LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

[Tema 3 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/538

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

[Original: inglés]
[4 de marzo de 2004]

ÍNDICE

		Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		46
Obras citadas en el presente informe		46
	Párrafos	
Introducción	1-4	47
Capítulo		
I. Protección ejercida por una organización internacional o un Estado en calidad de administrador	5-6	48
II. Delegación del derecho de protección diplomática y la transferencia de reclamaciones	7-13	49
III. Protección ejercida por una organización internacional y protección diplomática	14-36	51
A. Introducción	14	51
B. Artículo 23	15-18	51
C. Artículo 24	19-20	52
D. Artículo 25	21-36	53
IV. Los derechos humanos, la protección diplomática y la cláusula general de salvaguardia	37-43	57
A. Artículo 26	37-40	57
B. Variante del artículo 21	41-43	58
V. Protección diplomática de la tripulación de un buque por el Estado del pabellón	44-73	58
Artículo 27	44-73	58
1. Pasajeros a bordo de un buque	68	63
2. Tripulaciones y pasajeros de aeronaves	69-71	64
3. Vehículos espaciales	72	64
4. Conclusión	73	64

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 75, n.os 970-973, págs. 287 y ss. En español, véase CICR, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12.ª ed., Ginebra, 1983, págs. 138 y ss.
Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Ibíd., vol. 1125, n.° 17512, pág. 642.
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 243-1979, 10 de octubre de 1979.
Convenio sobre los documentos de identidad de la gente de mar, 1958 (n.° 108) (Ginebra, 13 de mayo de 1958)	OIT, *Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo 1919-1984*, Ginebra, OIT, 1985, pág. 969.
Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 500, n.° 7310, pág. 162.
Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (Tokio, 14 de septiembre de 1963)	Ibíd., vol. 704, n.° 10106, pág. 242.
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 21 de diciembre de 1965)	Ibíd., vol. 660, n.° 9464, pág. 241.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, n.º 14668, pág. 241.
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.
Convenio sobre la marina mercante (normas mínimas), 1976 (n.° 147) (Ginebra, 29 de octubre 1976)	OIT, *Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo 1919-1984*, Ginebra, OIT, 1985, pág. 1517.
Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1520, pág. 217.
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	*Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, vol. XVII (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.84.V.3), A/CONF.62/122.
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1465, n.º 24841, pág. 145.
Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht) (Maastricht, 7 de febrero de 1992)	Ibíd., vol. 1755, n.º 30615, pág. 3.
Versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Amsterdam, 2 de octubre de 1997)	*Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.º C 340, 10 de noviembre de 1997, pág. 173.

Obras citadas en el presente informe

AKEHURST, M. B.

The Law Governing Employment in International Organizations, Cambridge, Cambridge University Press, 1976.

AMERASINGHE, C. F.

Local remedies in international law, Cambridge, Grotius, 1990.

Principles of the institutional law of international organizations, CAMBRIDGE, Cambridge University Press, 1996.

BORCHARD, Edwin M.

The diplomatic protection of citizens abroad, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1919.

BOWETT, D. W.

United Nations Forces, Londres, Stevens & Sons, 1964.

BOYARS, U. R.

Citizenship in International and National Law, Riga, Universidad Estatal Stuchka de Letonia, 1981.

BROWNLIE, Ian

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

CANÇADO TRINDADE, A. A.

«Exhaustion of local remedies and the law of international organizations», *Revue de Droit International*, t. 57, 1979, págs. 81 a 123.

DE LUPIS, Ingrid Detter

The Law of War, Cambridge, Cambridge University Press, 1987.

DOLZER, Rudolf

«Diplomatic protection of foreign nationals», en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, Elsevier, 1992, págs. 1067 a 1070.

EAGLETON, Clyde

«International organization and the law of responsibility», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1950–I*, t. 76, París, Sirey, 1950, págs. 323 a 425.

ENGERS, J. F.
«The United Nations travel and identity document for Namibians», AJIL, vol. 65, 1971, págs 571 a 578.

FITZMAURICE, G. G.
«The case of the *I'm Alone*», BYBIL (1936), vol. 17, Oxford University Press, págs. 82 a 111.

FULLER, Lon L.
«Positivism and fidelity to law – A reply to professor Hart», *Harvard Law Review*, vol. 71, 1957-1958, págs. 630 a 672.

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

GRAMLICH, Ludwig
«Diplomatic protection against acts of intergovernmental organs», *German Yearbook of International Law* (Berlín), vol. 27, 1984, págs. 386 a 428.

HACKWORTH, Green Haywood
Digest of International Law, Washington, United States Government Printing Office, 1942.

HARDY, M. J. L.
«Claims by international organizations in respect of injuries to their agents», BYBIL (1961), vol. 37, Oxford University Press, págs. 516 a 526.

HYDE, Charles Cheney
International Law, Chiefly as Interpreted and Applied by the United States, 2.ª ed. rev., Boston, Little, Brown and Company, 1947.

JENNINGS, Robert y Arthur WATTS (eds.)
Oppenheims's International Law, 9.ª ed., vol. I, *Peace*, Longman, Harlow, 1992.

KAMTO, Maurice
«La nationalité des navires en droit international», en *La mer et son droit. Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, París, Pedone, 2003, págs. 343 a 373.

KUDRIAVTZEV, V. N. (ed.)
Derecho internacional, Moscú, 1990, vol. 3 [en ruso].

LAZAREV, Marklen Ivanovich (ed.)
Contemporary International Law of the Sea, Moscú, Nauka, 1984.

MCNAIR, Lord
International Law Opinions, Cambridge, University Press, 1956.

MEYERS, H.
The Nationality of Ships, La Haya, Martinus Nijhoff, 1967.

MITROFANOV, M. V.
Los funcionarios de las organizaciones internacionales, Moscú, Relaciones Internacionales, 1981 [en ruso].

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

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

MURPHY, Sean D. (ed.)
«Contemporary practice of the United States relating to international law: Libyan payment for families of Pan Am flight 103 victims», AJIL, vol. 97, 2003, págs. 987 a 991.

NGUYEN QUOC DINH, Patrick DAILLIER y Alain PELLET
Droit international public, 7.ª ed., Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002.

NORDQUIST, Myron H.
United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982. A commentary, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 2002.

O'CONNELL, D. P.
International Law, Londres, Stevens & Sons, 1970.

PESCATORE, Pierre
«Les relations extérieures des Communautés européennes: contribution à la doctrine de la personnalité des organisations internationales», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1961–II*, t. 103, Leiden, Sijthoff, 1961, págs. 9 a 238.

REMIRO BROTÓNS, Antonio y otros
Derecho internacional, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

RITTER, Jean-Pierre
«La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale», AFDI, vol. VIII, 1962.

SCHERMERS, Henry G. y Niels M. BLOKKER
International Institutional Law, 4.ª ed. rev., Leiden, Martinus Nijhoff, 2003.

SCHWARZENBERGER, Georg
International Law, 3.ª ed., Londres, Stevens & Sons, 1957.

SEYERSTED, Finn
«United Nations Forces: Some Legal Problems», BYBIL (1961), vol. 37, págs. 351 a 475.

STEIN, Torsten
«Interim Report on Diplomatic Protection under the European Union Treaty», en ADI, *Report of the seventieth Conference held in New Delhi, 2-6 April 2002*, Londres, 2002.

VERESHCHETIN, Vladen Stepanovich (ed.)
Derecho internacional, Moscú, 1967 [en ruso].

WATTS, A. D.
«The Protection of Alien Seamen», *The International and Comparative Law Quarterly* (Londres), vol. 7, 1958, págs. 691 a 711.

WELLENS, Karel
Remedies against international organizations, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

WHITEMAN, Marjorie M.
Damages in International Law, Washington, United States Government Printing Office, 1937.

Digest of International Law, Washington, Departamento de Estado, 1965.

Introducción[1]

1. El Relator Especial ha presentado hasta ahora cuatro informes a la Comisión de Derecho Internacional sobre la protección diplomática de las personas físicas y jurídicas y el agotamiento de los recursos internos[2]. En

[1] El Relator Especial reconoce con gratitud la ayuda prestada en la preparación del presente informe por los siguientes estudiantes pasantes: Amanda Rawls y Elina Kreditor (Universidad de Nueva York), Frank Riemann (Kennedy School of Government, Universidad de Harvard), Megan Hirst (Universidad de Queensland) y Michael Vagias (Universidad de Leiden).

[2] Primer informe: *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/506 y Add.1; segundo informe: *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/514; tercer informe: *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/523 y Add.1, y cuarto informe: *Anuario... 2003*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/530 y Add.1.

esos informes se analizaron todas las cuestiones tradicionalmente relacionadas con esos temas y se propusieron 22 artículos. La Comisión examinó detenidamente los informes, aprobó 16 artículos, y descartó 6 por considerar que no pertenecían verdaderamente al ámbito de la protección diplomática o que aún no había llegado el momento de su codificación.

2. En su tercer informe, presentado en 2002, el Relator Especial se ocupó de sugerencias en el sentido de que el proyecto de artículos debería ampliarse a fin de incluir varios temas tradicionalmente no comprendidos en ese ámbito[3]. En su 54.º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión ponderó la conveniencia de incluir en el actual proyecto de artículos disposiciones relativas a la protección funcional por las organizaciones internacionales de sus funcionarios; el derecho del Estado de nacionalidad de un buque o aeronave a presentar reclamaciones en nombre de la tripulación, cualquiera que fuera la nacionalidad de las personas interesadas; la delegación del derecho de protección diplomática; la protección de las personas en un territorio controlado, ocupado o administrado por otro Estado o administrado por una organización internacional; la denegación de justicia; la doctrina de las «manos limpias» en el marco de la protección diplomática y las consecuencias jurídicas de la protección diplomática[4]. El debate en el seno de la Comisión permitió constatar que existía escaso apoyo a la inclusión de dichos temas en el proyecto de artículos, con la posible excepción del derecho del Estado de nacionalidad de un buque o una aeronave a presentar una reclamación en nombre de la tripulación[5]. No obstante, la Comisión opinó que la relación entre la protección funcional por las Naciones Unidas y la protección diplomática por un Estado debía ser objeto de examen, así como la posibilidad de reivindicaciones antagónicas del derecho a ejercer la protección[6].

3. En el informe sobre su 55.º período de sesiones, celebrado en 2003, la CDI solicitó de la Sexta Comisión de la Asamblea General comentarios y observaciones sobre la protección diplomática de los miembros de la tripulación de un buque por el Estado del pabellón y sobre la protección diplomática de los nacionales empleados por una organización internacional intergubernamental, y le pidió que expresara una opinión sobre si había otros aspectos, además de los ya tratados por la CDI, que aún debían ser examinados por la CDI en relación con el tema de la protección diplomática[7]. La mayoría de los oradores que intervinieron en la Sexta Comisión en relación con esos temas se opusieron o se mostraron indiferentes a la inclusión de la protección diplomática de los miembros de la tripulación de un buque por el Estado del pabellón y la protección diplomática por los Estados de los nacionales empleados por una organización internacional intergubernamental. Sin embargo, el interés manifestado en esos temas fue suficiente para justificar la continuación de su examen por la CDI. Aparte del interés manifestado por dos Estados, respectivamente, en la inclusión de disposiciones relativas a la delegación del derecho de protección diplomática[8] y la protección de las personas en un territorio controlado, ocupado o administrado por otro Estado o administrado por una organización internacional[9], no se formuló ninguna petición para que la CDI examinara otros temas en relación con la protección diplomática. Antes bien, muchas delegaciones opinaron que ya se habían tratado todos los temas tradicionalmente comprendidos en el ámbito de la protección diplomática y que la CDI debía concluir su estudio al respecto lo antes posible. También se expresaron en el mismo sentido varios miembros de la CDI.

4. En el presente informe se abordan, en primer lugar, la protección de las personas en un territorio controlado, ocupado o administrado por un Estado o administrado por una organización internacional y la delegación o transferencia del derecho de protección diplomática, cuestiones que, a juicio del Relator Especial, no deberían incluirse en el actual proyecto de artículos. Seguidamente, se formularán propuestas relativas a dos temas: la reivindicación simultánea, por parte de una organización internacional y un Estado, del derecho a ejercer la protección de una persona, y la protección de los miembros de la tripulación de un buque por el Estado del pabellón.

[3] *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte), párr. 16.

[4] Ibíd., vol. II (segunda parte), pág. 52 y ss., párrs. 118 a 149.

[5] Ibíd., pág. 55, párr. 146.

[6] Ibíd., pág. 54, párr. 145.

[7] *Anuario... 2003*, vol. II (segunda parte), párrs. 28 y 29.

[8] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión*, declaraciones de la República Checa, 17.ª sesión (A/C.6/58/SR.17), párr. 48.

[9] Ibíd., declaraciones de Portugal, 18.ª sesión (A/C.6/58/SR.18), párr. 3.

Capítulo I

Protección ejercida por una organización internacional o un Estado en calidad de administrador

5. En su 54.º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión examinó detenidamente la cuestión de si debería incluirse en el actual proyecto de artículos la protección de las personas en un territorio controlado, ocupado o administrado por otro Estado o administrado por una organización internacional[10]. No se expresó apoyo a la inclusión de ese derecho en el contexto de una ocupación militar, en cuyo caso pertenece al ámbito del derecho internacional humanitario, especialmente el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra y el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)[11]. Aunque hubo cierto

[10] *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), págs. 53 y ss., párrs. 133 a 136.

[11] La opinión de que un ocupante beligerante no tiene la obligación de dispensar protección diplomática a los nacionales de un territorio ocupado tiene fundamento en la jurisprudencia: *Caso de las indemnizaciones* (Alemania) (1959), República Federal de Alemania, Corte Suprema Federal, ILR, vol. 28, pág. 648; *Caso del internamiento de un nacional eslovaco* (1970), República Federal de Alemania, Corte Suprema Federal, ibíd., vol. 70, pág. 691.

apoyo en la Comisión a la idea de examinar la cuestión de la protección por una organización internacional de las personas que viven en un territorio administrado o controlado por ella, la mayoría de sus miembros opinaron que esa cuestión «podría tratarse mejor en el contexto de la responsabilidad de las organizaciones internacionales»[12].

