

Capítulo V

PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

A.—Introducción

406. En su 48.º período de sesiones, celebrado en 1996, la Comisión consideró que el tema de la «Protección diplomática» era uno de los tres temas idóneos para su codificación y desarrollo progresivo¹²¹. En el mismo año la Asamblea General, en el párrafo 13 de su resolución 51/160, de 16 de diciembre de 1996, invitó a la CDI a que examinara el tema e indicara su alcance y contenido a la luz de las observaciones formuladas en el curso del debate en la Sexta Comisión y las observaciones que los gobiernos presentasen por escrito. En su 49.º período de sesiones, celebrado en 1997, la Comisión, de conformidad con la invitación hecha en la resolución de la Asamblea, estableció un Grupo de Trabajo sobre el tema¹²². En el mismo período de sesiones el Grupo de Trabajo sobre la protección diplomática presentó un informe que fue aprobado por la Comisión¹²³. El Grupo de Trabajo trató de: *a*) aclarar, en todo lo posible, el ámbito del tema; y *b*) determinar las cuestiones que deberían estudiarse en el contexto de dicho tema. El Grupo de Trabajo propuso un esquema para el examen del tema y, por su parte, la Comisión recomendó al Relator Especial que adoptase ese esquema como base para la presentación de un informe preliminar¹²⁴. La Comisión acordó también que trataría de concluir el examen del tema en primera lectura antes de que finalizara el quinquenio en curso.

407. También en su 49.º período de sesiones, la Comisión nombró al Sr. Mohamed Bennouna Relator Especial para el tema¹²⁵.

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

409. En su 50.º período de sesiones, celebrado en 1998, la Comisión tuvo ante sí el informe preliminar del Relator Especial¹²⁶. En el mismo período de sesiones, la Comisión estableció un grupo de trabajo de composición

abierta para que examinara las conclusiones que pudieran extraerse del debate en cuanto al enfoque del tema¹²⁷.

410. En su 51.º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión nombró al Sr. Christopher John Robert Dugard Relator Especial para el tema¹²⁸ tras la elección del Sr. Bennouna como magistrado del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia.

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

411. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/506 y Add.1). La Comisión examinó los capítulos I (Estructura del informe) y II (Proyecto de artículos) en sus sesiones 2617.^a a 2620.^a y 2624.^a a 2627.^a, celebradas del 9 al 12 de mayo y del 19 al 25 de mayo de 2000. Por falta de tiempo, la Comisión aplazó el examen del capítulo III (Nacionalidad continua y transferibilidad de las reclamaciones), que contenía el artículo 9 y sus comentarios¹²⁹, hasta su próximo período de sesiones.

412. En su 2624.^a sesión, la Comisión inició unas consultas oficiosas de participación abierta, presididas por el Relator Especial, sobre los artículos 1, 3 y 6. El informe sobre las consultas oficiosas figura en el párrafo 495 *infra*.

413. La Comisión examinó el informe sobre las consultas oficiosas en su 2635.^a sesión, celebrada el 9 de junio de 2000, y decidió remitir los proyectos de artículo 1, 3, 5, 6, 7 y 8 al Comité de Redacción junto con el informe sobre las consultas oficiosas.

1. ENFOQUE DEL TEMA

414. Al presentar su primer informe, el Relator Especial dijo que, teniendo en cuenta que la Comisión ya había examinado el enfoque del tema y las cuestiones generales que éste planteaba en el contexto del informe preliminar del anterior Relator Especial, el Sr. Bennouna¹³⁰, y en el contexto de dos grupos de trabajo que

¹²¹ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 107, doc. A/51/10, párr. 248, y anexo II, adición 1, pág. 151.

¹²² *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 61, párr. 169.

¹²³ *Ibíd.*, párr. 171.

¹²⁴ *Ibíd.*, págs. 63 y 64, párrs. 189 y 190.

¹²⁵ *Ibíd.*, pág. 64, párr. 190.

¹²⁶ *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/484.

¹²⁷ Las conclusiones del Grupo de Trabajo figuran en *ibíd.*, vol. II (segunda parte), pág. 52, párr. 108.

¹²⁸ *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), doc. A/54/10, párr. 19.

¹²⁹ Véanse los proyectos de artículo propuestos por el Relator Especial en *Anuario... 2000*, vol. I, 2617.^a sesión, párr. 1.

¹³⁰ Véase la nota 126 *supra*.

se ocuparon del tema en los períodos de sesiones 49.º y 50.º, por razones prácticas había decidido pasar directamente a las propuestas relativas a los artículos, ya que esta manera de proceder permitía centrar más el debate y sacar conclusiones con mayor facilidad. Sin embargo, el Relator Especial deseaba explicar algunas cuestiones generales que se planteaban en los artículos que había propuesto y que podían examinarse en el contexto de esos proyectos de artículos.

415. En primer lugar, el Relator Especial era del parecer de que la protección diplomática podía utilizarse para promover la protección de los derechos humanos. Por consiguiente, sostenía que la protección diplomática seguía siendo un arma importante en el arsenal para la protección de los derechos humanos. Mientras el Estado continuara siendo el protagonista principal de las relaciones internacionales, el hecho de que los Estados hicieran suyas las reclamaciones por violación de los derechos de sus nacionales seguía siendo el recurso más eficaz para la protección de los derechos humanos. En vez de intentar debilitar ese recurso desechándolo por tratarse de una ficción que ya no resultaba útil, debía hacerse todo lo posible por fortalecer las normas sobre el derecho de la protección diplomática. Ese era el planteamiento teórico en que se basaba su informe.

416. En segundo lugar, el Relator Especial no estaba convencido de que la protección diplomática hubiese quedado obsoleta a causa de los diversos mecanismos de arreglo de controversias a los que tenían acceso actualmente los particulares. Si bien las personas participaban en el ordenamiento jurídico internacional y tenían derechos en virtud de normas internacionales, sus recursos seguían siendo limitados.

417. En tercer lugar, el Relator Especial había decidido plantear en una etapa temprana las cuestiones más controvertidas relacionadas con este tema a fin de solicitar la orientación de la Comisión y resolverlas antes de seguir adelante. Ese era el caso en particular de la cuestión del uso de la fuerza en el ejercicio de la protección diplomática, que se examinaba en el contexto del artículo 2, y de la cuestión de si la protección diplomática era un deber de los Estados, que se examinaba en el contexto del artículo 4.

418. En cuanto a la estructura, el Relator Especial dijo que los ocho proyectos de artículo propuestos en el capítulo II de su informe se dividían en dos grupos. En el primer grupo (arts. 1 a 4) los artículos 1 y 3 eran en gran parte fundacionales, mientras que los artículos 2 y 4 eran especialmente controvertidos. Los artículos 5 a 8, que constituían el segundo grupo, eran también controvertidos, pero todos ellos trataban cuestiones relativas a la nacionalidad.

2. ARTÍCULO 1¹³¹

a) Introducción del Relator Especial

¹³¹ El artículo 1 propuesto por el Relator Especial dice lo siguiente:

«Artículo 1.—Alcance

»1. En los presentes artículos se entenderá por protección diplomática las medidas que adopte un Estado contra otro Estado en relación con un perjuicio a la persona o a los bienes de un nacional

419. El Relator Especial explicó que el artículo 1 pretendía ser, no una definición, sino más bien una descripción del tema. En ese artículo no se intentaba abordar la cuestión de la protección funcional por parte de una organización internacional, asunto mencionado brevemente en el informe, y que quizás no tuviera lugar en el estudio porque planteaba tantas cuestiones de principio diferentes. La doctrina de la protección diplomática estaba claramente muy relacionada con la de la responsabilidad de los Estados por daños causados a extranjeros. Ciertamente, la Comisión, en su primer intento por redactar los proyectos de artículo sobre la responsabilidad de los Estados, había procurado abarcar tanto los principios de la responsabilidad de los Estados en su formulación actual como la cuestión de la protección diplomática. La idea de que los hechos u omisiones internacionalmente ilícitos que causaban daños a extranjeros implicaban la responsabilidad del Estado al que eran atribuibles dichos hechos u omisiones había gozado ya de aceptación general entre la comunidad internacional en los años veinte. Se había aceptado en líneas generales que, si bien un Estado no estaba obligado a admitir extranjeros, una vez que lo hubiera hecho tenía con el Estado de la nacionalidad del extranjero la obligación de ofrecer cierto grado de protección a su persona o a sus bienes de conformidad con una norma internacional mínima de trato para los extranjeros.

420. El término «medidas» en el artículo 1 planteaba algunas dificultades. La mayoría de las definiciones de la protección diplomática no trataban adecuadamente la índole de las medidas de que disponía un Estado en el ejercicio de la protección diplomática. La CPIJ parecía distinguir entre «medidas diplomáticas» y «procedimientos judiciales», una distinción repetida por la CIJ en el asunto *Nottebohm*¹³² y por el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán en el asunto n.º A/18¹³³. En cambio, los tratadistas jurídicos no establecían ninguna distinción de este tipo y solían utilizar el término «protección diplomática» para abarcar la acción consular, la negociación, la mediación, los procedimientos judiciales y de arbitraje, las represalias, la retorsión, la ruptura de relaciones diplomáticas, la presión económica y, como último recurso, el uso de la fuerza.

b) Resumen del debate

421. Se consideró que el informe del Relator Especial era estimulante y se basaba en una investigación sólida, por lo que fue bien acogido para debatir, de manera directa y abierta, las cuestiones más controvertidas que la Comisión podía tener que afrontar en relación con la protección diplomática. El informe planteaba varias cuestiones importantes en el contexto del artículo 1 que afectaban también al enfoque del tema.

causado por un hecho o una omisión internacionalmente ilícitos atribuibles al segundo Estado.

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

¹³² Segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1955*, pág. 4. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 46.

¹³³ *Irán-Estados Unidos, asunto n.º A/18*, decisión de 6 de abril de 1984, *Rapports du Tribunal des différends américano-iraniens*, Cambridge, Grotius, 1985, vol. 5, pág. 251.

422. Se observó que en su informe el Relator Especial atribuía gran importancia a la protección diplomática como instrumento para prevenir la violación de los derechos humanos. Sin embargo, se sugirió que esta cuestión quizás se hubiera exagerado. No era obvio que se ejerciera la protección diplomática cuando un Estado planteaba cuestiones de derechos humanos en beneficio de sus nacionales. Según el derecho internacional, las obligaciones relativas a los derechos humanos eran básicamente obligaciones *erga omnes*. Cualquier Estado podía pedir el cese de una violación de esos derechos, tanto si las personas afectadas eran nacionales suyos como nacionales del Estado infractor o nacionales de un tercer Estado. De este modo, cualquier requisito referente a la nacionalidad en materia de reclamaciones parecía estar fuera de lugar cuando se invocaban los derechos humanos. Sin embargo, los Estados se ocupaban principalmente de proteger los derechos humanos de sus nacionales, y si bien las normas del derecho internacional general en materia de derechos humanos no distinguían a muchos respectos entre las personas protegidas según su nacionalidad, los Estados solían ofrecer mayor protección cuando se trataba de sus propios nacionales. Por ello, se podía afirmar con razón que la idea de protección diplomática abarcaba la protección de los derechos humanos de los propios nacionales. No obstante, había dificultades. La CIJ, en su famoso fallo en el asunto *Barcelona Traction*¹³⁴ indicó que sólo el Estado de la nacionalidad podía intervenir en casos de protección diplomática, pero que en asuntos relativos a los derechos humanos podía hacerlo cualquier Estado.

