.14); Sir Franklin Berman (Reino Unido), ibíd.; Sr. Orrego Vicuña (Chile), ibíd.; Sr. Fomba (Malí), quien argumentó, no obstante, que debía tenerse en cuenta el desarrollo de los derechos humanos, ibíd., 13.ª sesión (A/C.6/53/SR.13); Sr. Caflisch (observador de Suiza), ibíd.; Sr. Tomka (Eslovaquia), ibíd., 22.ª sesión (A/C.6/53/SR.22); Sr. Omotosho (Nigeria), ibíd., 17.ª sesión (A/C.6/53/SR.17), y Sr. Al-Baharna (Bahrein), ibíd., 21.ª sesión (A/C.6/53/SR.21).

[139] Ibíd., 15.ª sesión (A/C.6/53/SR.15). Para la primera parte del argumento, véase también la declaración del Sr. Abraham (Francia), ibíd., 14.ª sesión (A/C.6/53/SR.14).

[140] Ibíd., *quincuagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 23.ª sesión (A/C.6/52/SR.23).

[141] Ibíd., *quincuagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 15.ª sesión (A/C.6/53/SR.15).

[142] Véase la nota 140 *supra*.

[143] Ibíd., 18.ª sesión (A/C.6/52/SR.18).

[144] Constitución de España de 1992, art. 42.

[145] Constitución de Hungría de 1949, con las enmiendas correspondientes hasta 1997, art. 69.

[146] Lee, *Consular Law and Practice*, cap. 8, págs. 124 y ss. Este autor duda de que la obligación impuesta a los funcionarios consulares por muchos estatutos nacionales de proteger los intereses de los nacionales sea susceptible de una acción judicial (ibíd., págs. 125 a 127).

conveniente la protección diplomática de sus nacionales en el extranjero.

81. La práctica de los Estados al respecto es difícil de rastrear. En su informe sobre la protección diplomática a la ADI, Orrego Vicuña[147] se refiere a una ley chilena del siglo XIX según la cual el Ministerio de Relaciones Exteriores estaba obligado a enviar toda solicitud de protección diplomática al Fiscal General de la Corte Suprema para una opinión jurídica vinculante respecto de si el Gobierno debía ejercer la protección en el caso. A su vez, Geck se refiere a los derechos constitucionales no escritos relativos a la protección otorgada a las personas por algunos países y a una obligación constitucional no escrita de otros países de conceder protección diplomática[148]. Describe la tradición constitucional de Alemania desarrollada en las constituciones de 1866, 1871 y 1919, y aplicada sin una disposición constitucional al respecto desde 1949 en la República Federal de Alemania. Según esa tradición, el Estado alemán tiene la obligación constitucional de proporcionar protección diplomática si se cumplen ciertos requisitos previos. La Corte Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht) y otros tribunales de Alemania han confirmado en sus decisiones esa obligación por parte de las autoridades alemanas[149]. Además de las condiciones impuestas por el derecho internacional, la protección diplomática se considera sólo «si no se va en contra de los genuinos intereses primordiales de la República Federal»[150]. Los tribunales han interpretado que esta condición confiere a las autoridades políticas la discreción de determinar si los intereses primordiales del Estado y el pueblo en general excluyen la protección diplomática.

82. Aunque en Israel no existe ninguna disposición oficial que obligue al Estado a proteger a los nacionales israelíes en el extranjero y en general el ejercicio de esta protección se considera una cuestión sujeta a la discreción del Gobierno, en 1952 la Corte Suprema sostuvo que el Estado tiene la obligación de proteger a un nacional que se encuentre en un país enemigo en la medida en que pueda defenderlo mediante los buenos oficios de un gobierno amigo[151]. La Corte del distrito de Haifa adoptó una decisión similar en 1954[152].

83. En Suiza el Gobierno no tiene obligación de ejercer la protección diplomática en nombre de sus nacionales[153] pero, como señala Caflisch, algunas disposiciones de la Constitución y las normas consulares de 1967 reconocen la obligación limitada de las misiones consulares suizas de proteger a los nacionales de Suiza a menos que esto perjudique a los intereses de la Confederación[154].

84. El Reino Unido no reconoce el derecho de las personas a hacer cumplir ante los tribunales nacionales la obligación de la Corona de prestar protección diplomática[155]. No obstante, según Warbrick, en la actualidad es posible afirmar que los ciudadanos británicos por lo menos tienen la expectativa legítima de que se les prestará protección diplomática si se cumplen las condiciones establecidas en las normas del Reino Unido respecto de las reclamaciones internacionales (nacionalidad ininterrumpida, agotamiento de las soluciones locales, etc.)[156].

85. En Francia, el derecho a ejercer la protección diplomática es un acto de gobierno que no está sujeto al examen de los órganos administrativos[157]. Aunque no existe una obligación general por parte del poder ejecutivo de ejercer protección diplomática en nombre de los nacionales en los Estados Unidos, la denominada Ley de rehenes de 27 de julio de 1868 exige que el Presidente intervenga cuando un ciudadano de los Estados Unidos se haya visto injustamente privado de su libertad por la autoridad de un gobierno extranjero. En tal caso el Presidente empleará los medios necesarios y apropiados para obtener o efectuar la liberación, sin llegar a actos de guerra o prohibidos por la ley[158].

86. En varios casos, nacionales de Austria, Bélgica, España, Francia, los Países Bajos y el Reino Unido han tratado de ejercer el derecho a la protección diplomática[159]. Aunque los asuntos no se resolvieron a su favor, la presentación de las reclamaciones indica que los querellantes tenían motivos para creer que tenían ese derecho.

87. En resumen, hay signos en la práctica reciente de los Estados, las constituciones y las opiniones jurídicas de apoyo a la opinión de que los Estados no sólo tienen el deber sino la obligación jurídica de proteger a sus nacionales en el extranjero. Este enfoque evidentemente se encuentra en conflicto con la opinión tradicional. No

---

[147] Orrego Vicuña, «The changing law…», pág. 8. Véase también Orrego Vicuña, «Chile», págs. 138 a 141.

[148] Geck, *loc. cit.*, pág. 1052.

[149] Casos *Rudolf Hess*, ILR, vol. 90 (1992), pág. 387, y *Eastern Treaties Constitutionality*, ibíd., vol. 78 (1988), pág. 177. Véase también Klein, «Anspruch auf diplomatischen Schutz?», pág. 125 y análisis conexo.

[150] Geck, *loc. cit.*, pág. 1052.

[151] Blum, «Israel», pág. 374, citando a *Hakim* v. *Minister of the Interior* (Piskei-Din, vol. 6 (1952), pág. 642).

[152] Ibíd., en relación con *Attorney-General* v. *Steiner* (Pesakim Mehoziim, vol. 9 (1954), pág. 489).

[153] Esto ha quedado establecido en *Herederos Oswald* c. *Confederación Suiza* (1926), Arrêts du Tribunal fédéral 52 II 235 y *Gschwind* c. *Confederación Suiza* (1932), Arrêts du Tribunal fédéral 58 II 463, *Schoenemann* c. *Confederación Suiza* (1955), Arrêts du Tribunal fédéral 81 I 159, citados por Caflisch, «Suiza», págs. 504 y 505.

[154] Ibíd., págs. 506 a 508.

[155] *Mutasa* v. *Attorney-General, The All England Law Reports 1979*, vol. 3, Londres, Butterworths, 1979, págs. 257, 261 y 262; ILR, vol. 78, pág. 490; *R.* v. *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, ex parte *Ferhut Butt*, fallo de la Cámara de Apelaciones de 9 de julio de 1999, ibíd., vol. 116 (2000), pág. 608. Véase también la respuesta del Reino Unido a la Comisión (julio de 1999), párr. 3.

[156] *Loc. cit.*, pág. 1009.

[157] Nguyen Quoc Dinh, Daillier y Pellet, *op. cit.*, pág. 777.

[158] *United States Code*, edición de 1994, vol. 11, título 22, secc. 1732, pág. 755 (Washington D.C., United States Government Printing Office). Véase además Young, «Torture and inhumane punishment of United States citizens in Saudi Arabia and the United States Government's failure to act», pág. 663; Hughes, «Hostages' rights: the unhappy legal predicament of an American held in foreign captivity», pág. 555. En *Redpaht* v. *Kissinger* la Corte sostuvo que la discreción del Presidente de iniciar negociaciones diplomáticas para obtener la liberación de un nacional de los Estados Unidos no estaba sujeta a control judicial (415 F Supp. 566 (W.D.Tex. 1976), aff'd., 545 F.2d 167 (5.ª circ. 1976).

[159] *United States Code* (véase la nota 158 *supra*), secc. 1004, pág. 648; *Mutasa* v. *Attorney-General* (nota 155 *supra*); *R.* v. *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, ex parte *Ferhut Butt* (ditto); caso *Van Damme*, *NRC Handelsblad* (5 de enero de 2000), *HMHK* v. *Netherlands*, ILR, vol. 94, pág. 342; *Comercial F* v. *Council of Ministers*, ibíd., vol. 88 (1992), pág. 694; casos citados en Seidl-Hohenveldern, «Austria», pág. 31; *Mandelier* (1966), *Journal des tribunaux*, vol. 81, pág. 721 y (1969) *Pasicrisie belge* (II) 246, citado en Waelbroeck, «Belgium», pág. 59; y casos citados en Weil, «France», págs. 278 y 279.

obstante, no puede descartarse ya que concuerda con el objetivo principal del derecho internacional contemporáneo: el progreso de los derechos humanos de la persona antes que las facultades soberanas del Estado. Por consiguiente, habría que considerar esta cuestión, si es necesario, mediante un desarrollo progresivo. Esto se ajustaría a la sugerencia hecha por Orrego Vicuña en su informe de 2000 a la ADI de que:

> La discreción ejercida por un gobierno al rehusarse a aceptar una reclamación en nombre de una persona debe estar sujeta a examen judicial en el contexto del respeto de las garantías legales[160].

88. Con el artículo 4 se procura dar efecto a una evolución de ese tipo. Como entraña un desarrollo progresivo antes que una codificación se procura limitar la obligación propuesta de los Estados a casos particularmente graves, a fin de dar a los Estados un amplio margen de discernimiento, y restringir la obligación de los Estados a los nacionales con una vinculación genuina al Estado de la nacionalidad.

89. En la actualidad en general se acepta que las normas de *jus cogens* reflejan los valores más fundamentales de la comunidad internacional y, por consiguiente, son las que más merecen la protección internacional[161]. Por consiguiente, no es ilógico pedir que un Estado reaccione mediante la protección diplomática a las medidas adoptadas por otro Estado contra sus nacionales que constituyen una grave infracción de una norma de *jus cogens*[162]. Si un Estado parte en una convención sobre derechos humanos tiene la obligación de velar por que todas las personas que se encuentren en su jurisdicción estén efectivamente protegidas contra la violación de los derechos contenidos en la convención y a proporcionar medios adecuados de reparación[163], no hay razón por la cual el Estado de la nacionalidad no debe estar obligado a proteger a sus propios nacionales cuando los derechos humanos fundamentales de éstos son gravemente violados en el extranjero.

90. Evidentemente, el Estado debe contar con un amplio margen de discernimiento en el ejercicio de esta obligación. El apartado *a* del párrafo 2 del artículo 4 permite a un Estado negarse a ejercer la protección diplomática en los casos en que hacerlo perjudicaría a sus intereses nacionales e internacionales. El párrafo 3 del artículo 4, sin embargo, somete la decisión del Estado al examen por una corte u otra autoridad nacional independiente. Esto concuerda con la propuesta de Orrego Vicuña que figura en su informe a la ADI[164].

91. El párrafo 1 del artículo 4 exime al Estado de la obligación de protección si el nacional cuenta con una solución ante un órgano internacional competente. Así, cuando el Estado que causa el perjuicio es parte en un instrumento de derechos humanos en que se prevé el acceso por parte de la persona perjudicada a un tribunal u otro órgano, el Estado de la nacionalidad no tiene obligación de ejercer la protección diplomática.

92. En algunos casos, el nacional perjudicado puede estar protegido por otro Estado. Esto ocurriría cuando la persona tiene nacionalidad múltiple y otro Estado de la nacionalidad le ha prestado protección diplomática. Otro Estado del cual la persona perjudicada no es nacional también podría decidir prestar protección diplomática a esa persona[165]. En esas circunstancias el Estado de la nacionalidad no estará obligado a prestar protección diplomática.

93. Por último, el Estado no estará obligado a proteger a un nacional que no tenga una vinculación efectiva o genuina con el Estado de la nacionalidad. Aunque este requisito proclamado en el caso *Nottebohm* es rechazado en los casos en que el Estado de la nacionalidad opta por ejercer su *derecho* a intervenir en nombre de un nacional perjudicado[166] con quien tiene una vinculación de buena fe, parece justificado aceptar este requisito respecto de la *obligación* de ejercer la protección diplomática.

Artículo 5

A los efectos de la protección diplomática de las personas naturales, por «Estado de la nacionalidad» se entenderá el Estado cuya nacionalidad haya adquirido la persona a quien se pretenda proteger, por razón de lugar de nacimiento, nacionalidad de los padres o naturalización de buena fe.

Comentario

94. Según la doctrina tradicional, que se expone en el comentario del artículo 3, el derecho del Estado a ejercer la protección diplomática se funda en el vínculo de nacionalidad entre el perjudicado y el Estado. En consecuencia, salvo que medien circunstancias extraordinarias, el Estado no podrá dispensar su protección a las personas que no sean nacionales suyos ni defender las reclamaciones de ellas[167].

---

[160] «The changing law…», pág. 26, cláusula 2.

[161] Véase el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. El artículo 19 de los proyectos de artículos de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados, aprobados en primera lectura (*Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 66), caracteriza la infracción de las normas que protegen los intereses más fundamentales de la comunidad internacional como delitos internacionales. Aunque en esa disposición no se hace referencia al *jus cogens*, existe una clara correlación entre esas normas y los ejemplos citados, es decir, la agresión, la denegación del derecho a la libre determinación, la esclavitud, el genocidio, el *apartheid* y la contaminación ambiental masiva.

[162] Doehring (*loc. cit.*, pág. 19) distingue entre las normas de derechos humanos fundamentales y otras normas a los fines de la protección diplomática y las reclamaciones al respecto:

> «Si […] se provee compensación u otra forma de reparación por la violación de un derecho que se refiere a los denominados derechos humanos absolutos, es decir, los que tiene una persona en cualquier caso como sujeto de derecho internacional, […] *también es la persona afectada la que tiene derecho a la reparación*[*]».

Véase también ibíd., págs. 14 y 15. Además, si bien propone que el derecho internacional no prohíbe ni establece la obligación de parte del Estado de proteger o el derecho correspondiente de la persona en virtud del derecho interno, sostiene que esa obligación puede derivarse de la aplicación del principio de *pacta sunt servanda* en el derecho interno (Doehring, *Die Pflicht des Staates zur Gewährung diplomatischen Schutzes*, pág. 15).

[163] Véase el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; y los artículos 13 y 14 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

[164] Véase el párrafo 87 *supra*.

[165] Véase el artículo 10 (este artículo se ocupará de la polémica cuestión de determinar si un Estado puede proteger a quien no sea nacional de él en el caso de la violación de una obligación *erga omnes*).

[166] Véase la nota 52 *supra*.

[167] Van Panhuys, *op. cit.*, págs. 59 a 73; Jessup, *op. cit.*, pág. 99; Orrego Vicuña, «The changing law…», pág. 8; el tercer informe del

(Continuación en la página siguiente.)

95. En 1923, la CPJI dictaminó lo siguiente en relación con el caso *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*:

> [H]abida cuenta del estado actual del derecho internacional, las cuestiones de nacionalidad están […], en principio, dentro del dominio reservado[168].

Ese principio se confirmó en el artículo 1 de la Convención sobre ciertas cuestiones relativas a los conflictos de leyes sobre la nacionalidad:

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

96. En fecha más reciente, se ha abrazado ese principio en el Convenio europeo sobre la nacionalidad[169], y resulta difícil resistirse a la conclusión de que ha adquirido carácter de principio de derecho consuetudinario[170].

97. No podrá impugnarse a la ligera la decisión a que haya llegado un Estado de que una persona posee su nacionalidad. Según Jennings y Watts:

> Da lugar a una presunción muy fuerte en el sentido de que la persona posee la nacionalidad de ese Estado a los efectos del ordenamiento interno de éste y en el sentido de que esa nacionalidad debe reconocerse en el ámbito internacional[171].

98. No obstante, el derecho del Estado a determinar la nacionalidad de la persona no es absoluto, como aclaró la CPJI en el caso *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, con motivo del cual declaró que la cuestión de si un asunto —por ejemplo el del otorgamiento de la nacionalidad— estaba «dentro de la jurisdicción exclusiva de un Estado» era «esencialmente una cuestión relativa; depend[ía] de la evolución de las relaciones internacionales»[172]. Además, aun cuando el Estado tenga, en principio, el derecho absoluto a decidir acerca de la nacionalidad, otros Estados podrán impugnar esa decisión en los casos en que haya una conexión insuficiente entre el Estado de la nacionalidad y la persona, o en que la nacionalidad se haya otorgado indebidamente[173].

99. En el artículo 1 de la Convención sobre ciertas cuestiones relativas a los conflictos de leyes sobre la nacionalidad se confirmó lo que se acaba de exponer, pero se matizó la disposición de que «[e]s discreción de cada Estado determinar, bajo su propia legislación, quiénes son sus ciudadanos» con esta otra disposición:

> Esta legislación será reconocida por otros Estados en la medida que sea compatible con las convenciones internacionales y la práctica internacional, y con los principios de derecho generalmente reconocidos con respecto a la nacionalidad[174].

100. Hoy en día, en los convenios, y sobre todo en los relativos a los derechos humanos[175], se exige a los Estados que cumplan las normas internacionales de concesión de la nacionalidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos insistió en ello en la opinión consultiva que dictó en relación con la *Propuesta de modificación a las disposiciones de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, en la que propugnó que se reconciliara el principio de que el otorgamiento de la nacionalidad está dentro de la jurisdicción nacional del Estado con el otro principio de que «el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados y que, en su estado actual, en la reglamentación de la nacionalidad no sólo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos»[176].

101. Análogamente, el derecho consuetudinario internacional y los principios generales del derecho imponen límites al otorgamiento de la nacionalidad al enunciar qué vínculos entre el Estado y la persona harán que la nacionalidad se reconozca en el derecho internacional a los efectos de la protección diplomática. El lugar de nacimiento, la ascendencia y la naturalización son los vínculos que se reconocen generalmente en el derecho internacional. Hay que estudiar con mucho detenimiento si, además de exigirse que haya uno de esos factores que constituyen un vínculo, debe exigirse también, sobre todo en el caso de la naturalización, que haya un vínculo «auténtico» o «efectivo» entre el Estado y la persona, según lo dictaminado en el caso *Nottebohm*[177].

102. En el derecho internacional, se reconocen el lugar de nacimiento (*jus soli*) y la ascendencia (*jus sanguinis*) como factores que constituyen vínculos apropiados para otorgar la nacionalidad. Algunos tratadistas interpretan este reconocimiento como una norma consuetudinaria[178], y otros, como un principio general del derecho[179]. Los tratados[180] y las decisiones judiciales[181] confirman este reconocimiento.

(Continuación de la nota 167.)

Sr. García Amador, *Anuario… 1958* (véase la nota 121 *supra*), pág. 71, párr. 22; Geck, *loc. cit.*, pág. 1049; Ohly, «A functional analysis of claimant eligibility», pág. 284; García Amador, *op. cit.*, pág. 501; Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 512; caso *Nottebohm* (véase la nota 52 *supra*), pág. 23; el proyecto de convención de Harvard de 1929, nota 105 *supra*, art. 15, apdo. *a*; Conferencia de Codificación del Derecho Internacional (La Haya, 1930), Comité III, Base de discusión n.º 28, publicación de la Sociedad de las Naciones *V. Legal, 1292.V.3* (documento C.75.M.69.1929.V), reproducida en *Anuario… 1956* (véase la nota 40 *supra*), pág. 221; proyecto de convención de 1960 preparado por la Facultad de Derecho de Harvard, arts. 2, apdo. *b* y 23, párr. 3, en Sohn y Baxter, *loc. cit.*, págs. 548 y 579, y la resolución sobre el carácter nacional de una reclamación internacional presentada por un Estado por daños sufridos por un individuo, art. 1, apdo. *a* (véase la nota 108 *supra*), pág. 57.