6. La protección diplomática de las personas residentes en un territorio bajo la protección de un Estado que no ejerce la soberanía sobre dicho territorio no carece de precedentes en el derecho internacional. Las personas que viven en «protectorados»[13], mandatos[14] o territorios en fideicomiso[15] han recibido en ocasiones protección diplomática por la Potencia administradora, si bien esta práctica es limitada[16], depende del tratado o de la relación institucional entre el Estado administrador y el Estado administrado y, en cualquier caso, está supeditada al consentimiento del Estado contra el cual se ha de ejercer dicha protección[17]. Posiblemente exista un precedente para la protección de las personas residentes en un territorio que administra, o asegura administrar[18], una organización o un organismo internacional, pero también en este caso la naturaleza y el alcance de dicha protección dependen del acuerdo institucional entre el territorio administrado, la Potencia administradora y terceros Estados. Así pues, no existen indicios de una práctica general, y si existen son insuficientes, que justifiquen la codificación o el desarrollo progresivo. En todo caso, se está ante una forma de protección funcional[19], del tipo reconocido en el caso *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*[20], tema que, según ha decidido la Comisión, no pertenece al presente estudio sobre la protección diplomática.

[12] *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), pág. 55, párr. 148.

[13] Jennings y Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, pág. 270.

[14] Ibíd., págs. 298 a 300.

[15] Ibíd., págs. 316 a 318.

[16] *National Bank of Egypt* v. *Austro-Hungarian Bank* (1923), *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1923 to 1924*, caso n.° 10, pág. 23, Londres, Longmans, 1933; *Falla-Nataf and Brothers* v. *Germany* (1927), ibíd., *1927 to 1928*, caso n.° 24, pág. 44; *Parounak and Bedros Parounakion* v. *Turkish Government* (1929), ibíd., *1929 and 1930*, caso n.° 11; y Schwarzenberger, *International Law*, págs. 378 a 381.

[17] Ibíd., págs. 278 a 381 y 592 a 595.

[18] El Consejo de las Naciones Unidas para el África Sudoccidental, creado por la Asamblea General en virtud de su resolución 2248 (S-V), de 19 mayo de 1967, expidió documentos de viaje e identidad a los habitantes del África Sudoccidental (Namibia), mientras permanecía bajo la ocupación de Sudáfrica (véase Engers, «The United Nations Travel and Identity Document for Namibians», pág. 571). Sin duda, el Consejo creía que la expedición de dicho documento llevaba consigo algún derecho de protección. Sin embargo, el autor no tiene conocimiento de ningún caso en el que se dispensara dicha protección. Véase también Nguyen Quoc Dinh, Daillier y Pellet, *Droit international public*, pág. 613, párr. 394.

[19] Schwarzenberger, *op. cit.*, pág. 593.

[20] Opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 174; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 10.

Capítulo II

Delegación del derecho de protección diplomática y la transferencia de reclamaciones

7. Existe una clara distinción entre la delegación del derecho de protección diplomática y la transferencia de reclamaciones. En el primer caso, un Estado (o grupo de Estados) delega su derecho a ejercer la protección diplomática en nombre de un nacional a otro Estado. En el segundo caso, la persona lesionada transfiere la reclamación derivada del daño a otra persona, que puede ser o no ser nacional del mismo Estado.

8. Un Estado puede delegar a otro Estado, por medio de un acuerdo internacional, el derecho de proteger a sus nacionales en el extranjero[21]. Se puede concertar dicho acuerdo cuando un Estado no tiene representación diplomática en un país extranjero en el que residen muchos de sus nacionales[22], o cuando un Estado cae bajo el «protectorado» de otro Estado[23]; o, tras un estallido de hostilidades, cuando un beligerante deja en manos de un Estado neutral la protección de sus nacionales en un Estado enemigo[24]. El ejemplo más conocido de delegación del derecho de protección diplomática se encuentra en el artículo 8 C del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht), que dispone lo siguiente:

> Todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Los Estados miembros establecerán entre sí las normas necesarias y entablarán las negociaciones internacionales requeridas para garantizar dicha protección[25].

No está claro si esta disposición, u otras similares, contemplan la protección diplomática tal como se entiende el concepto en el actual proyecto de artículos, es decir, el recurso a la acción diplomática por un Estado que asume, por derecho propio, la causa de uno de sus nacionales en razón de un perjuicio sufrido por éste dimanante de un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado[26], o si se limita únicamente a la acción consular, es decir, la asistencia inmediata a uno de sus nacionales en dificultades[27]. En cualquier caso, es difícil insinuar que un tercer Estado que no consiente el ejercicio de la protección diplomática por un Estado europeo cuando la persona perjudicada no es uno de sus nacionales pueda estar obligado por la ley a reconocer el derecho de dicho Estado a proteger a los no nacionales. Al fin y al cabo, la protección diplomática se basa precisamente en el vínculo de nacionalidad

[21] Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 936.

[22] Ibíd., nota 2, donde se cita el caso de la protección de los nacionales de Samoa Occidental en términos de un Tratado de Amistad de 1962 entre Nueva Zelandia y Samoa Occidental.

[23] Véanse las notas 13 y 16 *supra*.

[24] Véase De Lupis, *The Law of War*, pág. 323.

[25] Artículo 20 de la Versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Sobre esta disposición en general, véase Stein, «Interim Report on Diplomatic Protection under the European Union Treaty», pág. 277.

[26] Véase el proyecto de artículo 1 aprobado por la Comisión, *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), pág. 70, párr. 280.

[27] Stein, *loc. cit.*, en especial, págs. 278 y 289.

entre la persona y el Estado que ejerce la protección[28]. La necesidad de que los Estados no europeos den su consentimiento al modelo propuesto en el artículo 8 C queda de manifiesto en el propio artículo, en virtud del cual se requieren negociaciones internacionales «para garantizar dicha protección»[29]. Ello está en consonancia con la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, que establece que en caso de ruptura de las relaciones diplomáticas entre dos Estados, o si se pone término a una misión de modo definitivo o temporal «el Estado acreditante podrá confiar la protección de [...] sus nacionales a un tercer Estado *aceptable para el Estado receptor*»[*,30].

9. No existen normas generales en relación con la delegación de la protección diplomática. Todo depende de la naturaleza del tratado o de la relación institucional entre el Estado que delega la protección, el Estado al que se la delega y el tercer Estado contra el cual se presenta la reclamación de protección diplomática. Este factor, unido a la limitada práctica de los Estados respecto del tema, confirma que no ha llegado aún el momento de su codificación.

10. La transferencia de una reclamación de protección diplomática de una persona a otra puede producirse en diversas situaciones, siendo probablemente las más comunes la sucesión por defunción, la cesión y la subrogación en materia de seguros. En dichos casos es aplicable la norma de la continuidad de la nacionalidad, contenida en el proyecto de artículo 4[31], lo cual quiere decir que mientras el titular de la reclamación sea siempre un nacional del Estado reclamante desde el momento del perjuicio hasta la presentación de la reclamación, el cambio de titularidad de la reclamación no afectará al derecho del Estado reclamante a ejercer la protección diplomática. En consecuencia, se *denegaría* la reclamación:

a) Si hubiera sido transferida de un nacional a un no nacional del Estado reclamante durante el período crítico[32], esto es, si la reclamación se hubiera «desnacionalizado»;

b) Si hubiera sido transferida de un no nacional a un nacional del Estado reclamante después del momento de producirse el perjuicio[33], esto es, si la reclamación se hubiera «nacionalizado».

11. Existen amplios fundamentos que justifican la proposición de que si fallece una persona en cuyo nombre se ha presentado una reclamación, ésta sólo se puede seguir tramitando legítimamente si el heredero o legatario es de la misma nacionalidad que la persona fallecida[34]. El mismo principio se aplica a la cesión de reclamaciones[35]. Según Brownlie:

> Si durante el período crítico la reclamación es cedida a un no nacional o por un no nacional del Estado reclamante, debe ser denegada. No obstante, la cesión no afecta a la reclamación si se observa el principio de continuidad[36].

12. La subrogación es el mecanismo jurídico que permite al asegurador asumir los derechos del asegurado y presentar una reclamación por el agravio irrogado. Una vez que el asegurador ha pagado al asegurado, asume la condición de la persona lesionada originalmente, tras lo cual el asegurado ya no puede presentar en nombre propio una reclamación por daños, toda vez que ha sido indemnizado por el asegurador[37]. En situaciones de subrogación en materia de seguros, el principio de continuidad se observa únicamente cuando tanto el asegurado como el asegurador son nacionales del Estado reclamante[38]. El Estado reclamante no puede intervenir en nombre de aseguradores extranjeros, ni siquiera en caso de que el asegurado hubiera sido nacional de dicho Estado[39]. Por el contrario, un Estado no puede presentar una reclamación en nombre de una compañía aseguradora nacional que haya asegurado bienes extranjeros porque el titular de la reclamación no era un nacional en el momento del perjuicio. Si bien existen algunos casos en que se han admitido reclamaciones de aseguradores de bienes extranjeros[40], esto habría sido así por motivos de equidad. De cualquier manera, los indicios de desviación de la norma de la continuidad de la nacionalidad que presentan estos casos no son suficientes para constituir una norma excepcional.

13. Puesto que la transferencia de reclamaciones está regulada por la norma de la continuidad de la nacionalidad, no es necesario considerar la posibilidad de una mayor codificación al respecto.

---

[28] Véanse el proyecto de artículo 2 aprobado por la Comisión, *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), pág. 70, párr. 280; y el caso *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, fallo, *1939 C.P.J.I. série A/B n.° 76*, pág. 16.

[29] Véase Stein, *loc. cit.*, pág. 280; véanse asimismo las páginas 281, 284 y 287. Véase también Borchard, *The diplomatic protection of citizens abroad*, pág. 472.

[30] Art. 45, apdo. *c*; véase también el artículo 46.

[31] Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 514; Brownlie, *Principles of Public International Law*, págs. 461 a 463; y O'Connell, *International Law*, págs. 1049 a 1051. Véase también la resolución del Instituto de Derecho Internacional, aprobada en su sesión de Varsovia, *Annuaire* (Basilea), 1965, vol. 51, pág. 260. El artículo 2 de la resolución sobre el «carácter nacional de una reclamación internacional presentada por un Estado en razón de un perjuicio sufrido por una persona», dice lo siguiente:

> «Cuando el beneficiario de una reclamación internacional sea una persona distinta de la persona perjudicada originalmente, la reclamación podrá ser rechazada por el Estado ante el cual haya sido presentada y es inadmisible ante el tribunal que conoce del caso, a menos que posea el carácter nacional del Estado reclamante tanto en la fecha del perjuicio como en la fecha de su presentación».

[32] Borchard, *op. cit.*, pág. 637.

[33] Reclamación *Dobozy* (1958), ILR, vol. 26 (1958-II), pág. 345.

[34] Casos *Stevenson* (1903), Naciones Unidas, RSA, vol. IX (n.° de venta: 1959.V.5), pág. 385; *Captain W. H. Gleadell (Great Britain)* v. *United Mexican States* (1929), ibíd., vol. V (n.° de venta: 1952.V.3); *F. W. Flack, on behalf of the estate of the Late D. L. Flack (Great Britain)* v. *United Mexican States* (1929), ibíd., pág. 61; *Minnie Stevens Eschauzier (Great Britain)* v. *United Mexican States* (1931), ibíd., pág. 207; *Kren* (1953), ILR, vol. 20, pág. 233; *Perle* (1954), ibíd., vol. 21, pág. 161; *Bogovic* (1954), ibíd., pág. 156; *Hanover Bank* (1958), ibíd., vol. 26, pág. 334; *Friede* (1958-II), ibíd., pág. 352; y *Ruchwarger* (1959), ibíd., vol. 30, pág. 215.

[35] Reclamaciones *Perle* (1954), ibíd., vol. 21, pág. 161; *Dobozy* (1958-II), ibíd., vol. 26, pág. 345; *First National City Bank of New York* (1957), ibíd., pág. 323; y *Batavian National Bank* (1957), ibíd., pág. 346.

[36] *Op. cit.*, pág. 462.

[37] Whiteman, *Damages in International Law*, pág. 1320.

[38] *The Home Insurance Company (USA)* v. *United Mexican States*, Naciones Unidas, RSA, vol. IV (n.° de venta: 1951.V.1), pág. 48. No obstante, existe fundamento para la opinión de que el asegurador debería asumir los riesgos contemplados en la póliza, y por tanto no debería tener derecho a protección: *The Eagle Star and British Dominions Insurance Company (Ltd.) and Excess Insurance Company (Ltd.) (Great Britain)* v. *United Mexican States* (1931), ibíd., vol. V (n.° de venta: 1952.V.3), págs. 139 y 142.

[39] O'Connell, *op. cit.*, pág. 1051; y Hackworth, *Digest of International Law*, pág. 810.

[40] Véanse los casos relativos a los buques *Caldera*, *Circassian* y *Mechanic* en Whiteman, *Damages…*, págs. 1320 a 1328.

Capítulo III

Protección ejercida por una organización internacional y protección diplomática

A. Introducción

14. La relación entre la protección por una organización intergubernamental de un representante de dicha organización (denominada a veces protección funcional) y la protección diplomática se ha planteado en varias ocasiones en los debates de la Comisión sobre el tema de la protección diplomática. La cuestión que se debe abordar ahora es si esa relación debería contemplarse en el proyecto de artículos sobre protección diplomática y, en caso afirmativo, hasta qué punto y de qué manera. A continuación se proponen, para su examen por la Comisión, varios artículos en los que se tratan de abarcar todas las cuestiones que suscita dicha relación. Tal vez no sean necesarias cláusulas de salvaguardia como las propuestas en los artículos 23 y 24. Por otra parte, es probable que sea necesaria una disposición análoga al artículo 25, que contemplaría la relación entre la protección ejercida por una organización internacional y la protección diplomática.

Cuarta parte

PROTECCIÓN EJERCIDA POR UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL Y PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

«Artículo 23

Lo dispuesto en los presentes artículos se entiende sin perjuicio del derecho de una organización internacional a ejercer la protección respecto de uno de sus representantes lesionado por el hecho internacionalmente ilícito de un Estado.

Artículo 24

Lo dispuesto en los presentes artículos se entiende sin perjuicio del derecho de un Estado a ejercer la protección diplomática contra una organización internacional.