423. Se señaló además que el término «medidas» en el artículo 1 creaba dificultades. La protección diplomática era un proceso largo y complejo; cuando un Estado recibía una reclamación de un particular, la examinaba a fin de determinar su gravedad y si era o no lícita. Esa primera fase preparatoria o de investigación no constituía protección diplomática. Tan sólo cuando el gobierno decidía presentar una reclamación en nombre de su nacional al gobierno que presuntamente había incumplido con respecto a dicha persona determinadas normas del derecho internacional, entonces entraba en funcionamiento la protección diplomática.

424. En este contexto, había opiniones discrepantes respecto de si la protección diplomática se aplicaba a las medidas adoptadas por un gobierno para prevenir daños a sus nacionales (es decir, antes de que se produjera el hecho ilícito) o únicamente a hechos ilícitos del Estado que ya se habían producido. Algunos miembros de la Comisión eran de esta última opinión, es decir, que la protección diplomática se aplicaba tan sólo a un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado que hubiera causado perjuicios a un nacional de otro Estado. La participación del Estado de la nacionalidad en negociaciones con otros Estados a fin de prevenir perjuicios a sus nacionales no entraba en el ámbito de la protección diplomática tal como esa idea se entendía en su sentido clásico. Algunos miembros de la Comisión eran de otro parecer. Decían que en la práctica los Estados podían hacer suyos los intereses de ciudadanos suyos con respecto a acciones o medidas que en el futuro podrían causarles perjuicio. La

intervención del Estado de la nacionalidad en esa fase debía caracterizarse también como protección diplomática. En cualquier caso la protección diplomática no era una «medida» como tal, sino que consistía en poner en marcha un proceso por el cual la reclamación de una persona física o jurídica se transformaba en una relación jurídica internacional. En ese sentido puramente técnico, la protección diplomática era uno de los medios de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado.

425. En lo que respecta a la índole de la protección diplomática, se expresaron dos opiniones distintas. Según una de ellas, la protección diplomática era un derecho del individuo. Según esta opinión, las constituciones de varios Estados consagraban el derecho de los nacionales a la protección diplomática, tendencia compatible con el desarrollo de la protección de los derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo. Según otra opinión, que contaba con el apoyo de muchos miembros de la Comisión, la protección diplomática era una facultad discrecional del Estado. El Estado tenía derecho a presentar una reclamación a otro Estado por un hecho ilícito cometido por este último, aunque el perjudicado por el hecho ilícito no fuese el propio Estado sino un nacional suyo. Sin embargo, el Estado no tenía ninguna obligación de reclamar en nombre del nacional perjudicado. La obligación constitucional de conceder protección diplomática a los propios nacionales no guardaba ninguna relación con el derecho internacional en lo que respecta a la institución de la protección diplomática.

426. En lo relativo a la definición de perjuicio, hubo acuerdo general en que el artículo 1 debía redactarse de manera que pusiera de manifiesto que la protección diplomática se refería a un perjuicio con arreglo al derecho internacional, no al derecho interno. En cuanto a si la violación del derecho interno daba derecho a ejercer la protección diplomática, se sugirió que si se violaba el derecho interno con respecto a un extranjero y no se concedía un recurso ante los tribunales nacionales, eso debía constituir un perjuicio según el derecho internacional. Sin embargo, algunos miembros no acogieron favorablemente esa sugerencia, ya que el problema que se planteaba en la protección diplomática no era la denegación de garantías procesales, sino el agotamiento de los recursos internos, que era una cuestión más amplia. La protección diplomática podía activarse incluso cuando no se habían denegado las garantías procesales, y centrarse en la denegación de justicia supondría examinar las normas primarias.

427. Se señaló que, a causa de la relación existente entre la responsabilidad de los Estados y la protección diplomática, al tratar este último tema la Comisión debía utilizar una terminología coherente con la del primero. Se dijo también que debía aclararse el concepto de «protección diplomática» a fin de evitar toda confusión con la noción de protección, prerrogativas e inmunidades de los diplomáticos y asuntos relacionados con la representación y las funciones consulares y diplomáticas.

c) *Observaciones finales del Relator Especial*

428. El Relator Especial dijo que el artículo 1 no había suscitado objeciones importantes. Sin embargo, se habían

¹³⁴ Véase la nota 43 *supra*.

expresado algunas dudas acerca de los términos utilizados, en particular de la palabra «medidas», que había sido interpretada de manera distinta por diferentes miembros. Se había sugerido prestar mayor atención a esta cuestión. Algunos miembros habían propuesto también que la terminología del artículo 1 se armonizara con la de los artículos sobre la responsabilidad de los Estados.

429. Se habían hecho algunas observaciones interesantes acerca de la necesidad de que se hubiera cometido un hecho ilícito antes de poder ejercer la protección diplomática. Sin embargo, algunos miembros mencionaron la posibilidad de un hecho internacionalmente ilícito potencial, como un proyecto de ley que previera medidas que podían constituir un hecho internacionalmente ilícito. También esa cuestión debería seguir examinándose en el Comité de Redacción.

3. ARTÍCULO 2¹³⁵

a) *Introducción del Relator Especial*

430. El Relator Especial explicó que el artículo 2 planteaba dos cuestiones muy controvertidas: en primer lugar, la cuestión siempre de actualidad de si el derecho internacional permitía intervenir con la fuerza para proteger a los propios nacionales; y en segundo lugar, si este asunto estaba comprendido en el ámbito de la protección diplomática. El Relator Especial no había querido dedicar demasiado espacio a esta cuestión en sus comentarios, en particular porque existía la posibilidad de que el artículo 2 fuese rechazado. Recordó que el anterior Relator Especial, el Sr. Mohamed Bennouna, en su informe preliminar¹³⁶ había declarado sin reservas que los Estados no podían recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en el ejercicio de la protección diplomática. Por consiguiente, se sentía obligado a no ignorar la cuestión en su nuevo informe.

431. El Relator Especial dijo que en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas se prohibía el uso de la fuerza. La única excepción a esta disposición, en lo que respecta a las medidas unilaterales, figuraba en el Artículo 51 de la Carta, que trataba del derecho de legítima defensa. El derecho de legítima defensa en el derecho internacional había sido formulado mucho antes de 1945. Se aceptaba en general que ese derecho tenía un

carácter amplio e incluía tanto la legítima defensa preventiva como la intervención destinada a proteger a los nacionales. En el Artículo 51 no se hacía ninguna referencia a éstos, sino tan sólo a casos en que se producía un ataque armado. Se había planteado un considerable debate académico entre varios tratadistas que habían adoptado posiciones diversas acerca de la cuestión. Las decisiones de los tribunales internacionales y los órganos políticos de las Naciones Unidas daban poca orientación al respecto. Los tribunales por lo general habían evitado el tema y, por ello, el derecho era incierto. Sin embargo, se había abusado mucho en el pasado del derecho a proteger a sus nacionales mediante el uso de la fuerza y todavía seguía prestándose al abuso. Por consiguiente, si debía incluirse, tenía que formularse en términos estrictos. Con ese fin, el Relator Especial proponía el artículo 2 que, a su juicio, reflejaba la práctica de los Estados de manera más precisa que una prohibición absoluta del uso de la fuerza. Esta última era difícil de conciliar con la práctica actual de los Estados. También lo era el derecho general a intervenir, que no podía conciliarse con las protestas formuladas por el Estado perjudicado y terceros Estados en caso de intervención para proteger a los nacionales.

432. En el párrafo 60 del informe el Relator Especial había señalado que el estudio no se ocupaba de la intervención humanitaria en el sentido de la protección de los derechos de nacionales de otro país mediante el uso de la fuerza. El Relator Especial comprendía que el artículo 2 iba a provocar un debate considerable. Pero creía que sería útil disponer de una decisión sobre el tema ya desde el principio a fin de que la cuestión no se planteara de nuevo después de que el asunto hubiera sido ya largamente debatido por la Comisión. El informe contenía material suficiente para tomar una decisión acerca de si debía incluirse en el proyecto una disposición de esa índole.

b) *Resumen del debate*

433. Se expresaron dos opiniones distintas con respecto al artículo 2.

434. Según una opinión, el artículo 2 no era aceptable, ya que no incluía un rechazo categórico de la amenaza o el uso de la fuerza en el ejercicio de la protección diplomática. En el proyecto de artículos no debía indicarse ninguna excepción que pudiera hacer dudar de esa prohibición. Entre las circunstancias que eximían a un Estado de la responsabilidad por un acto de fuerza podían figurar el peligro inminente o el estado de necesidad, asuntos que deberían regularse en el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados. Sin embargo, en el contexto de la protección diplomática, cualquier norma que permitiera, justificara o legitimara el uso de la fuerza era peligrosa e inaceptable. Como había señalado el Relator Especial, desde la formulación de la doctrina Drago en 1902¹³⁷ y de la Convención relativa a la Limitación del Empleo de la Fuerza para el Cobro de Deudas Contractuales (Convención Porter), la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza había sido uno de los aspectos más nota-

¹³⁵ El artículo 2 propuesto por el Relator Especial dice lo siguiente:

«Artículo 2

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

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

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

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

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

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

¹³⁶ Véase la nota 126 *supra*.

¹³⁷ Véase *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 213, doc. A/CN.4/96, párr. 228.

bles del desarrollo del derecho de protección diplomática, que había contribuido ciertamente a fomentar el desarrollo del derecho internacional general. Ese proceso había culminado en la norma enunciada en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. Además, teniendo en cuenta los antecedentes históricos de uso de la fuerza bajo la bandera de la protección diplomática, era esencial mantener en algún lugar del proyecto la primera parte de la frase inicial del artículo 2, que decía «queda prohibida la amenaza o el uso de la fuerza como medio de protección diplomática», ya que se trataba de un elemento significativo del desarrollo del derecho internacional consuetudinario sobre la protección diplomática. Sin embargo, debía suprimirse el resto del texto propuesto por el Relator Especial, a partir de «excepto en caso de...». Debía recordarse que el texto sobre la responsabilidad de los Estados, en el apartado *a* del artículo 50 aprobado en primera lectura¹³⁸, prohibía expresamente a los Estados recurrir como contramedida a la amenaza o al uso de la fuerza, que estaban prohibidos por la Carta. No obstante, cualquier intento por suprimir la primera parte de la primera oración del artículo redactada por el Relator Especial podría malinterpretarse en una época en que se tendía cada vez más a hacer uso de la fuerza en casos excepcionales.