[168] Opinión consultiva, *1923, C.P.J.I. série B n.º 4*, pág. 24.

[169] Art. 3.

[170] Bar-Yaacov, *Dual Nationality*, pág. 2.

[171] *Op. cit.*, pág. 856.

[172] Véase la nota 168 *supra*.

[173] Informe del Sr. Hudson sobre la nacionalidad, incluida la apatridia, *Yearbook of the International Law Commission 1952*, vol. II, documento A/CN.4/50, pág. 10, y Verdross y Simma, *op. cit.*, págs. 788 y 789, párrs. 1192 y 1994.

[174] Véase también el artículo 3, párr. 2, del Convenio europeo sobre la nacionalidad.

[175] Véanse el artículo 20 de la Convención americana sobre derechos humanos; el artículo 5, apdo. *d*, inc. iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, y el artículo 9 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Véase también el proyecto de artículos de la Comisión sobre la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados, *Anuario… 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 22.

[176] Opinión consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A: Fallos y Opiniones, n.º 4.

[177] Véase la nota 52 *supra*.

[178] Brownlie, *Principles…*, págs. 390 y 391; y van Panhuys, *op. cit.*, págs. 160 y 161.

[179] Brownlie, «The relations of nationality in public international law», págs. 302 y 314.

[180] Artículo 20 de la Convención americana sobre derechos humanos: «Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra».

[181] 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.

103. En principio, se reconoce también la naturalización como vínculo apropiado para otorgar la nacionalidad a los efectos de la protección diplomática. Las circunstancias en que los Estados otorgan la nacionalidad por naturalización varían considerablemente de uno a otro[182]. Algunos otorgan la nacionalidad automáticamente (sin el consentimiento de la persona) por ministerio de la ley[183]; por ejemplo, en los casos de matrimonio o adopción. Otros otorgan la nacionalidad por naturalización sólo si la persona lo ha solicitado y ha cumplido el plazo de residencia prescrito, o si ha contraído matrimonio con un nacional[184].

104. El derecho internacional no reconoce la naturalización en todas las circunstancias. La naturalización adquirida por medios fraudulentos[185] y la otorgada incurriendo en discriminación[186] por motivos de raza o de sexo constituyen ejemplos de naturalización inadmisible. Es probable que la naturalización no se reconozca a los efectos de la protección diplomática si se la ha otorgado sin que exista vínculo de ninguna clase o, si existe, sea un vínculo muy tenue. En este caso, la negativa a reconocerla se fundamentará en que el Estado ha abusado de su derecho a otorgar la nacionalidad, con lo que el proceso de naturalización se habrá hecho de mala fe[187]. También se denegará el reconocimiento en el caso de la naturalización forzada, con independencia de que ésta responda o no a la existencia de una conexión sustancial entre el Estado y la persona[188].

105. Sin embargo, se presume que el Estado parte ha obrado de buena fe[189]. Además, como señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Propuesta de modificación a las disposiciones de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, debe concederse al Estado que otorga la nacionalidad un «margen de apreciación» al decidir con respecto a los factores que constituyen vínculos necesarios para otorgarla[190].

106. El fallo del caso *Nottebohm*[191] está considerado como la fuente autorizada en que se fundamenta la postura de que debe existir un «vínculo» efectivo» o «auténtico» entre la persona y el Estado de la nacionalidad, no sólo en los casos de doble o múltiple nacionalidad (en los que ese requisito se admite generalmente)[192], sino también en el caso de que la persona posea una única nacionalidad. La CIJ dictaminó lo siguiente a ese respecto:

> Según el uso de los Estados, los laudos arbitrales y las decisiones judiciales y la opinión de los tratadistas, la nacionalidad es el lazo jurídico que tiene como fundamento un hecho social que constituye un vínculo, una comunidad auténtica de vida, intereses y sentimientos, así como la existencia de derechos y deberes mutuos. Cabe decir que constituye la expresión jurídica del hecho de que la persona a quien se le otorga, bien directamente por ley o como resultado de un acto de las autoridades, está, en la práctica, ligada más estrechamente con la población del Estado que otorga 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[193].

107. Antes de entrar en la cuestión de si en el derecho consuetudinario internacional se reconoce el requisito del vínculo de nacionalidad «efectivo» a los fines de la protección diplomática, hay que hacer hincapié en dos factores que podrían servir para limitar la aplicación del dictamen del caso *Nottebohm* a los hechos del tema en cuestión.

108. En primer lugar, parece que a la CIJ le preocupaba la manera en que Liechtenstein había otorgado la nacionalidad a Nottebohm, es decir, como si, atendiendo a la urgencia de su solicitud de naturalización, ese país se hubiera inhibido de aplicar sus propias normas relativas al tiempo de residencia requerido. Ante la alternativa de dictaminar que Liechtenstein había actuado de mala fe al otorgar la nacionalidad a Nottebohm o dictaminar que esa persona carecía de un «vínculo auténtico» de relación con el país, la Corte prefirió esto último, ya que, con ello, no condenaba el comportamiento de un Estado soberano. Esta opinión, que tiene cierto fundamento en las opiniones disidentes[194], se basa, sobre todo, en la aplicación de una premisa judicial no formulada explícitamente por la mayoría, que no constituye fundamento satisfactorio para limitar el ámbito de aplicación del fallo de la Corte. Sin embargo, ello no quiere decir tampoco que el fallo deba aplicarse de inmediato en diversas situaciones en las que no haya indicio de irregularidad por parte del Estado de la nacionalidad.

109. En segundo lugar, a la CIJ le preocupaba claramente que los vínculos entre Nottebohm y Liechtenstein fueran «extremadamente tenues»[195], en comparación con los vínculos estrechos que había habido entre esa persona y Guatemala por un período de 34 años. Por tanto, consideró injusto permitir que Liechtenstein defendiera a Nottebohm en una reclamación contra Guatemala. Ello explica que la Corte reitera que Liechtenstein «no estaba legitimado para dispensar a Nottebohm protección contra Guatemala»[196]. El pronunciamiento decisivo en este asunto no es, por tanto, el relativo al «vínculo auténtico»[197], a que ya se ha hecho referencia, sino el siguiente:

---

[182] Las circunstancias en que puede adquirirse la nacionalidad por naturalización figuran en el artículo 6 del Convenio europeo sobre la nacionalidad.

[183] Véase *Yearbook… 1952* (nota 173 *supra*), pág. 8.

[184] Véanse, para las cuestiones generales, Brownlie, *Principles…*, págs. 394 a 397; y O'Connell, *International Law*, pág. 682.

[185] Brownlie, *Principles…*, pág. 402; Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, págs. 218 a 220, y 244 ; Bar-Yaacov, *op. cit.*, pág. 143; casos *Flegenheimer* (véase la nota 181 *supra*), págs. 338 a 340; *Salem* (1932), Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (n.º de venta 1949.V.1), pág. 1184; y *Esphahanian* v. *Bank Tejarat*, laudo n.º 157 (29 de marzo de 1983), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1984, vol. 2, pág. 166.

[186] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Propuesta de modificación a las disposiciones de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización* (véase la nota 176 *supra*).

[187] Jennings y Watts, pág. 855. Véase también van Panhuys, *op. cit.*, págs. 158 a 165.

[188] Fitzmaurice, «The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law», págs. 196 a 201, y Jones, *British Nationality Law*, pág. 15.

[189] Brownlie, *Principles…*, págs. 402 y 403.

[190] Véase la nota 176 *supra*.

[191] Véase la nota 52 *supra*.

[192] Véanse los artículos 6 y 7 *infra.*

[193] *C.I.J. Recueil 1955* (véase la nota 52 *supra*), pág. 23.

[194] Ibíd., opiniones en disidencia de los magistrados Read, págs. 37 a 39, y Klaested, págs. 29 a 33. Véase también Kunz, «The Nottebohm judgment (second phase)», págs. 548 a 560; y Parry, «Some considerations upon the protection of individuals in international law», págs. 707 y 708.

[195] *C.I.J. Recueil 1955* (véase la nota 52 *supra*), pág. 25.

[196] Ibíd., pág. 26.

[197] Véase el párrafo 106 *supra*.

[Los] hechos demuestran palmariamente, por una parte, que no hay ningún lazo de unión entre Nottebohm y Liechtenstein y, por otra, que ha habido una conexión prolongada y estrecha entre él y Guatemala, conexión que no se ha debilitado en modo alguno a causa de su naturalización. Esa naturalización no se ha fundado en ninguna conexión anterior real con Liechtenstein, ni ha alterado en modo alguno el modo de vida de la persona a quien se le ha otorgado en condiciones excepcionales de celeridad y favor. En lo que respecta a estos dos puntos, falta la autenticidad que se requiere para que un acto de tal importancia merezca el respeto de un Estado que se halle en la posición de Guatemala. Esa nacionalidad se ha concedido haciendo caso omiso del concepto de «nacionalidad» que se ha adoptado en las relaciones internacionales[198].

110. La CIJ no pretendía pronunciarse sobre la consideración que debería merecer a todos los Estados la nacionalidad otorgada a Nottebohm por Liechtenstein. Tuvo el cuidado de circunscribir su fallo al derecho que tenía Liechtenstein de proteger diplomáticamente a Nottebohm frente a Guatemala. Por tanto, dejó sin contestar la pregunta de si Liechtenstein hubiera podido defender a Nottebohm contra un Estado con el que no tuviera conexión estrecha[199]. Probablemente lo más acertado sea responder de manera afirmativa a esa pregunta, habida cuenta de que la Corte pretendía fijar únicamente un criterio relativo[200], según el cual los lazos estrechos de Nottebohm con Guatemala prevalecían sobre el vínculo de nacionalidad más débil que tenía aquél con Liechtenstein. Tomando en consideración esas circunstancias, el requisito que se exigió en el caso *Nottebohm* de que hubiera un «vínculo auténtico» debería circunscribirse a los hechos particulares del caso y no considerarse como un principio general aplicable a todos los casos de protección diplomática.

111. La pretensión de que el principio *Nottebohm* del vínculo efectivo y auténtico se considere norma de derecho internacional consuetudinario en los casos que no entrañen doble o múltiple nacionalidad goza de poco respaldo. Poco después, la Comisión de conciliación ítalo-americana, que se ocupaba del asunto *Flegenheimer*, se sumó a la opinión discrepante del magistrado Read de que no había fundamentos para aplicar ese principio fuera del ámbito de la doble nacionalidad[201]. En esa decisión, la Comisión de conciliación limitó la aplicabilidad del principio a los asuntos de doble nacionalidad, aduciendo lo siguiente:

[C]uando una persona ostente una sola nacionalidad, que haya recibido bien en virtud del *jure sanguinis* o del *jure soli*, o bien en virtud de nacionalización válida que haya entrañado la pérdida positiva de la nacionalidad anterior, la teoría de la nacionalidad efectiva no se puede aplicar sin que se corra el peligro de provocar confusión. Carece de fundamento positivo suficiente como para aplicársela a las nacionalidades que vengan respaldadas por el ordenamiento de un Estado[202].

Asimismo, la Comisión de conciliación argumentó que era dudoso que la CIJ «pretendiera instaurar una norma de derecho internacional general» en el caso *Nottebohm*[203]. La renuncia de los Estados a respaldar el principio del vínculo auténtico queda demostrada por el fracaso práctico del intento de aplicar ese principio a los buques[204], ámbito en el que las consideraciones sociales y económicas probablemente lo justificarían. Los usos conocidos de los Estados demuestran también que hay escaso respaldo al principio *Nottebohm*[205].

112. La opinión de los especialistas sobre este tema está dividida. Geck[206], Randelzhofer[207], Parry[208], Kunz[209] y Jones[210] no admiten que el requisito del vínculo auténtico constituya una norma de derecho internacional consuetudinario. Muchos de estos académicos han señalado que, a menudo, hay poca conexión entre la persona a la que se ha otorgado la nacionalidad *jure soli* o *jure sanguinis* y que resulta difícil limitar el requisito del vínculo auténtico a los casos de naturalización. Otros estudiosos[211] son partidarios del requisito del vínculo auténtico. Brownlie sostiene que está fundamentado en la doctrina y en las decisiones judiciales nacionales anteriores al caso *Nottebohm* y que cumple una «función de principio general con diversas aplicaciones posibles»[212] fuera del ámbito de la nacionalidad doble. Sin embargo, propone que el principio no se aplique de manera «demasiado rigurosa»[213].

113. Los partidarios del principio de efectividad se encuentran en otros círculos. Varios integrantes de la Comisión lo respaldaron en el debate sobre la nacionalidad, incluida la apatridia, que tuvo lugar en su quinto período de sesiones[214]. El Sr. García Amador propuso que se codificara una norma análoga en el párrafo 3 del artículo 23 del último informe que dirigió a la Comisión, en 1961:

El Estado no podrá reclamar en nombre de un individuo cuando el vínculo jurídico de la nacionalidad no radique en una conexión genuina entre ambos[215].

En fecha más reciente, Orrego Vicuña, uno de los Relatores del Comité sobre protección diplomática de las personas y las propiedades de la ADI, ha propuesto la siguiente

---

[198] *C.I.J. Recueil 1955* (véase la nota 52 *supra*), pág. 26.

[199] Véase Leigh, *loc. cit.*, pág. 468; y van Panhuys, *op. cit.*, pág. 99.

[200] Véanse los casos *Flegenheimer* (nota 181 *supra*), y *Barcelona Traction* (nota 16 *supra*), pág. 42.

[201] *C.I.J. Recueil 1955* (véase la nota 52 *supra*), págs. 41 y 42.

[202] Caso *Flegenheimer* (nota 181 *supra*), pág. 377.

[203] Ibíd., pág. 376.

[204] Artículo 91 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; Convenio de las Naciones Unidas sobre las Condiciones de Matriculación de los Buques Véase el artículo III, párr. 3, del Acuerdo para promover el cumplimento de las medidas internacionales de conservación y ordenación por los buques pesqueros que pescan en alta mar.

[205] En las normas relativas a reclamaciones internacionales hechas por el Gobierno británico no se menciona el «requisito del vínculo auténtico» en relación con las personas (norma I) (Warbrick, *loc. cit.*, pág. 1006). Véase la regla norma IV, en la que se aplica ese principio a las empresas.

[206] *Loc. cit.*, pág. 1050.

[207] «Nationality», pág. 507.

[208] *Loc. cit.*, pág. 707.

[209] *Loc. cit.*, pág. 536.

[210] «The Nottebohm Case», págs. 239, 240, 243 y 244.

[211] Van Panhuys, *op. cit.*, págs. 158 y 161; Fitzmaurice, *loc. cit.*, págs. 206 y 207; Ruzié, «Nationalité, effectivité et droit communautaire», pág. 113; de Castro, «La nationalité, la double et la supranationalité», pág. 582; y Bojars, *Grazhdanstvo gosudarstv mira*, págs. 308 a 310.

[212] Brownlie, «The relations of nationality…», pág. 349. Véase también la página 364. Véase asimismo Brownlie, *Principles…*, pág. 412. Véase también la página 415.

[213] Ibíd., *Principles…*, pág. 423. Otros tratadistas subrayan también la necesidad de limitar el ámbito de aplicación del criterio del vínculo efectivo: Combacau y Sur, *Droit International Public*, pág. 325.

[214] *Yearbook… 1953*, vol. I, pág. 180, párr. 24; pág. 186, párrs. 5 y 7; pág. 239, párrs. 45 y 46) (Sr. Yepes); pág. 181, párrs. 32 y 33; pág. 218, párr. 63 (Sr. Zourek); pág. 184, párr. 57; pág. 237, párr. 24 (Sr. François), y pág. 239, párr. 50 (Sr. Amado).

[215] *Anuario… 1961* (véase la nota 46 *supra*), pág. 54.

norma, que, a su juicio, refleja las «realidades» y las «tendencias» contemporáneas:

> El vínculo de nacionalidad con el Estado demandante deberá ser auténtico y efectivo[216].

Sin embargo, reconoce que la norma tendrá que aplicarse con «más flexibilidad y adaptación a la evolución de las necesidades.»[217]

114. En el artículo 19 del proyecto de artículos de la Comisión sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados[218], se reconoce el principio del vínculo efectivo en lo que respecta a la nacionalidad, pero no se emite opinión alguna acerca de su condición actual en el ámbito de la protección diplomática.

115. En 1965, el Instituto de Derecho Internacional aprobó una resolución sobre el carácter nacional de las demandas internacionales que presente un Estado por lesiones sufridas por una persona, en la que se otorga cierto respaldo al principio del vínculo auténtico:

> El Estado demandado podrá rechazar o declarar inadmisible una demanda internacional que presente un Estado por las lesiones sufridas por una persona cuando, habida cuenta de las circunstancias particulares del caso, quede patente que se ha otorgado la naturalización a esa persona sin que hubiera ningún vínculo de unión[219].

116. El caso *Nottebohm* se citó con mucha frecuencia en los argumentos que se esgrimieron en la CIJ en relación con el caso *Barcelona Traction*[220]. Aunque la Corte había distinguido entre las repercusiones de hecho y de derecho del principio *Nottebohm*, dictaminó que había una «conexión permanente» entre la empresa y el Canadá[221]. Sin embargo, se abstuvo, cuidadosamente, de afirmar que el principio que se *Nottebohm* constituía un principio de derecho internacional consuetudinario.

117. El requisito del vínculo auténtico exigido en el caso *Nottebohm* menoscabará gravemente la doctrina tradicional de la protección diplomática si se aplica de manera estricta, ya que privará literalmente, a millones de personas de las ventajas de esa protección. En un mundo de globalización económica y de migraciones como es el actual, hay millones de personas que han salido del Estado del que son nacionales y viven en Estados cuya nacionalidad nunca adquirirán[222]. Además, hay otras innumerables personas que han adquirido la nacionalidad por lugar de nacimiento, ascendencia o ministerio de la ley de Estados con los que tienen una conexión sumamente tenue. Incluso los partidarios de aplicar el principio *Nottebohm*, como Brownlie y van Panhuys, admiten la necesidad de aplicarlo de manera liberal[223].

118. En el derecho consuetudinario internacional, se admite que no puede reconocerse la nacionalidad adquirida mediante fraude, negligencia o error grave[224] y que todo tribunal internacional, ejerciendo la presunción de que el otorgamiento de la nacionalidad por parte de un Estado ha sido válido[225] y dejando un margen de apreciación al Estado de la nacionalidad[226], tiene el deber de investigar los otorgamientos de nacionalidad y, si es necesario, anularlos[227]. Este principio puede plasmarse en un requisito de buena fe. Se reconocerá, a los efectos de la protección diplomática, todo otorgamiento de nacionalidad que no se haya hecho de mala fe; y la carga de la prueba de esa mala fe recaerá en el Estado demandado[228].

119. En efecto, en su resolución de 1965, el Instituto de Derecho Internacional se mostró partidario de esa norma, ya que, según él, la nacionalidad que se ha otorgado sin que haya «ningún vínculo de unión»[229] se ha otorgado *prima facie* de mala fe.

120. En el caso *Nottebohm*, la CIJ se enfrentaba con una situación extrema en la que el vínculo entre la persona en cuestión y el Estado demandante era muy fuerte, y el vínculo de aquélla con el Estado demandado era muy débil, lo que inducía a pensar que la nacionalidad se había otorgado de mala fe. Por tanto, es más razonable circunscribir la norma que se aplicó en ese asunto a los hechos particulares del caso y adoptar otra que permita impugnar el otorgamiento de la nacionalidad alegando que se ha obrado de mala fe.

Artículo 6

A reserva de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 9[230], el Estado de la nacionalidad podrá ejercer la protección diplomática en favor de un nacional perjudicado contra otro Estado del que la persona perjudicada sea también nacional cuando la nacionalidad [dominante] [efectiva] de la persona sea la del primer Estado.

Comentario

121. La doble o múltiple nacionalidad es un hecho de la vida internacional. Una persona puede adquirir más de

---

[216] «The changing law…», pág. 27, cláusula 6.