Artículo 25

Lo dispuesto en los presentes artículos se entiende sin perjuicio del derecho de un Estado a ejercer la protección diplomática respecto de un nacional que sea también representante de una organización internacional [cuando dicha organización no pueda ejercer la protección funcional respecto de esa persona o no esté dispuesta a hacerlo].»

B. Artículo 23

Lo dispuesto en los presentes artículos se entiende sin perjuicio del derecho de una organización internacional a ejercer la protección respecto de uno de sus representantes lesionado por el hecho internacionalmente ilícito de un Estado.

15. En su opinión consultiva de 1949 relativa al caso *Réparation*[41], la CIJ sostuvo que las Naciones Unidas eran una persona internacional, esto es, un «sujeto de derecho internacional, con capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, y que tenían capacidad para hacer valer sus derechos mediante la presentación de reclamaciones internacionales»[42]. La Corte razonó que:

> Para que un representante pueda desempeñar satisfactoriamente sus funciones, debe creer que la Organización le garantiza esa protección y que puede contar con ella. A fin de garantizar la independencia del representante y, en consecuencia, la acción independiente de la propia Organización, es fundamental que aquél desempeñe sus funciones sin tener que someterse a ninguna otra protección que no sea la de la Organización (a excepción, claro está, de la protección más directa e inmediata que debe dispensarle el Estado en cuyo territorio se encuentre). En particular, no debería tener necesidad de someterse a la protección de su propio Estado. De no ser así, su independencia se vería comprometida, contrariamente al principio aplicable en virtud del Artículo 100 de la Carta. Por último, es fundamental que el representante, independientemente de si el Estado al que pertenece es poderoso o débil, esté más o menos afectado por las complicaciones de la vida internacional o de acuerdo o no con su misión, sepa que en el desempeño de sus funciones está bajo la protección de la Organización. Esta seguridad es aún más necesaria cuando el representante es apátrida.
>
> Al examinar el carácter de las funciones confiadas a la Organización y la naturaleza de las misiones de sus representantes, es evidente que la capacidad de la Organización de dispensarles un cierto grado de protección funcional está implícita necesariamente en la Carta[43].

La Corte concluyó opinando:

> [q]ue en caso de que un representante de las Naciones Unidas sufra en el ejercicio de sus funciones daños en circunstancias que entrañen la responsabilidad de un Estado Miembro de la Organización, ésta tiene capacidad para presentar una reclamación internacional contra el gobierno responsable *de jure* o *de facto*, con miras a obtener la debida reparación de los daños causados a la víctima o a sus derechohabientes[44].

16. La opinión consultiva de la CIJ fue tenida presente por la Asamblea General en su resolución 365 (IV), de 1.º de diciembre de 1949, y ha sido seguida por la Corte en otras opiniones consultivas[45], si bien sólo como consecuencia necesaria, y por el Tribunal Administrativo de la OIT en el caso *Jurado* c. *OIT* (n.° 1)[46]. La práctica de las Naciones Unidas de presentar reclamaciones respecto de sus representantes ilícitamente lesionados por los Estados

---

[41] *C.I.J. Recueil 1949* (véase la nota 20 *supra*).

[42] Ibíd., pág. 179.

[43] Ibíd., págs. 183 y 184.

[44] Ibíd., pág. 187.

[45] *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1989*, págs. 195 y 196, y *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1999*, pág. 62, especialmente los párrafos 50, 51, 63 y 64. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 260 y *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 66, respectivamente.

[46] ILR, vol. 40 (1970), págs. 296 y 301.

constituye una prueba más de que la opinión de la Corte goza de aceptación[47].

17. Si bien hay semejanzas entre la protección funcional y la protección diplomática, existen también importantes diferencias. La protección diplomática es un mecanismo concebido para obtener reparación por daños sufridos por el nacional de un Estado en base al principio de que un daño a un nacional es un daño al propio Estado. Por otra parte, la protección funcional es un método para promover el buen funcionamiento de una organización internacional garantizando el respeto a sus representantes. A raíz de esas diferencias, tanto la CDI[48] como la Sexta Comisión[49] han llegado a la conclusión que la protección de un representante por una organización internacional no debe formar parte de un proyecto de artículos sobre protección diplomática. Respecto de la protección funcional hay muchas preguntas sin respuesta, de las cuales las más importantes son tal vez las siguientes: ¿Qué representantes de una organización internacional tienen derecho a protección[50]? ¿A qué organizaciones internacionales es aplicable? ¿A las Naciones Unidas únicamente o todas las organizaciones intergubernamentales[51]? ¿Es aplicable sólo a daños sufridos en el ejercicio de funciones oficiales[52]? ¿Tiene una organización internacional la obligación de proteger a sus representantes[53]? ¿Debe el representante lesionado agotar primero los recursos internos[54]? ¿Se puede ejercer la protección funcional contra el Estado de nacionalidad del representante lesionado[55]?

18. La protección de un representante por una organización internacional difiere de la protección diplomática de manera inherente. Además, existen tantos imponderables con respecto a esta modalidad de protección que es difícil discernir una norma consuetudinaria clara al respecto. En estas circunstancias, tal vez sea mejor excluir el tema del presente informe y dejar claro este punto en una cláusula de salvaguardia similar al artículo 23. Tal vez la Comisión desee expresar una opinión sobre si la protección funcional debe formar parte del estudio sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales. En muchos sentidos, entre este tema y la responsabilidad de las organizaciones internacionales existe la misma relación que entre la protección diplomática y la responsabilidad de los Estados, lo cual parecería indicar que el tema puede merecer un estudio separado.

C. Artículo 24

Lo dispuesto en los presentes artículos se entiende sin perjuicio del derecho de un Estado a ejercer la protección diplomática contra una organización internacional.

19. En la opinión consultiva *Réparation*, aunque la cuestión había interesado a algunos magistrados, la CIJ no abordó la cuestión de si un Estado puede ejercer la protección diplomática contra una organización internacional en nombre de un nacional[56]. En 1962, Ritter observó que éste era uno de los aspectos menos estudiados del derecho internacional[57]. Cuarenta años después, Wellens comentó que la observación de Ritter «es aún válida hoy día, pues la práctica de los Estados es poco común y la jurisprudencia todavía no ha abordado explícitamente la cuestión de si ese ejercicio es viable»[58].

20. A todas luces, este tema está vinculado con la protección diplomática. Se aplicarán las normas que rigen la

[47] Véase el informe del Secretario General sobre reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, A/1347, de 5 de septiembre de 1950, y los informes sobre el estado de las reclamaciones por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, A/1851, de 10 de agosto de 1951 y A/2180, de 12 de septiembre de 1952; véase también la Memoria anual del Secretario General sobre la labor de la Organización, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Suplemento n.° 1* (A/1287), págs. 137 y ss.; ibíd., *sexto período de sesiones, Suplemento n.° 1* (A/1844), págs. 203 y ss.; ibíd., *séptimo período de sesiones, Suplemento n.° 1* (A/2141), págs. 172 y ss.; ibíd., *octavo período de sesiones, Suplemento n.° 1* (A/2404), pág. 157; ibíd., *noveno período de sesiones, Suplemento n.° 1* (A/2663), pág. 119; e ibíd., *décimo período de sesiones, Suplemento n.° 1* (A/2911), pág. 122; Práctica seguida por las Naciones Unidas, los organismos especializados y el Organismo Internacional de Energía Atómica en relación con su condición jurídica, privilegios e inmunidades: estudio preparado por la Secretaría, *Anuario… 1967*, vol. II, págs. 225 a 228; Seyersted, «United Nations Forces: Some Legal Problems», págs. 424 a 426; Bowett, *United Nations Forces*, pág. 243; informes anuales del Director del Organismo de Obras Públicas y Socorro a los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, undécimo período de sesiones, Suplemento n.° 14* (A/3212), anexo G, párr. 17; ibíd., *duodécimo período de sesiones, Suplemento n.° 14* (A/3686), anexo H, párr. 8; ibíd., *decimotercer período de sesiones, Suplemento n.° 14* (A/3931), anexo H, párr. 5; ibíd., *decimocuarto período de sesiones, Suplemento n.° 14* (A/4213), anexo H, párr. 7; Brownlie, *op. cit.*, págs. 654 y 655; Financiación de las fuerzas de las Naciones Unidas encargadas del mantenimiento de la paz en el Oriente Medio: Fuerza Provisional de las Naciones Unidas en el Líbano, A/51/725/Add.1, 11 de junio de 1997, párr. 8; resolución 51/233 de la Asamblea General, de 25 de junio de 1997, párr. 8; véanse también las siguientes resoluciones de la Asamblea General en las que se insta al cumplimiento por parte de Israel: 52/337, de 30 de julio de 1998; 53/227, de 30 de junio de 1999; 54/267, de 21 de julio de 2000; 55/180, de 12 de enero de 2001; 55/180 B, de 17 de julio de 2001; 56/214, de 22 de enero de 2002; 56/214 B, de 17 de julio de 2002; y 57/325, de 17 de julio de 2003.

[48] *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), págs. 52 y 54, párrs. 122 y 145, respectivamente.

[49] Los oradores que intervinieron en el debate de la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI en 2002 y 2003 se expresaron con claridad en este sentido.

[50] Véase la opinión separada del magistrado Azevedo en *Réparation, C.I.J. Recueil 1949* (nota 20 *supra*), págs. 193 a 195; y Hardy, «Claims by international organizations in respect of injuries to their agents», págs. 522 y 523.

[51] Brownlie, *op. cit.*, págs. 654 y 655. Véanse también las opiniones en disidencia de los magistrados Hackworth y Badawi Pacha en el caso *Réparation, C.I.J. Recueil 1949* (nota 20 *supra*), págs. 200 y 210, respectivamente; Pescatore, «Les relations extérieures des Communautés européennes: contribution à la doctrine de la personnalité des organisations internationales», págs. 218 y 219; y Schermers y Blokker, *International Institutional Law*, pág. 1184, párr. 1857.

[52] Hardy, *loc. cit.*, págs. 521 a 523.

[53] *Jurado* c. *OIT* (nota 46 *supra*), pág. 301; Pescatore, *loc. cit.*, pág. 218; y Akehurst, *The Law Governing Employment in International Organizations*, págs. 99 y 100.

[54] Cançado Trindade, «Exhaustion of local remedies and the law of international organizations», págs. 82 y 83; Eagleton, «International organization and the law of responsibility», págs. 351 y 352; Hardy, *loc. cit.*, pág. 526; Amerasinghe, *Principles of the institutional law of international organizations*, págs. 440 y 441; y *Local Remedies in International Law*, págs. 372 y 373.

[55] La CIJ respondió afirmativamente a esta pregunta en *Réparation, C.I.J. Recueil 1949* (nota 20 *supra*), pág. 186. En contra, véase la opinión en disidencia del magistrado Krylov, ibíd., pág. 218.

[56] Véase, por ejemplo, la opinión disidente del magistrado Krylov, ibíd., pág. 219.

[57] «La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale», págs. 454 y 455.

[58] *Remedies against international organizations*, pág. 74.

nacionalidad, si bien acaso sea necesario introducir algunas enmiendas en la normativa sobre doble nacionalidad cuando la persona sea nacional del Estado demandante y agente de la organización internacional demandada. No hay certidumbre en cuanto a si se aplicarán las normas relativas al agotamiento de los recursos internos como lo demuestran las diversas opiniones de los tratadistas respecto del tema[59]. A pesar de la afinidad de este tema con la protección diplomática, parecería que corresponde examinarlo en el contexto del estudio por la Comisión del tema de la responsabilidad de las organizaciones internacionales, pues se refiere fundamentalmente a las cuestiones de atribución, responsabilidad y reparación. Además, los presentes proyectos de artículos se refieren principalmente a la protección diplomática desde el punto de vista del Estado demandante, esto es, las circunstancias en las que se puede entablar una reclamación, y no desde el punto de vista del Estado demandado. Inevitablemente, el estudio de la protección diplomática contra una organización internacional concentraría la atención en la cuestión relativa a saber si y, en caso afirmativo, cómo se podría ejercer esa protección contra una entidad distinta de un Estado, dotada de personalidad jurídica definida por su propio acto constitutivo y no por el derecho internacional consuetudinario. En esas circunstancias, se sugirió que el asunto se debía examinar en el contexto del estudio de la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Es sumamente dudoso que ello requiera una mención en una cláusula de salvaguardia como la sugerida en el artículo 24.

D. Artículo 25

Lo dispuesto en los presentes artículos se entiende sin perjuicio del derecho de un Estado a ejercer la protección diplomática respecto de un nacional que sea también agente de una organización internacional [cuando dicha organización no pueda ejercer la protección funcional respecto de esa persona o no esté dispuesta a hacerlo]. 21. La cuestión de si un Estado puede ejercer la protección diplomática respecto de un nacional que sea un agente de una organización internacional corresponde a todas luces al ámbito del presente estudio. Ello se desprende de los debates celebrados tanto en la CDI[60] como en la Sexta Comisión[61].

22. La preocupación de los Estados por el derecho de protección diplomática si se autorizaba a las Naciones Unidas a entablar reclamaciones en nombre de sus nacionales *qua* agentes de la organización[62] se plasmó en la pregunta planteada a la CIJ en la opinión consultiva *Réparation*. La Asamblea General pidió a la Corte que, si respondía afirmativamente que las Naciones Unidas podían entablar una reclamación contra un Estado a fin de obtener la reparación por los daños causados a un agente, opinara sobre «cómo debe conciliarse la acción de las Naciones Unidas con los derechos a que sea acreedor el Estado de donde procede la víctima»[63].