435. En relación con la opinión expresada en el párrafo anterior, también se dijo que la propuesta del Relator Especial estaba en desacuerdo con otro principio crucial del derecho internacional, el de la no injerencia en los asuntos internos de los Estados, tal como se expresa en la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas¹³⁹, donde se estipulaba que ningún Estado o grupo de Estados tenía derecho a intervenir directa o indirectamente por ningún motivo —y de este modo se incluía la protección de los nacionales— en los asuntos internos o externos de ningún otro Estado y que, por consiguiente, la intervención armada y todas las demás formas de injerencia o intentos de amenazas contra la personalidad de un Estado o contra sus elementos políticos, económicos o culturales constituían una violación del derecho internacional.

436. Según otra opinión, la cuestión del uso de la fuerza no formaba parte del tema de la protección diplomática y quedaba fuera del mandato de la Comisión. La protección diplomática estaba relacionada con el derecho sobre la responsabilidad de los Estados y se refería esencialmente a la admisibilidad de las reclamaciones. La Comisión no podía ocuparse de todos los mecanismos, algunos de ellos de gran importancia, por los que podía concederse protección a los individuos que reclamaban contra Estados. Entre estos mecanismos figuraban muy diversas medidas, como el mantenimiento de la paz, las actividades consulares y otras muchas. Además, el uso de la fuerza para proteger a los nacionales de un Estado en el extranjero no podía examinarse al margen de la cuestión general del uso de la fuerza y la aplicación de la Carta de las Naciones Unidas. Las medidas a que se refería el Relator Especial

podían justificarse o excusarse sobre la base de otros principios del derecho internacional, como la necesidad, pero, al igual que la intervención por razones humanitarias, se trataba de cuestiones controvertidas que no guardaban ninguna relación con la protección diplomática.

437. Los miembros que sostenían la primera opinión no podían concebir que se diera a los Estados una base legal, en el marco de la protección diplomática, que les permitiera hacer uso de la fuerza excepto en legítima defensa, como prevé el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. La idea de legítima defensa no podía ampliarse, a su juicio, hasta abarcar la protección de los nacionales de un Estado que se encontrasen en un país extranjero. Sin embargo, algunos de los miembros que eran de la segunda opinión, es decir, que la cuestión del uso de la fuerza quedaba fuera del ámbito de la protección diplomática, estimaban que el Relator Especial tenía razón en su interpretación del Artículo 51 de la Carta en el sentido de que los Estados tendrían derecho de hacer uso de la fuerza en el ejercicio del derecho de legítima defensa si las vidas de sus nacionales estuviesen en peligro. Otros miembros que se habían sumado a la segunda opinión no adoptaron ninguna posición sobre la cuestión del uso de la fuerza. Los miembros que opinaban que las cuestiones examinadas en el artículo 2 estaban fuera de lugar en el ámbito de la protección diplomática y, por consiguiente, debían suprimirse, no estuvieron de acuerdo en que se mantuviera la primera parte de la oración inicial, ya que, a su juicio, el uso de la fuerza para proteger a los nacionales era una forma de autoayuda distinta de la protección diplomática a todos los niveles, tanto de derecho como de hecho. Por este motivo, incluso la retención de esa parte del artículo 2 sería motivo de confusión.

438. Se expuso también la opinión de que en los artículos debería quedar claro que la protección diplomática era el inicio de un procedimiento para el arreglo pacífico de controversias, a fin de proteger los derechos o los bienes de un nacional que hubiera recibido amenazas o sufrido daños en otro Estado. De este modo, quedaría excluido el uso de la fuerza sin mantener el texto de la primera frase del artículo 2. Así pues, una solución constructiva digna de tenerse en cuenta podría consistir en suprimir el término «medidas» del artículo 1 y afirmar en cambio que la protección diplomática significaba el inicio de un procedimiento para el arreglo pacífico de una controversia.

c) *Observaciones finales del Relator Especial*

439. En lo que respecta al artículo 2, había que reconocer que algunos Estados interpretaban que el uso de la fuerza era la forma extrema de protección diplomática. Esta posición se había defendido en diversas publicaciones antes y después de la segunda guerra mundial. Era un hecho que en varias ocasiones los Estados habían intervenido por la fuerza para proteger a sus nacionales, alegando que ejercían el derecho a la protección diplomática y que seguirían haciéndolo en el futuro. Con toda franqueza, al igual que su predecesor, el Relator Especial no podía sostener que el uso de la fuerza estaba fuera de la ley cuando se trataba de la protección de nacionales. Sin embargo, había intentado limitar esa intervención mediante severas restricciones. Algunos miembros habían rechazado el artículo 2 sobre la base de que la Carta de las

¹³⁸ Véase la nota 16 *supra*.

¹³⁹ Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo.

Naciones Unidas prohibía totalmente el uso de la fuerza para proteger a los nacionales y de que ese uso estaba tan sólo justificado en caso de ataque armado. Sin embargo, otros miembros de la Comisión no habían adoptado ninguna posición con respecto a las disposiciones de la Carta, prefiriendo rechazar el artículo 2 por la simple razón de que no era pertinente al tema de la protección diplomática. El debate había revelado que no había unanimidad en cuanto al significado de la expresión «protección diplomática», pero también había puesto de manifiesto que la protección diplomática no incluía el uso de la fuerza. Por lo tanto, estaba muy claro que el artículo 2 no era aceptable para la Comisión.

4. ARTÍCULO 3¹⁴⁰

a) *Introducción del Relator Especial*

440. El Relator Especial dijo que en el artículo 3 se abordaba la cuestión de si el derecho de protección correspondía al Estado o al individuo. En la fase actual, bastaba con decir que históricamente ese derecho correspondía al Estado de la nacionalidad de la persona perjudicada. La ficción de que el perjuicio lo sufría el Estado de la nacionalidad se remontaba al siglo XVIII y a Vattel¹⁴¹ y había sido respaldada por la CPIJ en los asuntos *Concessions Mavrommatis en Palestine*¹⁴² y *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*¹⁴³ y también por la CIJ en el asunto *Nottebohm*¹⁴⁴.

441. El artículo 3 era relativamente poco conflictivo. Planteaba la cuestión de quién era el titular del derecho que se invocaba cuando el Estado de la nacionalidad hacía responsable a otro Estado de los perjuicios causados a sus nacionales. El punto de vista tradicional de que el perjuicio se causaba al propio Estado había sido cuestionado por considerarse que presentaba una serie de incongruencias internas. Como ya había indicado, la doctrina se había aceptado durante siglos y había sido respaldada por la CPIJ y por la CIJ.

442. La protección diplomática, aunque se basaba en una premisa que constituía una ficción, era una institución aceptada del derecho internacional consuetudinario que seguía sirviendo de instrumento valioso para la protección de los derechos humanos. Constituía un posible recurso para la protección de millones de extranjeros que no tenían acceso a recursos que podían presentarse ante los organismos internacionales, así como un medio de protección más eficaz para aquellos que tenían acceso a

los recursos, frecuentemente ineficaces, establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

443. El artículo 3 intentaba codificar el principio de la protección diplomática en su forma tradicional. Reconocía la protección diplomática como derecho que incumbía al Estado y que el Estado podía ejercer discrecionalmente, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, siempre que un nacional suyo fuese ilegalmente perjudicado por otro Estado. El derecho de intervención diplomática del Estado de la nacionalidad no se limitaba a los casos en que se producían violaciones sistemáticas y en gran escala de los derechos humanos, ni tampoco estaba el Estado obligado a abstenerse de ejercer ese derecho cuando la persona interesada podía interponer recurso con arreglo a un tratado relativo a los derechos humanos o a las inversiones extranjeras. En la práctica, el Estado se abstendría probablemente de afirmar su derecho cuando la persona dispusiera de un recurso individual, o bien podría sumarse al particular en el ejercicio del derecho que le correspondía en virtud del tratado en cuestión. En principio, según el artículo 3, el Estado no estaba obligado a abstenerse de ejercer la protección diplomática, dado que se lesionaba su propio derecho cuando se perjudicaba ilegalmente a un nacional suyo.

b) *Resumen del debate*

444. La proposición del artículo 3 se consideraba en principio aceptable pero se vio que su formulación planteaba algunas dificultades. El artículo seguía de cerca la doctrina tradicional de la protección diplomática, ya que su núcleo estaba contenido en las palabras «en nombre de un nacional ilegalmente perjudicado por otro Estado». Los miembros de la Comisión sugirieron que sería más apropiado sustituir la frase final por las palabras «perjudicado por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado», que tenían la ventaja de mantener el asunto dentro de sus propios límites, es decir, los de la responsabilidad internacional. Y lo más importante, desde el punto de vista de la teoría tradicional: no era el individuo el perjudicado sino el Estado el que sufría daños en la persona de su nacional. Eso era lo que constituía la ficción tradicional y que debía mantenerse sistemáticamente en el proyecto de artículos.

445. Se subrayó que la evolución muy positiva del derecho internacional de reconocer los derechos individuales directos, en el contexto de la protección de los derechos humanos o de la protección de las inversiones, no había socavado la doctrina tradicional de la protección diplomática. La protección diplomática era una facultad discrecional del Estado con arreglo al derecho internacional positivo existente, y eso era algo que quizás debería afirmarse de manera más explícita. Se planteó la cuestión de si había llegado el momento de limitar la facultad discrecional del Estado dentro de unos límites más estrechos. Se expresó también la opinión de que no resultaba apropiado mantener la frase en que se declaraba que el derecho a ejercer la protección diplomática tenía carácter discrecional, ya que algunos podrían argumentar que esa formulación impedía a los Estados promulgar leyes internas que los obligaran a proteger a sus nacionales.

¹⁴⁰ El artículo 3 propuesto por el Relator Especial dice lo siguiente:

«Artículo 3

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

¹⁴¹ E. de Vattel, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle* (1758), *The Classics of International Law*, vol. III, Washington D.C., Carnegie Institution of Washington, 1916.

¹⁴² Fallo n.º 2, 1924, C.P.J.I., *série A* n.º 2.

¹⁴³ Fallo, 1939, C.P.J.I., *série A/B* n.º 76, pág. 4.

¹⁴⁴ Véase la nota 132 *supra*.

c) *Observaciones finales del Relator Especial*

446. En el artículo 3, el Relator Especial había propuesto que la Comisión adoptara el punto de vista tradicional derivado del fallo de la CPJI en el asunto *Concessions Mavrommatis en Palestine*, según el cual la protección diplomática era un derecho del Estado, que no actuaba como agente de sus nacionales. Algunos miembros habían dicho que debía subrayarse más que la reclamación era del Estado. Otros eran del parecer que debía hacerse más hincapié en el hecho de que el perjuicio al nacional era la causa de la violación del derecho internacional. El Relator Especial creía que la idea estaba implícita en el proyecto de artículo, pero estuvo de acuerdo en que podía hacerse más explícita.