[217] Ibíd., pág. 12.

[218] *Anuario… 1999*, vol. II (segunda parte). El artículo 19, párr. 1, estipula lo siguiente:

> «Nada de lo dispuesto en el presente proyecto de artículos obligará a los Estados a tratar como nacionales de un Estado involucrado a las personas afectadas que no tengan vínculo efectivo con este último Estado, a menos que ello tenga por resultado tratar a esas personas como apátridas» (ibíd., pág. 42).

[219] Art. 4, apdo. *c* (véase la nota 108 *supra*).

[220] *C.I.J. Recueil 1970* (véase la nota 16 *supra*), pág. 42.

[221] Ibíd.

[222] Véase Hailbronner, «Diplomatischer Schutz bei mehrfacher Staatangehörigkeit», pág. 36.

[223] Brownlie, *Principles…*, pág. 423, y van Panhuys, *op. cit.*, págs. 99 y 158.

[224] Casos *Flegenheimer* (véase la nota 181 *supra*), págs. 348, 349, 379 y 380; *Salem* (véase la nota 185 *supra*), pág. 1185; Brownlie, *Principles…*, pág. 422, y Jennings, «General course on principles of international law», pág. 458. Véase también la nota 185 *supra*, y Bar-Yaacov, *op. cit.*, págs. 150 a 152 y 158.

[225] Véanse las notas 174 y 189 *supra*; y Jennings, *loc. cit.*, pág. 459.

[226] Véase la nota 190 *supra*.

[227] Casos *Flegenheimer* (nota 181 *supra*), págs. 336 a 349, especialmente las páginas 338, 341, 342 y 344, y *Flutie,* en Ralston y Doyle, *Venezuelan Arbitrations of 1903*, pág. 34; y van Panhuys, *op. cit.*, págs. 153 a 155.

[228] Caso *Flegenheimer* (véase la nota 181 *supra*), págs. 338, 339, 344 y 347.

[229] Art. 4, apdo *c* (véase la nota 108 *supra*).

[230] Que dirá lo siguiente: «La protección diplomática no podrá ser ejercida por un nuevo Estado de nacionalidad contra un Estado de nacionalidad anterior por perjuicios causados durante el período en que la persona era únicamente nacional de este último Estado» (*Anuario… 2000*, vol. II (segunda parte), pág. 91). Véase también Fitzmaurice, *loc. cit.*, pág. 193.

una nacionalidad como consecuencia del funcionamiento paralelo de los principios del *jus soli* y del *jus sanguinis* y de la obtención de la nacionalidad mediante naturalización, lo que no entraña la renuncia de la nacionalidad anterior. Este fenómeno ha planteado dificultades en lo que respecta al servicio militar y la protección diplomática, cuando un Estado trata de proteger a una persona que, además de su nacionalidad, tiene también la de otro Estado, contra este último Estado.

122. La Conferencia de Codificación del Derecho Internacional, celebrada en La Haya en 1930, se propuso reducir o abolir la doble y múltiple nacionalidad[231], pero acabó reconociendo su existencia en el artículo 3 de la Convención sobre ciertas cuestiones relativas a los conflictos de leyes sobre la nacionalidad, que dispone que una persona que tenga dos o más nacionalidades podrá ser considerada nacional de cada uno de los Estados cuya nacionalidad posea. Posteriormente se han realizado otros intentos en el plano internacional para eliminar la doble o múltiple nacionalidad, pero también han fracasado. Los Estados europeos intentaron abolirla en la Convención sobre la reducción de los casos de pluralidad de nacionalidades y sobre las obligaciones militares en el caso de pluralidad de nacionalidades[232], en cuyo preámbulo se declara «que la acumulación de nacionalidades constituye una fuente de dificultades, y que una actuación común con el fin de reducir en la medida de lo posible, en las relaciones entre los Estados miembros, los casos de pluralidad de nacionalidades, responde al fin perseguido por el Consejo de Europa». Sin embargo, una vez más el instrumento no consiguió su objetivo. Los debates sobre la cuestión continuaron durante los decenios siguientes y culminaron en el Convenio europeo sobre la nacionalidad[233], que se ocupa de la doble nacionalidad de manera más liberal, reflejando la diversidad de intereses dentro del Consejo, muchos de cuyos miembros aceptaban cada vez más el fenómeno.

123. Si bien las leyes de muchos países prohíben a sus nacionales poseer la nacionalidad (¿el pasaporte?) de otros países, el derecho internacional no contiene ninguna prohibición semejante. Por consiguiente, es necesario abordar la cuestión de si un Estado puede ejercer la protección diplomática de uno de sus nacionales que tenga doble o múltiple nacionalidad contra otro Estado de su nacionalidad. Los intentos de codificación, la práctica de los Estados, las decisiones judiciales y los escritos de los especialistas están divididos acerca de esta cuestión, pero el peso de la autoridad parece apoyar la norma sostenida en el artículo 6.

124. En el proyecto de convención de Harvard de 1929 sobre la responsabilidad internacional del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros se declaró que:

> Un Estado no es responsable si la persona perjudicada o la persona en cuyo nombre se presenta la reclamación tenía o tiene su nacionalidad[234].

Ese principio fue adoptado también por la Convención sobre ciertas cuestiones relativas a los conflictos de leyes sobre la nacionalidad, que en su artículo 4 dispone que un Estado no podrá conceder protección diplomática a uno de sus nacionales contra otro Estado cuya nacionalidad esa persona también posea. Sin embargo, en la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional hubo diversidad de opiniones. La mayoría rechazó la propuesta de introducir una salvedad en la disposición anterior mediante la expresión «si la persona es habitualmente residente en este último Estado». Algunas delegaciones hubiesen preferido que la disposición se omitiera del todo. También se presentaron propuestas que, de haberse adoptado, hubieran hecho posible el ejercicio de la protección diplomática en tales casos si consideraciones de carácter humanitario justificaban dicha intervención. Por consiguiente, la norma representaba una difícil solución intermedia[235].

125. El hecho de que el concepto de nacionalidad dominante o efectiva debía tenerse en cuenta en el tratamiento de las personas con doble nacionalidad quedaba claro en el artículo 5 de la Convención sobre ciertas cuestiones relativas a los conflictos de leyes sobre la nacionalidad, que dispone lo siguiente:

> Dentro de un tercer Estado, una persona que tenga más de una nacionalidad, deberá ser tratada como si tuviese solamente una. Sin perjuicio de la aplicación de su propia ley en materias relativas al *status* personal y de todas las convenciones en vigor, el tercer Estado deberá reconocer exclusivamente, de las nacionalidades que esa persona posee, bien la del país en que reside habitual y principalmente, bien la del país con el que aparezca más íntimamente ligado, según las circunstancias del caso.

Aunque ese tratado entró en vigor en 1937 sólo son partes en él unos 20 Estados.

126. El proyecto de convención de Harvard de 1960 sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a extranjeros[236] no permite ni niega claramente el derecho de un Estado a presentar una reclamación en nombre de uno de sus nacionales que tenga doble nacionalidad contra el otro Estado de la nacionalidad[237]. Sin embargo, se inclina por restringir ese derecho al disponer que:

> El Estado tendrá derecho a presentar la reclamación de uno de sus nacionales resultante del fallecimiento de otra persona tan sólo si esta persona no era nacional del Estado presuntamente responsable[238].

127. Otro intento de formular una norma sobre el tema tuvo lugar en el Instituto de Derecho Internacional en 1965. El apartado *a* del artículo 4 de la resolución aprobada en la reunión de Varsovia disponía que:

> La reclamación internacional presentada por un Estado por perjuicios sufridos por una persona que posea al mismo tiempo las nacionalidades del Estado reclamante y del Estado contra el que se presenta

---

[231] Hudson, «The First Conference for the Codification of International Law», págs. 450 y 451.

[232] Se han realizado intentos similares en la Liga de los Estados Árabes en el marco del Acuerdo de nacionalidad de 1954. Véase Brownlie, «The relations of nationality…», pág. 351.

[233] Cap. V sobre la múltiple nacionalidad.

[234] Art. 16, apdo. *a* (véase la nota 105 *supra*), pág. 135.

[235] Flournoy, Jr., «Nationality convention, protocols and recommendations adopted by the First Conference on the Codification of International Law», pág. 471, y *American Journal of International Law*, vol. 24 (1930), págs. 192 a 233.

[236] Véase Sohn y Baxter, *loc. cit.*, pág. 548.

[237] La definición de «nacional» que figura en el apartado *a* del párrafo 3 del artículo 21 es suficientemente amplia para abarcar a las personas con múltiple y doble nacionalidad, y en el párrafo 1 del artículo 23, que se ocupa de las reclamaciones de los Estados, no se dice nada acerca de la cuestión de las reclamaciones en nombre de personas con doble nacionalidad contra un Estado de la nacionalidad (ibíd., págs. 578 y 579).

[238] Ibíd., pág. 579, art. 23, párr. 5.

la reclamación podrá ser rechazada por este último y será inadmisible ante el Tribunal (la jurisdicción) que conoce de la reclamación[239].

Es interesante observar que, si bien la reclamación es inadmisible ante un tribunal, en principio no están expresamente excluidas las vías diplomáticas o consulares de protección diplomática de un Estado de la nacionalidad contra otro. La significación práctica de esta desviación de los términos del artículo 4 de la Convención sobre ciertas cuestiones relativas a los conflictos de leyes sobre la nacionalidad es, sin embargo, limitada.

128. Antes de 1930 había considerable apoyo a la aplicación del principio de la nacionalidad dominante en los procedimientos de arbitraje que afectaban a personas con doble nacionalidad[240]. La primera reclamación que se decidió con arreglo al principio de la nacionalidad dominante fue el asunto *James Louis Drummond*, una persona con doble nacionalidad francobritánica cuyos bienes fueron expropiados por el Gobierno francés en 1792. En su decisión de 1834, el Privy Council británico rechazó la reclamación de Drummond sosteniendo que:

> Drummond era técnicamente súbdito británico pero en esencia súbdito francés, domiciliado (en el momento de la expropiación) en Francia, con todas las señales y atributos del carácter francés […]. El acto de violencia de que fue objeto fue cometido por el Gobierno francés en el ejercicio de su autoridad interna sobre sus propios súbditos[241].

129. Otro asunto citado a menudo, el *de Hammer and de Brissot*, se refería a la reparación solicitada para las viudas e hijos de dos nacionales de los Estados Unidos asesinados por rebeldes venezolanos. Las reclamaciones de las viudas (venezolanas por lugar de nacimiento y estadounidenses por matrimonio) y los hijos (que tenían doble nacionalidad por haber nacido de padre estadounidense y madre venezolana en Venezuela) fueran rechazadas por la Comisión de reclamaciones Estados Unidos-Venezuela en 1885 sobre la base de que, en caso de conflicto entre varias nacionalidades, debía considerarse decisiva la nacionalidad adquirida por haber nacido y tener el domicilio en el territorio[242].

130. Los asuntos *Miliani, Brignone, Stevenson* y *Mathinson* decididos por las Comisiones de Arbitraje de Venezuela entre 1903 y 1905 favorecen también el principio de la nacionalidad dominante. El último de estos asuntos se refería a una reclamación presentada por un ciudadano de nacionalidad británica y venezolana ante la Comisión mixta de reclamaciones británico-venezolana por perjuicios causados por el Gobierno de Venezuela. El árbitro Plumley, tras haber establecido el hecho de que Mathinson era ciudadano británico, declaró que:

> Se admite que si también es venezolano según las leyes de Venezuela, entonces prevalece el derecho del domicilio y el reclamante no está legitimado para recurrir ante esta Comisión mixta[243].

131. El asunto *Canevaro*[244] decidido por la Corte Permanente de Arbitraje en 1912, puede citarse también en apoyo del principio de la nacionalidad dominante. En esta ocasión la cuestión que se planteaba ante la Corte era la de si el Gobierno italiano podía presentar una reclamación monetaria en nombre de Rafael Canevaro, persona con doble nacionalidad ítalo-peruana, por perjuicios sufridos a causa de cheques impagados por el Gobierno peruano. Tras examinar la vida de Canevaro y comprobar que había actuado reiteradamente como nacional peruano, presentándose incluso como candidato al Senado, y habiendo sido Cónsul General del Perú para los Países Bajos, la Corte llegó a la conclusión de que el Gobierno peruano tenía derecho a rechazar la reclamación del Gobierno italiano.

132. El asunto *Hein* se refería a una reclamación de indemnización por perjuicios sufridos por un nacional británico que antes había sido nacional alemán. En respuesta a la alegación alemana de que Hein era nacional alemán y, por consiguiente, Alemania no era internacionalmente responsable de los perjuicios que se le habían causado, el Tribunal mixto de arbitraje anglo-alemán sostuvo que el hecho de que Hein fuese o no fuese todavía oficialmente nacional alemán no era pertinente a la reclamación, ya que:

> se había convertido en nacional británico y, como residía en Gran Bretaña en el momento de entrar en vigor el Tratado, había adquirido el derecho a reclamar[245].

133. En 1923 se planteó de nuevo la cuestión, en esta ocasión ante el Tribunal mixto de arbitraje franco-alemán, en el asunto *Blumenthal*, en el que el Tribunal llegó a una conclusión similar[246]. En 1925 se pidió al Tribunal que decidiera si un Estado podía presentar una reclamación por daños sufridos por un nacional suyo que fuese también nacional del Estado demandado. Ese caso se refería a una reclamación de Madame Barthez de Monfort, nacional francesa de nacimiento que se convirtió en ciudadana alemana de resultas de su matrimonio con un nacional alemán. La Comisión consideró que era competente para ocuparse de la reclamación ya que la reclamante «nunca había abandonado su domicilio francés» y que

> un tribunal internacional debía seguir el principio de la nacionalidad activa, es decir, la determinación de la nacionalidad por una combinación de elementos de hecho y de derecho, y […] la reclamante tenía por consiguiente la nacionalidad francesa y en consecuencia tenía derecho a un juicio[247].

134. La Comisión mixta de reclamaciones franco-mexicana examinó el derecho del Gobierno mexicano de presentar una reclamación en nombre de Georges Pinson, nacido en México pero posteriormente naturalizado en Francia. Como las pruebas demostraban que antes de

---

[239] Véase la nota 108 *supra*.

[240] Véase Joseph, *op. cit.*, págs. 19 a 21; Leigh, *loc. cit.*, págs. 462 a 464; Brownlie, *Principles…*, págs. 403 y 404; Rode «Dual nationals and the doctrine of dominant nationality», págs. 140 y 141; y Weis, *op. cit.*, págs. 160 a 176.

[241] 2 Knapp, P. C. Rep., pág. 295, 12 Eng. Rep., pág. 492, citado en Rode, *loc. cit.*, pág. 140.

[242] Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, págs. 2456 a 2459.

[243] Caso *Mathinson*, en Ralston y Doyle, *op. cit.*, pág. 433. Véanse también los casos *Brignone, Miliani* y *Stevenson*, ibíd., págs. 710, 754 y 438, respectivamente.

[244] Caso *Canevaro (Italie* c. *Pérou)*, laudo de 3 de mayo de 1912, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (n.º de venta 61.V.4), pág. 397.

[245] *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases 1919 to 1922* (Fischer y Lauterpacht (eds.), Londres, Longmans, Green, 1932), caso n.º 148, pág. 216.

[246] *Recueil des décisions des tribunaux mixtes institués par les traités de paix*, vol. III, París, Sirey, 1924, pág. 616.

[247] *Annual Digest of Public International Law Cases 1925 and 1926* (McNair y Lauterpacht (eds.), Londres, Longmans, Green, 1929), caso n.º 206, pág. 279.

presentarse la reclamación el Gobierno mexicano había tratado sistemáticamente a Pinson como nacional francés, la Comisión llegó a la conclusión de que aun cuando pudiera establecerse la doble nacionalidad de Pinson, el Gobierno mexicano no tendría derecho a presentar una reclamación en su nombre[248].

135. En el asunto *Tellech*, decidido en 1928 por la Comisión Tripartita de Reclamaciones (Estados Unidos, Austria y Hungría), los Estados Unidos presentaron una reclamación en nombre de Alexander Tellech solicitando una indemnización por haber sido éste obligado a prestar servicio militar en Austria. La reclamación se rechazó sobre la base de que Tellech había pasado 28 de sus 33 años en Austria y al residir voluntariamente en Austria, teniendo doble nacionalidad, había asumido el riesgo de tener que cumplir con sus obligaciones con arreglo a las leyes austríacas[249].

136. La interpretación de las decisiones anteriores ha sido cuestionada por jueces iraníes del Tribunal de reclamaciones Estados Unidos-Irán, que han llegado a la conclusión de que la interpretación correcta de algunos de estos asuntos (incluso los que suelen interpretarse como favorables a la doctrina de la nacionalidad dominante) es favorable a la doctrina de la no responsabilidad de los Estados por reclamaciones de personas con doble nacionalidad. Además, el resto de los asuntos son, a su juicio, simplemente irrelevantes, ya que fueron decididos por comisiones y tribunales establecidos entre una Potencia victoriosa y un Estado derrotado sobre la base de tratados, lo que daba lugar a una asimetría básica en su competencia[250]. Sin embargo, es innegable que, como demuestra el asunto *de Hammer and de Brissot*[251], hay decisiones que adoptan el principio de la nacionalidad dominante y que rechazan las reclamaciones de nacionales de las Potencias victoriosas.

137. Sin embargo, había también precedentes favorables a la norma de la no responsabilidad de los Estados por reclamaciones de personas con doble nacionalidad en decisiones judiciales anteriores al caso *Nottebohm*[252].

138. Uno de los más conocidos es el asunto *Alexander*, que se refería a la reclamación de una persona con doble nacionalidad británica y estadounidense presentada ante la Comisión de reclamaciones británico-estadounidense en virtud del Tratado de Washington de 1871. Tras determinar la doble nacionalidad de Alexander, el Tribunal rechazó su reclamación sosteniendo que:

> Considerar sus agravios contra ese otro soberano como asunto de interés internacional supondría reclamar una competencia equivalente a la de la otra nación de la que también es súbdito. Ello reportaría inevitablemente complicaciones, puesto que ningún gobierno reconocería el derecho de otro a intervenir de este modo en nombre de una persona a la que también considera como súbdito propio[253].

139. De manera análoga, en los asuntos *Oldenbourg* y *Honey*, decididos por la Comisión de reclamaciones británico-mexicana en 1929 y 1931, respectivamente, la Comisión rechazó las reclamaciones invocando el principio, que más adelante consideró:

> norma aceptada del derecho internacional, de que una persona con doble nacionalidad no puede demandar ante un tribunal internacional a uno de los países a los que debe fidelidad y lealtad[254].

El agente británico aceptó este punto de vista y retiró todas las reclamaciones en nombre de los demandantes con doble nacionalidad[255]. La misma Comisión llegó a conclusiones similares en el asunto *Adams and Blackmore* en 1931[256].

140. Examinando una reclamación algo diferente, el Tribunal de Arbitraje en el asunto *Salem* examinó la reclamación de un ciudadano nacionalizado estadounidense nacido en Egipto. Pese a haber nacido en Egipto, las pruebas indicaron que Salem había nacido siendo nacional persa y, por lo tanto, era persa y no egipcio de nacimiento. Con todo, Egipto, país demandado, alegó que el Tribunal no tenía competencia sobre esa persona, ya que su nacionalidad efectiva era la egipcia. En respuesta, el Tribunal declaró que:

> El principio de la denominada «nacionalidad efectiva» a que hace referencia el Gobierno egipcio no parece estar suficientemente establecido en el derecho internacional. Se utilizó en el famoso asunto *Canevaro*, pero la decisión del Tribunal de Arbitraje constituido en esa ocasión ha seguido siendo un caso aislado. En consecuencia, no es necesario que el Gobierno egipcio se refiera a la norma de la «nacionalidad efectiva» para oponerse a la reclamación estadounidense si puede presentar pruebas de que Salem era ciudadano egipcio[257].

141. En 1949 en su opinión consultiva en el caso *Réparations pour dommages subis au service des Nations Unies*, la CIJ describió como «la práctica ordinaria» la seguida por los Estados de no proteger a sus nacionales contra otro Estado cuya nacionalidad también tuvieran[258].