23. En su respuesta a esta cuestión, la CIJ reconoció desde un principio que el daño causado a un agente de las Naciones Unidas (que no fuera nacional del Estado reclamante) podría dar lugar a «concurrencia entre el derecho del Estado a la protección diplomática y el derecho de la Organización a la protección funcional»[64]. La Corte añadió lo siguiente:

> En ese caso, no existe una norma jurídica que asigne prioridad a una reclamación o a la otra o que obligue al Estado o a la Organización a abstenerse de entablar una reclamación internacional. La Corte no ve por qué razón las partes interesadas no podrían hallar soluciones inspiradas por la buena voluntad y el sentido común y, en cuanto concierne a la situación entre la Organización y sus Miembros, señala a la atención el deber de éstos últimos de prestarle «toda clase de ayuda», conforme a lo dispuesto en el párrafo 5 del Artículo 2 de la Carta.
>
> Aunque los fundamentos de ambas reclamaciones son distintos, ello no significa que el Estado demandado pueda ser compelido a pagar dos veces la reparación debida respecto del daño. Los tribunales internacionales ya están familiarizados con el problema de una reclamación en la cual están interesados dos o más Estados nacionales y saben cómo proteger al Estado demandado en ese caso.
>
> El riesgo de concurrencia entre la Organización y el Estado nacional se puede reducir o eliminar, sea mediante una convención general, sea mediante acuerdos concertados en cada caso particular. Es indudable que oportunamente se desarrollará una práctica y cabe señalar que algunos Estados cuyos nacionales han sido víctimas de daños en el desempeño de misiones en nombre de la Organización ya han manifestado una disposición razonable y cooperativa a encontrar una solución práctica[65].

La CIJ pasó seguidamente a examinar el problema que podía plantearse cuando el agente era nacional del Estado demandado. A ese respecto, la Corte dijo lo siguiente:

> La práctica ordinaria a tenor de la cual un Estado no ejerce protección en nombre de uno de sus nacionales contra un Estado que considera a éste como su propio nacional no constituye un precedente aplicable en el presente contexto. La acción de la Organización en verdad no se basa en la nacionalidad de la víctima, sino en el estatuto de ésta *qua* agente de la Organización. Por lo tanto, no importa que el Estado contra el cual se entable la reclamación lo considere o no como su propio nacional porque la cuestión de la nacionalidad no es pertinente a los fines de la admisibilidad de la reclamación.
>
> En derecho, por lo tanto, no parece que la circunstancia de la posesión de la nacionalidad del Estado demandante por el agente constituya un obstáculo a una reclamación entablada por la Organización por el incumplimiento de obligaciones para con ella que se produzca en relación con el desempeño de su misión por ese agente[66].

---

[59] Eagleton, *loc. cit.*, págs. 411 y 412; Wellens, *op. cit.*, págs. 76 a 78; Cançado Trindade, *loc. cit.*, págs. 83 a 85; Amerasinghe, *Local Remedies...*, págs. 373 a 377; Schermers y Blokker, *op. cit.*, págs. 1184 y 1185, párr. 1858; Gramlich, «Diplomatic protection against acts of intergovernmental organs», pág. 398; y Ritter, *loc. cit.*

[60] *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), pág. 52, párr. 123.

[61] En los debates de 2002 y 2003 en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI, se expresó apoyo en favor del examen del tema. Véanse, en particular, las intervenciones de Marruecos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 21.ª sesión (A/C.6/57/SR.21), párr. 20; la República Islámica del Irán, ibíd., párr. 28; Portugal, ibíd., 24.ª sesión (A/C.6/57/SR.24), párr. 12, y Argelia, 26.ª sesión (A/C.6/57/SR.26), párr. 39, en 2002, y Alemania, ibíd., *quincuagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión*, 14.ª sesión (A/C.6/58/SR.14), párr. 61; la República de Corea, 16.ª sesión (A/C.6/58/SR.16), párr. 81; el Japón, ibíd., párr. 86, y Portugal, ibíd., 18.ª sesión (A/C.6/58/SR.18), párr. 2, en 2003.

[62] Véanse las intervenciones en la Sexta Comisión en el debate que precedió a la aprobación de la solicitud de una opinión consultiva: *Yearbook of the United Nations 1948-49* (n.° de venta: 1950.I.II), págs. 936 a 938; y *Documents officiels de la troisième session de l'Assemblée générale, Questions juridiques, Sixième Commission, Comptes rendus analytiques des séances*, 112.ª y 121.ª sesiones, págs. 518 y 610.

[63] *C.I.J. Recueil 1949* (nota 20 *supra*), pág. 175.

[64] Ibíd., pág. 185.

[65] Ibíd., págs. 185 y 186.

[66] Ibíd., pág. 186.

La CIJ llegó a la siguiente conclusión:

> Cuando las Naciones Unidas *qua* Organización entablan reclamación por reparación de daños causados a su agente, sólo pueden hacerlo fundando su reclamación en el incumplimiento de obligaciones para con ella; la observancia de esta norma evitará por lo común un conflicto entre la acción de las Naciones Unidas y los derechos que pueda poseer el Estado nacional del agente y, por ende, llevará a una conciliación entre sus reclamaciones; además, esta conciliación habrá de depender de las consideraciones aplicables en cada caso particular y de los acuerdos que concierten la Organización y los Estados individualmente, ya sea con carácter general o en cada caso particular[67].

24. La circunstancia de que la CIJ no hubiera dado claras directrices en cuanto a la forma en que se podrían conciliar la protección funcional y la protección diplomática causó inquietud a los magistrados disidentes[68] y a los oradores en el debate sobre la opinión consultiva celebrada en la Sexta Comisión[69]. Sin embargo, no se formularon propuestas definidas para lograr esa conciliación como no fueran la negociación entre las partes interesadas y la posibilidad de una convención general sobre el tema[70]. Que la negociación *ad hoc* se consideró como la opción que brindaba la mejor solución al problema se confirmó tanto en el informe del Secretario General sobre la opinión consultiva[71] como en la resolución que la Asamblea General aprobó posteriormente sobre la opinión, que autorizó «al Secretario General a adoptar las providencias y a negociar en cada caso los acuerdos necesarios para conciliar la acción de las Naciones Unidas y los derechos que pudiere tener el Estado del cual fuese nacional la víctima»[72]. Es interesante recordar que los oradores del bloque soviético en la Sexta Comisión repudiaron enérgicamente la opinión consultiva de la CIJ porque adujeron que socavaba el derecho soberano de un Estado de proteger a sus nacionales[73].

25. En esencia, la relación entre la protección funcional y la protección diplomática plantea cuatro cuestiones que se justifica examinar y que tuvo ante sí la CIJ en la opinión consultiva *Réparation*:

a) La posibilidad de reclamaciones múltiples;

b) El derecho de las Naciones Unidas a entablar una reclamación en nombre de un agente contra el Estado de la nacionalidad de éste;

c) La cuestión de si se puede distinguir claramente entre protección funcional y protección diplomática;

d) La prioridad de las reclamaciones.

26. Las reclamaciones múltiples no presentan un problema grave. Como observó la CIJ en la opinión consultiva *Réparation*[74], el fenómeno no es nuevo, pues los tribunales internacionales han adquirido experiencia en el asunto cuando han entendido en reclamaciones concurrentes sobre protección diplomática en que intervienen personas con doble nacionalidad. El principio importante que se ha de aplicar en este caso es que no debiera haber duplicación de pagos por daños por parte del Estado demandado, principio que hicieron suyo tanto la Corte[75] como el Secretario General en su informe sobre la aplicación de la opinión consultiva[76]. Los proyectos de artículos sobre reclamaciones respecto de nacionales múltiples[77] no mencionan este principio obvio. Al parecer, pues, no hay razón que justifique incluirlo en una disposición sobre reclamaciones concurrentes entre protección funcional y diplomática.

27. El pronunciamiento de la CIJ en la opinión consultiva *Réparation*[78] a favor del derecho de una organización internacional a entablar una reclamación en nombre de un agente contra el Estado de la nacionalidad de éste se consideró como un alejamiento del principio general[79], básicamente porque en ese tiempo, como la Corte lo reconoció, no era una norma aceptada del derecho internacional consuetudinario que un Estado de la nacionalidad pudiera entablar reclamación en nombre de una persona con doble nacionalidad contra otro Estado de la nacionalidad. Ahora que se acepta que se puede entablar esa reclamación cuando la nacionalidad del Estado demandante es la principal[80], este aspecto de la opinión consultiva de la Corte está en armonía con los principios de la protección diplomática. No es necesario hacer una mención especial de este asunto en un proyecto de artículo por dos razones: primera, porque el principio concuerda con el proyecto de artículo 6; segunda, porque toda tentativa por enunciar un principio de predominancia del nexo con una organi-

---

[67] Ibíd., pág. 188.

[68] Véanse las opiniones de los magistrados Azevedo y Krylov, ibíd., págs. 193 a 195, y 217 y 218, respectivamente.

[69] Véanse *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuarto período de sesiones, Sexta Comisión, Actas resumidas*, 183.ª a 187.ª sesiones.

[70] Ibíd., declaración de los Estados Unidos, Francia y el Reino Unido, 183.ª sesión; y el Líbano, 184.ª sesión.

[71] Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas: dictamen de la Corte Internacional de Justicia e informe del Secretario General (A/955; A/960), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, anexo, tema 51 del programa. El párrafo 21 del informe dice como sigue:

> «Con sujeción a la aprobación de la Asamblea General, el Secretario General propone que se adopte el siguiente procedimiento: determinar qué casos parecen ser los que entrañan mayores responsabilidades de un Estado; consultar con el Gobierno del país del cual la víctima sea nacional, a fin de determinar si tal Gobierno no opone objeción alguna a la presentación de la reclamación o si desea que la presentación sea conjunta; en cada uno de dichos casos, presentar al Estado en cuestión una petición tendiente a la iniciación de las negociaciones para determinar los hechos y si hubiere lugar, la cuantía de las reparaciones. En el caso de que surgieren divergencias entre el Secretario General y el Estado interesado, que no pudieren ser zanjadas mediante negociaciones, se podría proponer someter las divergencias al arbitraje. El tribunal arbitral podría estar compuesto de un árbitro nombrado por el Secretario General, otro nombrado por el respectivo Estado y un tercero que sería nombrado por acuerdo de los dos árbitros o, a falta de tal acuerdo, por el Presidente de la Corte Internacional de Justicia.»

[72] Resolución 365 (IV) de la Asamblea General, de 1.º de diciembre de 1949, párr. 2.

[73] Véase la nota 69 *supra*: *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuarto período de sesiones, Sexta Comisión, Actas resumidas*, declaraciones de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, 183.ª sesión; Polonia y Checoslovaquia, 184.ª sesión. Véase también Mitrofanov, *Los funcionarios de las organizaciones internacionales*, pág. 48.

[74] Véase la nota 20 *supra*; texto citado en el párrafo 23 *supra*. Véase también Kudriavtzev, *Derecho internacional*, pág. 79.

[75] *C.I.J. Recueil 1949* (nota 20 *supra*).

[76] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuarto período de sesiones, Sexta Comisión* (véase la nota 71 *supra*), párr. 23.

[77] Arts. 5 y 7.

[78] *C.I.J. Recueil 1949* (nota 20 *supra*), pág. 186.

[79] Véase la observación del magistrado Krylov, ibíd., pág. 218. Véase también Boyars, *Citizenship in International and National Law*, pág. 68.

[80] Véase el artículo 6 del presente proyecto de artículos. Véase también, Vereshchetin, *Derecho internacional*, pág. 75.

zación internacional obligaría a examinar las prácticas de empleo y nombramiento de los agentes por parte de la organización en cuestión, asunto que está excluido del ámbito del presente estudio.

28. Cabe presumir que la manera más eficaz de conciliar las reclamaciones de protección funcional con las de protección diplomática sería formular directrices que determinaran con claridad el tipo de agentes a los cuales se les aplicaría la protección funcional y que, además, determinaran los parámetros de las funciones que tienen derecho a esa protección. Una vez que se determine a quién se puede considerar agente y qué acciones se han de considerar funciones oficiales a los fines de la protección funcional, ésta se podría encuadrar dentro de límites precisos. Únicamente las personas y los actos encuadrados dentro de esos límites podrían ser objeto de protección funcional, y los que quedaran excluidos podrían ser objeto de protección diplomática. Se eliminaría así la concurrencia entre ambos regímenes, que quedarían enteramente conciliados. En la práctica, sin embargo, no es tan fácil demarcar una clara distinción entre ambos regímenes conforme a estos lineamientos.

29. El pronunciamiento de la CIJ en la opinión consultiva *Réparation* no brinda claras directrices sobre este tema. En cuanto a quién es un agente, la Corte dice que:

> interpreta el término «agente» en su acepción más lata, es decir, toda persona a la que, sea o no un representante remunerado y sea o no un funcionario permanente, un órgano de la Organización le ha encomendado la ejecución o la contribución a la ejecución de una de sus funciones, en síntesis, una persona por cuyo intermedio actúa ese órgano[81].

En cuanto a la cuestión del tipo de funciones que pueden ser objeto de protección, se debe recordar que, en la opinión consultiva *Réparation*, la CIJ examinó un daño sufrido directamente en el desempeño de las funciones del agente. Así lo subrayó el Sr. Kerno, en su alegato en nombre de las Naciones Unidas, al destacar que las Naciones Unidas no pretendían un derecho general a entablar reclamaciones en nombre de sus representantes, sino sólo un derecho limitado respecto de daños sufridos al servicio de la Organización[82]. La Corte, en consecuencia, encaró la cuestión que tenía ante sí en el supuesto

> de que el daño por el cual se demanda reparación se deriva del incumplimiento de una obligación destinada a ayudar a un agente de la Organización *en el desempeño de sus funciones**. No se trata de un caso en que el acto o la omisión ilícitos constituirían meramente una infracción de las obligaciones generales de un Estado respecto del estatuto de los extranjeros; las reclamaciones entabladas por ese motivo entrarían dentro de la competencia del Estado nacional y, por regla general, quedarían excluidas de la competencia de la Organización[83].

Que la CIJ se interesó únicamente en las funciones oficiales del agente se desprende también con claridad de su afirmación de que:

> la Organización puede considerar y, en verdad, ha considerado necesario confiar a sus agentes misiones importantes que se han de desempeñar en lugares del mundo donde reina la agitación. Muchas misiones, por su misma naturaleza, exponen a los agentes a peligros excepcionales a los cuales no están expuestos los particulares en general[84].

Si bien se puede interpretar que sustenta la tesis de que las Naciones Unidas tienen derecho de protección cuando un funcionario sufre un daño en el desempeño de sus funciones oficiales, pero no cuando el daño se produce en el curso de una actividad privada[85], la opinión de la Corte no tiene en cuenta los límites exteriores de las funciones oficiales.

