

**ACTAS RESUMIDAS DE LAS SESIONES DE LA SEGUNDA PARTE
DEL 53.º PERÍODO DE SESIONES**

celebrada en Ginebra del 2 de julio al 10 de agosto de 2001

2685.ª SESIÓN

Lunes 9 de julio de 2001, a las 15.10 horas

Presidente: Sr. Peter KABATSI

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Brownlie, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Momtaz, Sr. Operti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka.

**Organización de los trabajos del período
de sesiones (conclusión)**

[Tema 1 del programa]

1. El PRESIDENTE da la bienvenida a todos los miembros de la Comisión a la segunda parte del período de sesiones y señala que el Grupo de Trabajo sobre los comentarios a los proyectos de artículos sobre la responsabilidad de los Estados hará todo lo posible para terminar de examinar los comentarios puntualmente de modo que el Relator Especial pueda ultimarlos. Hay que conceder tiempo suficiente para la traducción de los comentarios, que son muy extensos.

Protección diplomática¹ (continuación*) (A/CN.4/506 y Add.1², A/CN.4/513, secc. B, A/CN.4/514³)

[Tema 3 del programa]

INFORMES PRIMERO Y SEGUNDO DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación*)

* Reanudación de los trabajos de la 2680.ª sesión.

¹ Véase el texto de los proyectos de artículos 1 a 9 propuestos por el Relator Especial en su primer informe en *Anuario... 2000*, vol. I, 2617.ª sesión, párr. 1.

² Véase *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte).

³ Reproducido en *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte).

2. El PRESIDENTE invita a la Comisión a que siga examinando el capítulo III (Nacionalidad continua y transferibilidad de las reclamaciones) del primer informe del Relator Especial (A/CN.4/506 y Add.1).

3. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que, aunque el capítulo III se presentó en la primera parte del período de sesiones, quisiera hacer unas breves observaciones adicionales. En su declaración introductoria (2680.ª sesión) indicó con respecto al principio de la nacionalidad continua que la Comisión debía elegir entre una versión tradicional y otra más moderna. Según la versión tradicional, el Estado sólo puede ejercer la protección diplomática en nombre de una persona si ésta era nacional suya en el momento de producirse el perjuicio en el que se basa la reclamación, y sólo si esa persona mantuvo la nacionalidad hasta la fecha en que se presentó la reclamación, ésta inclusive. Esa versión está respaldada por la práctica de algunos Estados, algunos intentos de codificación, algunas decisiones judiciales y algunos tratadistas, y se basa en el argumento de que evita el fraude y la «compra de protección» —el cambio de nacionalidad hasta encontrar a un Estado poderoso que esté dispuesto a patrocinar la reclamación.

4. La versión tradicional ha sido objeto de numerosas críticas, puesto que muchos tratadistas y decisiones judiciales han adoptado la postura de que no se trata de una norma claramente establecida de derecho internacional consuetudinario. También se han vertido críticas aduciendo, entre otras cosas, que no está claro si el perjuicio se inició en la fecha del acto lesivo o en la de la denegación de justicia, ni si la fecha hasta la que se exige que se mantenga la nacionalidad es la fecha de iniciación de las negociaciones diplomáticas o la de presentación de la reclamación. Se ha afirmado que la razón fundamental subyacente a la norma ha desaparecido. Actualmente, tras la decisión de la CIJ en el asunto *Nottebohm*, una persona no podría recurrir a la «compra de protección» porque carecería de un vínculo efectivo con el Estado protector de su elección. La norma de la continuidad se ha calificado de injusta en el sentido de que no tiene en cuenta los cambios de nacionalidad no voluntarios. En el contexto de la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados, el Relator Especial sobre el tema ya ha señalado la necesidad de que se ajuste la norma de la continuidad con respecto a esos cambios no voluntarios.

5. Por esos motivos, tal vez convendría que la Comisión adoptara una norma más flexible, como la que figura en el artículo 9. Dicha norma permitiría a los Estados presentar

una reclamación en nombre de un nacional que hubiera adquirido la nacionalidad de buena fe después de la fecha del perjuicio, en los casos en que éste fuera atribuible a un Estado distinto del anterior Estado de nacionalidad y siempre y cuando el Estado original no hubiera ejercido o no estuviera ejerciendo la protección diplomática con respecto al perjuicio. El artículo 9 contiene diversas salvaguardias, la más importante de las cuales es que la nueva nacionalidad ha de haberse adquirido de buena fe. También es importante el hecho de que no se pueda presentar una reclamación contra el Estado de la nacionalidad anterior.