142. La afirmación más clara de apoyo a la aplicación del principio de la nacionalidad dominante o efectiva en reclamaciones que afectan a personas con doble nacionalidad se encuentra en los casos *Nottebohm*[259] y *Mergé*[260].

---

[248] *Annual Digest of Public International Law Cases 1927 and 1928* (McNair y Lauterpacht (eds.), Londres, Longmans, Green, 1931), casos n.os 194 y 195, págs. 297 a 301.

[249] *Alexander Tellech (United States)* v. *Austria and Hungary* (1928), Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (n.º de venta 1955.V.3), págs. 248 y 249.

[250] Opinión en disidencia de Shafie Shafeiei acerca de la cuestión de la doble nacionalidad (casos n.os 157 a 211, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1984, vol. 2, pág. 194). Esta opinión es compartida por Bar-Yaacov, *op. cit.*, págs. 214, 226 y 233 a 235.

[251] Véase la nota 242 *supra*.

[252] Véase la nota 52 *supra*.

[253] *Executors of R.S.C.A. Alexander* v. *The United States*, en Moore, *History and Digest…*, pág. 2531.

[254] Citado en Rode, *loc. cit.*, pág. 141: casos *Oldenbourg*, Decisiones y Opiniones de los Comisionados, 5 de octubre de 1929 a 15 de febrero de 1930, pág. 97, y *Honey*, Nuevas Decisiones y Opiniones de los Comisionados, posteriores al 15 de febrero de 1930, pág. 13.

[255] Bar-Yaacov, *op. cit.*, pág. 212.

[256] *Frederick Adams and Charles Thomas Blackmore (Great Britain)* v. *United Mexican States*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (n.º de venta 1952.V.3), págs. 216 y 217.

[257] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (véase la nota 185 *supra*), pág. 1187.

[258] *C.I.J. Recueil 1949* (véase la nota 59 *supra*), pág. 186.

[259] Véase la nota 52 *supra*.

[260] Asunto *Mergé*, Comisión de conciliación ítalo-estadounidense (10 de junio de 1955), Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV (n.º de venta 1965.V.4), pág. 236. Véase también ILR, vol. 22 (1958), pág. 443. Según Paul de Visscher («Cours général de droit international public», pág. 163):

> «Es en la cuestión de la protección diplomática de las personas con doble nacionalidad en la que la teoría del vínculo, concebida como exigencia propia del derecho internacional, se ha abierto camino lenta y progresivamente.»

143. El caso *Nottebohm*, en que se sostuvo que la nacionalidad del Estado reclamante debía ser efectiva y reflejar «una adhesión social de hecho, una auténtica conexión de vida, intereses y sentimientos, junto con la existencia de derechos y obligaciones recíprocos»[261], se tiene plenamente en cuenta en el comentario al artículo 5. Aunque la CIJ se ocupaba de un asunto en que sólo había una nacionalidad, la sentencia se basó en gran parte en precedentes de asuntos de doble nacionalidad. Así pues, la Corte afirmó lo siguiente:

> Árbitros internacionales han decidido del mismo modo numerosos casos de doble nacionalidad en que se planteaba la cuestión con respecto al ejercicio de la protección diplomática. Han dado preferencia a la nacionalidad real y efectiva, la que estaba de acuerdo con los hechos y se basaba en los vínculos de hecho más fuertes entre la persona interesada y uno de los Estados de cuya nacionalidad se trataba. Se tienen en cuenta diferentes factores y su importancia variará de un caso a otro: la residencia habitual de la persona interesada es un factor importante, pero hay también otros factores como el centro de sus intereses, sus vínculos familiares, su participación en la vida pública, la adhesión que manifiesta a un determinado país y que inculca a sus hijos, etc.[262]

De hecho, el magistrado Read, en su voto particular disidente, argumentó que la exigencia de un vínculo auténtico o efectivo se limitaba a las reclamaciones en que intervenían personas con doble nacionalidad[263].

144. La aplicación del principio expuesto en el caso *Nottebohm* a asuntos de doble nacionalidad fue confirmada el mismo año por la Comisión de conciliación ítalo-estadounidense en el asunto *Mergé*, que se refería a la reclamación de Florence Mergé, nacional estadounidense de nacimiento pero italiana por haber contraído matrimonio con un nacional italiano, en que solicitaba indemnización por la pérdida de un piano y otros bienes personales, atribuible a Italia. En este caso la Comisión 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 criterio de aplicación práctica para la eliminación de cualquier posible incertidumbre[264].

En su opinión, la Comisión de conciliación estableció 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, junto con los criterios mencionados más arriba, fue aplicada por la Comisión de conciliación en más de 50 asuntos posteriores que afectaban a personas con doble nacionalidad. En cada caso la Comisión de conciliación se remitió a la decisión adoptada en el asunto *Mergé*[265].

145. Basándose en estos asuntos, el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán ha aplicado el principio de la nacionalidad dominante y efectiva a gran número de asuntos relativos a reclamaciones presentadas contra el Irán por personas con doble nacionalidad iraní y estadounidense. En su primer asunto de doble nacionalidad, el asunto *Esphahanian*[266], en que se estableció por primera vez que el Tribunal tenía competencia sobre esas reclamaciones, la decisión de la Cámara Segunda del Tribunal se basó en la jurisprudencia anterior y en la doctrina del principio de la nacionalidad dominante. Las autoridades invocadas en la opinión mayoritaria, a saber, Basdevant[267], Maury[268] y de Visscher, confirmaban la validez y prevalencia de la teoría de la nacionalidad dominante y efectiva[269]. Se citó con aprobación el siguiente pasaje de de Visscher:

> La doctrina del vínculo efectivo o de la conexión dominante se aplicó regularmente durante el siglo XIX, pero como eso se hizo generalmente para rechazar las demandas, la doctrina ha llegado a significar que por regla general las demandas formuladas en nombre de personas con doble nacionalidad son inadmisibles; […] se implantó la idea de que toda solicitud de protección presentada en nombre de una persona con doble nacionalidad debía declararse inadmisible.
>
> Esta norma […] que el Instituto de Derecho Internacional creyó tener que reafirmar en 1965, no es la expresión correcta del derecho vigente; […] al dictar la sentencia *Nottebohm*, la Corte Internacional entendió realmente que afirmaba un principio general[270].

Remitiéndose a las últimas publicaciones aparecidas, la mayoría (es decir, los jueces Bellet y Aldrich) encontró argumentos a favor de la teoría de la nacionalidad efectiva también en las obras de Rousseau[271], Batiffol y Lagarde[272], Chappez[273], Rode[274] y la propia Comisión[275]. La mayoría sostuvo además que generalmente los tribunales sólo habían mantenido que uno de los Estados de la nacionalidad no podía presentar una reclamación en nombre de una persona con doble nacionalidad cuando dicha persona

---

Véase también Klein «La protection diplomatique des doubles nationaux: reconsidération des fondaments de la règle de non-responsabilité», pág. 184; y Tunkin (ed.), *Mezhdunarodnoye pravo*, pág. 221.

Según Leigh (*loc. cit.*, pág. 469.), la decisión *Nottebohm*:

> «puede tener como efecto que un Estado pueda presentar una reclamación en nombre de un nacional que mantenga un vínculo efectivo con él, aun cuando la reclamación sea contra otro Estado del que la persona sea también oficialmente nacional. En tales casos, el principio de la efectividad permite la presentación de reclamaciones, mientras que el principio de la igualdad las habría impedido.»

[261] *C.I.J. Recueil 1955* (véase la nota 52 *supra*), pág. 23.

[262] Ibíd., pág. 22.

[263] Ibíd., págs. 41 y 42.

[264] Véase la nota 260 *supra*, asunto *Mergé*, ILR, pág. 455, párr. V.5, y también, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV (n.º de venta 1965.V.4), pág. 247.

[265] Véanse, por ejemplo, los asuntos *Spaulding* (1956) ILR, vol. 24 (1957), pág. 452; *Zangrilli*, ibíd., pág. 454; *Cestra* (1957), ibíd., pág. 454; *Puccini* (1957), ibíd.; *Salvoni Estate*, ibíd., pág. 455; *Ruspoli*, ibíd., pág. 457; *Ganapini* (1959), ibíd., vol. 30 (1966), pág. 366; *Turri* (1960), ibíd., pág. 371; *Graniero*, ibíd., pág. 451; y *Di Ciccio* (1962), ibíd., pág. 148. Véanse también Verdross y Simma, *op. cit.*, pág. 791, párr. 1197.

[266] Caso *Esphahanian* (véase la nota 185 *supra)*, págs. 157 a 170, véase también el voto particular disidente de Shafie Shafeiei (nota 250 *supra)*, págs. 178 a 225. Para una crítica de esta decisión, véase Khan, *The Iran-United States Claims Tribunal: Controversies, Cases and Contribution*, pág. 120; y Rezek, «Le droit international de la nationalité», pág. 368.

[267] «Conflicts de nationalités dans les arbitrages vénézuéliens de 1903-1905», págs. 61 a 43, citados en Verwilghen, «Conflits de nationalités», pág. 459.

[268] «Du conflit de nationalités et en particulier du conflit de deux nationalités étrangères devant les autorités et les juridictions françaises», pág. 235.

[269] Caso *Esphahanian* (véase la nota 185 *supra*), pág. 164.

[270] *Loc. cit.*, pág. 162.

[271] *Droit International Public*, pág. 112.

[272] *Droit International Privé.*

[273] «Protection diplomatique», parte 250-B.

[274] *Loc. cit.*, pág. 139.

[275] *Anuario… 1961* (véase la nota 46 *supra*), págs. 46 y 49.

estaba físicamente presente en el otro Estado de la nacionalidad contra el que se presentaba la reclamación.

146. El hecho de que los juristas estaban divididos acerca de la aplicabilidad del principio de la nacionalidad dominante a los casos que afectan a personas con doble nacionalidad fue subrayado por el magistrado Shafeiei[276] en el voto particular en disidencia cuando citó a Borchard[277] y el debate sobre la cuestión celebrado en 1965 en el Instituto de Derecho Internacional[278], Oppenheim[279], Bar-Yaacov[280], Nguyen Quoc Dinh, Daillier y Pellet[281] y von Glahn[282] en apoyo del principio de la no responsabilidad.

147. La decisión *Esphahanian* fue confirmada por el Tribunal en pleno en el asunto *Estados Unidos-Irán* n.º A/18[283]. Una vez más, la mayoría[284], que comprendía a jueces no iraníes, y la minoría[285] alegaron la preponderancia de escritos académicos en apoyo de las respectivas posiciones.

148. El Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán, establecido por las Declaraciones de Argel de 1981[286], no prevé la presentación de reclamaciones entre Estados en nombre de sus nacionales.

> [N]o es una práctica típica de protección diplomática de los nacionales de un Estado cuando el Estado, pretendiendo algún tipo de reparación internacional para sus nacionales, crea un tribunal en el que es parte él y no sus nacionales. En ese caso típico, el Estado hace suyas las reclamaciones de sus nacionales y considera haber recibido él mismo los perjuicios; en este caso, el Gobierno de los Estados Unidos no es parte en el arbitraje de reclamaciones de nacionales estadounidenses, ni siquiera en las reclamaciones de poca monta en las que actúa como abogado de sus nacionales[287].

A pesar de esta peculiaridad institucional, no hay duda de que la jurisprudencia del Tribunal ha incrementado considerablemente el apoyo al principio de la nacionalidad dominante[288]. Se han sometido al Tribunal unos 130 asuntos que afectan a personas con doble nacionalidad[289].

149. 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 indemnizar por los daños causados por la ocupación de Kuwait por el Iraq. 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[290].

150. El principio de la nacionalidad dominante fue adoptado en los informes del Sr. García Amador a la Comisión. El párrafo 4 del artículo 21 de su tercer informe dispone 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[291].

Orrego Vicuña también apoya el principio en su informe de 2000 a la ADI[292].

151. El Convenio europeo sobre la nacionalidad no se pronuncia al respecto. En el párrafo 2 del artículo 17 se dispone que sus disposiciones sobre la múltiple nacionalidad no afectan a las normas de derecho internacional relativas a la protección diplomática o consular de un Estado parte en favor de uno de sus nacionales que posea simultáneamente otra nacionalidad.

152. Como lo demuestran las decisiones del Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán, la doctrina está dividida con respecto al criterio de la nacionalidad dominante en el caso de las reclamaciones formuladas por personas que poseen doble nacionalidad. Sin embargo, incluso los autores[293] que no están de acuerdo con ese criterio aceptan su utilidad. La última edición de *Oppenheim's International Law*, que apoya la norma enunciada en el artículo 4 de la Convención sobre ciertas cuestiones relativas a los conflictos de leyes sobre la nacionalidad, (norma que, según afirma, «probablemente» sea una norma de derecho internacional consuetudinario), admite que el conflicto entre los artículos 4 y 5 de esa Convención se soluciona

---

[276] Opinión en disidencia de Shafie Shafeiei (véase la nota 250 *supra*), págs. 199 a 201, y 207.

[277] «Protection diplomatique des nationaux à l'étranger», pág. 289; y «La protection diplomatique des nationaux à l'étranger» (informe suplementario), pág. 278.

[278] Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire* (Basilea, 1965), vol. 51, partes I-II (reunión de Varsovia, septiembre de 1965).

[279] *International Law: A Treatise*, pág. 348.

[280] *Op. cit.*, pág. 238.

[281] *Op. cit.*, pág. 774. Combacau y Sur también dudan de que la norma tradicional expuesta en el Convenio de 1930 haya sido revocada por el asunto *Mergé*, *op. cit.*, págs. 327 y 328.

[282] *Law Among Nations*, pág. 207.

[283] Véase la nota 67 *supra*.

[284] La mayoría añadió los siguientes autores a los que apoyan el principio de la nacionalidad dominante: Reuter, *Droit International Public*, pág. 236; Yanguas Messia, «La protection diplomatique en case de double nationalité», pág. 556; Donner, *The Regulation of Nationality in International Law*, pág. 94; Leigh, *loc. cit.*, págs. 453 y 475; y Griffin, «International claims of nationals of both the claimant and respondent States: the case history of a myth», págs. 400 a 402.

[285] La extensa opinión disidente de los magistrados iraníes se basaba en los autores citados en el voto particular en disidencia del magistrado Shafeiei en el asunto *Esphahanian* (véase la nota 250 *supra*), añadiendo a Fitzmaurice, *loc. cit.*, pág. 193, y Jessup, *op. cit.*, pág. 100. Véase el caso n.º A/18 *Estados Unidos-Irán* (nota 67 *supra*), págs. 327 y 328.

[286] Declaración del Gobierno de la República Argelina Democrática y Popular (1981), ILM, vol. 20, págs. 224 a 229; y Declaración del Gobierno de la República Argelina Democrática y Popular relativa a la solución de diferencias por el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República Islámica del Irán, ibíd., págs. 230 a 233.

[287] Caso *Esphahanian* (véase la nota 185 *supra*), pág. 165.

[288] Véase en general Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, págs. 44 a 79, y Brower y Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal*, págs. 32 a 42, y 288 a 323.

[289] Aghahosseini, «The claims of dual nationals before the Iran-United States Claims Tribunal: some reflections», pág. 22.

[290] Decisión adoptada por el Consejo de Administración de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas durante su tercer período de sesiones, en la 18.ª reunión, celebrada el 28 de noviembre de 1991, tal como fue revisada en su 24.ª reunión, celebrada el 16 de marzo de 1992: criterios para categorías adicionales de reclamos (S/AC.26/1991/7/Rev.1), párr. 11.

[291] *Anuario… 1958* (véase la nota 121 *supra*), pág. 66.

[292] Orrego Vicuña («The changing law…», pág. 27, cláusula 11) propuso la norma siguiente:

> «En los casos de doble nacionalidad, la efectividad del vínculo debería prevalecer sobre otras consideraciones, de modo que se pueda, si se justifica, formular reclamaciones contra el Estado del cual la persona es también nacional.»

[293] Brownlie, *Principles…*, pág. 404; Geck, *loc. cit.*, pág. 1051, y Parry, *loc. cit.*, pág. 699.

a menudo en favor del artículo 5 en los casos en que un Estado de la nacionalidad se enfrenta a otro, siempre que la nacionalidad dominante de la persona sea la del Estado que hace la reclamación[294].

153. Una de las principales objeciones al principio de la nacionalidad dominante o efectiva es su indeterminación. Si bien algunas autoridades subrayan la importancia del domicilio[295] o de la residencia[296] como prueba de un vínculo efectivo, otros señalan la importancia de la lealtad[297] o del acto voluntario de la naturalización[298]. La jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán ha hecho una importante contribución al dilucidar los factores que deben considerarse en la determinación de la efectividad del vínculo de la persona con el Estado de su nacionalidad. Algunos de los factores que se han tenido en cuenta en gran número de casos son la residencia habitual, el período de tiempo que se permanece en cada uno de los países de la nacionalidad, la fecha de naturalización (es decir, el tiempo durante el cual fue nacional del Estado que concede la protección antes de que se formulara la reclamación); los estudios realizados y el lugar y el idioma en que se realizaron; el empleo y los intereses financieros; el lugar en que transcurre la vida familiar; los vínculos familiares en cada uno de los países, la nacionalidad de la familia y la inscripción del nacimiento y del matrimonio en la embajada del otro Estado de la nacionalidad; la participación en la vida social y pública; la utilización del idioma; la tributación, las cuentas bancarias y los seguros sociales; las visitas al otro Estado de la nacionalidad y otros vínculos con él; la posesión y la utilización del pasaporte del otro Estado; la renuncia a una de las nacionalidades, y el servicio militar en el otro Estado. No se asignó a ninguno de los factores una función decisiva, y la importancia atribuida a cada uno de ellos fue distinta según las circunstancias del caso[299]. El Tribunal también ha examinado los factores que indican la obtención o utilización de mala fe de la nacionalidad[300].

154. Se cuenta con muy poca documentación sobre la práctica actual de los Estados relativa a la protección diplomática de las personas con doble nacionalidad con respecto al otro Estado del que también son nacionales. Sin embargo, la documentación de que se dispone indica que se va aceptando el principio de la nacionalidad dominante o efectiva[301].

155. En su tratado sobre la doble nacionalidad, Bar-Yaacov afirma que la práctica contemporánea de los Estados Unidos rechaza la protección diplomática de personas con doble nacionalidad frente al otro Estado de la nacionalidad, especialmente si han establecido su residencia en ese Estado. No se concedía protección a los nacionales que no habían expresado preferencia por la nacionalidad estadounidense en el momento de elegir, o cuando la persona elegía la nacionalidad estadounidense pero posteriormente establecía su residencia en el otro Estado de la nacionalidad. Con respecto a los ciudadanos naturalizados, la posición original de los Estados Unidos consistía en no conceder protección frente al Estado de origen. Sin embargo, en 1859 la política cambió radicalmente. Al negar la doctrina de la no responsabilidad, el Departamento de Estado declaró que una persona, una vez que se hacía ciudadana estadounidense, se vinculaba exclusivamente con los Estados Unidos. El Gobierno de los Estados Unidos, basándose en ese argumento, intentó en varias ocasiones ejercer ante el otro Estado de la nacionalidad la protección diplomática en nombre de estadounidenses naturalizados, aun cuando hubiesen regresado a ese país[302]. La práctica en el Reino Unido ha mostrado una tendencia similar. Se negaba la protección frente al otro Estado de la nacionalidad mientras la persona residiera en ese Estado. A diferencia de la política estadounidense, el Reino Unido no concedía protección a los nacionales británicos naturalizados en el Reino Unido que decidían regresar a su país de origen[303].

156. Sin embargo, en vista de los cambios que se han producido en las políticas de ambos Estados, las conclusiones de Bar-Yaacov han quedado obsoletas. Actualmente el Departamento de Estado de los Estados Unidos aplica el principio de la nacionalidad efectiva[304] y, de conformidad con las normas de 1985 del Gobierno británico,

> El Gobierno de Su Majestad normalmente no aceptará la reclamación [de una persona que posea doble nacionalidad] como nacional del Reino Unido si el Estado al que se presenta la reclamación es el Estado de su segunda nacionalidad, pero lo hará, cuando se hayan causado perjuicios si el Estado al que se presenta la reclamación ha tratado a la persona que la presenta como nacional de las Naciones Unidas [*sic*, del Reino Unido][305].