30. El magistrado Azevedo destacó en su opinión separada en la opinión consultiva *Réparation* que el término «agente» se presta a interpretaciones diferentes. En su opinión, el término «agente» abarca a los representantes o expertos nombrados directamente por la organización, sea cual fuere su nacionalidad, mas no a los representantes de los Estados miembros o a los expertos nombrados en razón de su nacionalidad[86]. ¿Se entendería por «agente», conforme a esta interpretación, a un relator especial nombrado directamente por las Naciones Unidas, con prescindencia de su nacionalidad, pero no a los miembros de la Comisión elegidos por la Asamblea General en elecciones en las cuales se tiene en cuenta el factor de la distribución geográfica? Este interrogante ilustra la incertidumbre que acompaña al término «agente».

31. Los límites que se han de imponer a los actos que caen dentro del desempeño de funciones oficiales son incluso más controvertidos. Evidentemente, aunque se puede ver un foco de certidumbre, hay muchos problemas en la penumbra —para usar la terminología de Fuller— que todavía no se han resuelto[87]. ¿Pueden las Naciones Unidas ejercer la protección funcional cuando el arrendador de un agente, agraviado por la falta de pago del arriendo, irrumpe en el despacho del agente en las Naciones Unidas y dispara un arma contra él? ¿Sería distinta la situación si el arrendador causara la muerte al agente en el domicilio de éste? ¿Abarca la protección funcional el daño sufrido por un funcionario de las Naciones Unidas en uso de licencia? ¿Abarca a un funcionario de las Naciones Unidas en misión especial que pierde la vida en un restaurante por la acción de terroristas que no se oponen a las Naciones Unidas, pero sí al gobierno del Estado anfitrión? Los ejemplos de este género abundan. Hardy, tras examinar ejemplos de esta índole y recordando la observación de la CIJ de que «[c]uando las Naciones Unidas *qua* Organización entablan reclamación por reparación de daños causados a su agente, sólo pueden hacerlo fundando su reclamación en el incumplimiento de obligaciones para con ella»[88], aduce lo siguiente:

---

[81] *C.I.J. Recueil 1949* (nota 20 *supra*), pág. 177.

[82] *C.I.J. Mémoires, Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, pág. 65.

[83] *C.I.J. Recueil 1949* (nota 20 *supra*), pág. 182.

[84] Ibíd., pág. 183.

[85] Seyersted, *loc. cit.*, pág. 424; Amerasinghe, *Principles…*, pág. 440. Esta interpretación de la opinión consultiva *Réparation* fue seguida por el Tribunal Administrativo de la OIT en *Jurado* c. *OIT* (nota 46 *supra*). Véase también Remiro Brotóns y otros, *Derecho internacional*, págs. 514 y 515.

[86] *C.I.J. Recueil 1949* (nota 20 *supra*), pág. 195. Véase también la opinión en disidencia del magistrado Krylov, ibíd., pág. 218. Véase asimismo Hardy, *loc. cit.*, págs. 522 y 523, que sugiere que debería haber un «nexo genuino» entre la organización y el agente. Portugal hizo una sugerencia similar en el debate en la Sexta Comisión en 2003 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/58/SR.18), párr. 2).

[87] «Positivism and fidelity to law – A reply to professor Hart», pág. 635.

[88] *C.I.J. Recueil 1949* (nota 20 *supra*), pág. 188.

Aunque, por ende, la opinión se refirió estrictamente a las reclamaciones respecto de daños sufridos en el desempeño de funciones oficiales, se sugiere que, en verdad, se trata de un fundamento para entablar reclamaciones dentro de un ámbito menos restringido, a saber, de resultas de incumplimientos de obligaciones para con la Organización misma que tienen por finalidad salvaguardar al agente en beneficio de la Organización[89].

32. A la luz de las incertidumbres que acompañan al significado tanto del término «agente» como del ámbito de las funciones oficiales, no parece atinado redactar una disposición en el sentido de que la protección funcional puede ser ejercida por una organización internacional respecto de un daño causado a un agente en el desempeño de sus funciones oficiales y de que los demás daños causados a esa persona han de quedar subsumidos en el tema de la protección diplomática[90]. Esa norma, además de estar viciada por la incertidumbre, se injeriría en la esfera de la protección funcional que, por acuerdo general, corresponde a otro estudio.

33. La sugerencia de que el criterio que se ha de emplear para determinar si una organización internacional o el Estado de la nacionalidad debe ejercer protección es el de la preponderancia —si el hecho internacionalmente ilícito estuvo principalmente dirigido contra la organización internacional o el Estado de la nacionalidad del agente lesionado— está viciada por razones similares a las expuestas más arriba. En situaciones de penumbra como las descritas en el párrafo 31 *supra*, en las que no se percibe con claridad si el agente está desempeñando funciones oficiales al tiempo de producirse el daño, será imposible determinar si sufrió el daño porque era un representante de la organización internacional o porque era nacional de un Estado determinado. En verdad, en muchos de esos casos, el agente habrá sido el blanco de la acción por razones desvinculadas de su empleo o nacionalidad.

34. Un método más útil de conciliar reclamaciones concurrentes podría ser el de atribuir prioridad a la protección funcional cuando entre en conflicto con la protección diplomática. El expositor más destacado de esta tesis es Eagleton que, en sus cursos de La Haya de 1950[91], adujo las siguientes razones para acordar prioridad a una reclamación de las Naciones Unidas:

a) Es importante que las Naciones Unidas puedan proteger a sus agentes. El agente corre el riesgo de sufrir un daño sólo por su pertenencia a las Naciones Unidas y, en consecuencia, éstas deben asumir responsabilidad por la protección del agente. Es importante que la Organización pueda demostrar a sus posibles funcionarios su disposición a brindarles protección y esta protección no se puede dejar librada al Estado de la nacionalidad, que no siempre podrá brindar una protección eficaz o estará dispuesto a hacerlo.

b) El Estado de la nacionalidad no estará muchas veces interesado en entablar una reclamación y acaso «se sienta más conforme si se le libera de la carga»[92] de hacerlo, dados los gastos que involucra, su probable falta de conocimientos de las circunstancias del caso y la posibilidad de perjudicar sus relaciones con el Estado demandado.

c) El Estado demandado, en particular si es un Estado pequeño, preferirá por lo común entenderse con las Naciones Unidas que con otro Estado (especialmente si se trata de un Estado más poderoso o agresivo).

d) El agente mismo invariablemente preferirá que su reclamación sea entablada por las Naciones Unidas y no por el Estado de su nacionalidad. Muchas veces no se apreciará con certeza si el Estado de la nacionalidad ejercerá la protección diplomática e incluso si la ejerce no se sabrá con qué grado de diligencia abogará por la causa del damnificado, en razón de consideraciones de carácter político. Además, los Estados más pequeños en particular no pueden valerse del mismo poder político o lograr los mismos niveles de publicidad y simpatía que las Naciones Unidas.

e) A la luz del Artículo 100 de la Carta de las Naciones Unidas, que dispone que los funcionarios de las Naciones Unidas deben lealtad a la Organización y se deben abstener de recibir o aceptar instrucciones del Estado de su nacionalidad, el agente tiene un nexo más estrecho y pertinente con las Naciones Unidas que con su Estado nacional.

f) El derecho internacional exige un grado de diligencia en la protección de un funcionario más elevado que el grado de diligencia debido a un particular[93]. Por esta razón el damnificado acaso prefiera que sean las Naciones Unidas quienes entablen la reclamación y no su propio Estado.

g) Las Naciones Unidas «constituyen un todo más importante que sus partes»[94]. En consecuencia, por analogía con el Artículo 103 de la Carta, los intereses de las Naciones Unidas prevalecerán sobre los del Estado Miembro en caso de conflicto.

35. Ciertamente se justifica el argumento esgrimido por Eagleton de que la reclamación de las Naciones Unidas ha de tener prioridad. No se advierte con igual claridad que estos argumentos se apliquen con la misma fuerza a otras organizaciones internacionales, pues varios de ellos se sustentan en la Carta de las Naciones Unidas como fuente superior de derecho. Además, no existe sustento para el principio de la prioridad en la práctica de las Naciones Unidas. Sin embargo, el principio de la prioridad de una reclamación de protección de un agente por una organización internacional está incluido en el texto entre corchetes del proyecto de artículo 25. El efecto de la frase entre corchetes es brindar a la organización internacional una oportunidad de afirmar prioritariamente su pretensión de protección funcional contra el Estado infractor. La organización acaso no pueda hacerlo por diversas razones. Por ejemplo, el «agente» puede no reunir los recaudos para tener derecho a la protección; el acto lesivo acaso haya ocurrido fuera del ámbito del desempeño de sus deberes, o el acto constitutivo de la organización acaso

[89] *Loc. cit.*, pág. 520.

[90] La República de Corea hizo una propuesta en ese sentido en la Sexta Comisión en 2003 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/58/SR.16), párr. 81).

[91] *Loc. cit.*, págs. 361 a 363.

[92] Ibíd., pág. 361.

[93] Para más detalle sobre este tema, véase Hardy, *loc. cit.*, pág. 517.

[94] Eagleton, *loc. cit.*, pág. 364.

no reconozca la protección funcional en general o en las circunstancias particulares del caso. En ese caso, el derecho residual del Estado de la nacionalidad del agente tendrá vigencia cuando el Estado nacional decida otorgar protección diplomática. Este derecho residual se activará también cuando, según los hechos del caso de que se trate, la organización decida, en el ejercicio de su discrecionalidad, abstenerse de brindar protección. (Aunque no hay certeza de que esto haya de ser posible a la luz de la autoridad de la tesis de que la organización está obligada a brindar protección funcional a un agente por los daños sufridos en el curso de sus deberes oficiales[95].)

36. La Comisión tal vez prefiera aprobar una norma que se limite a reconocer el derecho de un Estado a ejercer la protección diplomática cuando también haya la posibilidad de protección funcional, mediante la exclusión de la frase entre corchetes a favor de la prioridad de la protección funcional. Ello armonizaría con el criterio aplicado por la CIJ en la opinión consultiva *Réparation*[96] y el informe presentado por el Secretario General después de dictada la opinión[97] de que no existe una norma jurídica que asigne prioridad a una reclamación o a la otra y que deja librada a la buena voluntad y el sentido común[98] de las partes interesadas la conciliación de las reclamaciones concurrentes mediante negociación y acuerdo. Que hay fundamento en este enfoque pragmático[99] encuentra corroboración en el hecho de que, en la práctica, las reclamaciones concurrentes se han conciliado mediante negociaciones[100] y, por lo que sabe el Relator Especial, no se ha registrado caso alguno en que se haya planteado un conflicto entre una organización internacional y el Estado de la nacionalidad. Por otra parte, se puede sostener que, en ausencia del principio de la prioridad, la norma poco añade al derecho vigente, reformula lo obvio y, por lo tanto, se puede omitir enteramente.

[95] Véanse las fuentes citadas en la nota 53 *supra*.

[96] *C.I.J. Recueil 1949* (nota 20 *supra*), págs. 185, 186 y 188.

[97] A/955 (véase la nota 71 *supra*). Véase también Remiro Brotóns y otros, *op. cit.*, pág. 515.

[98] *C.I.J. Recueil 1949* (nota 20 *supra*), págs. 185 y 186.

[99] En el debate celebrado en 2003 en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI, Alemania hizo una sugerencia pragmática que incorpora el principio de la prioridad (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión*, 14.ª sesión (A/C.6/58/SR.14), párr. 61): «Respecto del conflicto de derechos concurrentes a ejercer la protección diplomática entre el Estado de la nacionalidad del agente y la organización», se debe adoptar un criterio pragmático. Por cuando la protección diplomática atiende al derecho de un Estado o de una organización internacional, Alemania estima que «el criterio decisivo debe ser si el hecho internacionalmente ilícito va dirigido principalmente contra la organización o contra el Estado del que el agente es nacional». Sin embargo, la persona internacional menos afectada, sea la organización, sea el Estado, debiera tener derecho a ejercer el derecho de la protección diplomática si la más afectada no puede o no quiere ejercer la protección diplomática.

[100] Véase el informe sobre las negociaciones celebradas por el Secretario General con los Estados Unidos, Francia, Noruega y Suecia antes de adoptar medidas respecto de diversas muertes y lesiones en el Oriente Medio en 1948: Informe del Secretario General sobre el estado de las reclamaciones por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas (A/1851, 10 de agosto de 1951, y A/2180, 12 de septiembre de 1952 (nota 47 *supra*)).

Capítulo IV

Los derechos humanos, la protección diplomática y la cláusula general de salvaguardia

A. Artículo 26

Lo dispuesto en los presentes artículos se entiende sin perjuicio del derecho que un Estado distinto del Estado con derecho a ejercer la protección diplomática o una persona física pueda tener de resultas de un hecho internacionalmente ilícito.

37. En el primer informe sobre la protección diplomática presentado por el actual Relator Especial en 2000 se destacó que las normas del derecho internacional consuetudinario en materia de protección diplomática que han evolucionado en el curso de varios siglos, y los principios más recientes que rigen la protección de los derechos humanos, se complementan y, en última instancia, atienden a un objetivo común: la protección de los derechos humanos[101]. Los presentes artículos deben aclarar, por lo tanto, que no tienen por objeto excluir los derechos de los Estados distintos del Estado de la nacionalidad del damnificado a proteger a esa persona conforme al derecho internacional consuetudinario o a un tratado multilateral o bilateral de derechos humanos, o tener primacía sobre esos derechos.

38. Un Estado puede proteger a un extranjero contra el Estado de la nacionalidad de una persona que ha sufrido un daño o un tercer Estado en actuaciones entre Estados conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[102], la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial[103], la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes[104], el Convenio europeo de derechos humanos[105], la Convención americana sobre derechos humanos[106] y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos[107]. Análogamente, el derecho internacional consuetudinario autoriza a los Estados a proteger los derechos de los extranjeros mediante protesta, negociación y, si un instrumento jurisdiccional lo permite, acciones judiciales. La decisión de la CIJ en los casos *Sud-Ouest africain*[108], a tenor de la cual un Estado se vería impedido de incoar una acción judicial para proteger los derechos de extranjeros, no se considera hoy día una

[101] *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/506 y Add.1, en particular los párrafos 22 a 32. El Relator Especial señaló que «la protección diplomática sigue siendo un arma importante en el arsenal de la protección de los derechos humanos» (párr. 32).