5. ARTÍCULO 4¹⁴⁵

a) *Introducción del Relator Especial*

447. El Relator Especial dijo que el artículo 4 trataba otra cuestión controvertida y constituía una propuesta *de lege ferenda* relacionada con el desarrollo progresivo del derecho, no una codificación. Según la doctrina tradicional, el Estado tenía un derecho absoluto a decidir si ejercía o no la protección diplomática en nombre de un nacional suyo. No tenía ninguna obligación de hacerlo. Por consiguiente, los nacionales que sufrían algún perjuicio en el extranjero no tenían ningún derecho a la protección diplomática en virtud del derecho internacional. En opinión de algunos juristas, esa posición era una característica desafortunada del derecho internacional y la evolución de la normativa internacional en materia de derechos humanos requería que un Estado estuviera de alguna manera obligado a conceder protección diplomática a una persona perjudicada. La cuestión se había examinado en la Sexta Comisión, donde la mayoría de los oradores habían expresado la opinión de que el Estado tenía la facultad discrecional absoluta de decidir si concedía la protección diplomática. Con todo, algunos oradores habían defendido la opinión contraria.

448. La práctica de los Estados a este respecto era interesante. Muchos Estados tenían constituciones en que se indicaba que la persona tenía derecho a la protección

diplomática. Algunas constituciones, contenían disposiciones en el sentido de que el Estado tenía que proteger los derechos legítimos de sus nacionales en el extranjero o que los nacionales del Estado debían gozar de protección cuando residían en el extranjero. Sin embargo, el Relator Especial no sabía si esos derechos eran aplicables en virtud del derecho interno de esos países o si simplemente tenían por objeto garantizar el acceso de los nacionales que hubieran sufrido algún perjuicio en el extranjero a los funcionarios consulares del Estado.

449. En los párrafos 89 a 93 del informe del Relator Especial se describían las restricciones que debían imponerse a ese derecho. En primer lugar era un derecho que debía limitarse a la violación de normas de *jus cogens*. En segundo lugar, el Estado de la nacionalidad debía contar con un amplio margen de discernimiento y no estar obligado a proteger a un nacional suyo si sus intereses internacionales aconsejaban lo contrario. En tercer lugar, el Estado debía estar eximido de la obligación de proteger al individuo si éste disponía de algún recurso ante un tribunal internacional. En cuarto lugar, el Estado no tenía esa obligación si otro Estado podía proteger a una persona con doble o múltiple nacionalidad. Por último, el Relator Especial había propuesto la idea de que el Estado no debía estar obligado a proteger a un nacional que no tuviera una vinculación efectiva o genuina con el Estado de la nacionalidad, ya que en ese campo podía aplicarse el principio enunciado en el asunto *Nottebohm*. Por consiguiente, el Relator Especial presentaba el artículo 4 a la Comisión siendo plenamente consciente de que se trataba de un proceso de desarrollo progresivo del derecho. También en este caso, la Comisión debía decidir ya desde un principio si la propuesta era o no demasiado radical.

b) *Resumen del debate*

450. Algunos miembros de la Comisión expresaron su preocupación por el artículo 4 que a su juicio era *de lege ferenda* y no estaba apoyado por la práctica de los Estados. Las disposiciones constitucionales mencionadas en los párrafos 80 y 81 del informe del Relator Especial no constituían ninguna prueba de *opinio juris*. No eran muchos los autores contemporáneos que opinaban que la protección diplomática era una obligación del Estado y la conclusión a que se llegaba en el párrafo 87 de que en la práctica reciente de los Estados había «signos» de apoyo a ese punto de vista constituía una evaluación optimista de los materiales actualmente disponibles.

451. En el mismo orden de ideas, se dijo que el artículo 4 iba demasiado lejos al establecer el deber de que el Estado ejerciera la protección diplomática en determinadas circunstancias, sin indicar quién era el acreedor de ese deber. Quizás fuera la persona, pero como se había hecho referencia también a normas perentorias, se planteaba la cuestión de si se trataba de un deber para con la comunidad internacional en su conjunto. Se dijo que la protección diplomática era una prerrogativa soberana del Estado, que se ejercía a su discreción. La legislación nacional en el mejor de los casos especificaba los objetivos de la política estatal en cuanto a conceder protección a los nacionales del Estado en el extranjero, pero no establecía disposiciones jurídicas vinculantes.

¹⁴⁵ El artículo 4 propuesto por el Relator Especial dice lo siguiente:
«Artículo 4

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

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

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

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

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

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

452. Se afirmó que este artículo, al igual que los artículos 1 y 3, planteaba la cuestión de los derechos humanos. Claramente la protección diplomática no estaba reconocida como un derecho humano ni podía hacerse respetar como tal. Se subrayó de nuevo que debía hacerse una distinción entre derechos humanos y protección diplomática ya que al confundir ambos conceptos eran más los problemas que se planteaban que los que se resolvían. Además, en vista de que no se entendía claramente el significado y el alcance del *jus cogens*, el artículo creaba grandes dificultades. De acuerdo con esta opinión, la Comisión debería limitarse al concepto estrictamente técnico de la institución de la protección diplomática y no salirse de su mandato.

453. Se señaló además que los artículos enunciaban la «obligación jurídica» de un Estado de ejercer la protección diplomática, pero que esa obligación se limitaba a los casos en que una persona perjudicada presentaba una solicitud en ese sentido. Ahí había una contradicción: si el Estado tenía un deber, entonces tenía que cumplir con él, de lo contrario cometía un hecho ilícito. En el artículo 4, la «solicitud» de las personas perjudicadas se refería exclusivamente a una violación grave del *jus cogens*, pero esa formulación reducía de manera radical el alcance del derecho a la protección diplomática. Implicaba que un Estado estaba obligado a intervenir tan sólo cuando se trataba de normas de *jus cogens*. Su intención era quizás que, cuando se violaba una norma de *jus cogens*, el Estado debía intervenir cualesquiera que fuesen las circunstancias, y de hecho con mayor efectividad, obligatoriedad y prontitud que en otras ocasiones. Esta formulación contradecía el principio de la responsabilidad de los Estados, según el cual, si se infringían normas de *jus cogens*, no sólo el Estado de la nacionalidad sino todos los Estados tenían el derecho y el deber de proteger a la persona afectada.

454. Otra cuestión que se planteaba en el contexto de este artículo era en qué medida una persona podía llevar adelante sus propias reclamaciones y si podía ejercerse simultáneamente el derecho a la protección diplomática. Había que estudiar con mayor atención el punto exacto en que el Estado debía ejercer el derecho a la protección diplomática, y si lo hacía, en qué medida la persona perjudicada seguía teniendo una función que desempeñar en el proceso. En el proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a extranjeros elaborado por la Facultad de Derecho de Harvard¹⁴⁶ se sugería dar prioridad a la reclamación del Estado. ¿Quería eso decir que no se tendría en cuenta la reclamación del nacional o que, si se consideraba ésta, ya no constituiría el elemento central de la resolución del asunto? Una vez más, no quedaba clara la interrelación de dos reclamaciones que podían seguir sus respectivos cursos al mismo tiempo.

455. Algunos otros miembros de la Comisión fueron menos críticos con el artículo 4. A su juicio, dicho artículo decía básicamente que, en caso de violación grave de una

obligación de importancia crucial para la salvaguardia de los intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto, el Estado no podía permanecer pasivo; es decir, si se cometía un genocidio en algún lugar o si un Estado recurría sistemáticamente a la tortura o a la discriminación racial como medio de gobierno, los demás Estados no podían permanecer al margen sin hacer nada. Pero esa cuestión no tenía que ver con la protección diplomática. Se trataba de una cuestión mucho más general y bien conocida por los miembros de la Comisión, ya que se refería a los crímenes internacionales. En tales circunstancias, los Estados tenían no sólo el derecho sino también el deber de actuar, aunque tampoco hubiese ninguna justificación para hacer uso de la fuerza. Sin embargo, eso no quería decir que la protección diplomática tuviera que servir de instrumento para esa intervención, ya que no debían defenderse únicamente los derechos e intereses de los nacionales sino los de la comunidad internacional en general. No era un asunto de protección diplomática, sino que formaba parte de la cuestión mucho más amplia de la responsabilidad de los Estados, y más concretamente se inscribía en el ámbito del artículo 51 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados aprobado en primera lectura.¹⁴⁷

c) Observaciones finales del Relator Especial

456. El Relator Especial reconoció que había introducido el artículo 4 *de lege ferenda*. Como ya se indicó, la propuesta contaba con el apoyo de algunos autores, así como de algunos miembros de la Sexta Comisión y de la Asociación de Derecho Internacional; incluso formaba parte de algunas constituciones. Se trataba pues de un proceso de desarrollo progresivo del derecho internacional. Pero la opinión general era que la cuestión no estaba todavía madura para ser examinada por la CDI y que se requería más apoyo en la práctica de los Estados y en particular en la *opinio juris* antes de poder examinarla.

6. ARTÍCULO 5¹⁴⁸

a) Introducción del Relator Especial

457. El Relator Especial dijo que, en esencia, en el artículo 5 se examinaba el principio enunciado en el asunto *Nottebohm*¹⁴⁹, a saber, que ha de existir un vínculo efectivo entre el Estado de la nacionalidad y la persona a los efectos del ejercicio de la protección diplomática. La cuestión que se planteaba era determinar si el principio reflejaba fielmente el derecho consuetudinario y si debía ser codificado. Se consideraba que el fallo del asunto *Nottebohm* era la fuente autorizada en que se fundamentaba la postura de que debía existir un vínculo efectivo entre la persona y el Estado de la nacionalidad, no sólo en

¹⁴⁷ Véase la nota 16 *supra*.

¹⁴⁸ El artículo 5 propuesto por el Relator Especial dice lo siguiente:
«Artículo 5

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

¹⁴⁹ Véase la nota 132 *supra*.

¹⁴⁶ Reproducido en L. B. Sohn y R. R. Baxter, «Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens», *American Journal of International Law* (Washington D.C.), vol. 55 (julio de 1961), pág. 548.

los casos de la nacionalidad doble o múltiple, sino también cuando el nacional poseyera una única nacionalidad. No obstante, había dos factores que podían limitar los efectos del fallo en el asunto planteado y dar lugar a que el fallo fuera atípico. En primer lugar, seguía cuestionándose que fuese legal que Liechtenstein hubiese otorgado su nacionalidad a Nottebohm con arreglo a su derecho interno. En segundo lugar, Nottebohm tenía ciertamente vínculos más estrechos con Guatemala que con Liechtenstein. Por consiguiente, el Relator Especial consideraba que la CIJ no había pretendido pronunciarse sobre la condición jurídica *vis-à-vis* de todos los Estados de la nacionalidad otorgada a Nottebohm por Liechtenstein. La Corte se había limitado prudentemente a fallar sobre el derecho de Liechtenstein a ejercer la protección diplomática a favor de Nottebohm frente a Guatemala y, por consiguiente, no había respondido a la pregunta de si Liechtenstein podría haber protegido a Nottebohm contra un Estado que no fuera Guatemala.