157. En el decenio de 1970, el Gobierno de Chile negó la protección diplomática frente a otro Estado de la

---

[294] Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 516.

[295] Borchard, *op. cit.*, pág. 589; y Parry, *loc. cit.*, pág. 711.

[296] Convención sobre ciertas cuestiones relativas a los conflictos de leyes sobre la nacionalidad, art. 5; Bar-Yaacov, *op. cit.*, págs. 136, 137 y 260, y Fitzmaurice, *loc. cit.*, pág. 193.

[297] El magistrado Read, en su opinión disidente en el caso *Nottebohm* (véase la nota 52 *supra*), págs. 44 y 45; y Brownlie, *Principles…*, pág. 422.

[298] Jennings, *loc. cit.*, pág. 459; y Randelzhofer, *loc. cit.*, pág. 507.

[299] Brower y Brueschke, *op. cit.*, págs. 32 a 42.

[300] Véanse un análisis de esos factores y las salvedades concernientes a la obtención o la utilización fraudulenta de la nacionalidad en, por ejemplo, los asuntos *Esphahanian* (nota 185 *supra*), pág. 166; *Golpira* v. *Iran* (1983), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1985, vol. 2, pág. 174; *Danielpour (M.)* v. *Iran* (1989), ibíd., 1990, vol. 22, pág. 121; *Danielpour (S. J.)* v. *Iran*, ibíd., pág. 126; *Berookhim* v. *Iran* (1990), ibíd., 1992, vol. 25, pág. 285; *Nemazee* v. *Iran*, ibíd., pág. 159; *Golshani* v. *Iran* (1989), ibíd., 1990, vol. 22, pág. 159; *Etezadi* v. *Iran* (1990), ibíd., 1992, vol. 25, pág. 270; *Hemmat* v. *Iran* (1989), ibíd., 1990, vol. 22, pág. 136; *Ebrahimi* v. *Iran*, ibíd., pág. 144; *Perry-Rohani* v. *Iran*, ibíd., pág. 198; *Abrahamian* v. *Iran*, ibíd., 1991, vol. 23, pág. 287; *Ghaffari* v. *NIOC* (1990), ibíd., 1992, vol. 25, pág. 184; *Mahmoud* v. *Iran* (1985), ibíd., 1987, vol. 9, pág. 350; *Malek* v. *Iran* (1988), ibíd., 1989, vol. 19, pág. 52; *Nourafchan* v. *Iran* (1989), ibíd., 1991, vol. 23, pág. 310; etc. Véanse también Aldrich, *op. cit.*, págs. 61 a 80; Brower y Brueschke, *op. cit.*, págs. 298 a 305, 315 y 316, y Bederman, «Nationality of individual claimants before the Iran-United States Claims Tribunal», pág. 129.

[301] Con respecto a la práctica contemporánea de los Estados y a la evolución del derecho de los derechos humanos que conceden protección también frente al Estado de la nacionalidad, Hailbronner ha afirmado que, si bien no existe aún una práctica uniforme y clara en la materia y aunque la mayoría de los Estados quizás se opongan a la protección en esos casos, por lo menos se observa una lenta evolución hacia la aceptación del principio de la efectividad en este contexto (*loc. cit.*, págs. 30 a 36). Sin embargo, contra esta posición se puede ver Lee, *op. cit.*, pág. 159.

[302] Bar-Yaacov, *op. cit.*, págs. 64 a 72 y 147 a 155.

[303] Ibíd., págs. 72 a 75 y 155 a 157.

[304] Brownlie, *Principles…*, pág. 404, en que se cita el *Digest of US Practice* (1979). Véase también Lee, *op. cit.*, pág. 160. Los Países Bajos aplican el mismo principio, ibíd., pág. 161.

[305] Cláusula III de las normas aplicables a las reclamaciones internacionales, citada en Warbrick, *loc. cit.*, pág. 1007.

nacionalidad[306]. Al mismo tiempo, la República Federal de Alemania no se opuso a que se ejerciera oficiosamente esa protección[307], mientras que Suiza, que consideraba la exención de responsabilidad como norma general, no negó la posibilidad de ejercer la protección frente a otro Estado de la nacionalidad en casos excepcionales[308].

158. Para aplicar el principio de la nacionalidad efectiva o dominante en los casos de doble nacionalidad hay que comparar la intensidad de los vínculos de las nacionalidades que están en juego. Los tribunales deben actuar con cautela al aplicar el principio de la preponderancia de la efectividad cuando los vínculos entre la persona que posee la doble nacionalidad y los dos Estados tienen prácticamente la misma fuerza, ya que se podría socavar gravemente la igualdad de los dos Estados de la nacionalidad[309].

159. En la advertencia presentada por el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán en el asunto n.º A/18, se señala una forma práctica de resolver los conflictos entre Estados de la nacionalidad relativos a personas que poseen doble nacionalidad:

> En los casos en que el Tribunal se declare competente basándose en la nacionalidad dominante y efectiva de la persona que haya presentado la reclamación, puede ser necesario tener en cuenta la otra nacionalidad al examinar el fondo de la cuestión[310].

De acuerdo con esta norma, el Tribunal ha de examinar las circunstancias al analizar el fondo de la cuestión. Si determina que la persona posee la doble nacionalidad utilizó la nacionalidad del Estado al que se presenta la reclamación para obtener ventajas que sólo pueden obtener los nacionales de ese Estado, puede negarse a fallar en favor del Estado que presenta la reclamación[311].

160. Las autoridades y la doctrina apoyan, en su mayoría, el principio de la nacionalidad dominante en los casos relativos a personas con doble nacionalidad. Además, en las decisiones judiciales y en la doctrina se han puntualizado los factores que se deben tener en cuenta al tomar esa determinación. Por lo tanto, el principio enunciado en el artículo 6 refleja la posición actual en el derecho internacional consuetudinario y es compatible con la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, que concede protección jurídica a las personas incluso frente al Estado del cual son nacionales[312].

Artículo 7

1. Todo Estado del que sea nacional una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad podrá, de conformidad con los criterios enumerados en el artículo 5, ejercer la protección diplomática en favor de esa persona contra un Estado del que no sea también nacional.

2. Dos o más Estados de la nacionalidad, en el sentido del artículo 5, podrán ejercer conjuntamente la protección diplomática en favor de una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad.

Comentario

161. El principio de la nacionalidad efectiva o dominante se ha aplicado también en los casos en que un Estado trata de proteger a un nacional suyo que tiene doble nacionalidad contra un tercer Estado. En el asunto *de Born*, relativo a una reclamación contra Yugoslavia de una persona que tenía nacionalidad húngara y alemana, el Tribunal Mixto de Arbitraje yugoslavo-húngaro que falló el caso, en 1926, declaró que tenía jurisdicción al haber establecido que:

> El tribunal tenía la obligación de examinar en cuál de los dos países había elementos esenciales de derecho y de hecho para crear un vínculo de nacionalidad efectivo y no sólo teórico.
>
> Un tribunal al que se le había otorgado jurisdicción internacional tenía la obligación de resolver conflictos de nacionalidades. Para ese fin, debía considerar dónde estaba domiciliado el demandante, dónde realizaba su trabajo y dónde ejercía sus derechos políticos. Debía prevalecer la nacionalidad del país determinado por la aplicación de la prueba anterior[313].

162. Este principio recibió cierto apoyo en el artículo 5 de la Convención sobre ciertas cuestiones relativas a los conflictos de leyes sobre la nacionalidad que dispone que:

> toda persona que tenga más de una nacionalidad será tratada en un tercer Estado como si tuviera sólo una. Sin perjuicio de que se aplique su legislación relativa al estatuto personal y cualesquiera convenios vigentes, de las nacionalidades que esa persona posea, un tercer Estado reconocerá exclusivamente en su territorio la nacionalidad del país en el que principal y habitualmente resida o la nacionalidad del país con el que, dadas las circunstancias, parezca realmente tener vínculos más estrechos.

Aunque en el artículo no se hace ninguna mención concreta de la protección diplomática, cabe aplicarlo a la protección de las personas con doble nacionalidad.

163. En propuestas de codificación posteriores se adoptó un criterio análogo. En 1965, el Instituto de Derecho Internacional aprobó en su reunión de Varsovia una resolución en cuyo artículo 4, apdo. *b*, se señalaba lo siguiente:

> Cualquier reclamación internacional presentada por un Estado por daños sufridos por una persona que, además de la nacionalidad del Estado demandante, posea la nacionalidad de otro Estado que no sea el Estado demandado, podrá ser rechazada por este último y será inadmisible ante el tribunal (jurisdicción) al que se presente la reclamación a menos que pueda determinarse que la persona interesada posee un vínculo más estrecho (preponderante) con el Estado demandante[314].

164. En el proyecto de convención de Harvard sobre la responsabilidad internacional de los Estados por los

---

[306] Orrego Vicuña, «Chile», pág. 141.

[307] Seidl-Hohenveldern, «Federal Republic of Germany», pág. 247.

[308] Caflisch, «Switzerland», pág. 499.

[309] Rezek, *loc. cit.*, págs. 266 y 267. Véase también Klein, *loc. cit.*, pág. 184. De ese modo se ha interpretado el asunto *Mergé* (nota 260 *supra*), pág. 455, párr. V.5, citado en el comentario del artículo 6 (párr. 144); véanse van Panhuys, *op. cit.*, pág. 78, Verdross y Simma, *op. cit.*, pág. 905, párr. 1338; Jürgens, *Diplomatischer Schutz und Staatenlose*, pág. 206, y Leigh, *loc. cit.*, pág. 472.

[310] Decisión de 6 de abril de 1984 (véase la nota 67 *supra*), págs. 265 y 266.

[311] Véase *Khosrowshahi* v. *Iran* (1990), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1991, vol. 24, pág. 45, y *James M. Saghi* v. *Iran* (1993), laudo n.º 544-298-2. Véase además, Aldrich, *op. cit.*, págs. 76 a 79, y Brower y Brueschke, *op. cit.*, págs. 296 a 322.

[312] Véase Hailbronner, *loc. cit.*, pág. 35.

[313] *Baron Frédéric de Born* v. *Yugoslavian State*, *Annual Digest of Public International Law Cases 1925 and 1926* (véase la nota 247 *supra*), caso n.º 205, pág. 278.

[314] Véase la nota 108 *supra*.

daños causados a extranjeros[315] se daba apoyo implícito a esta norma, ya que puede interpretarse que su apoyo general al principio de la nacionalidad efectiva se aplica a todos los casos relativos a la protección diplomática de las personas con doble nacionalidad. El Sr. García Amador adoptó un criterio similar en su tercer informe, en el que figuraba una propuesta al efecto de que no fuera posible la protección diplomática de una persona con doble o múltiple nacionalidad a menos que pudiera demostrarse que tenía «mayores y más genuinos vínculos jurídicos y de otra índole» con el Estado que ofrecía esa protección que con cualquier otro Estado[316].

165. El peso de la opinión judicial está en contra del requisito de la nacionalidad dominante o efectiva cuando se inicia un proceso judicial en nombre de una persona que tiene doble nacionalidad contra un tercer Estado del cual no es nacional la persona lesionada.

166. En el asunto *Salem*, el Tribunal de Arbitraje dictaminó que Egipto no podía alegar que la nacionalidad efectiva de la persona lesionada era la persa contra una reclamación de los Estados Unidos, otro Estado de la nacionalidad. Determinó que:

> la norma de derecho internacional [es] que en caso de doble nacionalidad, una tercera Potencia no tiene derecho a impugnar la demanda de una de las dos Potencias cuyo nacional esté interesado en el caso remitiendo a la nacionalidad de la otra Potencia[317].

167. A una conclusión similar llegó la Comisión de Conciliación ítalo-estadounidense en el asunto *Vereano*, relativo a una reclamación en nombre de un nacional estadounidense que había adquirido la nacionalidad turca al contraer matrimonio. En esa ocasión, dicha Comisión citó su decisión en el reclamo *Mergé*, según la cual:

> Los nacionales de los Estados Unidos que no posean la nacionalidad italiana sino la nacionalidad de un tercer Estado podrán considerarse «nacionales de los Estados Unidos» con arreglo al Tratado, aunque su nacionalidad prevaleciente sea la de un tercer Estado[318].

168. Esa norma fue confirmada en 1958 por la Comisión de Conciliación ítalo-estadounidense en el asunto *Flegenheimer*[319].

169. En el asunto *Stankovic*, la misma Comisión de Conciliación se ocupó de una reclamación presentada por los Estados Unidos en nombre de un nacional yugoslavo que había emigrado a Suiza después de la creación de la República Federativa de Yugoslavia y obtenido allí un pasaporte de apátrida en 1948. En 1956 se había naturalizado ciudadano de los Estados Unidos. Ante las objeciones presentadas por las autoridades italianas, la Comisión indicó que los Estados Unidos tenían derecho a presentar la reclamación en nombre de Stankovic aun cuando fuera nacional de otro Estado. En su opinión, el hecho de cambiar la nacionalidad de un Estado Miembro de las Naciones Unidas por la de otro Miembro no afectaba a la jurisdicción de esa Comisión[320].

170. La mejor manera de resolver el conflicto que plantea el requisito de un vínculo efectivo en casos de doble nacionalidad en los que intervengan terceros Estados es adoptar una solución de transacción con arreglo a la cual el Estado demandante sólo tenga que demostrar que existe un vínculo de nacionalidad de buena fe entre él y la persona lesionada. Esta regla ha sido la aplicada por el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán en algunos casos en los que los demandantes eran al mismo tiempo nacionales de los Estados Unidos y de un tercer Estado[321]. Aun cuando en esos casos se planteó la cuestión de la nacionalidad dominante, la prueba requerida era muchas veces mucho menos estricta que en los casos relativos a personas con doble nacionalidad iraní y estadounidense[322]. Sin embargo, en algunos casos el Tribunal indicó que si podía demostrarse que el demandante poseía también la nacionalidad de un tercer Estado, era necesario determinar su nacionalidad dominante[323].

171. La Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas sigue el mismo criterio, ya que no toma en consideración las reclamaciones presentadas «en nombre de nacionales iraquíes que no posean realmente la nacionalidad de otro Estado», aunque no se impone restricción alguna a las reclamaciones presentadas por personas que tengan doble nacionalidad de Estados que no sean el Iraq[324].

172. En el caso de las reclamaciones de un Estado de la nacionalidad contra otro Estado de la nacionalidad en nombre de una persona con doble nacionalidad se plantea claramente un conflicto de leyes[325]. Sin embargo, no se plantea tal problema cuando un Estado de la nacionalidad trata de proteger a una persona con doble nacionalidad contra un tercer Estado. En consecuencia, no hay motivos para aplicar el principio de la nacionalidad dominante o efectiva[326]. Este es el enfoque adoptado en la práctica estatal del Reino Unido[327].

---

[315] Art. 23, párr. 3, en Sohn y Baxter, *loc. cit.*, pág. 579.

[316] *Anuario… 1958* (véase la nota 121 *supra*), pág. 66, art. 21, párr. 4.

[317] Caso *Salem* (véase la nota 185 *supra*), pág. 1188.

[318] Caso *Mergé* (véase la nota 260 *supra*), pág. 456, párr. V 8, citado en el asunto *Vereano* (1957) ILR, vol. 24, págs. 464 y 465.

[319] Caso *Flegenheimer* (véase la nota 181 *supra*), pág. 149.

[320] Caso *Stankovic* (1963), ILR, vol. 40 (1970), pág. 155.

[321] Véase, por ejemplo, *Dallal* c. *Iran* (1983), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1984, vol. 3 pág. 23, y Bederman, *loc. cit.*, págs. 123 y 124.

[322] Véanse, por ejemplo, *Saghi* v. *Iran* (1987), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1988, vol. 14, págs. 4 y 6; y *McHarg, Roberts, Wallace and Todd* v. *Iran* (1986), ibíd., vol. 13, pág. 289. Véase además Aldrich, *op. cit.*, págs. 56 y 57.

[323] *Uiterwyk Corporation* v. *Iran* (1988), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1989, vol. 19, pág. 118 (Aldrich considera que este caso respalda la opinión de que las pruebas necesarias son menos estrictas en este tipo de casos, *op. cit.*, pág. 57); *Asghar* v. *Iran* (1990), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1991, vol. 24, págs. 242 y 243, y *Daley* v. *Iran* (1988), ibíd., 1989, vol. 18, págs. 236 y 237.

[324] Véase la nota 290 *supra*.

[325] Parry, *loc. cit.*, pág. 707.

[326] Véase, por ejemplo, Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 883. Véase también Chernichenko, *Mezhdunarodno-pravovye voprosy grazhdanstva*, págs. 110 a 112; Ushakov (ed.), *Kurs mezhdunarodnogo Prava*, págs. 80 a 82, y Hailbronner, *loc. cit.*, pág. 36. Según Lee, la protección consular se ofrece en esos casos sin la objeción del Estado receptor (*op. cit.*, pág. 159).

[327] La primera oración de la regla III de las reglas del Gobierno británico que se aplican a las reclamaciones internacionales, citadas en Warbrick, *loc. cit.*, págs. 1006 y 1007, dice lo siguiente:

> «Cuando el demandante tenga doble nacionalidad, el Gobierno de su Majestad podrá aceptar su reclamación (aunque en algunas circunstancias puede ser conveniente que el Gobierno de Su Majestad lo haga juntamente con el otro gobierno que tenga derecho a hacerlo).»

173. Sin embargo, el Estado demandado tiene derecho a presentar objeciones en los casos en que se haya adquirido la nacionalidad del Estado demandante de mala fe para iniciar el proceso judicial. Por consiguiente, en casos de nacionalidad múltiple, debería ser posible la protección diplomática contra un tercer Estado de cualquiera de los Estados con los que la persona de que se trate tenga un vínculo de nacionalidad de buena fe. Se debería permitir a una persona con nacionalidad múltiple pedir una indemnización con arreglo a cualquier disposición que permita a un nacional de cualquiera de los Estados con los que tenga un vínculo de nacionalidad de buena fe presentar una reclamación internacional.

174. En principio, no hay motivos para que los dos Estados de los que alguien sea nacional no puedan ejercer conjuntamente un derecho que se atribuye a cada Estado de la nacionalidad. Por consiguiente, debería permitirse el ejercicio conjunto de la protección diplomática por dos o más Estados con los que la persona lesionada tenga un vínculo de buena fe[328].

Artículo 8

Todo Estado podrá ejercer la protección diplomática respecto de una persona lesionada que tenga condición de apátrida o refugiado cuando esa persona tenga normalmente residencia legal en el Estado demandante [¿y tenga un vínculo efectivo con ese Estado?], siempre que el daño se haya causado después de que esa persona pasara a ser residente legal del Estado demandante.

Comentario

175. Como se indica en el artículo 1, párr. 1, y en el comentario correspondiente, la protección diplomática se limita tradicionalmente a los nacionales[329]. Que no se extiende a los apátridas quedó claro en el caso *Dickson Car Wheel Company*, cuando el Tribunal señaló lo siguiente:

> Un Estado […] no infringe las leyes internacionales al causar un daño a una persona carente de nacionalidad y, en consecuencia, ningún Estado está facultado para intervenir o presentar una denuncia en su nombre antes o después de que se haya causado el daño[330].

La norma tradicional no tiene en cuenta la posición de los apátridas ni de los refugiados y, por lo tanto, no es acorde con el derecho internacional contemporáneo, que refleja una preocupación por el estatuto de ambas categorías de personas[331]. Esto se pone de manifiesto en instrumentos como la Convención para reducir los casos de apatridia y la Convención sobre el estatuto de los refugiados.

176. Los refugiados presentan un problema especial, ya que la Convención se aplica a la persona que «no pueda o […] no quiera acogerse a la protección [del Estado de la nacionalidad]»[332]. Si un refugiado solicita y obtiene la protección del Estado del que es nacional, pierde su estatuto de refugiado[333]. Además, Grahl-Madsen arguye que el Estado de la nacionalidad pierde su derecho a ejercer la protección diplomática en favor del refugiado[334].