[102] Art. 41.

[103] Art. 11.

[104] Art. 21.

[105] Art. 24.

[106] Art. 45.

[107] Arts. 47 a 54.

[108] Segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1966*, pág. 6. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 96.

jurisprudencia acertada y fue repudiada expresamente por la Comisión en su proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados[109]. Por otra parte, el artículo 48 de ese proyecto de artículos autoriza a un Estado distinto del Estado lesionado a invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto.

39. La persona física está dotada también de derechos y recursos para protegerse contra el Estado responsable del daño —sea el Estado de la nacionalidad de la persona u otro Estado— en los términos de los instrumentos internacionales de derechos humanos. En el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados se incorporó una cláusula de salvaguardia —el artículo 33— para tener en cuenta este desarrollo del derecho internacional.

40. En esas circunstancias, bien podría ser atinado incluir una cláusula de salvaguardia en el actual proyecto de artículos a tenor del artículo 26.

B. Variante del artículo 21

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

41. Tanto en los debates en la CDI[110] como en la Sexta Comisión sobre la propuesta de que se incluyera una *lex specialis* en el actual proyecto de artículos, a fin de excluir su aplicación cuando la protección de las sociedades mercantiles o sus accionistas se rige por normas especiales del derecho internacional[111], se sugirió que bien podría ser preferible incluir una cláusula general del tipo «sin perjuicio de» que abarcara tanto los tratados bilaterales de inversión como los tratados de derechos humanos. De esta manera se dejaría en claro que el presente proyecto de artículos se entenderá sin perjuicio de la existencia y el funcionamiento de otros regímenes jurídicos que rigen la protección de las personas, tanto naturales como jurídicas, o sus bienes. Es de presumir que la decisión de la Comisión de enviar el proyecto de artículo 21 sobre el tema de la *lex specialis* al Comité de Redacción con miras a que lo reformulara y ubicara al final del proyecto de artículos, posiblemente con una cláusula «sin perjuicio de»[112], tenía esa finalidad. Es cuestionable que sea conveniente incluir una cláusula general de salvaguardia que abarque estos dos tipos diferentes de regímenes jurídicos alternativos a la protección diplomática como los tratados bilaterales de inversión y los tratados de derechos humanos. Sin embargo, esa cláusula podría rezar como se propuso más arriba.

42. Esa cláusula general de salvaguardia aseguraría que los Estados, las sociedades comerciales y los accionistas tuvieran derecho a invocar los derechos y recursos contenidos en los tratados bilaterales de inversiones para la protección de las inversiones extranjeras, sin excluir su derecho a invocar los principios del derecho internacional consuetudinario en la esfera de la protección diplomática que pudieran sustentar o complementar su reclamación. Al propio tiempo, autorizaría tanto al Estado de la nacionalidad de una persona lesionada y otros Estados, así como al damnificado, a valerse de los recursos prescritos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, también en este caso sin exclusión del derecho a invocar a los principios de la protección diplomática que pudieran servir de amparo al demandante. La frase entre corchetes probablemente sea superflua. Sin embargo, destaca que los procedimientos del tipo abarcado en esta cláusula de salvaguardia son complementarios de la protección diplomática.

43. La protección diplomática, los tratados bilaterales sobre inversiones y los tratados de derechos humanos son mecanismos destinados a proteger a personas que han sufrido un daño de resultas de un hecho internacionalmente ilícito. Tienen por objeto complementarse y apoyarse mutuamente en la consecución de ese objetivo. En los presentes artículos se debe aclarar que estos regímenes no son concurrentes o excluyentes. El proyecto de artículo, tal como ha sido reformulado, trata de lograr ese objetivo.

[109] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 135 y ss., comentario al artículo 48, nota 725.

[110] *Anuario... 2003*, vol. II (segunda parte), párrs. 124 a 139.

[111] Véase el proyecto de artículo 21, ibíd., nota 82.

[112] Ibíd., párr. 139.

Capítulo V

Protección diplomática de la tripulación de un buque por el Estado del pabellón

Artículo 27

El Estado de la nacionalidad de un buque está facultado para ejercer la protección diplomática respecto de los miembros de la tripulación del buque, con independencia de que sean o no nacionales del Estado de la nacionalidad del buque, cuando hayan sufrido un daño con ocasión de una avería del buque de resultas de un hecho internacionalmente ilícito.

44. La tesis de que el Estado de la nacionalidad de un buque (es decir el Estado del pabellón) puede proteger a los tripulantes del buque que no tienen su nacionalidad encuentra algún sustento en la práctica de los Estados, plasmada en la jurisprudencia y la doctrina. También existen sanas consideraciones sustantivas que militan a favor de esa tesis.

45. La práctica de los Estados proviene fundamentalmente de los Estados Unidos. Según la legislación de los Estados Unidos, a los marinos extranjeros se les ha reconocido tradicionalmente el derecho a obtener la protección de los Estados Unidos mientras prestan servicio a bordo de buques estadounidenses[113]. A los efectos de la protección, la expresión «marino estadounidense» abarcaba a los extranjeros que se embarcaban con regu-

[113] Borchard, *op. cit.*, pág. 475; O'Connell, *op. cit.*, pág. 1050.

laridad en buques estadounidenses en puertos de los Estados Unidos o en puertos extranjeros si declaraban su intención de adquirir la ciudadanía estadounidense[114]. Una vez que ha adquirido así el estatuto de marino estadounidense, el marino extranjero podía volver a embarcarse en puertos extranjeros sin perder los derechos y privilegios que le reconocían las leyes de los Estados Unidos[115]. La tesis de los Estados Unidos era que una vez que el marino se alistaba en un buque, la única nacionalidad pertinente era la del Estado del pabellón[116]. En el caso *Ross*, la Corte Suprema de los Estados Unidos aplicó este principio y decidió que tenía jurisdicción sobre un súbdito británico que prestaba servicio a bordo de un buque estadounidense sobre la base del siguiente razonamiento:

> En virtud de su alistamiento, adquirió el estatuto de marino estadounidense de una tripulación estadounidense a bordo de un buque de los Estados Unidos y, en consecuencia, con derecho a la protección y los beneficios de todas las leyes sancionadas por el Congreso para la gente de mar estadounidense y sujeto a todas sus obligaciones y responsabilidades[117].

La Corte Suprema observó que, aunque el marino era ciudadano británico, mientras estuviese prestando servicio a bordo de un buque estadounidense debía lealtad temporalmente a los Estados Unidos y, en consecuencia, no podía esperar la protección del Gobierno británico. Podía, no obstante, «exigir que se le tratase como a un marino estadounidense e invocar, para su protección, las facultades de los Estados Unidos que pudieran reclamarse para la protección de marinos nativos de los Estados Unidos»[118]. Este estatuto singular de los extranjeros que prestan servicio a bordo de buques estadounidenses fue reafirmado sistemáticamente en las comunicaciones diplomáticas y los reglamentos consulares de los Estados Unidos[119]. Por ejemplo, a pesar de la legislación de exclusión de nacionales chinos, los marinos chinos tenían derecho a recibir la misma protección que los marinos estadounidenses cuando prestaban servicio a bordo de buques de los Estados Unidos[120]. En memorias anteriores del Gobierno de China en relación con los daños sufridos por los tripulantes de un buque estadounidense, el Gobierno de los Estados Unidos afirmó que en su condición de gente de mar, los tripulantes tenían derecho a recibir la protección del Gobierno con independencia de su nacionalidad[121]. Con ocasión del bombardeo contra el buque estadounidense *President Hoover* en las cercanías de Shanghai en 1937, el Departamento de Estado dio instrucciones a la Embajada de los Estados Unidos en Nanking en el sentido de que, «con independencia de su nacionalidad, a los tripulantes sobrevivientes, en su calidad de marinos estadounidenses a bordo de un buque estadounidense, se les debe reconocer el derecho a la asistencia de este Gobierno»[122]. Esta práctica fue confirmada por las Instrucciones del Departamento de Estado a los Reclamantes, que disponían como sigue:

> El Gobierno de los Estados Unidos sólo puede interceder efectivamente por conducto de los canales diplomáticos en su propio nombre o en el nombre de reclamantes: 1) que posean la nacionalidad estadounidense [...], o 2) que, por otras razones, tengan derecho a la protección de los Estados Unidos en ciertos casos (tales como en el caso de *ciertas categorías de marinos a bordo de buques estadounidenses**, miembros de las fuerzas militares o navales de los Estados Unidos, etc.). Por lo tanto, salvo que el reclamante pueda acogerse a alguna de estas categorías, el Gobierno no podrá presentar su reclamación ante un Gobierno extranjero[123].

46. Es discutible que la práctica de los Estados Unidos sea prueba de la existencia de una norma consuetudinaria a favor de la protección de la gente de mar por parte del Estado del pabellón. En un importante artículo sobre el tema escrito en 1958, Watts[124] adujo que la práctica estadounidense se sustentaba en la resistencia a las pretensiones británicas durante las guerras napoleónicas a un derecho a interceptar buques privados extranjeros en alta mar e inspeccionarlos para determinar si transportaban desertores y personas que debían hacer el servicio militar en Inglaterra. En consecuencia, «parecería haberse originado en circunstancias que hacen dudar de la validez de su aplicación en relación con la nacionalidad de las reclamaciones»[125]. En una comunicación de fecha 20 de mayo de 2003[126] dirigida a la Comisión, el Departamento de Estado de los Estados Unidos se hizo eco de la tesis de Watts y adujo que su práctica de otorgar protección diplomática a los tripulantes que poseen la nacionalidad de terceros Estados «tenía su origen en la oposición de los Estados Unidos a la leva forzada por Inglaterra de marinos en buques mercantes de pabellón estadounidense que navegaban en alta mar, en especial durante las guerras napoleónicas». Esta explicación histórica del origen de la práctica estadounidense, junto con la circunstancia de que los Estados Unidos no se ciñeron sistemáticamente a esta práctica —como lo puso de manifiesto la tesis contraria afirmada en el caso «*I'm Alone*»[127]—, ha hecho que el Departamento de Estado de los Estados Unidos plantee sus dudas acerca de la existencia de una norma consuetudinaria que autorizaría al Estado de la nacionalidad de un buque a proteger a tripulantes de terceros Estados y proponga que la cuestión se omita del presente proyecto de artículos.

---

[114] Borchard, *op. cit.*, pág. 475. Este autor cita una ley de los Estados Unidos de 1870 que disponía que:

> «[t]odo marino de nacionalidad extranjera que declare su intención de convertirse en ciudadano de los Estados Unidos ante un tribunal competente [...] será considerado como tal, a todos los efectos de su protección como ciudadano de los Estados Unidos, una vez que haya hecho esa declaración de su intención de adquirir la ciudadanía».

(Art. 2174 (Naturalización de marinos), *Revised Statutes of the United States 1873-74*, Washington, Government Printing Office, 1875)); derogada y vuelta a sancionar en 1918 (40 Stat. 542); derogada en 1935 (49 Stat. 376).

[115] Hackworth, *op. cit.*, pág. 883.

[116] Caso *Ross* (1891), *United States Reports*, vol. 140, pág. 453, Nueva York, The Banks Law, 1911.

[117] Ibíd., pág. 472. Véase también Moore, *A Digest of International Law*, pág. 797.

[118] Ibíd.

[119] Arts. 171 y 172, *Regulations prescribed for the use of the Consular Service*, Washington, Government Printing Office, 1888. Véase también Hyde, *International Law, Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, pág. 1180.

[120] Moore, *A Digest of International Law*, pág. 798.

[121] Hackworth, *op. cit.*, vol. IV, pág. 884.

[122] Ibíd., vol. III, pág. 418.

[123] *Edward A. Hilson (Estados Unidos)* c. *Alemania*, Naciones Unidas, RSA, vol. VII (n.° de venta: 1956.V.5), pág. 177.

[124] «The protection of alien seamen».

[125] Ibíd., pág. 708.

[126] Esta comunicación se encuentra archivada en la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas.

[127] Naciones Unidas, RSA, vol. III (n.° de venta: 1949.V.2), pág. 1609. Este caso se examina en el párrafo 49 *infra*.

47. Aunque el Reino Unido no tiene ningún fundamento de derecho nacional para interponer reclamaciones en nombre de marinos extranjeros[128], en la práctica y la jurisprudencia se puede ver alguna justificación del derecho a formular una reclamación de esta índole. En 1804, Scott dio un dictamen en el cual aparentemente partió del supuesto de que un marino extranjero que establecía un domicilio en el Reino Unido «asumía [por esa circunstancia] el estatuto de un marino británico» y pasaba a tener derecho «a todas las ventajas de la protección y la navegación británicas»[129]. Además, en el caso *Carr* (1882), la Queen's Bench Division declaró, en un lenguaje similar al de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Ross*, que:

> El verdadero principio es que una persona que aborda un buque británico, en el que impera el derecho inglés, se pone bajo la protección de la bandera británica y como correlato, si adquiere derecho a la protección de nuestro derecho, también queda sujeto a su jurisdicción y se hace pasible de la pena que éste imponga a quienes infringen sus preceptos[130].

48. Los laudos arbitrales internacionales no son concluyentes en cuanto al derecho de un Estado a extender su protección diplomática a marinos que no sean de su nacionalidad, pero tienden a inclinarse a favor de ese derecho, más que a oponerse a él. En *McCready* v. *Mexico*, el árbitro Thornton sostuvo que «la gente de mar que preste sus servicios en la armada o la marina mercante bajo un pabellón que no sea el suyo tiene derecho, durante la duración de ese servicio, a la protección del pabellón bajo el que sirve»[131]. (Tanto Schwarzenberger[132] como Watts[133] han sugerido, no obstante, que dicha decisión era innecesaria puesto que había pruebas del derecho del reclamante a la ciudadanía estadounidense.) En *Richelieu (U.S.)* v. *Spain*[134], la Comisión de Reclamaciones del Tratado con España laudó a favor de Richelieu: «nacional de Francia que, en 1872, declaró su intención de hacerse ciudadano de los Estados Unidos y posteriormente se desempeñó en calidad de marino y sobrecargo en buques mercantes estadounidenses por más de 25 años». (No obstante, Watts cuestiona también el valor de este laudo, pues aduce que Richelieu presumiblemente había perdido la nacionalidad francesa y se había convertido *de facto* en nacional de los Estados Unidos[135].) En las causas *Patrick Shields* v. *Chile*[136] y *Hilson*[137], se desestimaron las pretensiones de los Estados Unidos al derecho a proteger a los extranjeros que sirvieran a bordo de buques estadounidenses, pero ello se debió principalmente a que en ambas causas la cláusula compromisoria limitaba expresamente las reclamaciones a los ciudadanos de los Estados Unidos[138].

