Capítulo V

PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

A.—Introducción

104. En su 48.º período de sesiones, celebrado en 1996, la Comisión consideró que el tema de la «Protección diplomática» era uno de los tres temas idóneos para su codificación y desarrollo progresivo[235]. Ese 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 de las observaciones que los gobiernos presentaran por escrito. En su 49.º período de sesiones, celebrado en 1997, la Comisión, de conformidad con la citada resolución de la Asamblea, estableció en su 2477.ª sesión un Grupo de Trabajo sobre el tema[236]. En el mismo período de sesiones, el Grupo de Trabajo presentó un informe que fue aprobado por la Comisión[237]. El Grupo de Trabajo trató de: *a*) aclarar, en todo lo posible, el alcance del tema; y *b*) determinar las cuestiones que deberían estudiarse en el contexto de dicho tema. El Grupo de Trabajo propuso un esquema para el examen del tema y, por su parte, la Comisión recomendó al Relator Especial que adoptase ese esquema como base para la presentación de un informe preliminar[238].

105. También en su 49.º período de sesiones, la Comisión nombró al Sr. Mohamed Bennouna Relator Especial para el tema[239].

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

107. En su 50.º período de sesiones, celebrado en 1998, la Comisión tuvo ante sí el informe preliminar del Relator Especial[240]. En el mismo período de sesiones, la Comisión estableció un grupo de trabajo de composición abierta para que examinara las conclusiones que pudieran extraerse del debate en cuanto al enfoque del tema[241].

108. En su 51.º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión nombró al Sr. Christopher John Robert Dugard Relator Especial para el tema[242], tras la elección del Sr. Bennouna como magistrado del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia.

109. En su 52.º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial[243]. Por falta de tiempo la Comisión aplazó el examen del capítulo III hasta su siguiente período de sesiones. En el mismo período de sesiones, la Comisión inició unas consultas oficiosas de composición abierta, presididas por el Relator Especial, sobre los proyectos de artículo 1, 3 y 6[244]. Posteriormente la Comisión decidió, en su 2635.ª sesión, celebrada el 9 de junio de 2000, remitir los proyectos de artículo 1, 3, 5, 6, 7 y 8 al Comité de Redacción junto con el informe de las consultas oficiosas.

110. En su 53.º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión tuvo ante sí el resto del primer informe del Relator Especial, así como su segundo informe[245]. Por falta de tiempo, la Comisión sólo pudo examinar las partes del segundo informe relativas a los proyectos de artículo 10 y 11, y aplazó hasta su siguiente período de sesiones el examen del resto del informe, acerca de los proyectos de artículo 12 y 13. En su 2688.ª sesión, celebrada el 12 de julio de 2001, la Comisión decidió remitir el proyecto de artículo 9 al Comité de Redacción, y en su 2690.ª sesión, el 17 de julio de 2001, decidió remitirle los proyectos de artículo 10 y 11[246].

111. En su 2688.ª sesión, la Comisión inició unas consultas oficiosas de composición abierta, presididas por el Relator Especial, sobre el artículo 9[247].

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

112. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el resto del segundo informe del Relator Especial[248], relativo a los proyectos de artículo 12 y 13, así como su tercer informe (A/CN.4/523 y Add.1). La Comisión examinó las partes restantes del segundo informe, así como la primera parte del tercero, relativa a la situación actual del estudio sobre la protección diplomática y a los artículos 14 y 15, en sus sesiones 2712.ª a 2719.ª y 2729.ª, celebradas los días 30 de abril a 14 de mayo y 4 de junio de 2002, respectivamente. Ulteriormente examinó la segunda parte del tercer informe, relativa al artículo 16, en sus sesiones 2725.ª y 2727.ª a 2729.ª,

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

[236] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párr. 169.

[237] Ibíd., párr. 171.

[238] Ibíd., párrs. 189 y 190.

[239] Ibíd., párr. 190.

[240] *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/484.

[241] Las conclusiones del Grupo de Trabajo figuran en ibíd., vol. II (segunda parte), párr. 108.

[242] *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), documento A/54/10, pág. 19, párr. 19.

[243] *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/506 y Add.1.

[244] El informe de las consultas oficiosas figura en *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), párr. 495.

[245] Véase la nota 3 *supra*.

[246] Véase *Anuario... 2001*, vol. I.

[247] Ibíd.

[248] Véase la nota 3 *supra*.

celebradas el 24 de mayo, y del 30 de mayo al 4 de junio, respectivamente.

113. En su 2740.ª sesión, el 2 de agosto de 2002, la Comisión inició unas consultas oficiosas de composición abierta, presididas por el Relator Especial, sobre la cuestión de la protección diplomática de las tripulaciones y de las sociedades y sus accionistas.