6. El Relator Especial espera con interés escuchar el debate y conocer si la Comisión va a seguir la versión tradicional u otra más progresista que tenga en cuenta los cambios que se han producido en el derecho internacional desde la decisión de la CIJ en el asunto *Nottebohm*.

7. El Sr. GAJA dice que el Relator Especial está realizando un gran esfuerzo para reconsiderar las normas de la protección internacional para garantizar una protección más completa de los derechos de la persona, especialmente los derechos humanos. Con ello, propone algunas soluciones innovadoras que permiten a la Comisión reexaminar las normas tradicionales y analizar su lógica. La propuesta del artículo 9 sobre la nacionalidad continua es moderadamente innovadora en el sentido de que considera que un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática en nombre de una persona que no era nacional suyo en el momento del perjuicio sólo si el interesado no ha tenido tampoco la nacionalidad del Estado supuestamente responsable. Otras condiciones que se establecen en el artículo 9 limitan más todavía el alcance de la innovación. Aun así, sin embargo, el artículo parece entrar en conflicto con la práctica, como se refleja en el primer informe.

8. El Relator Especial admite en el párrafo 1 que la norma de la continuidad está bien establecida en la práctica de los Estados y, al examinar las decisiones judiciales, sugiere que la tendencia general se inclina por apoyar la norma. Sin embargo, en este contexto cita tanto el fallo de la CPJI en el asunto *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* como la opinión disidente del juez van Eysinga⁴, a los que concede prácticamente la misma importancia. Personalmente, el orador desea citar un fragmento del fallo que le parece especialmente claro en apoyo a la norma de la continuidad, por cuanto en él se dice que

En el caso en cuestión nada permite sostener que las Partes trataron de excluir la aplicación de la norma y que, por consiguiente, el Agente lituano tiene razón cuando afirma que Estonia debe demostrar que en el momento en que ocurrió el perjuicio que supuestamente entraña la responsabilidad internacional de Lituania la empresa perjudicada tenía la nacionalidad estonia [págs. 16 y 17].

En otra parte del fallo, la CPJI criticó el intento del Gobierno de Estonia de desacreditar la norma.

9. Como afirma el Relator Especial en sus comentarios al artículo 9, Sir Gerald Fitzmaurice planteó algunas dudas con respecto a la existencia de la norma de la continuidad en su opinión separada en el asunto *Barcelona Traction*. Tanto Bélgica como España reafirmaron la norma de la continuidad en su respuesta a una pregunta

formulada por el juez Jessup en la última fase del procedimiento oral. En su opinión separada, que no se cita en el informe, el juez Jessup dijo:

aunque varíe la fraseología, existe un consenso general con respecto al principio de que la reclamación ha de ser nacional en su origen, es decir, que la persona o las personas supuestamente perjudicadas deben tener la nacionalidad del Estado reclamante en la fecha en que ocurrió el acto lesivo y si bien cabría admitir que, en su conjunto, la noción es en cierto modo artificial ya que se basa fundamentalmente en la ficción de Vattel, no creo que la Corte pueda alterar una práctica establecida de larga data en esta materia [pág. 202, párr. 74].

10. El juez Jessup tenía razón al destacar que la lógica principal de la norma de la continuidad no era el riesgo de fraude, sino el planteamiento del fallo *Mavrommatis* o de Vattel respecto de la protección diplomática: que el Estado, al recurrir a la acción diplomática en nombre de un individuo, hace valer sus propios derechos, precisamente para garantizar, en la persona de sus súbditos, el respeto de las normas del derecho internacional. Esto parece sugerir que, en el momento del perjuicio, el individuo debía tener la nacionalidad del Estado que presentó la reclamación.