177. En los instrumentos de derechos humanos que confieren derechos a todas las personas residentes en un Estado parte se ofrece cierta protección a los apátridas y los refugiados. Inevitablemente, dicha protección es limitada, ya que la mayoría de los Estados no aceptan esos instrumentos o el derecho de un individuo a presentar una denuncia.

178. En las convenciones relativas a los refugiados y los apátridas no se trata satisfactoriamente la cuestión de la protección diplomática. En el Anexo a la Convención sobre el estatuto de los refugiados, se prevé la expedición de documentos de viaje[335], pero se deja claro que «[l]a expedición del documento no da al titular derecho alguno a la protección de los representantes diplomáticos o consulares del país respectivo, ni confiere a tales representantes derecho de protección»[336]. Por otra parte, Goodwin-Gill indica que «en la práctica […] los Estados de expedición brindan asistencia diplomática que no llega a ser protección propiamente dicha»[337]. En la Convención sobre el estatuto de los apátridas se sugiere la posibilidad de que el Estado de residencia reconozca que los apátridas tienen «los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país»[338]. Se establece además, en el contexto de la ayuda administrativa, que:

> Cuando el ejercicio de un derecho por un apátrida necesite normalmente de la ayuda de autoridades extranjeras a las cuales no pueda recurrir, el Estado Contratante en cuyo territorio aquél resida tomará las medidas necesarias para que sus propias autoridades le proporcionen esa ayuda[339].

Por el contrario, en la Convención para reducir los casos de apatridia no se dice nada acerca de la protección.

179. En esas circunstancias se ha sugerido que el Estado en el que haya sido residente el refugiado o el apátrida durante un período considerable y con el cual esa persona tenga un vínculo efectivo debería tener derecho a ejercer la protección diplomática en favor suyo[340]. Esto coincidiría con la opinión expresada por Grahl-Madsen de que:

---

[328] Van Panhuys, *op. cit.*, pág. 80; Ohly, *loc. cit.*, pág. 289, y Warbrick, *loc. cit.*, págs. 1006 y 1007.

[329] En la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional de La Haya, los Países Bajos propusieron que se reconociera el derecho del Estado receptor a proteger a los refugiados. Esa propuesta no fue aprobada. Véase van Panhuys, *op. cit.*, pág. 72.

[330] *Dickson Car Wheel Company (U.S.A.)* v. *United Mexican States*, decisión de julio de 1931, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (n.º de venta 1951.V.1), pág. 678.

[331] Véase Jennings y Watts, *op. cit.*, págs. 886, 887 y 890 a 896.

[332] Artículo 1, A, párr. 2, de la Convención sobre el estatuto de los refugiados.

[333] Grahl-Madsen, «Protection of refugees by their country of origin», pág. 392.

[334] Ibíd., págs. 389, 391 y 394. Para un debate sobre esta cuestión, véase Lee, *op. cit.*, págs. 352 a 359.

[335] En los términos del artículo 28.

[336] Anexo, párr. 16.

[337] *The Refugee in International Law*, pág. 305. Suiza adopta la posición de que protegerá a los refugiados que no tengan ya vínculos *de facto* con su Estado original, con el consentimiento del Estado contra el que se presente la reclamación: véase Caflisch, «Pratique suisse en matière de droit international public», nota de 26 de enero de 1978, pág. 113. Bélgica brinda protección administrativa y consular a nacionales no belgas que posean estatuto de refugiados en Bélgica (Lee, *op. cit.*, pág. 358).

[338] Art. 1, párr. 2, inc. ii).

[339] Art. 25, párr. 1. Véase también el artículo 14 con respecto a los derechos artísticos y de propiedad industrial.

[340] Brownlie, *Principles…*, pág. 423; y Ohly, *loc. cit.*, pág. 313, nota 81. Véase también Jennings y Watts, *op. cit.*, págs. 886 y 887, y Jürgens, *op. cit.*, pág. 218.

[U]na solicitud de asilo o del estatuto de refugiado no es simplemente la expresión de un deseo, sino un trámite legal concreto que puede dar lugar a la concesión del asilo o del estatuto de refugiado. Si se concede, ese estatuto es similar a la adquisición de una nueva nacionalidad[341].

Respalda esa opinión Lee, quien señala lo siguiente:

En efecto, existen fundamentos para apoyar la teoría de que el estatuto de refugiado es análogo al de un nacional del Estado de asilo, ya que, desde el punto de vista del refugiado, su solicitud de asilo político demuestra, por una parte, su intención de cortar sus relaciones con el país de origen y, por otra, su voluntad de acogerse a la protección del Estado de asilo. El Estado de asilo, al conceder asilo al refugiado y expedirle documentos de identidad y viaje, demuestra su voluntad de aceptarlo y protegerlo[342].

180. La residencia es un aspecto importante del requisito del vínculo efectivo, como demuestra la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán[343]. También se reconoce como fundamento para presentar una reclamación ante la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas[344].

181. En el Convenio europeo sobre funciones consulares (todavía no en vigor) se establece un sistema similar de protección de los apátridas basado en la residencia habitual y no en la nacionalidad:

El funcionario consular del Estado donde resida habitualmente un apátrida podrá proteger a éste, con arreglo a las disposiciones del párrafo 1 del artículo 2 del presente Convenio, a menos que dicho apátrida sea un ex nacional del Estado que recibe[345].

En el Protocolo relativo al Convenio europeo sobre funciones consulares, relativo a la protección de refugiados se establece una norma similar, en el sentido de que el funcionario consular del Estado en el que el refugiado tenga su residencia habitual tendrá derecho a proteger a ese refugiado y defender sus derechos e intereses de conformidad con el Convenio, en consulta, cuando sea posible, con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados o de cualquier otro organismo de las Naciones Unidas que pueda sucederle[346].

182. Por consiguiente, el artículo 8 sigue la corriente actual en lo que respecta a la protección de los refugiados y los apátridas. Además, lo respalda el proyecto de convención de Harvard sobre la responsabilidad internacional de los Estados por los daños causados a extranjeros, de 1960[347], en el que, a los efectos de la convención, se define a un «nacional» como «una persona apátrida que tenga su residencia habitual en ese Estado». Orrego Vicuña recomienda también en su informe de 2000 ante la ADI[348] que se permita presentar reclamaciones en nombre de personas que no sean nacionales cuando se trate de «cuestiones de carácter humanitario con respecto a los cuales la persona no tendría otro medio de reclamar sus derechos».

183. El artículo 8 es un ejemplo, más que de codificación, de desarrollo progresivo. Por esa razón es importante adscribir condiciones al ejercicio de ese derecho. Según dispone el artículo 8, sólo se puede ejercer ese derecho respecto de los daños causados a la persona después de que se haya hecho residente del Estado demandante. Puesto que en general se limitará la libertad de viajar al extranjero del refugiado o el apátrida debido a la falta de pasaporte u otro documento de viaje válido, se trata de un derecho que rara vez se ejerce en la práctica.

184. La disposición contiene una importante limitación al derecho de ejercer la protección diplomática. En muchos casos le habrá causado daños al refugiado el Estado del que es nacional, del cual ha huido para evitar la persecución. Sin embargo, no sería correcto en esas circunstancias que el Estado de asilo ejerciera la protección diplomática en favor del refugiado. La objeción a que el nuevo Estado de la nacionalidad pueda proteger a un nacional contra el Estado de la nacionalidad anterior se aplica *a fortiori* a la protección de los refugiados. Esta cuestión se examina en el artículo relativo a la nacionalidad continua.

Futuros informes (y artículos)

185. En una etapa posterior se presentará un informe relativo a las dos cuestiones siguientes:

a) El derecho de un Estado del que no sea nacional la persona lesionada a ejercer la protección diplomática en favor de esa persona si se ha causado el daño al infringirse una norma de *jus cogens* y el Estado de la nacionalidad se ha negado a ejercer la protección. En este proyecto de artículo se examinará la cuestión controvertida de si cabe aplicar a la protección diplomática la doctrina de las obligaciones *erga omnes*;

b) El requisito de la nacionalidad continua y la transferibilidad de las reclamaciones.

186. Los informes subsiguientes tratarán de las siguientes cuestiones:

a) El agotamiento de los recursos internos;

b) La renuncia a ejercer la protección diplomática en favor de la persona lesionada;

c) La negativa a consentir la protección diplomática de la persona lesionada;

d) La protección de las empresas.

187. La protección de un representante de una organización internacional por esta organización —«protección funcional»— plantea cuestiones especiales distintas de la protección diplomática. El Relator Especial no ha tomado todavía una decisión sobre si este tema debe incluirse o no en su estudio. Sería muy útil contar con la opinión de la Comisión sobre esta cuestión.

188. La «denegación de justicia» es un tema estrechamente vinculado a la protección diplomática. No obstante, parece representar una norma primaria más que secundaria. Nuevamente, sería de agradecer que la Comisión se expidiera sobre la conveniencia de incluir o no este tema.

---

[341] *Loc. cit.*, pág. 381.

[342] *Op. cit.*, pág. 358. Véase también la decisión n.º 60 VIII 59, de 4 de agosto de 1959, de Verwaltungsgerichtshof Munich, citado por Lee, ibíd.

[343] Véase el examen del vínculo efectivo en el párrafo 145 *supra*.

[344] En el artículo 5, párr. 1, apdo. *a*, de las Normas provisionales relativas al procedimiento de tramitación de las reclamaciones de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas se dispone que «[t]odo Estado podrá presentar reclamaciones en nombre de sus nacionales y, a su arbitrio, en el de otras personas residentes en su territorio» (S/AC.26/1992/10, anexo).

[345] Art. 46, párr. 1.

[346] Art. 2, párr. 2.

[347] Véase Sohn y Baxter, *loc. cit.*, pág. 578, art. 21, párr. 3, apdo. *c*.

[348] «The changing law…» pág. 27, cláusula 7.

Capítulo III

Nacionalidad continua y transferibilidad de las reclamaciones

Artículo 9

1. Cuando una persona perjudicada haya sufrido un cambio de nacionalidad de buena fe después de un perjuicio, el nuevo Estado de nacionalidad podrá ejercer la protección diplomática en nombre de esa persona con respecto al perjuicio, siempre que el Estado de la nacionalidad original no haya ejercido ni esté ejerciendo la protección diplomática respecto de la persona perjudicada en el momento en que se produjo el cambio de nacionalidad.

2. Esta regla vale cuando la reclamación se ha transferido de buena fe a una persona o a personas que poseen la nacionalidad de otro Estado.

3. Ni el cambio de nacionalidad de la persona perjudicada ni la transferencia de la reclamación a un nacional de otro Estado afectan el derecho del Estado de la nacionalidad original a presentar una reclamación en su propio nombre por perjuicio de sus intereses generales sufridos en virtud del daño hecho a la persona perjudicada cuando ésta todavía era nacional de ese Estado.

4. La protección diplomática no podrá ser ejercida por un nuevo Estado de nacionalidad contra un Estado de nacionalidad anterior con respecto a un perjuicio sufrido por una persona cuando ésta era nacional del Estado de la nacionalidad anterior.

Comentario

189. En Oppenheim se enuncia la regla relativa a la continuidad de la nacionalidad como sigue:

> [D]esde el momento en que ocurrió el perjuicio hasta el momento del laudo, la reclamación debe haber pertenecido continuamente y sin interrupción a una persona o a una serie de personas: *a*) que tengan la nacionalidad del Estado que presenta la reclamación y *b*) que no tengan la nacionalidad del Estado contra quien se presenta[349].

Aunque esta regla está bien establecida en la práctica de los Estados y ha recibido apoyo en muchas decisiones judiciales, puede causar una grave injusticia cuando el individuo perjudicado ha sufrido de buena fe un cambio de nacionalidad, no relacionado con la presentación de una reclamación internacional, después que ha ocurrido el perjuicio, como consecuencia, por ejemplo, de una naturalización voluntaria o involuntaria (por ejemplo por matrimonio), la cesión de territorio o la sucesión de Estados. En la doctrina, es difícil conciliar la regla con la ficción de de Vattel de que un perjuicio a un nacional es un perjuicio al Estado mismo, porque esto asignaría la reclamación al Estado de la nacionalidad una vez que el perjuicio a un nacional se hubiera hecho. La regla también está en conflicto con la tendencia moderna a ver al individuo como sujeto de derecho internacional. Por tanto, es necesario revaluar la regla de la continuidad de la nacionalidad. Este es el propósito del artículo 9.

[349] Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 512.

A. La formulación clásica de la regla y su justificación

190. La regla de la nacionalidad continua se ve como «un corolario del principio de que la protección diplomática depende de la nacionalidad del individuo»[350]. El árbitro Parker explicó la regla en *Administrative Decision No. V* en los siguientes términos:

> Es sin duda la práctica general de las naciones no patrocinar una reclamación privada contra otra nación a menos que en el punto de origen la reclamación posea la nacionalidad de la nación demandante. La razón de la regla es que la nación sufre perjuicio mediante el perjuicio hecho a su nacional y sólo ella puede demandar reparación, pues ninguna otra nación sufre perjuicio. Entre naciones, la que inflige el perjuicio de ordinario escucha sólo la demanda de la nación perjudicada. Una tercera nación no sufre perjuicio por la asignación de la reclamación a uno de sus nacionales o por la adquisición de la nacionalidad por el demandante mediante naturalización. La naturalización transfiere lealtad, pero no lleva consigo las obligaciones estatales vigentes[351].

191. La regla se justifica principalmente con el argumento de que previene el abuso por los individuos (que de lo contrario podrían elegir la protección del Estado más conveniente) y de los Estados (que de lo contrario podrían adquirir reclamaciones antiguas para ejercer presión política sobre el Estado demandado)[352]. En *Administrative Decision No. V*, el árbitro Parker declaró que:

> 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[353].

A esto Moore añade el comentario exagerado de que la ausencia del requisito de la nacionalidad continua:

> permitiría [a la persona] recurrir sucesivamente a una docena de gobiernos, a cada uno de los cuales podría transferir su lealtad, para promover su reclamación. Con tal regla el presunto gobierno deudor nunca sabría cuándo cesaría el debate sobre la reclamación. Por tanto, todos los gobiernos están interesados en resistirse a tales pretensiones[354].

192. Otra explicación del origen de la regla es que las comisiones mixtas de reclamaciones establecidas para decidir sobre los perjuicios causados a extranjeros tenían una jurisdicción limitada por los términos del convenio especial en virtud del cual habían sido establecidas y que una «interpretación estricta de los términos del convenio en general tenía por resultado la desestimación de la reclamación a menos que el demandante pudiera probar que poseía la nacionalidad del Estado demandante en

[350] Geck, *loc. cit.*, pág. 1055, y Leigh, *loc. cit.*, pág. 456. Véase también el asunto *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (nota 12 *supra*).

[351] *American Journal of International Law*, vol. 19 (Washington D.C., 1925), págs. 613 y 614.

[352] Véase Borchard, «The protection of citizens abroad and change of original nationality», págs. 377 a 380; Brownlie, *Principles…*, pág. 483; Wyler, *op. cit.*, págs. 35, 36 y 253 a 259, y Geck, *loc. cit.*, pág. 1056.

[353] *American Journal of International Law* (véase la nota 351 *supra*), pág. 614. Véase también el asunto *Albino Abbiatti* v. *Venezuela*, en Moore, *History and Digest…*, pág. 2348.

[354] *A Digest of International Law*, pág. 637. Véase también Ohly, *loc. cit.*, pág. 285.

el momento de presentar la reclamación»[355]. No había necesidad de insertar en los términos del convenio una cláusula relativa al requisito de la nacionalidad continua, porque las reglas ordinarias de interpretación de tratados aseguraban que la nacionalidad de la persona perjudicada era necesaria tanto en el momento del perjuicio como en el momento en que la reclamación se presentaba al adjudicador[356].

B. Posición de la regla

193. Se afirma a menudo que la regla de la continuidad de la nacionalidad se ha vuelto una regla consuetudinaria por haber sido apoyada por tratados, la práctica de los Estados, decisiones judiciales, intentos de codificación y los escritos de los publicistas.

194. La regla ha «aparecido en innumerables tratados, por ejemplo en casi todos los 200 acuerdos sobre pagos únicos firmados después de la segunda guerra mundial»[357]. Aparece en la Declaración de Argel, que establece el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán, que dice que:

> Por «reclamaciones de nacionales» del Irán o de los Estados Unidos, según corresponda, se entiende reclamaciones que pertenecen continuamente, desde la fecha en que surgió la reclamación hasta la fecha en que el presente acuerdo entre en vigor, a nacionales de ese Estado[358].

Aparece también en las reglas de práctica de los Estados Unidos[359] y del Reino Unido[360]. Ha sido confirmada por las decisiones de comisiones mixtas de reclamaciones, tribunales arbitrales y tribunales internacionales[361]. Por ejemplo, en la reclamación *Kren*, la Comisión de Reclamaciones yugoslavo-estadounidense sostuvo en 1953 que:

> Es un principio bien establecido del derecho internacional que para justificar el patrocinio diplomático una reclamación debe tener origen nacional; que debe, en su comienzo, pertenecer a las personas a quienes el Estado debe protección y que deben lealtad al Estado (Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, pág. 666). Además, aunque el carácter nacional sea inherente a una reclamación perteneciente a un ciudadano de un Estado en su comienzo, ordinariamente la reclamación debe seguir siendo nacional en el momento de su presentación, según la mayoría de las autoridades (ibíd.), y hay acuerdo general en que debe tener continuidad de nacionalidad hasta que se presente (Feller, *The Mexican Claims Commission*, pág. 96)[362].

La CPJI fue menos explícita en su apoyo de la regla en el asunto *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, pero indicó claramente en un asunto relacionado con la regla de la continuidad de la nacionalidad que la protección diplomática estaba limitada a la protección de los nacionales y que «cuando el perjuicio se ha hecho al nacional de otro Estado, la reclamación que resulte de tal perjuicio no entra en el ámbito de la protección diplomática»[363]. En fecha más reciente la regla ha sido reafirmada por el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán[364].

---

[355] Sinclair, «Nationalilty of claims: British practice», pág. 127. Véase también Jennings, *loc. cit.*, págs. 476 y 477. Jennings, siguiendo a Sinclair, dice que existen buenos fundamentos para sostener que la regla de la nacionalidad continua de las reclamaciones es «de procedimiento y no sustantiva».

[356] Wyler, *op. cit.*, págs. 259 a 262, y O'Connell, *op. cit.*, pág. 1037.

[357] Geck, *loc. cit.*, pág. 1055. Véase también Sinclair, *loc. cit.*, pág. 142; y Wyler, *op. cit.*, págs. 43 a 48.

[358] Art. VII, párr. 2 (véase la nota 286 *supra*), pág. 230.

[359] En 1982, el Subsecretario de Estado para las Relaciones con el Congreso, Powell A. Moore, escribió una carta al presidente de la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Representantes, en la que decía que:

> «Según la regla largamente establecida de la nacionalidad continua, un reclamante no tiene derecho a la protección diplomática del Estado cuya asistencia solicita a menos que dicho reclamante haya sido nacional de ese Estado en el momento en que nació la reclamación y continuamente después hasta la presentación de la reclamación. De hecho, la reclamación debe ser una reclamación nacional no sólo en el momento de la presentación, sino también en el momento en que se sufrió el daño o pérdida.»

(Nash Leich, «Contemporary practice of the United States relating to international law», pág. 836).