458. En relación con la aplicación del principio, se disponía de escasa información sobre la práctica de los Estados y la doctrina se encontraba dividida. La aceptación del principio menoscabaría gravemente el alcance de la protección diplomática dado que, en el mundo moderno, de resultados de la mundialización y la emigración, muchas personas que habían adquirido la nacionalidad de un Estado en virtud de su lugar de nacimiento o de la nacionalidad de los padres no tenían ningún vínculo efectivo con ese Estado. Por ello, el Relator Especial consideraba que el principio del vínculo auténtico no debía aplicarse estrictamente y que no cabía inferir ninguna norma general de él. Así pues, en su proyecto de artículo 5 se decía que «A los efectos de la protección diplomática de las personas naturales, por “Estado de la nacionalidad” se entenderá el Estado cuya nacionalidad haya adquirido la persona a quien se pretenda proteger, por razón de lugar de nacimiento, nacionalidad de los padres o naturalización de buena fe». Ese proyecto se basaba en dos principios fundamentales que regían el derecho de la nacionalidad. En primer lugar, el derecho del Estado a ejercer la protección diplomática se basaba en el vínculo de la nacionalidad existente entre el Estado y el individuo; en segundo lugar, correspondía a cada Estado determinar, con arreglo a su propio derecho, quiénes eran nacionales suyos. Además, el proyecto tenía en cuenta el hecho de que, lejos de ser absoluto, el derecho de un Estado a ejercer la protección diplomática en nombre de un nacional era un derecho relativo, tal como ponían de manifiesto la doctrina, la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del derecho en los párrafos 95 a 105 del informe. Se consideraba que el nacimiento y la nacionalidad de los padres eran factores de vinculación apropiados para otorgar la nacionalidad y reconocerla a los efectos de la protección diplomática. Lo mismo cabía decir, en principio, respecto al otorgamiento de la nacionalidad en virtud de la naturalización, ya fuera de modo automático por ministerio de la ley en los casos de matrimonio y adopción, ya fuera previa solicitud de la persona que hubiera cumplido el plazo de residencia prescrito. Por otra parte, el derecho internacional no reconocía la naturalización adquirida por medios fraudulentos ni la otorgada incurriendo en discriminación o sin que existiera ningún vínculo entre el Estado de la nacionalidad y la persona. En ese caso, la comisión de un abuso de derecho por parte del

Estado otorgante de la nacionalidad daría lugar a que la naturalización fuera de mala fe. Sin embargo, había una presunción de buena fe del Estado dado que éste tenía un margen de apreciación al decidir con respecto a los factores que constituían vínculos necesarios para otorgar la nacionalidad.

b) Resumen del debate

459. Se señaló que el contenido del informe era sumamente útil, particularmente en lo concerniente a la jurisprudencia pertinente y a los fallos adoptados en jurisdicciones especializadas, como el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán y la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas. No obstante, el artículo 5, que basaba el derecho a la protección diplomática en la nacionalidad, no tenía en cuenta determinadas realidades políticas y sociales. Así, en muchas sociedades tradicionales no se preveía la inscripción de los nacimientos, razón por la que resultaría sumamente arduo para numerosos analfabetos probar su nacionalidad. Además, se daba el caso de las víctimas de la guerra y de los refugiados, quienes cruzaban las fronteras precipitadamente y, por lo general, sin documentos de viaje, los cuales únicamente podían aportar testimonios orales de su Estado de origen. No tenía absolutamente ningún sentido exigir pruebas de nacionalidad a esas personas, sobre todo pruebas documentales. A ese respecto, el principio de la «nacionalidad efectiva» resultaba útil porque sentaba las bases para probar la nacionalidad, lo que de otra manera no resultaría posible. No obstante, la posición del Relator Especial sobre ese aspecto parecía algo imprecisa. Después de adoptar una posición prudente en sus observaciones sobre el artículo 5, en el párrafo 117 del informe, en el sentido de que «el requisito del vínculo auténtico exigido en el asunto *Nottebohm* menoscabará gravemente la doctrina tradicional de la protección diplomática si se aplica de manera estricta, ya que privará literalmente a millones de personas de los beneficios de esa protección», volvió a ocuparse de ese principio en los comentarios a los artículos 6 y 8, atribuyéndole un papel importante y positivo. En la práctica de los Estados había una referencia constante a la residencia, no a la nacionalidad, como factor vinculante que debería tenerse en consideración en el arreglo de controversias. En el mundo real, la residencia servía de base a la protección diplomática cuando no era posible que su ejercicio se viera respaldado por la documentación usual.

460. Algunos miembros insistieron en que el derecho a la protección diplomática no debería vincularse muy estrechamente a la nacionalidad. En la época actual, cada vez era más frecuente que nacionales establezcan su residencia en el extranjero. Por consiguiente, el lugar de residencia generaba un vínculo con el Estado de acogida que resultaba tan efectivo como la nacionalidad. Aun cuando ello significase ir más allá de la doctrina tradicional, era una circunstancia de la vida moderna que debería tener en cuenta la Comisión. Al examinar los artículos 5 a 8, debería tenerse en cuenta la residencia no sólo como factor accesorio sino también como factor real de vinculación.

461. De todos modos, se manifestó la opinión de que, tal como habían indicado algunos miembros, la importancia de la «residencia habitual» no debería exagerarse en el

contexto de la protección diplomática. De lo contrario, se plantearía la cuestión de si la residencia habitual de una persona en un Estado daría derecho a ese Estado a ejercer la protección diplomática aun cuando la persona en cuestión poseyera otra nacionalidad *jure soli* o *jure sanguinis* o mediante la naturalización de buena fe. La situación sería diferente si la persona fuese apátrida o refugiada, cuestión esta que se abordaba en el artículo 8. La otra cuestión que se plantearía era si un Estado cuya nacionalidad hubiese adquirido una persona natural en virtud del *jus soli*, el *jus sanguinis* o la naturalización perdía el derecho a la protección diplomática cuando la persona en cuestión residiera habitualmente en otro país. Según los miembros que sostenían esa opinión, la respuesta a esas cuestiones era negativa, dado que, de otro modo, la residencia habitual pasaría a ser el enemigo natural de la protección diplomática.

462. Se hizo la observación de que, aunque la nacionalidad guardaba relación con el tema, ésta no era su aspecto fundamental. El artículo 5 no se proponía abarcar todas las normas de derecho internacional relativas a la nacionalidad. Pero serviría de base para que un Estado impugnase el otorgamiento de la nacionalidad a una persona por otro Estado. El Relator Especial había observado acertadamente que los Estados veían con recelo cualquier insinuación sobre irregularidades en el ejercicio de lo que consideraban una prerrogativa exclusiva: el otorgamiento de la nacionalidad. Por ello era conveniente adoptar el prudente criterio de la CIJ en el asunto *Nottebohm* y suponer que los Estados podían otorgar libremente la nacionalidad. La cuestión de si una determinada persona tenía o no tenía la nacionalidad de cierto Estado entrañaba aplicar la legislación de ese Estado y era más idóneo que fuera resuelta por el propio Estado. Según el fallo en el asunto *Nottebohm*, el modo de abordar el requisito de la nacionalidad consistía en permitir que otros Estados, cuando así lo desearan, impugnaran la existencia de un vínculo efectivo entre un Estado y un nacional suyo. Se destacó que el Relator Especial había indicado acertadamente que había escasos ejemplos en la práctica de los Estados de impugnación del vínculo efectivo de la nacionalidad. De todos modos, había todavía menos ejemplos de Estados que hubiesen impugnado el modo en que otro Estado había otorgado la nacionalidad. El número de casos que ilustraban uno u otro planteamiento no era decisivo: por el contrario, había que averiguar si los Estados a los que se presentaba una reclamación se consideraban facultados para interponer la objeción de falta de un vínculo efectivo.

463. Se destacó que, si la Comisión mantuviese el criterio de la efectividad, tendría que establecer algunas restricciones para que resultase aplicable. Debería considerar si la falta de una nacionalidad efectiva de una persona podía ser impugnada por cualquier otro Estado o si solamente tenía derecho a alegar que no existían vínculos auténticos con el Estado demandante el Estado que tuviese vínculos más significativos con la persona. En el asunto *Barcelona Traction*¹⁵⁰, que se refería a una empresa y no a una persona, la CIJ había hecho referencia sin embargo al criterio adoptado en el asunto *Nottebohm*. Aunque sin aprobar ese criterio, la Corte había examinado si se aplicaba respecto del Canadá y había llegado a la

conclusión de que existían vínculos suficientes entre *Barcelona Traction Light and Power Company* y el Canadá. Por otra parte, no había comparado esos vínculos con los de España, país en el que operaban las empresas filiales, ni con los de Bélgica, país del que eran nacionales la mayor parte de los accionistas. La protección diplomática se basaba en la idea de que el Estado de la nacionalidad se veía especialmente afectado por el perjuicio causado o que probablemente se causaría a una persona. No se trataba de una figura cuyo objetivo era permitir que los Estados formularan reclamaciones en nombre de personas en general, sino en nombre de sus propios nacionales. La existencia de un vínculo auténtico entre la persona y un Estado distinto del Estado de la nacionalidad constituía una objeción que un Estado podía formular si así lo deseaba, con independencia de que existiese un vínculo más estrecho con ese Estado. Si no existía ningún vínculo auténtico, el Estado de la nacionalidad no resultaba especialmente afectado.

464. Se dijo que el artículo 5 estaba estrechamente relacionado con el artículo 3 y contenía la definición de nacional y no la de Estado de la nacionalidad. Los criterios para otorgar la nacionalidad —lugar de nacimiento, nacionalidad de los padres o naturalización— resultaban adecuados y eran de aceptación generalizada. Sólo era necesario uno de esos criterios para establecer un vínculo efectivo entre el Estado de la nacionalidad y un nacional suyo, aun cuando éste residiera habitualmente en otro Estado. En lo concerniente a la residencia habitual, se dijo que algunos tratadistas distinguían entre la naturalización involuntaria y voluntaria, en función de su adquisición por adopción, legitimación, reconocimiento, matrimonio u otros medios. La naturalización en sentido estricto, aun cuando hubiese sido limitada por el Relator Especial a la naturalización de buena fe, seguía siendo un concepto amplio, que adoptaba diferentes formas basadas en diferentes causas. Entre esas causas, la residencia habitual solía desempeñar un papel importante, si bien se conjugaba generalmente con otros factores vinculantes.