11. Si la Comisión decide ir en contra de la práctica existente y seguir la propuesta del Relator Especial a fin de ampliar las posibilidades de protección del individuo, habría que añadir una condición a las que contiene actualmente el artículo 9. En el momento de la violación, la obligación debía existir ya entre el Estado demandado y el Estado que presenta la reclamación en nombre de una persona que ha adquirido una nueva nacionalidad. Se puede plantear el ejemplo del Estado que sostiene que se ha violado el derecho de una persona a recibir asistencia consular en un proceso penal en virtud del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Sin la adición propuesta al artículo 9, el nuevo Estado de nacionalidad podría presentar una reclamación basada en dicha violación a pesar de que, cuando ésta se produjo, el Estado supuestamente responsable no tenía ninguna obligación con respecto al Estado reclamante. A menudo las normas de protección diplomática se consideran únicamente en el contexto del derecho internacional consuetudinario, por lo que no cabría duda sobre la existencia de la obligación. El fallo de la CIJ en el asunto *LaGrand* ayuda a recordar que la protección diplomática también puede estar relacionada con el incumplimiento de obligaciones creadas por tratado; de ahí la necesidad de establecer que la obligación debía existir ya con anterioridad.

12. El orador considera que antes de dejar el tema de la nacionalidad de las reclamaciones relativas a particulares convendría examinar varias cuestiones. La primera se refiere al ejercicio por parte de las organizaciones internacionales de la protección diplomática y de sus funcionarios. Sería útil establecer una norma que se aplicara cuando una organización internacional y el Estado de nacionalidad pretendieran ejercer la protección diplomática en nombre de la misma persona.

13. La segunda cuestión se refiere al derecho del Estado de nacionalidad de un barco o de un avión a presentar una reclamación en nombre de la tripulación y tal vez los pasajeros, independientemente de la nacionalidad de los interesados. Un ejemplo reciente de la reivindicación de ese derecho es el fallo del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en el asunto *Saiga* (n.º 2), en el que

⁴ Véase 2680.ª sesión, párr. 4.

se señala que San Vicente y las Granadinas tenía derecho a reparación por los daños causados directamente al *Saiga* y por cualesquiera otros daños o pérdidas sufridos por el buque y, en particular, por todas las personas comprometidas o interesadas en sus actividades [párr. 172]. Convendría que la Comisión indicara cuál es la norma aplicable en esos casos y en qué medida el derecho del Estado de nacionalidad del barco o del avión a presentar una reclamación afecta el derecho del Estado de nacionalidad de la persona.

14. La tercera cuestión se refiere al caso en que un Estado ejerce la protección diplomática en nombre de un nacional de otro Estado por delegación de éste. Sería útil establecer las condiciones en que podría delegarse la protección diplomática. También debería concretarse el presunto alcance de la delegación, ya que, incluso después de haber delegado la protección, el Estado de nacionalidad tal vez desee hacerse cargo del asunto.

15. La cuarta cuestión tiene que ver con los casos en que un Estado o una organización internacional administran o controlan un territorio. Por ejemplo, ¿tienen derecho las Naciones Unidas a ejercer la protección diplomática en nombre de los habitantes de Timor Oriental a la espera de que se cree un nuevo Estado? ¿Podrían las Naciones Unidas presentar una reclamación a favor de los nacionales yugoslavos residentes en Kosovo?

16. El orador espera con interés la opinión del Relator Especial acerca de estas cuestiones.

17. El Sr. ROSENSTOCK dice que desea hacer un comentario acerca de la cuestión intertemporal planteada por el Sr. Gaja. Se podría tomar por ejemplo un caso en que, cuando ocurrió el perjuicio, la persona afectada era nacional de Alemania, y Alemania y el país de acogida eran Partes en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Posteriormente la persona cambió de nacionalidad y adquirió, digamos, la nacionalidad de Zimbabwe, pero Zimbabwe no era Parte en la Convención en el momento del incidente. No tendría sentido imponer a Zimbabwe y al país de acogida unas obligaciones que no habían aceptado en el momento del incidente. Aunque no tenía derecho a presentar una reclamación en aquel momento, el nuevo Estado de nacionalidad adquirió ese derecho cuando la persona cambió de nacionalidad. ¿Por qué es injusto que el nuevo Estado de nacionalidad reivindique su derecho como derecho adquirido por sucesión? Cuando se incumplió la obligación, ese incumplimiento no se produjo con respecto a un Estado que no era Parte, a saber, Zimbabwe, sino con respecto a uno que sí lo era, es decir, Alemania. ¿Por qué es injusto permitir que Zimbabwe asuma la obligación que era válida en el momento del incidente? Este tipo de cuestión tiene que ver con el modo en que la Comisión aborda el tema: ¿está buscando una forma de proteger a la persona o pretende centrarse en las relaciones entre Estados?