[360] En 1985, el Gobierno británico publicó sus reglas aplicables a las reclamaciones internacionales. Entre ellas están las siguientes:

> «*Regla I*
>
> El Gobierno de Su Majestad no aceptará la reclamación a menos que el reclamante sea nacional del Reino Unido y lo haya sido en el momento del perjuicio.
>
> *Observación*. Para que una reclamación sea sostenible, el derecho internacional requiere que el reclamante haya sido nacional del Estado que presenta la reclamación en el momento en que ocurrió el perjuicio y continuamente después hasta la fecha de presentación oficial de la reclamación. Sin embargo, en la práctica ha sido suficiente hasta ahora demostrar la nacionalidad en el momento del perjuicio y en el momento de la presentación de la reclamación (véase 'Nationality of Claims: British Practice', Sinclair: (1950) XXVII B.Y.B.I.L. 125-144).
>
> […]
>
> *Regla II*
>
> Cuando el reclamante se ha hecho o deja de ser nacional del Reino Unido después de la fecha del perjuicio, el Gobierno de Su Majestad puede en un caso adecuado aceptar su reclamación de acuerdo con el Gobierno del país de su nacionalidad anterior o posterior.
>
> […]
>
> *Regla XI*
>
> Cuando el reclamante ha muerto desde la fecha del perjuicio sufrido por él o en sus bienes, sus representantes personales pueden solicitar remedio o reparación por el perjuicio en nombre de su patrimonio. Esta reclamación no debe confundirse con una reclamación hecha por una persona a cargo de la persona difunta por razón de los daños resultantes de su muerte.
>
> *Observación*. Cuando los representantes personales tienen nacionalidad diferente del reclamante original, las reglas enunciadas probablemente se aplicarán como si se tratara de un sólo reclamante que había cambiado su nacionalidad.»

(Warbrick, *loc. cit.*, págs. 1006 a 1008). Véase además sobre la práctica británica, Sinclair, *loc. cit.*, págs. 131 a 144.

[361] Casos *Minnie Stevens Eschauzier (Great Britain)* v. *United Mexican States*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (n.º de venta 1952.V.3), pág. 209; *Gleadell*, ibíd., pág. 44; *Stevenson*, ibíd., vol. IX (n.º de venta 59.V.5), pág. 494; *Miliani*, ibíd., vol. X (n.º de venta 60.V.4), pág. 591, y la reclamación *Bogovic*, ILR, vol. 21 (1954), pág. 156.

[362] ILR, vol. 20 (1953), pág. 234.

[363] *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (véase la nota 12 *supra*), pág. 16. En este caso la Corte declinó decidir sobre la excepción preliminar relativa a la nacionalidad continua alegando que pertenecía al fondo del asunto.

[364] El requisito se ha impuesto a la reclamación más bien que al reclamante. Cuando la nacionalidad de la reclamación ha cambiado entre la fecha límite jurisdiccional mencionada en la Declaración de Argel (es decir, el 19 de enero de 1981, la fecha de entrada en vigor de la Declaración sobre la Determinación de Reclamaciones (véase la nota 286 *supra*)) y la fecha de presentación, la prueba de nacionalidad en la fecha límite se ha considerado suficiente a los efectos de la jurisdicción (*Gruen Associates, Inc.* v. *Iran Housing Company* (1983), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1984, vol. 3, pág. 97, y *Sedco, Inc.* v. *National Iranian Oil Company* (1985), ibíd., 1987, vol. 9, pág. 248). El Tribunal ha sostenido que la fecha del perjuicio y no la fecha de la firma del contrato infringido es la

(Continuación en la página siguiente.)

195. Se han hecho muchos intentos de codificar la regla de la continuidad de la nacionalidad. Uno de los primeros fue el Proyecto n.º 16, sobre la protección diplomática, del Instituto Americano de Derecho Internacional, que en 1925 propuso que:

Para que una reclamación diplomática sea aceptable es preciso que el individuo por el cual ha sido presentada haya sido nacional del país reclamante en la época en que se produjo el acto o hecho que da lugar a la reclamación y que lo sea también en la época en que la reclamación se presente[365].

El proyecto de convención de 1929 sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros preparado por la Facultad de Derecho de Harvard decía que:

a) Un Estado no es responsable respecto de otro Estado que interpone una reclamación a favor de uno de sus nacionales, más que cuando la reclamación ha entrañado permanentemente un interés para uno de dichos nacionales hasta el momento de ser presentada.

b) Un Estado sólo es responsable ante otro Estado que deduce una reclamación a favor de una persona que no es nacional suyo:

1) Si el beneficiario ha perdido su nacionalidad por ministerio de la ley, o

2) Si el interés en la reclamación se ha transmitido de un nacional al beneficiario por ministerio de la ley[366].

Un año después, el Comité Preparatorio de la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional formuló una regla más restrictiva en la Base de discusión n.º 28:

El Estado no puede reclamar una indemnización pecuniaria respecto del daño sufrido por un particular en el territorio de un Estado extranjero, a menos que dicho particular tenga la nacionalidad del Estado demandante en el momento en que se haya causado el daño y la conserve hasta tanto se decida la reclamación.

[…]

En caso de fallecimiento de la persona lesionada, la reclamación de una indemnización pecuniaria que ya haya sido presentada por el Estado de la nacionalidad de dicha persona, solamente puede mantenerse en beneficio de aquellos causahabientes que sean nacionales de ese Estado y en la medida de su interés[367].

El requisito de continuidad apareció nuevamente en el tercer informe del Sr. García Amador a la Comisión, que enuncia la siguiente regla:

1. El Estado podrá ejercitar el derecho a reclamar a que se refiere el artículo anterior siempre que el extranjero tuviera su nacionalidad al momento de recibir el daño y la mantenga hasta tanto se decida la reclamación.

2. En caso de fallecimiento del extranjero, el derecho del Estado a reclamar en nombre de los sucesores o causahabientes está sujeto a las mismas condiciones[368].

(Continuación de la nota 364.)

fecha de comienzo necesario para la jurisdicción (*Phelps Dodge Corp. and Overseas Private Investment Corp.* v. *The Islamic Republic of Iran* (1986), ibíd., vol. 10, págs. 121 y 126). Cuando estos requisitos no se habían cumplido, el Tribunal desestimó la reclamación por falta de jurisdicción (por ejemplo *Jonathan Ainsworth* v. *The Islamic Republic of Iran* (1988), ibíd., 1989, vol. 18, pág. 95; e *International Systems & Controls Corporation* v. *Industrial Development and Renovation Organization of Iran* (1986), ibíd., 1988, vol. 12, pág. 259). Sobre la jurisprudencia pertinente del Tribunal, véase Aldrich, *op. cit.*, págs. 45 y 46, y Brower y Brueschke, *op. cit.*, págs. 76 a 80.

[365] Art. VIII, *Anuario… 1956* (nota 40 *supra*), pág. 223.

[366] Art. 15; ibíd., pág. 226.

[367] Base de discusión n.º 28, ibíd., pág. 221.

[368] *Anuario… 1958* (véase la nota 121 *supra*), pág. 66, art. 21.

En 1932, el Instituto de Derecho Internacional se negó, por pequeña mayoría, a aprobar la regla tradicional sobre la continuidad de la nacionalidad[369]. Sin embargo, en 1965, el Instituto adoptó una resolución que reafirma la regla tradicional subrayando que la reclamación debe tener el carácter nacional del Estado demandante tanto en la fecha de su presentación como en la fecha del perjuicio. Por otro lado, abandonó el requisito de la continuidad entre las dos fechas. La resolución decía así:

Artículo 1

a) Una reclamación internacional presentada por un Estado por perjuicio sufrido por un individuo podrá ser rechazada por el Estado al cual se presente a menos que posea el carácter nacional del Estado demandante tanto en la fecha de su presentación como en la fecha del perjuicio. Ante un tribunal (*juridiction*) que conozca de tal reclamación, la falta de tal carácter nacional es razón de inadmisibilidad.

b) Una reclamación internacional presentada por un nuevo Estado por perjuicio sufrido por uno de sus nacionales antes que dicho Estado hubiera alcanzado la independencia no puede rechazarse ni declararse inadmisible en virtud del párrafo precedente simplemente porque el nacional era antes nacional del Estado anterior.

Artículo 2

Cuando el beneficiario de una reclamación internacional sea una persona distinta del individuo originalmente perjudicado, la reclamación podrá ser rechazada por el Estado al cual se presente y será inadmisible ante el tribunal que conozca de ella a menos que posea el carácter nacional del Estado demandante tanto en la fecha del perjuicio como en la fecha de presentación.

Artículo 3

a) […]

b) Por fecha del perjuicio se entiende la fecha de la pérdida o detrimento sufrido por el individuo.

c) Por fecha de presentación se entiende, en el caso de una reclamación presentada por conductos diplomáticos, la fecha de la presentación oficial de la reclamación por un Estado y, en el caso de un recurso a un tribunal internacional (*juridiction*), la fecha de iniciación de la reclamación ante él[370].

196. La mayoría de los autores son en el mejor de los casos equívocos en su apoyo a la regla de la continuidad. Pocos demuestran el entusiasmo sin reservas por la regla manifestado por Borchard, en cuya opinión las razones para sostenerla son «de validez fundamental e inexpugnable»[371]. La mayoría de las opiniones varían entre un cuestionamiento del carácter consuetudinario de la regla[372] y la crítica de la justicia de la regla desde el punto de vista del Estado y del individuo[373]. Wyler, en su

[369] Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire* (Bruselas, 1932), vol. 37 (reunión de Oslo, agosto de 1932), pág. 278. Véase además Wyler, *op. cit.*, pág. 41. Véase también Borchard, «The protection of citizens abroad…». El Sr. Borchard era el Relator Especial cuya propuesta de que se reafirmara la regla tradicional se rechazó.

[370] Resolución sobre el carácter nacional de una reclamación internacional presentada por un Estado por perjuicio sufrido por un individuo (véase la nota 108 *supra*), págs. 57 y 59.

[371] *Loc. cit.*, pág. 373. Véanse también las páginas 300 y 377 a 380. Véase además Borchard, *op. cit.*, págs. 660 a 667.

[372] O'Connell, *op. cit.*, pág. 1036.

[373] Balladore-Pallieri, «La determinazione internazionale della cittadinanza ai fini dell'esercizio della protezione diplomatica», pág. 123; Geck, *loc. cit.*, págs. 1055 y 1056; van Panhuys, *op. cit.*, pág. 90; Joseph, *op. cit.*, pág. 29; Ohly, *loc. cit.*, pág. 72; y Brownlie, *Principles…*, pág. 483. Ohly (*loc. cit.*, pág. 286) ha sostenido que:

«dejando sin reparación tales reclamaciones, la aplicación estricta de la doctrina de la nacionalidad continua permite que la conducta

amplio estudio, concluyó correctamente que pocos juristas estaban dispuestos a defender la regla sin reservas[374].

197. La regla de la continuidad de la nacionalidad ha sido apoyada por *algunas* decisiones judiciales, *algunas* prácticas de Estados, *algunos* intentos de codificación y *algunos* académicos. Por otro lado, hay fuerte oposición a ella.

198. En *Administrative Decision No. V*, el árbitro Parker declaró repetidamente que el requisito de la nacionalidad continua no era un principio general del derecho internacional. Dijo:

> No siempre se ha seguido la práctica general de las naciones de no patrocinar una reclamación privada contra otra nación que no posea en su punto de origen la nacionalidad de la nación demandante. Y esa parte de la supuesta regla invocada por el agente alemán que requiere que la reclamación posea continuamente la nacionalidad de la nación que la presenta, desde su origen hasta el momento de la presentación o incluso hasta el momento de la adjudicación definitiva por el tribunal autorizado, no está de ningún modo tan claramente establecida como la que se refiere a la nacionalidad original. Algunos tribunales han declinado seguirla. Otros la han seguido, pero han impugnado su justificación[375].

En 1932 el Instituto del Derecho Internacional no pudo llegar a un acuerdo sobre la regla de la continuidad. La propuesta del Relator Borchard de que se apoyara la regla fue impugnada enérgicamente por Politis, que declaró:

> El Relator se basa en la práctica de la diplomacia y la jurisprudencia para enunciar la regla de que no se debe dar protección o de que la protección ya no puede ejercerse cuando la persona perjudicada ha cambiado de nacionalidad desde la fecha del perjuicio. La situación real es completamente diferente. En gran número de casos se ha aplicado una teoría contraria. En verdad, la protección debería ejercerse en favor del individuo, sin tener en cuenta el cambio de nacionalidad, salvo cuando el individuo hace una reclamación contra el gobierno de su origen, o ha decidido adquirir una nueva nacionalidad sólo con un fin fraudulento, solicitando la protección de un gobierno fuerte, capaz de ejercer más influencia en favor de su reclamación. La objeción presentada por el Relator de la dificultad de probar el fraude no es concluyente. La práctica diplomática presenta muchos casos en que ha sido posible presentar una prueba de este tipo; hay casos famosos, principalmente en materia de divorcio, en los cuales el fraude se consideró demostrado y por consiguiente no se tuvo en cuenta el cambio de nacionalidad que se había efectuado[376].

Esta falta de consenso influyó en la opinión disidente de van Eysinga en el asunto *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* de que la práctica de la continuidad no había «cristalizado» en una regla general[377].

199. Las propuestas de codificación son análogamente divergentes en el apoyo a la regla. El proyecto de convención de Harvard sobre la responsabilidad internacional de los Estados por los daños causados a extranjeros, de 1960, proponía que:

> Un Estado tiene el derecho de presentar o sostener una reclamación en nombre de una persona sólo mientras dicha persona sea nacional de ese Estado. No se impedirá a un Estado presentar una reclamación en nombre de una persona por razón del hecho de que la persona se haya hecho nacional de ese Estado después del perjuicio.
>
> El derecho de un Estado de presentar o sostener una reclamación termina si en cualquier momento del período comprendido entre el perjuicio original y el laudo o solución definitivos, el extranjero perjudicado, o el beneficiario del interés en la reclamación en que tiene tal interés, se vuelve nacional del Estado contra el cual se presenta la reclamación[378].

En época más reciente, Orrego Vicuña, ha hecho la siguiente propuesta a la ADI:

> 8. Puede prescindirse de la continuidad de la nacionalidad en el contexto de los mercados mundiales financieros y de servicios y de las operaciones relacionadas con ellos o en otras circunstancias especiales. En tal contexto, el perjuicio sigue al individuo a pesar de los cambios de nacionalidad y lo mismo vale para su derecho a presentar la reclamación.
>
> 9. La transferibilidad de las reclamaciones debe facilitarse a fin de cumplir la norma enunciada en el párrafo 8 *supra*.
>
> 10. Sólo el Estado de la última nacionalidad debe poder presentar una reclamación en virtud de la regla enunciada en el párrafo 8 *supra*. Esta reclamación no se hará contra el Estado de la nacionalidad anterior. Es necesario que los cambios de nacionalidad y la transferibilidad de las reclamaciones se hagan de buena fe[379].

C. Incertidumbre acerca del contenido de la regla

200. La dudosa situación del requisito de la continuidad de la nacionalidad como norma consuetudinaria queda recalcada por las incertidumbres que rodean su contenido. No está claro qué debe entenderse por fecha del perjuicio, nacionalidad, continuidad y *dies ad quem* (la fecha hasta la que se requiere la continuidad a efectos de la reclamación).

201. Por «fecha del perjuicio»[380] se entiende usualmente la fecha en que tuvo lugar el acto lesivo o la omisión del demandado que causó daños a un nacional del Estado reclamante. El apartado *b* del artículo 3 de la resolución 1965 del Instituto de Derecho Internacional confirmó esta interpretación[381]. Sin embargo, se ha expuesto otro argumento en virtud del cual el *dies a quo* es aquel en que se produjo el acto delictivo internacional, es decir, la fecha en que el Estado demandado no pagó la indemnización o la fecha de la denegación de justicia[382]. Sin embargo, los tribunales internacionales se han negado a establecer una distinción de esa índole[383].

202. Otra cuestión que se ha planteado con respecto al requisito de la nacionalidad en el momento de producirse el perjuicio es la definición de nacional. Se ha mantenido ante distintas comisiones de reclamación que una

internacional ilícita quede sin castigo, recompensando al Estado cuyos actos dieron origen a la reclamación con un nuevo incentivo para conducirse en forma análogamente ilícita en el futuro.»

[374] *Op. cit.*, págs. 228 a 231. Véase también Joseph, *op. cit.*, págs. 26 a 29.

[375] *American Journal of International Law* (véase la nota 351 *supra*), pág. 614.

[376] Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire* (véase la nota 369 *supra*), pág. 488. Para la respuesta del Relator, véase Borchard, «The protection of citizens abroad…». Para una exposición de esta cuestión, véase el informe de Briggs a la reunión de 1965 del Instituto de Derecho Internacional, «La protection diplomatique des individus en droit international: la nationalité des réclamations», págs. 157 a 178.

[377] *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (véase la nota 12 *supra*), pág. 35.

[378] Art. 23, párrs. 6 y 7, en Sohn y Baxter, *loc. cit.*, pág. 579. Véase también el párrafo 2 del artículo 24 (ibíd., pág. 580), que dice así:

> «Un Estado no queda relevado de su responsabilidad por haber impuesto su nacionalidad, total o parcialmente, al extranjero perjudicado o a cualquier otro beneficiario del interés en su reclamación, salvo cuando la persona interesada haya dado su consentimiento o cuando la nacionalidad se haya impuesto en relación con una transferencia de territorio. No es necesario que tal consentimiento sea expreso.»

[379] «The changing law…», pág. 27, cláusulas 8 a 10.

[380] En general véase para este tema, Wyler, *op. cit.*, pág. 53.

[381] Véase la nota 108 *supra*.

[382] Joseph, *op. cit.*, pág. 25.

[383] Borchard, *op. cit.*, pág. 663.

declaración de intenciones de hacerse nacional, emitida en el momento de producirse el perjuicio, debería ser suficiente para satisfacer la norma de la nacionalidad continua. Aunque la Comisión de Reclamaciones Generales Estados Unidos-México aceptó en cierta ocasión esta declaración de intenciones, apoyada por la residencia en el nuevo Estado de la nacionalidad, como equivalente a la nacionalidad de origen a efectos de la reclamación, subsiguientes comisiones de reclamaciones internacionales no han considerado esta tesis satisfactoria[384].

203. El término «continuidad de la nacionalidad» puede resultar confuso, ya que en la práctica pocos intentos se hacen por establecer la continuidad de la nacionalidad, desde la fecha del perjuicio hasta la fecha de presentación de la reclamación. Sólo se consideran estas dos fechas[385]. Por consiguiente, las propuestas del Instituto Americano de Derecho Internacional, de 1925[386], y del Instituto de Derecho Internacional de 1965[387] requieren que el titular de la reclamación haya sido nacional del Estado reclamante en el momento de producirse el perjuicio y al presentar la reclamación, únicamente. De este modo, una reclamación puede ser patrocinada por el Estado de la nacionalidad original si, tras subsiguientes cambios de nacionalidad del titular de la reclamación o la transferencia de ésta a nacionales de otros Estados, la reclamación termina teniendo como titular a un nacional del Estado cuya nacionalidad tenía la persona perjudicada en el momento de producirse el hecho lesivo. Sin embargo, la importancia práctica de esta norma es cuestionable. Esta circunstancia fue subrayada por Briggs en su informe al Instituto de Derecho Internacional de 1965:

> Si la jurisprudencia de los tribunales internacionales ha establecido de este modo la norma de que una reclamación, para ser admitida, tiene que tener la nacionalidad del Estado demandante, tanto en el origen como en la fecha de la presentación a un tribunal internacional, ¿existe acaso una condición suplementaria, es decir: que una reclamación de esa índole debe haber tenido *continuamente* la nacionalidad entre estas dos fechas? Es raro que un problema de ese género se plantee ante los tribunales. En la mayor parte de los asuntos en los que un tribunal internacional ha declarado, *in expressis verbis*, que una reclamación debería ser «continuamente» nacional, desde el origen hasta su presentación, se tenía que decidir la cuestión de determinar si una reclamación poseía o no la nacionalidad del Estado demandante en alguna de las dos fechas críticas, o en ambas (véanse los asuntos *Gleadell* y *Flack*, y el asunto *Benchiton*). Raros y controvertidos han sido los asuntos en que un tribunal se ha encontrado con una reclamación cuyo titular poseía la nacionalidad requerida en cada una de las dos fechas críticas, pero que, entre ambas fechas, había perdido o readquirido dicha nacionalidad[388].