465. No obstante, algunos miembros consideraban que el criterio de la «buena fe» era subjetivo y, por consiguiente, difícil de aplicar. Se destacó que el requisito de la buena fe impondría la carga de probar la mala fe al Estado demandado, lo que resultaba injusto. Por el contrario, sería preferible utilizar las palabras «naturalización válida», como se había hecho en el asunto *Flegenheimer*¹⁵¹. Además, se sugirió que el artículo se redujese suprimiendo la referencia al «nacimiento, nacionalidad de los padres o naturalización de buena fe». Otros miembros sugirieron que se mantuvieran esas palabras, pero que se agregasen las palabras «de conformidad con el derecho internacional» para delimitar la naturalización. Ello resultaba inaceptable para algunos miembros, quienes sostenían que la inclusión de cualquier referencia a los métodos de otorgamiento de la nacionalidad cuestionaba el derecho discrecional del Estado a otorgar la nacionalidad de conformidad con su derecho interno.

466. Además, se señaló que el hecho de incluir una enumeración de los requisitos para adquirir la nacionalidad

¹⁵⁰ Véase la nota 43 *supra*.

¹⁵¹ Decisión n.º 182 de 20 de septiembre de 1958, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV (n.º de venta: 65.V.4), pág. 327.

en el artículo 5, cosa que no se hacía en el artículo 1, daba la impresión de que se estaba cuestionando el derecho de un Estado a otorgar la nacionalidad y que los Estados no estaban facultados para otorgarla cuando no mediara la buena fe. Se destacó que lo que se planteaba era la impugnabilidad y no la nacionalidad. Desde esa perspectiva, no estaban fuera de lugar la cuestión de la nacionalidad de buena fe, el asunto *Nottebohm* y otras cuestiones. El asunto *Nottebohm* no se refería al derecho de un Estado a otorgar la nacionalidad, sino al derecho de Liechtenstein a presentar una reclamación contra Guatemala. Así pues, de conformidad con esa opinión, los párrafos 97, 98, 101 y 102 del informe del Relator Especial deberían examinarse en el contexto de la impugnabilidad y no en el contexto del derecho de un Estado a otorgar la nacionalidad, que era prácticamente absoluto. En consecuencia, debería modificarse la conclusión que figuraba en el párrafo 120 del informe del Relator Especial.

467. Se señaló que era exagerada la afirmación que se hacía en el párrafo 117 del informe de que el requisito del vínculo auténtico exigido en el fallo de la CIJ en el asunto *Nottebohm* menoscabaría gravemente la doctrina tradicional de la protección diplomática. Por el contrario, siempre que una persona tuviera la nacionalidad de un Estado, basada en alguno de los criterios pertinentes, ese Estado podía ejercer la protección diplomática. Además, la afirmación que se hacía en el párrafo 104 del informe del Relator Especial de que la nacionalidad no se reconocería en el caso de la naturalización forzada, aunque era pertinente, parecía que no tenía en cuenta la sucesión de Estados, figura esta en cuya virtud se concedía al Estado sucesor el derecho a otorgar su nacionalidad en masa y por prescripción de ley incluso a personas que tuvieran la nacionalidad del Estado predecesor y residieran habitualmente en el territorio del Estado objeto de la sucesión. Constituía una excepción importante y estaba reconocida en el derecho internacional por las mismas razones que la naturalización voluntaria.

468. Algunos miembros de la Comisión manifestaron la opinión de que resultaría difícil examinar el artículo 5 si no se hiciera referencia a las cuestiones de la denegación de justicia y del agotamiento de los recursos internos. Para que un perjuicio fuera imputable a un Estado, tendría que haber habido una denegación de justicia, es decir, no haber más posibilidades de obtener reparación o satisfacción del Estado al que fuera imputable el acto. Una vez que se hubieran agotado todos los recursos administrativos y judiciales internos y si el perjuicio causado por la violación de la obligación internacional no se hubiera reparado, podría iniciarse el proceso de protección diplomática.

469. Se dijo que sería preferible que el proyecto de artículos se refiriera exclusivamente al régimen aplicable a las personas naturales. Las personas jurídicas deberían quedar excluidas de ese estudio, dadas las lógicas dificultades que existían para determinar su nacionalidad, que podía ser la del Estado en el que una persona jurídica tuviera su sede o estuviera constituida, la de sus accionistas o tal vez incluso la del centro principal de adopción de decisiones.

470. Sin embargo, otros miembros de la Comisión no estaban de acuerdo en que se incluyera la denegación de justicia en el texto, dado que ello obligaría a ocuparse de las normas primarias y la Comisión ya había decidido limitar el alcance del examen del tema a las normas secundarias. En lo tocante a la cuestión de si el tema debería circunscribirse a las personas naturales, algunos miembros de la Comisión consideraron que la cuestión no debería quedar excluida por el momento; habida cuenta de la expansión del comercio internacional, los nacionales que necesitasen protección diplomática podrían ser accionistas de sociedades.

c) *Observaciones finales del Relator Especial*

471. El Relator Especial dijo que, tal como habían subrayado muchos miembros de la Comisión, el tema que se estaba examinando versaba sobre la protección diplomática y no sobre la adquisición de la nacionalidad. En el artículo 5 tal vez no se establecía esa distinción de manera suficientemente clara. La cuestión que realmente se planteaba era si el Estado de la nacionalidad perdía el derecho a proteger a una persona cuando ésta residiera habitualmente en otro país. De lo que se trataba era de la impugnación del derecho de un Estado a proteger a un nacional y no de las circunstancias en que un Estado podía otorgar la nacionalidad. Entraba en juego la impugnación de la nacionalidad y ello debería abordarse al redactar de nuevo el artículo. El Relator Especial estaba de acuerdo con la sugerencia de que se redactara de nuevo el artículo 5 para suprimir las referencias al nacimiento, la nacionalidad de los padres y la naturalización. Se habían formulado objeciones a la utilización de la expresión «mala fe», lo que era también una cuestión de redacción. Así pues, aunque se habían hecho sugerencias sobre el modo de mejorar el artículo 5, nadie había cuestionado la necesidad de esa disposición. En lo tocante al requisito del agotamiento de los recursos internos, el Relator Especial dijo que estaba de acuerdo en que se trataba de un asunto que había de abordarse dentro de los trabajos sobre la protección diplomática, aun cuando también se estuviese examinando dentro del tema de la responsabilidad de los Estados.

7. ARTÍCULO 6¹⁵²

a) *Introducción del Relator Especial*

472. El artículo 6 se ocupaba de la institución de la nacionalidad doble o múltiple, que era un hecho de la vida internacional, aun cuando no todos los Estados la reconociesen. La cuestión que se planteaba era si un Estado podía ejercer la protección diplomática de uno de sus nacionales que tuviera doble o múltiple nacionalidad. Los intentos de codificación, la práctica de los Estados, los fallos judiciales y la doctrina estaban divididos acerca de

¹⁵² El artículo 6 propuesto por el Relator Especial dice lo siguiente:

«Artículo 6

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

esta cuestión, tal como se ponía de manifiesto en los párrafos 122 a 159 del informe. Existe, sin embargo, respaldo de la norma propuesta en el artículo 6: con sujeción a ciertas condiciones, el Estado de la nacionalidad podía ejercer la protección diplomática en favor de un nacional perjudicado contra otro Estado del que la persona perjudicada fuera también nacional cuando la nacionalidad dominante de la persona fuera la del primer Estado. El criterio de la nacionalidad dominante o efectiva era importante, razón por la cual los tribunales habían de examinar detenidamente si la persona de que se tratase tenía vínculos más estrechos con un Estado que con otro.

b) *Resumen del debate*

473. Se expresaron diferentes puntos de vista en relación con el artículo 6. Algunos miembros estaban de acuerdo con el principio que recogía el artículo y con la inclusión de la referencia a la nacionalidad «dominante y efectiva». Algunos tenían dificultades en aceptar la propuesta básica del artículo. Otros manifestaron su opinión respecto de aspectos concretos de la redacción del artículo.

474. Algunos miembros manifestaron que, pese al principio clásico de la no responsabilidad del Estado respecto de sus propios nacionales, debería respaldarse el artículo 6 por las razones expuestas por el Relator Especial en su informe. Aunque, tal como se indicaba en el párrafo 153, podían plantearse problemas al delimitar la cuestión de la nacionalidad efectiva o dominante, ello resultaba posible. En caso de que la cuestión se planteara entre dos Estados de la nacionalidad, en la práctica triunfaría la tesis del Estado demandante si la balanza de nacionalidades se inclinara manifiestamente en favor suyo. Las dudas que se plantearan sobre la existencia de una nacionalidad efectiva o dominante respecto del Estado demandante o el Estado demandado debían resolverse en favor de este último.

475. Los miembros partidarios del artículo 6 observaron que los conceptos de nacionalidad «dominante» y nacionalidad «efectiva» se consideraban intercambiables en la jurisprudencia. Se manifestó cierta preferencia por el concepto de «nacionalidad dominante», dado que entrañaba que uno de los dos vínculos de la nacionalidad era más fuerte que el otro. Por otra parte, la expresión «nacionalidad efectiva» podía significar que ninguno de los vínculos de la nacionalidad bastaba para establecer el derecho de un Estado a ejercer la protección diplomática. El Relator Especial dijo que estaba de acuerdo con los miembros que preferían la palabra «dominante» a la palabra «efectiva», ya que se trataba de comparar los vínculos que tenía respectivamente una persona con un Estado o con otro. Sin embargo, no estaba totalmente de acuerdo con las razones que se habían dado para explicar esa preferencia, ya que la nacionalidad adquirida por el nacimiento bien podría ser una nacionalidad efectiva: dependía de la amplitud con que se entendiera la palabra «efectiva».

476. Otros miembros apoyaron la norma de la no responsabilidad de los Estados respecto de sus propios nacionales y esgrimieron varios argumentos en este sentido. En particular, se hizo hincapié en el artículo 4 del Convenio sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad (en adelante «Convenio de La Haya de 1930»), que estaba en contra de esa opinión, dado que en él se disponía que «un Estado no podrá conceder protección diplomática a uno de sus nacionales contra otro Estado cuya nacionalidad esa persona también posea». No era lícito que una persona con doble nacionalidad fuera protegida contra un Estado al que debía lealtad y fidelidad.