114. En su 2719.ª sesión, la Comisión decidió remitir los apartados *a*, *b*, *d* (para su examen en relación con el apartado *a*) y *e* del artículo 14 al Comité de Redacción. En su 2729.ª sesión decidió además remitir el apartado *c* del artículo 14 al Comité, para su examen en relación con el apartado *a*.

115. En sus sesiones 2730.ª a 2732.ª, celebradas del 5 al 7 de junio de 2002, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción sobre los proyectos de artículo 1 a 7 [8]. Aprobó los artículos 1 a 3 [5] en su sesión 2730.ª, 4 [9], 5 [7] y 7 [8] en su sesión 2731.ª, y 6 en su sesión 2732.ª (véase secc. C *infra*).

116. En sus sesiones 2745.ª y 2746.ª, celebradas los días 12 y 13 de agosto de 2002, la Comisión aprobó los comentarios de los proyectos de artículo mencionados.

1. Observaciones generales sobre el estudio

a) *Introducción del Relator Especial*

117. El Relator Especial, al presentar su tercer informe, señaló que la protección diplomática era un tema sobre el que existía mucho material en forma de intentos de codificación, convenciones, práctica de los Estados, jurisprudencia y doctrina. No había ninguna otra rama del derecho internacional sobre la que existiera tanto. Sin embargo, la práctica era con frecuencia incoherente y contradictoria. Entendía que su misión era presentar todas las fuentes y posibilidades, a fin de que la Comisión pudiera elegir con conocimiento de causa.

118. En cuanto al ámbito del proyecto de artículos, el Relator Especial reiteró su renuencia a ir más allá de los temas tradicionales comprendidos en el tema de la protección diplomática, es decir, la nacionalidad de las reclamaciones y el agotamiento de los recursos internos. Sin embargo, observó que, en el curso de los debates del quinquenio anterior, se habían hecho sugerencias de incluir otras cuestiones en la esfera de la protección diplomática, como la protección funcional por las organizaciones internacionales de sus funcionarios, el derecho del Estado de nacionalidad de un buque o aeronave a formular reclamaciones en nombre de la tripulación y posiblemente también en nombre de los pasajeros del buque o aeronave, cualquiera que fuera la nacionalidad de las personas interesadas, y el caso de que un Estado ejerciera la protección diplomática de un nacional de otro Estado como consecuencia de la delegación de ese derecho y el de que un Estado o una organización internacional administrasen o controlasen un territorio. En respuesta, sin dejar de reconocer la importancia de esas cuestiones, mantuvo que no debían ser examinadas por la Comisión en el contexto del actual proyecto de artículos, especialmente si se quería aprobar ese proyecto en segunda lectura para finales del quinquenio. Además, advirtió de que el debate de algunas de esas cuestiones, por ejemplo, la del caso de que un Estado o una organización internacional administraran o controlaran un territorio, podría ir mucho más allá del campo tradicional de la protección diplomática.

119. Además, señaló que era difícil que la Comisión llevase a cabo un estudio sobre la protección diplomática sin examinar la denegación de justicia y la cláusula Calvo[249], cuestiones ambas que figuraban destacadamente en la jurisprudencia sobre el tema.

120. El Relator Especial confirmó además su intención de examinar en su próximo informe la nacionalidad de las sociedades.

b) *Resumen del debate*

121. El Relator Especial fue felicitado por su informe y por la actitud abierta con que había abordado las cuestiones tratadas. Al propio tiempo, se expresó la opinión de que el método del Relator Especial parecía demasiado general. Por ello, se dio apoyo al examen de las cuestiones adicionales enumeradas por él en su tercer informe.

122. Se expresó la opinión de que la cuestión de la protección funcional por las organizaciones internacionales de sus funcionarios debía excluirse del proyecto de artículos, ya que constituía una excepción al principio de nacionalidad, fundamental para la cuestión de la protección diplomática. En su opinión consultiva en el asunto *Réparation*[250], la CIJ había dejado en claro que la reclamación interpuesta por la Organización no se basaba en la nacionalidad de la víctima sino en su condición de agente de la Organización. De igual modo, en su sentencia relativa al asunto *Jurado*[251], el Tribunal Administrativo de la OIT había manifestado que los privilegios e inmunidades de los funcionarios de la OIT se concedían únicamente en interés de la Organización.

123. A la inversa, se propuso que la Comisión examinara las consecuencias para el Estado de nacionalidad del derecho de una organización internacional a ejercer la protección. La cuestión de las reclamaciones antagónicas del Estado de nacionalidad y de las Naciones Unidas con respecto a los daños personales a funcionarios de la Organización se había planteado por la CIJ en la opinión consultiva emitida en el asunto *Réparation*. Se propuso que la relación entre protección funcional y protección diplomática se estudiara detenidamente, haciendo en el proyecto de artículos alguna referencia a la protección funcional. De igual modo, se sugirió que se aclarara que, como había señalado la Corte en su opinión consultiva, la posibilidad de un conflicto entre el derecho del Estado a la protección diplomática y el derecho de la organización a la protección funcional no podía traducirse en dos reclamaciones ni en dos actos de reparación. Por consiguiente, la Comisión podía examinar la necesidad de limitar las reclamaciones y reparaciones.