49. En la causa *I'm Alone*[139], que tuvo su origen en el hundimiento de una nave canadiense por un buque guardacostas de los Estados Unidos, el Canadá reclamó indemnización en nombre de tres tripulantes que no poseían la nacionalidad canadiense, alegando que, si la reclamación se entablaba en nombre de una nave, los tripulantes se debían considerar, a los efectos de la reclamación, de la misma nacionalidad del buque[140]. Paradójicamente, los Estados Unidos se opusieron al derecho del Canadá a entablar reclamaciones en nombre de extranjeros. La comisión arbitral, sin entrar en la cuestión de la nacionalidad, concedió indemnización respecto de los tres marinos no canadienses.

50. En la opinión consultiva *Réparation*[141] dos magistrados de la CIJ, en sus opiniones disidentes, hicieron todo lo posible por justificar el derecho de un Estado a ejercer la protección diplomática en nombre de tripulantes extranjeros. El magistrado Hackworth declaró lo siguiente:

> La nacionalidad es una condición *sine qua non* del patrocinio de una reclamación diplomática en nombre de un reclamante privado. Aparte de la situación especial de las personas protegidas en virtud de ciertos tratados y de la de los marinos y extranjeros que sirven en las fuerzas armadas, quienes están asimilados al estatuto de los nacionales, está aceptado que el derecho de protección se limita a los nacionales del Estado protector[142].

El magistrado Badawi Pasha interpretó la declaración de la CIJ en esta opinión en el sentido de que existían «excepciones importantes a la regla» tradicional de la nacionalidad de las reclamaciones[143] «de que se deben relacionar con la protección del pabellón [...], en cuyo caso la protección se extiende a todas las personas a bordo del buque, con independencia de su nacionalidad»[144].

51. La bibliografía sobre el tema no es abundante y, como cabría esperar a la luz de la práctica y la doctrina expuestas más arriba, acusa divisiones en cuanto al apoyo a este derecho. Por ejemplo, mientras que Watts[145] y Schwarzenberger[146] dudan de la existencia de este derecho, Brownlie[147], Dolzer[148] y Meyers[149] apoyan la existencia de esta norma consuetudinaria. Por cierto, Meyers, en 1967, dijo que «no tiene conocimiento de ningún caso en que un tribunal o corte internacional haya sostenido que al Estado del pabellón no le estaba permitido proteger a un miembro extranjero de la tripulación»[150].

---

[128] Véase la respuesta británica al cuestionario del Comité Preparatorio de la Conferencia de de La Haya de 1930 (Sociedad de las Naciones, Conferencia de Codificación del Derecho Internacional, *Bases de discusion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, t. III: *Responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (C.75.M.69.1929.V), pág. 206).

[129] McNair, *International Law Opinions*, pág. 171.

[130] *The Law Reports*, Queen's Bench Division, vol. X, 1882-83, pág. 85. Véase también *R.* v. *Anderson*, *The All England Law Reports Reprint*, 1861-1873, pág. 999.

[131] Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, pág. 2536.

[132] *Op. cit.*, págs. 593 y 594.

[133] *Loc. cit.*, pág. 710.

[134] Citado por Watts, *loc. cit.*, pág. 694.

[135] Ibíd., pág. 710.

[136] Moore, *History and Digest of the International Arbitrations…*, pág. 2557.

[137] Naciones Unidas, RSA (nota 123 *supra*), pág. 176. Véase, no obstante, la opinión del comisionado por los Estados Unidos en esta causa, que argumentó enérgicamente a favor del derecho a proteger a los tripulantes extranjeros (pág. 178).

[138] Schwarzenberger, *op. cit.*, pág. 594.

[139] Véase la nota 127 *supra*.

[140] Fitzmaurice, «The case of the *I'm Alone*», págs. 91 y 92.

[141] *C.I.J. Recueil 1949* (nota 20 *supra*).

[142] Ibíd., págs. 202 y 203.

[143] Ibíd., pág. 181.

[144] Ibíd., págs. 206 y 207, nota 1.

[145] *Loc. cit.*, pág. 711.

[146] *Op. cit.*, pág. 594.

[147] *Op. cit.*, pág. 460.

[148] «Diplomatic protection of foreign nationals», pág. 1068. Véase también Geck, «Diplomatic protection», pág. 1054.

[149] *The Nationality of Ships*, págs. 90 a 108.

[150] Ibíd., pág. 104.

52. En 1999, el TIDM, en la causa *Navire «Saiga» (n.º 2)* (San Vicente y las Granadinas *c.* Guinea)[151] sustentó, si bien con ambigüedad, el derecho del Estado del pabellón a proteger a los tripulantes extranjeros.

53. El litigio en esta causa se había planteado por el arresto y la detención del *Saiga* por Guinea cuando la nave estaba abasteciendo de petróleo a barcos de pesca frente la costa de Guinea. El *Saiga* estaba matriculado en San Vicente y las Granadinas y su capitán y tripulación eran nacionales de Ucrania. En el momento del arresto, también había a bordo tres trabajadores senegaleses. Después del arresto, Guinea detuvo al buque y a su tripulación. En 1997, el TIDM, actuando de conformidad con el artículo 292 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, ordenó la pronta liberación del *Saiga* previa constitución de fianza por San Vicente y las Granadinas. A pesar de la constitución de la fianza, ni el *Saiga* ni su tripulación fueron liberados. Además, Guinea incoó un proceso penal contra el capitán, en el que imputaba responsabilidad civil a San Vicente y las Granadinas, y lo declaró culpable. Posteriormente, San Vicente y las Granadinas iniciaron un procedimiento arbitral contra Guinea en que impugnaron el mantenimiento de la detención del *Saiga* y la legalidad del enjuiciamiento de su capitán. Entre tanto, el Tribunal de Apelación de Guinea declaró culpable al capitán de importación ilegal de combustible en Guinea y le impuso una multa elevada y una sentencia de seis meses de prisión en suspenso. Además, el tribunal ordenó la confiscación de la carga y el embargo del buque en garantía del pago de la multa. En 1998, las partes convinieron en trasladar el arbitraje al TIDM. El 28 de febrero de 1998, el capitán, la tripulación y el buque fueron liberados. A pesar del acuerdo de traslado de las actuaciones al TIDM, Guinea se opuso a la admisibilidad de la reclamación de San Vicente y las Granadinas, entre otras cosas, en razón de que las personas que habían sufrido daño no eran nacionales de San Vicente y las Granadinas y no habían agotado los recursos internos. El Tribunal desestimó estas impugnaciones a la admisibilidad de la reclamación y decidió que Guinea había violado los derechos de San Vicente y las Granadinas debido al arresto y la detención del buque y su tripulación, la confiscación de la carga y el enjuiciamiento y la condena del capitán, la violación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en relación con el derecho de persecución ininterrumpida de los buques y la utilización de exceso de fuerza durante el arresto. Por último, ordenó a Guinea que pagara una indemnización de 2.123.357 dólares de los EE.UU. a San Vicente y las Granadinas en concepto de daños al *Saiga* y a su tripulación.

54. Aunque consideró que el litigio se refería principalmente a daño directo a San Vicente y las Granadinas[152], el razonamiento del TIDM sugiere que consideró también que el asunto involucraba la protección diplomática. Guinea se opuso con claridad a la admisibilidad de la reclamación respecto de la tripulación en razón de que se trataba de una reclamación de protección diplomática en relación con personas que no eran nacionales de San Vicente y las Granadinas[153]. San Vicente y las Granadinas, con igual claridad, sostuvieron que les asistía del derecho de proteger a la tripulación del buque que ostentase su bandera, «con independencia de su nacionalidad»[154]. Al desestimar la objeción de Guinea, el Tribunal afirmó que la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en varias disposiciones pertinentes, entre ellas el artículo 292, no distinguía entre nacionales y extranjeros del Estado del pabellón[155]. Subrayó que «el buque, todas las cosas que en él se encuentren y todas las personas que intervengan o estén interesadas en sus operaciones son tratadas como una entidad vinculada al Estado del pabellón. Las nacionalidades de estas personas no son pertinentes»[156]. Por último, dio los fundamentos sustantivos que sustentaban esa tesis. Afirmó que el transporte marítimo moderno se caracterizaba por «la composición transitoria y multinacional de las tripulaciones de los buques» y advirtió que «los buques podían tener tripulaciones compuestas de personas de nacionalidades diversas. Obligar a cada persona que haya sufrido un daño a recabar la protección del Estado de su nacionalidad supondría imponerle un perjuicio indebido»[157].

55. El razonamiento del TIDM en apoyo de su rechazo de la objeción de falta de agotamiento de los recursos internos no es inequívoca en cuanto a la cuestión de la protección diplomática. En primer lugar, el Tribunal decidió que Guinea había violado directamente los derechos de San Vicente y las Granadinas al amparo de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, con la consecuencia de que no era necesario agotar los recursos internos[158]. A continuación, afirmó que «incluso si [...] alguna de las reclamaciones de San Vicente y las Granadinas respecto de personas físicas o jurídicas no se fundaban en violaciones directas de los derechos de San Vicente y las Granadinas»[159] no había necesidad de agotar los recursos internos porque no había un «nexo jurisdiccional entre Guinea y las personas físicas y jurídicas respecto de las cuales San Vicente y las Granadinas entabló las reclamaciones»[160].

56. Que el TIDM consideró que las reclamaciones de San Vicente y las Granadinas se fundaban tanto en un daño *directo* que había sufrido el país mismo por conducto del daño sufrido por su buque y un daño *indirecto* dimanante del trato ilícito dado a la tripulación a bordo de su buque se desprende de su decisión sobre la reparación, en la que distinguió entre los «daños sufridos directamente» por San Vicente y las Granadinas y los «daños u otros perjuicios sufridos por el *Saiga*, incluidas todas las personas que intervinieron o estaban interesadas en su explotación», que abarcaban, entre otras cosas, «los daños a las personas, el arresto ilegal, la detención y otras

[151] Fallo, *TIDM Recueil 1999*, pág. 10. Véase también ILM, vol. 38, n.º 5 (septiembre de 1999), pág. 1323.

[152] Ibíd., pág. 1345, párr. 98.

[153] Ibíd., pág. 1346, párr. 103.

[154] Ibíd., párr. 104.

[155] Ibíd., párr. 105.

[156] Ibíd., párr. 106.

[157] Ibíd., párr. 107.

[158] Ibíd., pág. 1345, párr. 98.

[159] Ibíd., párr. 99.

[160] Ibíd., pág. 1346, párr. 100. Véanse además las opiniones de los magistrados Wolfrum (ibíd., págs. 1380 a 1382) y Warioba (ibíd., pág. 1434, párr. 61).

formas de maltrato»[161]. Esta distinción quedó confirmada cuando el Tribunal fijó la indemnización, pues adjudicó una indemnización tanto por los daños al propio *Saiga* como por los daños a la tripulación derivados de la detención ilegal y las lesiones personales.

57. La inclusión de una disposición que reconozca el derecho del Estado del pabellón a ejercer la protección diplomática en nombre de tripulantes que no tengan su nacionalidad ha sido objeto de debates tanto en la CDI en 2002 (en consultas oficiosas)[162] como en la Sexta Comisión en 2002 y 2003 (en respuesta a una petición de la CDI de que se expresaran opiniones al respecto). Si bien la CDI estuvo dividida casi por igual sobre el tema, la mayoría de los oradores en la Sexta Comisión se opusieron a su inclusión. Esencialmente se adujeron dos razones para oponerse a esa disposición. Primera, la protección otorgada por una norma como la contenida en el proyecto de artículo 27 se diferenciaba sustancialmente de la protección diplomática por cuanto no se sustentaría en la nacionalidad[163]. Segunda, este tipo de protección estaba regulado por el artículo 292 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. La primera de estas objeciones requiere poca discusión puesto que de entrada se admite que no se aborda la protección diplomática tradicional. La cuestión que debe examinarse es la relativa a saber si esta forma de protección es lo suficientemente análoga a la protección diplomática como para justificar su inclusión de la misma forma que el proyecto de artículo 7 prevé la protección diplomática de los refugiados y apátridas. La segunda objeción, no obstante, merece un examen más detenido.

58. Tanto en la CDI como en la Sexta Comisión se ha sugerido que el TIDM en el caso *Saiga* basó su decisión en el artículo 292 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, más que en el derecho del Estado del pabellón a ejercer la protección diplomática en nombre de toda la tripulación, con independencia de su nacionalidad. El artículo 292 (*Pronta liberación de buques y de sus tripulaciones*) estipula:

1. Cuando las autoridades de un Estado Parte hayan retenido un buque que enarbole el pabellón de otro Estado Parte y se alegue que el Estado que procedió a la retención no ha observado las disposiciones de esta Convención con respecto a la pronta liberación del buque o de su tripulación una vez constituida fianza razonable u otra garantía financiera, la cuestión de la liberación del buque o de su tripulación podrá ser sometida a la corte o tribunal que las partes designen de común acuerdo o, a falta de acuerdo en un plazo de 10 días contado desde el momento de la retención, a la corte o tribunal que el Estado que haya procedido a la retención haya aceptado conforme al artículo 287 o al Tribunal Internacional del Derecho del Mar, a menos que las partes convengan en otra cosa.

2. La solicitud de liberación del buque o de su tripulación sólo podrá ser formulada por el Estado del pabellón o en su nombre.

3. La corte o tribunal decidirá sin demora acerca de la solicitud de liberación y sólo conocerá de esa cuestión, sin prejuzgar el fondo de cualquier demanda interpuesta ante el tribunal nacional apropiado contra el buque, su propietario o su tripulación. Las autoridades del Estado que haya procedido a la retención seguirán siendo competentes para liberar en cualquier momento al buque o a su tripulación.