477. Esos miembros reconocieron que el desarrollo del principio de la nacionalidad dominante o efectiva se había visto acompañado por una profunda modificación en el enfoque de la cuestión del ejercicio de la protección diplomática en nombre de personas con doble o múltiple nacionalidad. El Relator Especial había dado numerosos ejemplos, incluidos muchos fallos judiciales, que iban desde el asunto *Nottebohm*¹⁵³ a la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán, en relación con la aplicación del principio de la nacionalidad dominante o efectiva en los casos de doble nacionalidad. En el párrafo 160 del informe se llegaba a la conclusión de que el principio enunciado en el artículo 6 reflejaba la posición actual en el derecho internacional consuetudinario y era compatible con la evolución de las normas internacionales de derechos humanos, que conceden protección jurídica a las personas incluso frente al Estado del cual son nacionales. Sin embargo, la situación no era tan sencilla. Tal como indicaba el Relator Especial en el párrafo 146 de su informe, los juristas estaban divididos acerca de la aplicabilidad del principio de la nacionalidad dominante. Se indicó que, aunque los Estados mostraban a la sazón una actitud más tolerante que hacía 30 ó 50 años en relación con la múltiple nacionalidad, muchos seguían manteniendo en su legislación interna la norma que figuraba en el artículo 3 del Convenio de La Haya de 1930, a saber, que «una persona que tenga dos o más nacionalidades podrá ser considerada nacional de cada uno de los Estados cuya nacionalidad posea». A pesar del asunto *Nottebohm*, que seguía siendo considerado el punto de referencia fundamental, el principio de la igualdad soberana de los Estados continuaba teniendo un firme apoyo. En los casos en que la doble nacionalidad estaba bien arraigada, la aplicación indiscriminada del principio de la nacionalidad dominante o efectiva podía producir consecuencias absurdas y menoscabar la soberanía del Estado. Además, la doble nacionalidad entrañaba ciertas ventajas para quienes tenían dos nacionalidades; a este respecto, se planteaba la cuestión de por qué no deberían sufrir también las desventajas.

478. Se destacó que el principio de la nacionalidad dominante o efectiva entraba en juego en los casos de doble nacionalidad en que la protección diplomática se ejercía por uno de los Estados de la nacionalidad de la persona en cuestión contra un tercer Estado. No obstante, en lo tocante a aplicar el principio contra otro Estado de la nacionalidad de la persona en cuestión, la codificación de esa norma no contaba aún con respaldo suficiente en el derecho consue-

¹⁵³ Véase la nota 132 *supra*.

tudinario internacional. Además, si el artículo 6 se examinaba en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional, para determinar si un Estado de la nacionalidad podía ejercer la protección diplomática contra otro Estado de la nacionalidad el factor clave no debía ser el de la nacionalidad dominante del Estado demandante, sino el de la falta de un vínculo auténtico y efectivo entre la persona y el Estado demandado.

479. Los partidarios del artículo 6 reiteraron que éste reflejaba el pensamiento actual del derecho internacional y rechazaron el argumento de que las personas con doble nacionalidad debían sufrir desventajas en lo que respecta a la protección diplomática en razón de las ventajas que por otra parte les proporcionaba su condición de nacionales de dos Estados.

c) *Observaciones finales del Relator Especial*

480. El Relator Especial reconoció que el artículo 6 presentaba grandes dificultades y había dado lugar a una clara división de opiniones. El Relator Especial estaba de acuerdo en que sería más adecuado colocarlo después del artículo 7. A diferencia de algunos miembros, no consideraba que fuera un claro ejemplo de desarrollo progresivo del derecho internacional. Existían dos puntos de vista, respaldados por firmes argumentos, y correspondía a la Comisión optar por uno de los principios contrapuestos. El Relator Especial destacó que muchos Estados no permitían que sus nacionales renunciaran o perdieran su nacionalidad. Podía así darse el caso de que una persona se hubiese desvinculado totalmente del Estado de la nacionalidad original y hubiese adquirido la nacionalidad de otro Estado, aunque oficialmente estuviese vinculada a su Estado de origen por la nacionalidad. Por consiguiente, si la persona resultase perjudicada por el Estado de origen, el segundo Estado de la nacionalidad no podría brindarle protección. No cabía duda de que el proyecto debía contener una disposición del tenor del artículo 6.

8. ARTÍCULO 7¹⁵⁴

a) *Introducción del Relator Especial*

481. El Relator Especial manifestó que el artículo 7, que se ocupaba del ejercicio de la protección diplomática en favor de nacionales que tuvieran doble o múltiple nacionalidad contra terceros Estados, a saber, Estados de los que no fuera nacional la persona, disponía que el Estado de la nacionalidad podía ejercer la protección diplomática sin tener que probar que existía un vínculo efectivo entre ésta y la persona. Se trataba de una norma de transacción

entre opiniones divergentes, respaldada por las decisiones del Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán y la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas.

b) *Resumen del debate*

482. Había muchos miembros que, en principio, estaban de acuerdo con el artículo 7. Se manifestó la opinión de que el párrafo 1 del artículo 7 se hacía únicamente eco del artículo 5 sin agregar nada nuevo. Se expresó apoyo a la opinión del Relator Especial de que el principio de la nacionalidad efectiva o dominante no se aplicaba cuando un Estado de la nacionalidad intentaba proteger a una persona con doble nacionalidad contra otro Estado del que no fuera nacional. Además, se expresó apoyo a la propuesta del párrafo 170 del informe del Relator Especial de que la mejor manera de resolver el conflicto que planteaba el requisito de un vínculo efectivo en casos de doble nacionalidad en los que intervinieran terceros Estados consistía en exigir que el Estado demandante sólo tuviera que demostrar la existencia de un vínculo de nacionalidad de buena fe entre él y la persona perjudicada.

483. No obstante, se manifestó preocupación por el hecho de que el Relator Especial parecía rechazar el principio de la nacionalidad dominante o efectiva que había intentado aplicar en el artículo 6. En el párrafo 173 de su informe, el Relator Especial reconocía que el Estado demandado tenía derecho a presentar objeciones en los casos en que se hubiera adquirido la nacionalidad del Estado demandante de mala fe. Según esa opinión, el vínculo de la nacionalidad de buena fe no podía sustituir totalmente al principio de la nacionalidad dominante o efectiva establecido en el artículo 5 del Convenio de La Haya de 1930 y confirmado por la jurisprudencia posterior, incluido el fallo de la CIJ en el asunto *Nottebohm*. Ciertamente se planteaba la cuestión de si el concepto de la buena fe debería interpretarse en sentido amplio o restringido en el contexto de ese artículo. No obstante, parecía ser que el Relator Especial había adoptado un criterio estrictamente formal respecto de la nacionalidad, sin considerar si existía un vínculo efectivo entre la persona y los Estados de que se tratara. En relación con dicha cuestión, según esa opinión, aunque el principio de la nacionalidad dominante podía dejarse de lado, debería, sin embargo, incluirse una cláusula de excepción en el artículo 7 para impedir que el artículo fuera utilizado por un Estado para ejercer la protección diplomática en favor de una persona de nacionalidad múltiple con la que no tuviera ningún vínculo efectivo.

484. En lo tocante al párrafo 2, se hizo la observación de que resultaba aceptable el concepto del ejercicio conjunto de la protección diplomática por dos o más Estados de la nacionalidad. No obstante, en el artículo 7 o en el comentario debería preverse la posibilidad de que dos Estados de la nacionalidad ejerciesen la protección diplomática de manera simultánea, pero separada, contra un tercer Estado en favor de una persona con doble nacionalidad. En ese caso, el tercer Estado debería poder exigir la aplicación del principio de la nacionalidad dominante con objeto de denegar a uno de los Estados demandantes el derecho a la protección diplomática. Además, podrían surgir dificultades si uno de los Estados

¹⁵⁴ El artículo 7 propuesto por el Relator Especial dice lo siguiente:

«Artículo 7

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

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

de la nacionalidad renunciase a su derecho al ejercicio de la protección diplomática o se declarase satisfecho por la respuesta del Estado demandado, mientras el otro Estado mantenía su reclamación.

c) *Observaciones finales del Relator Especial*

485. El Relator Especial observó que el artículo 7 gozaba de un amplio respaldo, que se habían hecho algunas sugerencias útiles en cuanto a su redacción y que no se había cuestionado realmente el principio enunciado en el artículo.

9. ARTÍCULO 8¹⁵⁵

a) *Introducción del Relator Especial*

486. El Relator Especial dijo que la norma que figuraba en el artículo 8, que se refería al ejercicio de la protección diplomática en favor de apátridas y refugiados, constituía un ejemplo de desarrollo progresivo del derecho internacional. La norma se apartaba claramente de la posición tradicional expuesta en el asunto *Dickson Car Wheel Company*¹⁵⁶. Se habían aprobado varios convenios sobre los apátridas y refugiados, particularmente desde la segunda guerra mundial, si bien esos convenios no se ocupaban de la cuestión de la protección diplomática. Muchos autores habían sugerido que se subsanara esa laguna, porque era necesario que algún Estado estuviese en condiciones de proteger a los refugiados y apátridas. El Estado adecuado era el Estado de la residencia, ya que la residencia era un aspecto importante de la relación de la persona con el Estado, como ponía de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán. Seguía planteándose la cuestión de si la Comisión estaba dispuesta a seguir por esa vía.

b) *Resumen del debate*

487. En general se consideró que el artículo 8 representaba un ejemplo de desarrollo progresivo del derecho internacional. No obstante, ese desarrollo progresivo venía avalado por el derecho internacional contemporáneo, que no podía ser indiferente a la situación de los refugiados y apátridas. En el artículo 8 se reafirmaba la importancia que tenía la protección diplomática para alcanzar un objetivo básico del derecho internacional, a saber, la coexistencia civilizada basada en la justicia, al tiempo que se ponía ejemplarmente de manifiesto cómo la Comisión podía, en el momento y en un contexto adecuados, desempeñar una de sus tareas primarias: proceder al desarrollo progresivo del derecho internacional. El problema de la

protección de los apátridas y refugiados resultaba sumamente pertinente, ya que había muchos millones de ellos en todo el mundo. Se dijo que había alternativas a la nacionalidad que deberían tenerse en cuenta en circunstancias particulares y que el caso de los refugiados y apátridas exigía ciertamente un detenido estudio. Era necesario examinar si podía establecerse un paralelismo con la nacionalidad en el caso de la residencia habitual.

488. No obstante, algunos miembros cuestionaron la validez del artículo 8. Según su opinión, aunque los convenios de derechos humanos brindaban cierto grado de protección a los apátridas y refugiados, la mayor parte de los Estados de la residencia no tenían la intención de hacer extensiva la protección diplomática a esos dos grupos. En varios fallos judiciales se destacaba que un Estado no podía cometer un hecho internacionalmente ilícito contra un apátrida y, por consiguiente, ningún Estado estaba facultado para intervenir o interponer una demanda en favor de apátridas. En la Convención sobre el estatuto de los refugiados se dejaba claro que la cuestión de los documentos de viaje no facultaba en modo alguno a los titulares de dichos documentos a obtener la protección de las autoridades diplomáticas o consulares del país que los hubiera expedido ni confería a dichas autoridades el derecho de protección. En la Convención para reducir los casos de apatridia se guardaba silencio en relación con el tema de la protección. Pese a la evolución que había tenido lugar en los últimos años en relación con la protección de los refugiados y apátridas, no parecía que fuera aún el momento apropiado para abordar la cuestión de la protección diplomática de esas personas.