18. El Sr. GAJA dice que el Sr. Rosenstock ha introducido un nuevo elemento en su propio ejemplo, en el sentido de que el nuevo Estado de nacionalidad adquirió la obligación entre el momento en que se produjo el perjuicio y el momento en que se presentó la reclamación. Ese caso también debe examinarse. La injusticia consiste en que, en el ejemplo planteado, Zimbabwe podría pre-

sentar una reclamación por una violación que se produjo cuando Zimbabwe no tenía ninguna obligación.

19. El Sr. HAFNER, siguiendo la serie de cuestiones planteadas por el Sr. Rosenstock, pregunta qué sucedería si un Estado dejara de existir, por ejemplo, a raíz de su desmembramiento, y las personas que hubieran sido perjudicadas adquirieran la nacionalidad de otro Estado. Si se exigiera que, para presentar una reclamación contra el Estado perjudicante, el nuevo Estado estuviera autorizado por ley, los particulares resultarían perjudicados porque ningún Estado estaría facultado para ejercer la protección diplomática en su nombre.

20. El Sr. HE señala a la atención dos aspectos en relación con el artículo 9. En primer lugar, el Estado de la nacionalidad de origen tiene prioridad para ejercer la protección diplomática, mientras que el nuevo Estado de nacionalidad sólo puede hacerlo si el Estado original no presentó una reclamación a raíz del perjuicio. Sin embargo, el orador se pregunta qué ocurriría si el perjuicio se produjera durante el período de transición de una nacionalidad a otra y siguiera existiendo tras la adquisición de la nueva nacionalidad. ¿Seguiría teniendo prioridad el Estado de la nacionalidad de origen para presentar una reclamación o podría pedir la víctima al nuevo Estado de nacionalidad que la presentara? Puesto que con el artículo se pretende establecer un régimen flexible, tal vez sea necesario tener en cuenta esa eventualidad y aclarar en el comentario si el Estado de la nacionalidad original seguiría teniendo prioridad.

21. En segundo lugar, la afirmación de que sólo el nuevo Estado de nacionalidad puede interponer una reclamación, y ello únicamente cuando dicho Estado decida ejercer esa opción en las conclusiones sobre el artículo 9 incluidas en el primer informe del Relator Especial, parece otorgar al nuevo Estado de nacionalidad amplias facultades discrecionales, sin tener en cuenta prioridad alguna. En la práctica, tanto el Estado original como el nuevo Estado de nacionalidad tienen la facultad discrecional de presentar una reclamación.

22. El Sr. ECONOMIDES dice que no puede apoyar la propuesta de suprimir la norma tradicional y clásica de la nacionalidad continua y la transferibilidad de las reclamaciones, que desde hace tiempo ha sido la base del ejercicio de la protección diplomática, como lo han confirmado la práctica de los Estados, las comisiones mixtas de reclamaciones y la jurisprudencia internacional. Se trata de un principio establecido del derecho internacional. En este contexto, la práctica de los Estados Unidos y el Reino Unido, como se describe en el comentario del Relator Especial al artículo 9, es sumamente reveladora. La misma práctica existe en Grecia. Los motivos para mantener la norma de la nacionalidad continua y el interés en evitar los abusos de todo tipo por particulares y Estados, especialmente en vista del enorme poder que ejercen las empresas multinacionales, son más importantes de lo que eran en la época del asunto *Barcelona Traction*. Por consiguiente, el orador no puede estar de acuerdo con la opinión de Sir Gerald Fitzmaurice. Ello no significa que la norma no pueda perfeccionarse, y deberían admitirse algunas excepciones fundamentales. En este sentido, está de acuerdo con la declaración de su

compatriota Politis⁵, citada también en el informe. Si un individuo o una persona jurídica cambia de nacionalidad involuntariamente, debería autorizarse al nuevo Estado de nacionalidad a ejercer la protección diplomática, pero no contra el Estado de la nacionalidad de origen. Esa excepción se aplicaría principalmente en los casos de sucesión de Estados en que el Estado sucesor concede automáticamente su nacionalidad a las personas que quedan bajo su soberanía. También deberían hacerse excepciones en otros casos, como los de cambio de nacionalidad por matrimonio o los de apatridia. Por lo demás, la aplicación de la norma no debería cambiar. El párrafo 1 del artículo 9 no abarca todos los casos.