4. Una vez constituida la fianza u otra garantía financiera determinada por la corte o tribunal, las autoridades del Estado que haya procedido a la retención cumplirán sin demora la decisión de la corte o tribunal relativa a la liberación del buque o de su tripulación.

59. El artículo 292 tuvo por objeto atender al deseo de las delegaciones de incluir una disposición procesal de salvaguardia para la liberación pronta de la tripulación y el buque[164]. Inicialmente se había propuesto que la disposición protegiera no sólo al buque, sino también a los tripulantes y pasajeros detenidos[165]. El Grupo de Trabajo oficioso sobre la solución de controversias consideró la posibilidad, que en última instancia abandonó, de otorgar al armador o explotador del buque, o a los tripulantes o pasajeros del buque, el derecho a entablar reclamaciones directamente ante el TIDM[166]. La propuesta encaminada a autorizar a los particulares a entablar reclamaciones ante el Tribunal estuvo motivada por la lentitud de los mecanismos gubernamentales para la solución de controversias[167]. Esa propuesta, sin embargo, fue abandonada y el derecho a entablar reclamaciones ante el TIDM se restringió al Estado de la matrícula del buque[168]. Además, el comentario al artículo establece con claridad que el derecho a entablar reclamaciones está restringido a los casos previstos en las partes sustantivas de la Convención y no se aplica a todos los casos de detención, como los que se producen en aguas territoriales.

60. Así pues, con el artículo 292 no se pretendía abarcar la protección de las tripulaciones en todos los casos. El artículo es esencialmente un mecanismo procesal destinado a asegurar la pronta liberación del buque por motivos económicos. No obstante, puede utilizarse como mecanismo para asegurar la pronta liberación no sólo del buque sino también de la tripulación. Las causas *Saiga* y *Grand Prince* son buenos ejemplos en ese sentido[169].

61. El artículo 292 es un mecanismo útil para la liberación de la tripulación *juntamente con* una petición de liberación del buque. Sin embargo, no es un sustituto de la protección diplomática de las tripulaciones puesto que son muchos los casos en los que el artículo 292 no garantizará su protección. Además, mientras que el artículo puede asegurar la liberación de las tripulaciones, no impone una obligación de brindar un trato internacionalmente aceptado a los tripulantes detenidos. Hay indicios de que la tripulación del *Saiga* fue objeto de malos tratos durante la detención[170]. No se advierte con claridad por qué no se planteó la cuestión durante las actuaciones, pero es de presumir que ello se debió a que la acción se entabló por violación de los derechos del buque más que por violación de los derechos humanos de los tripulantes. Naturalmente, nada se dispone en el artículo 292 sobre la protección de los derechos humanos de los tripulantes durante su detención. En resumen, el artículo 292 no

[161] Ibíd., pág. 1357, párr. 172.

[162] *Anuario… 2002*, vol. II (segunda parte), párr. 172.

[163] Véase Kamto, «La nationalité des navires en droit international», págs. 366 y ss., párrs. 75 a 86.

[164] Véase Nordquist, *United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982. A commentary*, pág. 67.

[165] Ibíd.

[166] Ibíd.

[167] Ibíd., pág. 68.

[168] Ibíd., pág. 69.

[169] *Grand Prince* (Belice *c.* Francia), 20 de abril de 2001, solicitud de pronta liberación, fallo, *TIDM mémoires, procès-verbaux et documents 2001*, vol. 7. Véase también Lazarev, *Contemporary International Law of the Sea*, pág. 211.

[170] ILM (nota 151 *supra*), pág. 1358, párr. 175.

abarca la totalidad ni probablemente la mayoría de los casos en que las tripulaciones de los buques pueden sufrir un daño como consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito. Así pues, es menester contar con un mecanismo más amplio que el artículo 292 para la protección de las tripulaciones de los buques. En el artículo 27 se trata de establecer dicho mecanismo.

62. Hay razones sustantivas convincentes para autorizar al Estado del pabellón a ejercer la protección diplomática con respecto a la tripulación del buque. Así lo reconoció el TIDM en la causa *Saiga* cuando señaló a la atención «la composición cambiante y multinacional de las tripulaciones de los buques» y dijo que los grandes buques «podían tener tripulaciones compuestas de personas de nacionalidades diversas. Obligar a cada persona que haya sufrido un daño a recabar la protección del Estado de su nacionalidad supondría imponerle un perjuicio indebido»[171].

63. Las tripulaciones de muchos buques provienen actualmente de Estados política y económicamente débiles, sin historiales distinguidos de derechos humanos y exiguo interés en la protección de sus nacionales que han perdido el contacto estrecho con sus propios Estados mientras trabajaban a bordo de naves extranjeras y sufrían daños con ocasión de su servicio a bordo de esos buques. Es cierto que a veces el Estado del pabellón será un Estado que facilita pabellones de conveniencia y tiene exiguo interés en las tripulaciones de los buques que ostentan su pabellón. Por otra parte, dichos Estados del pabellón tienen que proteger su reputación como proveedores de pabellones de conveniencia, lo que puede ser un incentivo para proteger a los tripulantes extranjeros. Por cierto, esos Estados tendrán en general más incentivo para proteger a los tripulantes que el Estado de la nacionalidad de éstos.

64. Los tripulantes tienen un vínculo estrecho con el Estado del pabellón. Están sujetos a la jurisdicción penal del Estado del pabellón y, como lo ha dicho el Tribunal de Justicia Europeo, «es necesario señalar que la ley aplicable a la actividad de la tripulación no depende de la nacionalidad de los miembros de dicha tripulación, sino del Estado donde el buque esté registrado»[172]. Además, el Estado del pabellón está obligado a garantizar condiciones de trabajo apropiadas a todos los tripulantes[173] y a expedirles documentos de identidad para la gente de mar que les permitan desembarcar en los puertos de escala[174]. En esas circunstancias parecería apropiado que el Estado del pabellón tenga derecho a protegerlos cuando sufran un daño como consecuencia de una avería causada por un hecho internacionalmente ilícito.

65. No deben pasarse por alto las consideraciones prácticas relativas a la interposición de reclamaciones. Es mucho más fácil y eficiente que un Estado ejerza la protección en nombre de todos los tripulantes que obligar a los Estados de la nacionalidad de cada tripulante a entablar reclamaciones directas en nombre de sus nacionales. En el caso *Barcelona Traction*[175] la CIJ rechazó el concepto de la multiplicidad de reclamaciones en relación con las reclamaciones de los accionistas. A las tripulaciones de los buques se les aplican consideraciones similares.

66. Si se autoriza al Estado del pabellón a ejercer la protección diplomática ello puede dar lugar a que tanto el Estado del pabellón como el Estado de la nacionalidad de los tripulantes entablen reclamaciones. Esta posibilidad remota no supone un problema pues se asemeja a la protección de las personas con doble nacionalidad abarcada en el proyecto de artículo 5.

67. La extensión de la protección diplomática a las tripulaciones de los buques puede dar lugar a que se reclame una protección similar para los pasajeros de los buques, las tripulaciones y los pasajeros de aeronaves y las tripulaciones de vehículos espaciales. Se postula que ni las consideraciones sustantivas ni la práctica de los Estados sustentan esa extensión. No obstante, seguidamente se examinarán brevemente las reclamaciones de este tipo.

1. Pasajeros a bordo de un buque

68. Aunque la tesis de que los pasajeros a bordo de un buque tienen derecho a la misma protección que la tripulación[176] cuenta con algún apoyo, existen diferencias importantes entre la tripulación y los pasajeros que impiden llegar a dicha conclusión. La justificación de que se otorgue protección a la gente de mar reposa en gran medida en la tesis de que, al alistarse al servicio de un buque mercante, el marino se somete temporalmente a la jurisdicción y a las leyes del Estado del pabellón, al que debe lealtad. Adquiere, pues, el estatuto de nacional y el derecho correspondiente a la protección del Estado del pabellón[177]. Estos derechos de protección se confieren exclusivamente en razón del singular estatuto de la gente de mar y están estrictamente limitados[178]. No se puede decir lo mismo de los pasajeros, cuyo nexo con el buque es más limitado y transitorio. Los pasajeros deben recabar la protección del Estado de su nacionalidad. Esta conclusión se confirma en la ausencia de una práctica de los Estados en materia de protección de los pasajeros por el Estado del pabellón.

---

[171] Ibíd., pág. 1347, párr. 107.

[172] *Anklagemyndigheden* c. *Peter Michael Poulsen y Diva Navigation Corp.*, sentencia de 24 de noviembre de 1992, asunto C 286/90, párr. 18.

[173] Art. 94, párr. 3, apdo. *b*, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; Convenio sobre la marina mercante (normas mínimas), 1976 (n.° 147), de la OIT.

[174] Convenio sobre los documentos de identidad de la gente de mar, 1958 (n.° 108), de la OIT.

[175] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1970*, pág. 3; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 104. Véase asimismo la observación en la causa *Saiga*, ILM (nota 151 *supra*), pág. 1347, párr. 107.

[176] En el caso *Carr* (nota 130 *supra*), pág. 85, el magistrado Coleridge, tras determinar que una persona a bordo de un buque británico estaba sujeta a la jurisdicción y protección de Inglaterra, con independencia de su estatuto, se expresó así: «No puede hacer distinción alguna entre los que forman parte de la tripulación, los que vienen a trabajar en la nave o a bordo de ésta, los que se presentan involuntariamente o los que se presentan voluntariamente como pasajeros».

[177] Véanse, en general, los casos *Ross* (nota 116 *supra*) y *Hilson* (nota 123 *supra*).

[178] El derecho de protección no se extiende, por ejemplo, al cónyuge del marino o su familia inmediata (Moore, *A Digest of International* Law, pág. 800).

2. Tripulaciones y pasajeros de aeronaves

69. La analogía entre las tripulaciones de los buques y las de las aeronaves podría hacer pensar que estas últimas deberían también estar protegidas por el Estado de matrícula de la aeronave. Esa tesis encuentra respaldo en el Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, que otorga al Estado de la matrícula de la aeronave la competencia para ejercer su jurisdicción sobre los actos cometidos a bordo[179]. No obstante, existe una diferencia entre competencia jurisdiccional y derecho a la protección diplomática, y es difícil afirmar que dicha protección deba extenderse a la tripulación de las aeronaves en ausencia de una práctica de los Estados. Además, las consideraciones sustantivas no favorecen la extensión de la protección a los tripulantes de las aeronaves. Los tripulantes de las aeronaves no están aislados del Estado de su nacionalidad durante meses o años, como ocurre con las tripulaciones de los buques. Por otra parte, disfrutan de un prestigio social que hace presumir que el Estado de su nacionalidad, en caso necesario, los protegerá.

70. *A fortiori*, si la tripulación no puede recibir protección, los pasajeros a bordo de una aeronave tampoco deben gozar de ella. En el incidente de la Cathay Pacific de 1954[180], de resultas del cual los Estados Unidos exigieron a China una indemnización por la muerte de pasajeros estadounidenses a bordo de una aeronave británica derribada por aviones militares chinos, pueden encontrarse argumentos a favor de esta tesis. Los Estados Unidos repudiaron la pretensión de China de que la cuestión debía dirimirse entre el Reino Unido y China a través de los canales diplomáticos.

71. Dos tragedias recientes en las que estuvieron involucradas aeronaves y pasajeros podrían ser pertinentes en la materia. Tanto en el incidente Pan Am (*Lockerbie*)[181] como en el de la UTA (Níger), las asociaciones de víctimas entablaron reclamaciones contra la Jamahiriya Árabe Libia en nombre de las familias de los muertos, con independencia de su nacionalidad[182]. Aunque esas reclamaciones recibieron el respaldo de los Estados Unidos y de Francia respectivamente, resulta difícil clasificarlas como instancias de protección diplomática. Parecen más bien reclamaciones privadas entabladas por asociaciones de interesados con el respaldo del Estado de la nacionalidad de la aeronave y de la mayoría de los pasajeros y la tripulación.

3. Vehículos espaciales

72. Los vehículos espaciales se asemejan a los buques en cuanto al carácter multinacional de su tripulación y al largo tiempo que la tripulación puede verse obligada a permanecer a bordo. Como cabría esperar, pues, no existe práctica de los Estados que convalide la protección de la tripulación por el Estado de la matrícula del vehículo. No obstante, en la actualidad sería imprudente embarcarse en el desarrollo progresivo del derecho en este ámbito.

4. Conclusión

73. El artículo 27 permitiría extender los principios de la protección diplomática tradicional de modo paulatino. Puede describirse como un proceso de codificación más que de desarrollo progresivo, puesto que existe suficiente práctica de los Estados para justificar esta norma. No se trata de una disposición ambiciosa, puesto que su ámbito está limitado a los daños causados a extranjeros con ocasión de la avería del buque y no se extendería al daño que pueda sufrir el extranjero durante los permisos de tierra. Además, viene respaldada por sólidas consideraciones sustantivas. Por lo tanto, se propone su adopción por la Comisión. No obstante, si la Comisión decidiera no aprobar esta disposición, debería adoptar la siguiente cláusula de salvaguardia:

«El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio del ejercicio de la protección por el Estado de la nacionalidad de un buque [o de una aeronave] en favor de la tripulación de dicho buque [o aeronave], con independencia de si esas personas detentan o no su nacionalidad.»

Dicha cláusula de salvaguardia permitiría por lo menos que la evolución de una norma consuetudinaria sobre la protección de la tripulación de un buque por el Estado del pabellón no se viera perjudicada por la exclusión del referido precepto del presente proyecto de artículos.

---

[179] Art. 3.

[180] Whiteman *Digest of International Law*, págs. 534 y 535.

[181] *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montreal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie* (Jamahiriya Árabe Libia *c.* Estados Unidos de América), providencia de 10 de septiembre de 2003, *C.I.J. Recueil 2003*, pág. 152.

[182] En el caso *Lockerbie* (véase la nota 181 *supra*) aparentemente la mayoría de las víctimas a bordo del vuelo 103 de Pan Am en 1988 eran de nacionalidad estadounidense. Sin embargo, hubo 17 nacionalidades diferentes en el derribo del vuelo de la UTA sobre el Níger en 1989. Véase *BBC News*: *Africa*, 9 de enero de 2004; véase también Murphy, «Libyan payment to families of Pan Am flight 103 victims», pág. 987.