489. Algunos miembros manifestaron preocupación en relación con el artículo 8 en caso de que se considerara que la protección diplomática era el derecho que tenía una persona frente al Estado facultado para brindársela, dado que ello entrañaría imponer una carga suplementaria a los Estados de asilo o a los Estados que acogiesen a refugiados o apátridas. El problema de la protección de los refugiados estribaba en que lo mejor podía ser enemigo de lo bueno. Si los Estados consideraban que el reconocimiento de la condición de refugiado era el primer paso con miras al otorgamiento de la nacionalidad y que el ejercicio de la protección diplomática equivalía, de hecho, a anunciar a la persona que el reconocimiento de la condición de refugiado entrañaba la concesión de la nacionalidad, eso sería otro factor de disuasión para reconocer la condición de refugiado. En su sentido clásico, la figura de la condición de refugiado era un medio sumamente importante para proteger a personas perseguidas o que tuvieran motivos fundados de que fueran a ser perseguidas. Si la Comisión impusiera una carga excesiva, aumentarían las graves dificultades que ya existían para mantener el sistema clásico. No obstante, si se considerara que la protección diplomática se ejercitaba discrecionalmente por el Estado y no era un derecho de la persona, en ese caso, el artículo, con algunas modificaciones en lo concerniente a las condiciones para su ejercicio, resultaría más aceptable para esos miembros. Algunos miembros, aunque comprendían a quienes habían manifestado temor por el hecho de que la posibilidad que se brindaba a los Estados de acogida pudiera, en la práctica, convertirse en una carga, consideraron que no debería denegarse a los Estados de la residencia el derecho a ejercer la protección diplomática en

¹⁵⁵ El artículo 8 propuesto por el Relator Especial dice lo siguiente:

«Artículo 8

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

¹⁵⁶ *Dickson Car Wheel Company (U.S.A.) v. United Mexican States*, sentencia de julio de 1931, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (n.º de venta: 1951.V.1), pág. 669.

favor de los apátridas y los refugiados que se encontraran en su territorio. Aunque tal vez no se ejerciera muy frecuentemente, ese derecho no debería ser denegado de manera general. Siempre y cuando el artículo 8 se dividiera en dos disposiciones separadas que se ocuparan, respectivamente, de los apátridas y los refugiados, esos miembros eran partidarios de que se mantuviera el texto del Relator Especial.

490. Uno de los oradores destacó que cuando un Estado de acogida se consideraba obligado por razones morales o prácticas a hacer valer frente a terceros Estados las reclamaciones de personas que se encontraran en su territorio, ello no podía considerarse una obligación jurídica, sino una actuación discrecional. Ese mismo miembro manifestó su confianza por el hecho de que el Relator Especial no hubiese sugerido en ningún momento que el reconocimiento de la condición de refugiado era el penúltimo paso del proceso de otorgamiento de la nacionalidad. Por razones humanitarias, un Estado podía hacer suyas ciertas reclamaciones de los refugiados, considerándolos en un plano de igualdad con sus nacionales, dado que nadie más defendía su causa.

491. En lo tocante a la cuestión de la residencia, algunos miembros consideraban conveniente exigir que los refugiados y apátridas tuvieran que residir durante cierto tiempo en el país de acogida antes de poder solicitar la protección diplomática. No obstante, otros miembros preferían el requisito del «vínculo efectivo».

492. Algunos miembros afirmaron que la protección diplomática no debería ejercerse contra el Estado de la nacionalidad del refugiado en los casos de reclamaciones relacionadas con cuestiones surgidas antes del reconocimiento de la condición de refugiado, pero que no debería vacilarse en el caso de las reclamaciones planteadas después de que se hubiera reconocido la condición de refugiado.

493. Los miembros a los que preocupaba la carga que la protección diplomática de los refugiados podría imponer a los Estados de acogida sugirieron que el ACNUR debería brindar a los refugiados una protección «funcional», del mismo modo en que las organizaciones internacionales brindaban una protección funcional a su personal.

c) *Observaciones finales del Relator Especial*

494. El Relator Especial señaló que el artículo 8 era claramente un ejemplo de desarrollo progresivo del derecho internacional, razón por la cual la inmensa mayoría de los miembros había manifestado que estaba de acuerdo con su texto. Las objeciones planteadas no estaban realmente bien fundamentadas. En primer lugar, el Estado de acogida se reservaba el derecho a ejercer la protección diplomática y, por ende, su actuación era discrecional al respecto. En segundo lugar, no se sugería que el Estado en que la persona hubiese obtenido asilo pudiese entablar una acción contra el Estado de origen. Ello se expresaba sin ambages en los párrafos 183 y 184 del informe del Relator Especial, aunque tal vez hubiera podido aclararse en el propio artículo. En tercer lugar, era improbable que se recurriera abusivamente a esa disposición: los apátridas y refugiados residentes en un determinado Estado no

solían trasladarse muy frecuentemente al extranjero, porque el Estado de la residencia tenía que expedirles documentos de viaje, algo que en la práctica no era frecuente. Únicamente se ejercería la protección diplomática cuando la persona provista de esos documentos hubiese sufrido un perjuicio en un tercer Estado que no fuera el Estado de origen. Se habían formulado diversas sugerencias para perfeccionar el texto, particularmente que el artículo se dividiera en dos partes, relativas respectivamente a los apátridas y los refugiados.

10. INFORME SOBRE LAS CONSULTAS OFICIOSAS

495. En su 2624.ª sesión, la Comisión inició consultas oficiosas de participación abierta, presididas por el Relator Especial, en relación con los artículos 1, 3 y 6. El informe sobre las consultas oficiosas se reproduce a continuación:

«A. La mayor parte de los debates se centraron en el artículo 1, cuyo objeto es describir el alcance del estudio.

»1. Se acordó que el artículo 1 no debía incluir ninguna referencia a la denegación de justicia y que no se debía intentar redactar una disposición sustantiva al respecto, ya que se trataba esencialmente de una norma primaria. En cambio, se acordó que la denegación de justicia debía mencionarse en el comentario al artículo 1, como ejemplo de acto internacionalmente ilícito. Además, se subrayó que los elementos de este concepto debían tenerse en cuenta en la disposición sobre el agotamiento de los recursos internos.

»2. Se acordó que el artículo 1 no debía ir acompañado de una cláusula de exclusión. En cambio, el comentario debía aclarar que el proyecto de artículos no abarcaría las siguientes cuestiones:

»a) La protección funcional por las organizaciones internacionales;

»b) La protección de diplomáticos, cónsules y otros funcionarios públicos que actuaran con carácter oficial;

»c) Las inmunidades diplomática y consular;

»d) La promoción de un interés nacional que no se hiciera reclamando un derecho.

»3. Se acordó que —en esta etapa— el proyecto de artículos debía esforzarse por abarcar la protección de las personas tanto naturales como jurídicas. En consecuencia, el artículo 1 se referiría simplemente a un “nacional”, término ampliamente empleado para incluir ambos tipos de personas. Sin embargo, la protección de las personas jurídicas planteaba problemas especiales y se aceptó que tal vez deseara la Comisión en una etapa ulterior volver a examinar la cuestión de si debía incluirse la protección de las personas jurídicas.

»4. Se sugirió que la inclusión de una referencia a los procedimientos “pacíficos” en el artículo 1 podría eliminar la necesidad de prohibir expresamente el uso de la fuerza (véase la primera opción *infra*).

»5. Se recomendó que el Comité de Redacción examinara las siguientes opciones para el artículo 1, que reflejaban los debates del grupo de debate oficioso.:

»PRIMERA OPCIÓN

»1) Se entenderá por protección diplomática un procedimiento que adopte un Estado con respecto a otro Estado y que implique medidas diplomáticas o procedimientos judiciales [¿u otros medios de solución “pacífica” de controversias?] [¿dentro de los límites del derecho internacional?] en relación con un perjuicio a un nacional causado por un hecho internacionalmente ilícito atribuible al segundo Estado.

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

»SEGUNDA OPCIÓN

»La protección diplomática es un proceso en el que un Estado hace suya la reclamación de su nacional, etc. [sigue sustancialmente el mismo texto de la primera opción].

»TERCERA OPCIÓN

»La protección diplomática es un proceso que implica medidas diplomáticas o judiciales [u otros medios de solución pacífica de controversias] mediante el cual un Estado hace valer derechos a nivel internacional en nombre de sus nacionales por un perjuicio causado al nacional por un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado frente a ese Estado.

»B. El artículo 3 suscitó escaso debate. Por consiguiente, se recomendó que se remitiera al Comité de Redacción el siguiente artículo:

»Artículo 63

»El Estado de la nacionalidad tiene el derecho de [¿está autorizado a?] ejercer la protección diplomática en nombre de un nacional [o no nacional definido en el artículo 8] perjudicado por un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado.

»1. Se sugirió que reafirmar el *derecho* de un Estado a ejercer la protección diplomática podía interpretarse como respaldo de la discrecionalidad absoluta del Estado para conceder o denegar su protección a un nacional. Ello socavaría los esfuerzos de derecho interno para obligar a los Estados a ejercer la protección diplomática en nombre de un nacional. De ahí la

expresión “está autorizado a” en lugar de “tiene el derecho de”.

»C. El artículo 6 se sometió a las consultas oficiosas a fin de resolver la división de opiniones de la Comisión sobre la cuestión de si el Estado de nacionalidad dominante o efectiva podría ejercer la protección diplomática frente a otro Estado de nacionalidad. El grupo de consultas oficiosas reconoció que “las fuentes hablan con distintas voces”, pero admitió que el artículo 6 concordaba con las tendencias actuales del derecho internacional. Sin embargo, se acordó que el Comité de Redacción examinara la posible inclusión de salvaguardias contra el abuso del principio contenido en el artículo 6. Ello podría hacerse:

»a) Destacando más la puntualización que se hacía en el párrafo 4 del artículo 9[4], en la medida en que afectara al artículo 6;

»b) Subrayando que el nacional no debería tener un vínculo efectivo con el Estado demandado; y

»c) Incluyendo una definición de nacionalidad “dominante” o “efectiva” en una disposición separada.

»1. Se recomendó que se remitiera el artículo 6 al Comité de Redacción.

»Artículo 6

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

»Artículo 9 [4]

»La protección diplomática no podrá ser ejercida por un nuevo Estado de la nacionalidad contra un Estado de la nacionalidad anterior por perjuicios causados durante el período en que la persona era únicamente nacional de este último Estado.

»D. No se formularon objeciones a la remisión de los artículos 5, 7 y 8 al Comité de Redacción.

»Por consiguiente, se recomienda que los artículos 1, 3, 5, 6, 7 y 8 se remitan al Comité de Redacción.»