23. El párrafo 4 del artículo 9 es aceptable, pero habría que ampliar sus disposiciones para excluir la posibilidad de que el nuevo Estado de nacionalidad ejerza la protección diplomática frente al Estado de la nacionalidad original. El orador también tiene serias dudas con respecto a la necesidad o la importancia del párrafo 3: no es pertinente desvincular el interés general del Estado requirente del interés de la persona perjudicada. La protección diplomática clásica sólo comprende la protección del individuo. La transferibilidad de las reclamaciones, una cuestión delicada que el informe no aborda adecuadamente, debería ser mucho más restrictiva de lo que se indica en el párrafo 2. La norma de la continuidad debería aplicarse excepto en el caso de la transferencia involuntaria de reclamaciones, más concretamente en caso de defunción de la persona perjudicada.

24. El Sr. MELESCANU dice que toma la palabra, sin haberse preparado, para ahuyentar la impresión de que la tendencia dominante en la Comisión es que se opone a los cambios al artículo 9 propuestos por el Relator Especial, que ha dado nueva vida a un aspecto especialmente importante del derecho internacional público. Al fin y al cabo, la responsabilidad de los Estados se expresa en gran medida a través de la protección diplomática, ya sea de personas, accionistas de empresas, barcos o aviones. En la era de la mundialización, los problemas relacionados con las inversiones inmobiliarias o de capital revisten una importancia cada vez mayor. Otro factor es la alta concentración de poder en el Estado, que es el único protector de los intereses privados, ya sean de particulares o de entidades jurídicas. Sin embargo, hay que admitir que por desgracia el ejercicio de la protección diplomática está sujeto en buena parte a consideraciones políticas. Esa es la realidad, y hay que aceptarla como premisa al tratar de determinar cuál es la mejor forma de proteger los intereses individuales.

25. Como puede constatarse por las observaciones del Sr. Rosenstock y del Sr. Hafner, incluso desde un punto de vista práctico la evolución positiva del derecho tiene su razón de ser. Las reservas expresadas por el Sr. Gaja y el Sr. Economides se basan en la teoría y los precedentes. Sin embargo, incluso desde el punto de vista teórico han aparecido brechas en el edificio de la protección diplomática. El árbitro Parker ha señalado claramente que el perjuicio sólo afecta al Estado por cuanto es incumbencia

suya garantizar que las disposiciones del derecho internacional se apliquen a sus ciudadanos⁶. Lógicamente, deben facilitarse los medios necesarios para reparar el perjuicio, y la Comisión debería estudiar qué medios serían esos si, por motivos políticos, un Estado decidiera no facilitar protección diplomática. La respuesta se encuentra en el párrafo 1 del artículo 9: la protección podría facilitarla otro Estado. Así pues, la práctica y la doctrina internacionales se unen para apoyar la opinión del Relator Especial. A pesar de los sólidos argumentos a favor de la antigua norma de la nacionalidad continua, hay que elegir inevitablemente entre mantener esa norma o fomentar la evolución progresiva del derecho. El orador optaría por lo segundo.

26. El Sr. GOCO dice que la protección diplomática es discrecional y no obligatoria. Hay casos en que, a pesar de existir todos los motivos para ofrecerla, los Estados no lo hacen. Su país ha facilitado protección diplomática incluso en casos en que el cambio de nacionalidad tuvo lugar después del perjuicio, pero esa práctica no es en modo alguno universal.

27. El artículo debería referirse a otro fenómeno del panorama internacional actual: el de la doble o múltiple nacionalidad, que se acepta internacionalmente en virtud de los principios del *jus sanguinis* y el *jus soli*, aunque ha habido intentos de abolirlo. En el párrafo 1 se establecen determinadas condiciones al ejercicio de la protección en caso de un cambio de nacionalidad de buena fe por motivos de matrimonio o de naturalización. Sin embargo, es importante que la norma no sea rígida y pueda aplicarse en los casos en que también es probable que otro Estado de nacionalidad ejerza la protección diplomática.

Se levanta la sesión a las 16.20 horas.

⁶ *Ibíd.*, párr. 4.

2686.ª SESIÓN

Martes 10 de julio de 2001, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. Peter KABATSI

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Momtaz, Sr. Operti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma.

⁵ *Ibíd.*, párr. 5 y nota 14.