204. La falta de acuerdo sobre el contenido de la norma de la continuidad se pone especialmente de relieve en la controversia sobre el significado que ha de darse al *dies ad quem*, la fecha hasta la cual se necesita la nacionalidad continua del titular de la reclamación. Se han sugerido y empleado las fechas siguientes como *dies ad quem*: la fecha en la que el gobierno hace suya la reclamación de su nacional, la fecha del inicio de negociaciones diplomáticas sobre la reclamación, la fecha de inicio de la reclamación, la fecha de la firma, ratificación o entrada en vigor del tratado mediante el que se remite la controversia a un tribunal de arbitraje, la fecha de presentación de la reclamación, la fecha de conclusión de la vista oral, la fecha del fallo y la fecha del arreglo[389]. La importancia práctica de la controversia sobre el *dies ad quem* queda patente en el asunto *Minnie Stevens Eschauzier*, cuya reclamación fue rechazada porque había perdido su nacionalidad británica al casarse con un nacional americano entre la presentación de la reclamación y el laudo[390]. La falta de acuerdo sobre el *dies ad quem* puede explicarse en gran medida por el hecho de que se han interpretado diferentes convenciones, cada una de las cuales establecía una fecha diferente. Esto fue aclarado por el árbitro Parker en la *Administrative Decision No. V*:

> Cuando se analizan las decisiones de la mayoría en estos casos, es evidente que el tribunal encargado de decidir estaba bajo el control del lenguaje del protocolo específico que regía sus actuaciones, lenguaje que limitaba su jurisdicción a reclamaciones que tenían la nacionalidad de la nación que las entablaba no sólo originalmente, sino de manera continua, en algunos casos hasta la fecha de *entablar la reclamación*, en otros hasta la fecha de su *presentación* al tribunal, en otros hasta la fecha del *fallo,* e incluso hasta la fecha del *arreglo*. Esta falta de uniformidad respecto del período de continuidad de la nacionalidad exigido a efectos jurisdiccionales viene impuesta por el lenguaje de la convención específica que se aplica en cada caso[391].

Aunque esta explicación puede resultar satisfactoria, apenas ofrece evidencia de una práctica estatal establecida que pudiera constituir la base de una norma consuetudinaria.

205. El elemento de la norma de la nacionalidad continua que ha suscitado menos controversia es el requisito de que la reclamación debe haberse originado en un perjuicio infligido a un nacional del Estado reclamante. En opinión de Borchard:

> Pocos principios de derecho internacional están más firmemente establecidos que la norma de que una reclamación, a fin de justificar apoyo diplomático, debe *haber tenido en su origen* como titular a un ciudadano. […] Este principio de que la reclamación debe ser nacional en origen dimana de la relación recíproca entre el gobierno y sus ciudadanos, de sus deberes respectivos de protección y fidelidad. Apoyar una reclamación, originalmente extranjera, por el simple hecho de que fue a parar a un ciudadano convertiría al gobierno en una especie de agente de reclamaciones[392].

Por consiguiente, un Estado no puede presentar una reclamación en nombre de un individuo que se hizo nacional por naturalización después de la fecha del perjuicio.

---

[384] Ibíd., págs. 662 y 663; y Wyler, *op. cit.*, pág. 91.

[385] Véase Joseph, *op. cit.*, págs. 24 a 26, que considera la continuidad como un tercer requisito aparte.

[386] Véase la nota 365 *supra*.

[387] Véase la nota 108 *supra*.

[388] *Loc. cit.*, págs. 72 y 73.

[389] Wyler, *op. cit.*, págs. 75 a 80; Briggs, *loc. cit.*, págs. 24 y ss.; Sinclair, *loc. cit.*, págs. 128 a 130; Brownlie, *Principles…*, págs. 483 y 484; Schwarzenberger, *International Law*, págs. 597 y 598, y García Amador, *op. cit.*, pág. 504.

[390] Véase la nota 361 *supra*.

[391] *American Journal of International Law* (véase la nota 351 *supra*), págs. 616 y 617.

[392] *Op. cit.*, pág. 660. Véanse también las páginas 462, 627 a 629, 637 y 638; Geck, *loc. cit.*, pág. 1055; Shaw, *op. cit.*, pág. 565; Brownlie, *Principles…*, pág. 483; Joseph, *op. cit.*, págs. 24 y 25; Parry, *loc. cit.*, pág. 702; Sinclair, *loc. cit.*, pág. 126; y el caso *Benchiton*, *Annual Digest and Public International Law Cases 1923 to 1924*, Fischer Williams y Lauterpacht (eds.), Londres, Longmans, Green, 1933, pág. 189. A este respecto, Schwarzenberger (*op. cit.*, pág. 597) opina:

> «A menos que en el instrumento que rige el caso se prevea una interpretación diferente, el individuo, la sociedad o el buque deben tener la nacionalidad del Estado reclamante en el momento de producirse el perjuicio (*dies a quo*). La reclamación pertenece al sujeto de derecho internacional que es quien la presenta. Si en el momento de producirse el perjuicio el individuo afectado tenía otra nacionalidad o era apátrida, no se supone que el Estado reclamante haya sufrido perjuicio alguno.»

Varias decisiones coinciden en que en ese caso se permitiría que el nuevo Estado de nacionalidad actuara como un agente de reclamaciones[393]. La naturalización no produce efectos retroactivos, transfiere fidelidad y no obligaciones. Sin embargo, cuando el perjuicio es de carácter continuo, el nuevo Estado de la nacionalidad puede presentar una reclamación[394]. El mismo principio se ha aplicado a las reclamaciones de herederos extranjeros de nacionales fallecidos, la cesión de reclamaciones a cesionarios extranjeros[395] y la subrogación en materia de seguros[396]. Inevitablemente, esto resulta en una falta de equidad en algunos casos.

D. Objeciones de jurisprudencia y de política a la regla de la continuidad

206. Las objeciones que se formulan a la norma de la continuidad no se limitan a lo incierto de su contenido y a la falta de equidad que puede producir. Desde el punto de vista teórico, se aparta tanto de la ficción de de Vattel de que el perjuicio sufrido por el individuo representa una lesión al Estado mismo como de la tendencia cada vez mayor a considerar al individuo como sujeto de derecho internacional. Además, existen firmes objeciones de política que se oponen al concepto. Por estas razones, el momento es idóneo para proceder a una reevaluación de la norma.

207. La protección diplomática parte de la afirmación de de Vattel de que el perjuicio que sufre un nacional representa una lesión al Estado mismo[397]. La lógica parecería indicar que el perjuicio que sufre un extranjero se transmite al Estado de su nacionalidad inmediatamente, en el momento que se produce el perjuicio, y que los cambios subsiguientes de persona o nacionalidad del individuo carecen de pertinencia a efectos de la reclamación[398]. Sin embargo, en el asunto *Stevenson*[399] este argumento fue rechazado por la Comisión de Reclamaciones británico-venezolana de 1903. En ese caso, un súbdito británico, durante mucho tiempo residente en Venezuela, había sufrido un perjuicio por parte de las autoridades venezolanas. Antes de que la reclamación se sometiera a arbitraje, el nacional perjudicado falleció, y, en virtud de la ley, su reclamación pasó a su viuda, súbdita venezolana de acuerdo con la ley de Venezuela, y a sus 12 hijos, 10 de los cuales eran también súbditos venezolanos de acuerdo con la legislación de Venezuela. El agente británico adujo que en una reclamación presentada por un Estado contra otro, el Estado reclamante trata de reparar el perjuicio que ha sido infligido a él mismo, y no actúa como representante de su nacional perjudicado. Por consiguiente, el hecho de que el nacional perjudicado hubiera adquirido la nacionalidad del Estado demandado no debería resultar en un rechazo de la reclamación, que se basa en un perjuicio infligido al Estado reclamante *por conducto* de su nacional. El árbitro Plumley rechazó este argumento:

> El árbitro no tiene constancia de ningún caso en que los responsables del arbitraje entre naciones hayan recibido una petición para que se establezca el valor monetario de un perjuicio cometido a una nación, en cuanto a tal, ni de que se les haya permitido hacer una declaración en ese sentido. Aunque la posición del ilustre agente de Gran Bretaña es indudablemente correcta, es decir, que en la base de toda reclamación de indemnización ante tribunales internacionales figura siempre el perjuicio que se ha cometido a una nación, por conducto de su nacional, como consecuencia de un acto del gobierno demandado, en las actuaciones de comisiones encargadas de estos casos existe siempre un nacional perjudicado con derecho a reclamar y recibir una compensación monetaria del gobierno infractor y demandado. En todos los casos señalados a la atención del árbitro —que ha realizado una investigación diligente en busca de antecedentes— los tribunales han exigido la presencia de un beneficiario nacional de la nación reclamante, con legítimo derecho a percibir las cantidades debidamente establecidas. Han exigido que este derecho debe concurrir en el beneficiario hasta el momento de formalizarse el tratado en que se establece y prevé el tribunal internacional ante el que ha de sustanciarse la reclamación[400].

Otras comisiones de reclamación han hecho suyo este enfoque[401].

208. Existen razones lógicas firmes para rechazar la norma de la continuidad y reconocer simplemente como Estado reclamante al Estado de la nacionalidad en el momento de producirse el perjuicio. En efecto, esta es la solución propugnada por Wyler[402]. Sin embargo, dicha solución no deja de tener sus puntos débiles, que son admitidos por el mismo Wyler[403]. En particular, no tiene en cuenta el nuevo papel del individuo en el orden jurídico internacional.

209. Aunque el individuo todavía no esté considerado plenamente como sujeto de derecho internacional[404], los derechos fundamentales de la persona se reconocen actualmente en el derecho internacional convencional y consuetudinario. Ni la norma de la continuidad de la nacionalidad ni la noción de de Vattel, que confiere exclusivamente al Estado de la nacionalidad en el momento de producirse el perjuicio el derecho de presentar una reclamación, reconocen el lugar que ocupa el individuo en el orden jurídico internacional contemporáneo. Esta circunstancia fue subrayada ya en 1932 por Politis cuando cuestionó con éxito la propuesta de Borchard de que el Instituto de Derecho Internacional adoptara la norma tradicional de la continuidad de nacionalidad[405]. Subsiguientemente, algunos juristas, tales como Geck[406],

---

[393] *Administrative decision No. V* (véase la nota 351 *supra*), pág. 614; caso *Albino Abbiatti* (véase la nota 353 *supra*).

[394] Borchard, *op. cit.*, pág. 661. La noción de «acto ilícito continuo» fue planteada por Austria para proteger a los checo-alemanes naturalizados en Austria después de la segunda guerra mundial, como consecuencia de la confiscación de sus bienes por Checoslovaquia (van Panhuys, *op. cit.*, pág. 95).

[395] Caso *Stevenson* (véase la nota 361 *supra*).

[396] Borchard, *op. cit.*, págs. 627 a 629, y 636 a 638; y Brownlie, *Principles…*, págs. 484 y 485.

[397] Véase el comentario al artículo 3 *supra*, párr. 62.

[398] O'Connell, *op. cit.*, pág. 1034; Geck, *loc. cit.*, pág. 1056; y Jennings, *loc. cit.*, págs. 475 y 476.

[399] Véase la nota 361 *supra*.

[400] Ibíd., pág. 506.

[401] En el caso *Miliani*, la Comisión ítalo-venezolana declaró:

> «Aunque es cierto que un perjuicio infligido a un ciudadano equivale a un perjuicio a la nación, el reclamante ante un tribunal internacional ordinariamente es la nación en nombre de su ciudadano. Rara vez cabe afirmar que la nación tiene a ese respecto un derecho que sobrevive incluso cuando la persona deja de ser nacional suyo.»

Véase la nota 361 *supra*. Véase también el asunto *Studer* examinado por Hurst, en «Nationality of claims», pág. 168.

[402] *Op. cit.*, pág. 264.

[403] Ibíd.

[404] Véase el párrafo 189 *supra*.

[405] Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire* (véase la nota 369 *supra*), págs. 487 y 488. Véase también el primer informe del Sr. García Amador, *Anuario… 1956* (nota 40 *supra*), pág. 194.

[406] *Loc. cit.*, pág. 1055.

O'Connell[407] y Jennings[408] han criticado la norma por motivos similares. Por consiguiente, parece preferible rechazar la doctrina de la nacionalidad continua como norma sustantiva de derecho internacional consuetudinario. Aunque la doctrina de la nacionalidad continua crea dificultades particulares en el caso de cambio involuntario de nacionalidad, como sucede en los casos de sucesión de Estados, no sería acertado rechazarla únicamente en esas circunstancias. El matrimonio, por ejemplo, puede presuponer un cambio de nacionalidad de carácter involuntario, pero no parece existir una buena razón por la que debería afectar al funcionamiento de la norma de la nacionalidad de las reclamaciones de manera diferente a los casos de sucesión de Estados[409].

210 El artículo 3 del presente proyecto de artículos afirma el derecho exclusivo del Estado de la nacionalidad de ejercer la protección diplomática en nombre de un nacional ilegalmente perjudicado, principalmente sobre la base de que es la manera más eficaz de proteger a la persona. El artículo 9 no se aparta de este principio al permitir al nuevo Estado de la nacionalidad incoar procedimientos en nombre del individuo. Sin embargo, al permitir que la reclamación se adapte al cambio de circunstancias de la persona, introduce un elemento de flexibilidad en la interposición de reclamaciones que concede un mayor reconocimiento de los derechos del individuo, reconociendo al mismo tiempo que el Estado es probablemente el protector más eficaz de los derechos individuales.

211. La principal razón de política en que se sustenta la norma de la nacionalidad continua es que impide el abuso de la protección diplomática[410]. Actualmente, la sugerencia formulada por Moore en el sentido de que sin esta norma una persona perjudicada puede «recurrir sucesivamente a una docena de gobiernos, a cada uno de los cuales podría transferir su lealtad, para promover su reclamación»[411] se considera, con razón, extravagante. Los Estados modernos observan mucha cautela al otorgar la nacionalidad y generalmente exigen períodos prolongados de residencia antes de que pueda considerarse la naturalización. Es ridículo dar por sentado, o incluso sugerir, que las poderosas naciones industrializadas, que son las más capaces de llevar a efecto una reclamación de protección diplomática, podrían de manera fraudulenta conceder la naturalización a fin de «adquirir» una reclamación[412]. Incluso en ese caso, el Estado demandado podría la mayoría de las veces plantear con éxito la falta de un vínculo genuino, como sucedió en el caso *Nottebohm*[413], como una causal para paralizar la acción del Estado reclamante[414]. En su opinión separada en el caso *Barcelona Traction*, Sir Gerald Fitzmaurice declaró:

> [U]na aplicación demasiado rígida y generalizada de la norma de la continuidad puede llevar a situaciones en que importantes intereses no quedan protegidos, personas perjudicadas no pueden hacer valer sus derechos, y los daños quedan sin reparar, y ello no por cuestiones relativas al fondo de la reclamación, sino por consideraciones puramente formales que hacen que ningún Estado tenga un título legítimo para actuar. Esta situación resulta menos aceptable hoy en día, ya que lo que se ha considerado siempre como otra gran justificación de la norma de la continuidad (incluso a veces como la fuente y el origen mismos de esta norma) ha perdido una gran parte de su valor: deseo referirme a la necesidad de impedir los abusos que se producirían si las reclamaciones pudieran cederse a título oneroso a los súbditos de Estados poderosos, de manera que los gobiernos de esos últimos Estados pudieran imponer la aceptación al Estado demandado[415].

E. Conclusión

212. La «norma» tradicional de la nacionalidad continua ha perdido su utilidad. No tiene lugar en un mundo en que los derechos del individuo se reconocen en el ámbito del derecho internacional y en donde no es fácil cambiar de nacionalidad. Es difícil no coincidir con el comentario final de Wyler:

> En todo caso, la protección diplomática vería cómo aumenta su eficacia de manera notable si se la despojara de la norma de la continuidad[416].

El artículo 9 trata de liberar a la institución de la protección diplomática de las trabas que le impone la norma de la continuidad y de establecer un régimen flexible que se ajuste al derecho internacional contemporáneo, pero, al mismo tiempo, tiene en cuenta los temores y los posibles abusos que motivaron la aceptación de esa norma.

213. El párrafo 1 del artículo 9 permite a un Estado interponer una reclamación en nombre de una persona que ha adquirido su nacionalidad de buena fe tras haber sufrido un perjuicio atribuible a un Estado que no sea su Estado de la nacionalidad anterior, siempre que el Estado de la nacionalidad original no haya ejercido o no esté ejerciendo protección diplomática respecto del perjuicio.

214. Varios factores aseguran que la norma no conducirá a la inestabilidad y al abuso. En primer lugar, se reconoce, de conformidad con la ficción de de Vattel que debe darse prioridad a la reclamación interpuesta por el Estado de la nacionalidad original. Sólo cuando no se da este supuesto y el individuo cambia de nacionalidad cabe afirmar que la reclamación sigue al individuo. En segundo lugar, la persona perjudicada que cambia de nacionalidad no puede elegir al Estado que debe actuar en su nombre: el Estado de la nacionalidad original o el nuevo Estado de la nacionalidad. Sólo el nuevo Estado de la nacionalidad puede interponer una reclamación, y ello únicamente cuando dicho Estado decida ejercer esa opción.

215. En tercer lugar, la nueva nacionalidad debe haber sido adquirida de buena fe[417]. Cuando se adquiere una nacionalidad con el único propósito de obtener un nuevo Estado protector, normalmente se considerará como prueba de naturalización de mala fe[418]. La crítica de Borchard, formulada en 1934, de que de ese modo «se confunde el motivo con la ilegalidad o la mala fe»[419] no deja de plantear una cuestión de fondo. Sin embargo, en un

---

[407] *Op. cit.*, págs. 1034 a 1036.

[408] *Loc. cit.*, págs. 476 y 477.

[409] O'Connell, *op. cit.*, pág. 1036; y van Panhuys, *op. cit.*, págs. 92 a 94.

[410] Véase el párrafo 192 *supra*.

[411] Véase la nota 354 *supra*.

[412] Van Panhuys, *op. cit.*, pág. 92.

[413] *C.I.J. Recueil 1955* (véase la nota 52 *supra*), pág. 23.

[414] Véase Ohly, *loc. cit.*, págs. 288 y 289.

[415] *C.I.J. Recueil 1970* (véase la nota 16 *supra*), págs. 101 y 102. Véase también Ohly, *loc. cit.*, pág. 286.

[416] *Op. cit.*, pág. 268.

[417] Este requisito se incluye en la propuesta de Orrego Vicuña a la ADI, «The changing law…», cláusula 10.

[418] Véase Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire* (nota 369 *supra*), págs. 487 y 488.

[419] «The protection of citizens abroad…», pág. 384.

mundo posterior al caso *Nottebohm* no es probable que un Estado incoe procedimientos en nombre de un nacional naturalizado cuando haya indicios de que la naturalización no se ha obtenido de buena fe, ni cuando no existe un factor de vinculación entre el individuo y el Estado.

216. El párrafo 2 del artículo 9 extiende el principio anterior a la transferencia de reclamaciones.

217. El párrafo 3 del artículo 9 asegura el derecho del Estado de la nacionalidad original de presentar una reclamación cuando sus propios intereses nacionales se han visto afectados por el perjuicio infligido a su nacional. La condición estipulada en el párrafo 1 también reconoce los derechos especiales del Estado de la nacionalidad original. Esto reafirma el principio contenido en el artículo 3 del presente proyecto de artículos.

218. La abolición de la norma de la continuidad no debe producir como resultado que el Estado de la nueva nacionalidad pueda presentar una reclamación en nombre de su nuevo nacional contra el Estado de la nacionalidad anterior, respecto de un perjuicio atribuible a este Estado cuando la persona de que se trate era todavía nacional de dicho Estado. La respuesta hostil a la ley Helms-Burton[420], cuyo objetivo es permitir que los cubanos naturalizados en los Estados Unidos incoen procedimientos para la reparación de las pérdidas en que les hizo incurrir el Gobierno de Cuba en un momento en que todavía eran nacionales cubanos[421], ilustra la inaceptabilidad de dicha consecuencia. El párrafo 4 del artículo 9 que asegura que el anterior supuesto no pueda suceder, recibe apoyo de la propuesta de Orrego Vicuña a la ADI[422].

---

[420] Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act of 1996, ILM, vol. XXXV, n.º 1 (enero de 1996), pág. 357.

[421] Véase Lowe, «US extraterritorial jurisdiction: the Helms-Burton and D'Amato acts», págs. 386 a 388.

[422] «The changing law…», cláusula 10, Véase también la declaración de Politis dirigida al Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire* (nota 369 *supra*), págs. 487 y 488.