124. Se señaló también que la cuestión de la protección funcional de sus funcionarios por las organizaciones

[249] Véase *Anuario... 1956*, vol. II, documento A/CN.4/96, págs. 203 y 204.

[250] *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 174. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948–1991* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 10.

[251] OIT, Tribunal administrativo, fallo n.º 70, de 11 de septiembre de 1964.

internacionales era de interés para los pequeños Estados cuyos nacionales estaban empleados en organizaciones internacionales, porque, si la posibilidad de protección correspondía únicamente al Estado de nacionalidad, habría el riesgo de que los funcionarios no recibieran un trato equitativo.

125. Otros pusieron en duda que esa protección pudiera calificarse de protección diplomática. Si la Comisión estaba de acuerdo en excluir la protección de los funcionarios diplomáticos y consulares del ámbito del tema, la misma lógica debía aplicarse a los funcionarios de las organizaciones internacionales. De igual modo, los miembros de las fuerzas armadas eran protegidos normalmente por el Estado de quien dependían las fuerzas, pero esa protección, como tal, no se consideraba «protección diplomática».

126. Desde otro punto de vista, la distinción entre protección diplomática y funcional no se aplicaba forzosamente en el contexto de la protección diplomática ejercida en nombre de miembros de los servicios armados. Esos casos suponían una aplicación de los intereses jurídicos del Estado al que pertenecían los soldados. Aunque el vínculo de la nacionalidad era la expresión más importante del interés jurídico por los nacionales, las sociedades nacionales y los organismos de los Estados, el derecho reconocía otras bases para el interés jurídico, como la pertenencia a las fuerzas armadas.

127. En apoyo de la propuesta de ampliar el ámbito del proyecto de artículos a la protección diplomática de las tripulaciones y los pasajeros de los buques, se citó el ejemplo del asunto del *Saiga*[252], en el que el TIDM resolvió que el Estado de nacionalidad del buque tenía derecho a entablar una reclamación por el perjuicio sufrido por miembros de la tripulación independientemente de su nacionalidad respectiva; por lo tanto, el Estado de nacionalidad no poseía un derecho exclusivo a ejercer la protección diplomática. Al mismo tiempo, se hizo observar que el asunto del *Saiga* había sido sometido al TIDM en virtud de las disposiciones especiales del artículo 292 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y no como un caso general de protección diplomática.

128. Se señaló también que la evolución del derecho internacional se caracterizaba por una preocupación cada vez mayor por el respeto de los derechos humanos. En consecuencia, se sugirió que, si los miembros de las tripulaciones podían recibir protección del Estado de nacionalidad del buque o aeronave, ello supondría únicamente una mayor protección y debía ser acogido con agrado.

129. Otros mantuvieron que el Relator Especial tenía razón al proponer que la Comisión excluyera del ámbito de proyecto de artículos el derecho del Estado de nacionalidad de un buque o aeronave a formular una reclamación en nombre de la tripulación o de los pasajeros. Se dijo que la cuestión no era saber cómo debía proteger un Estado a sus nacionales en el extranjero, sino cómo evitar reclamaciones antagónicas de distintos Estados. Si el buque enarbolaba un pabellón de conveniencia, el Estado de matrícula no tendría interés en ejercer la protección diplomática si los gobiernos de los nacionales de la tripulación no lo hacían. En su opinión, esos casos quedaban cubiertos en cualquier caso por el derecho del mar.

130. Se observó por otra parte que la cuestión de la protección de la tripulación de un buque se regía, no sólo por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar sino también por acuerdos internacionales anteriores. Por consiguiente, era necesario un examen más detenido de otros instrumentos internacionales.

131. Se observó también que los principios jurídicos que regulaban las cuestiones relativas a la nacionalidad de una aeronave se habían resuelto ya en derecho internacional, en particular en muchos instrumentos como el Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves. En ese caso, el factor determinante era el vínculo especial entre el Estado de nacionalidad o el Estado de matrícula de un buque o aeronave determinados. No afectaba a las personas y, aunque esos instrumentos internacionales concedían en algunos casos al Estado el derecho a ejercer prerrogativas que, a primera vista, podían tener semejanza con la protección diplomática, se trataba de una protección de otro carácter. Por lo tanto, esas cuestiones resultaban desplazadas al examinar el tema de la protección diplomática.

132. Se expresó desacuerdo con la sugerencia del Relator Especial de que la Comisión no examinara el caso de un Estado que ejerce la protección diplomática de un nacional de otro Estado como resultado de la delegación de ese derecho. Se trataba del modo de hacer efectiva la responsabilidad del Estado y, por ello, en principio no había razón para que un Estado no pudiera ejercer la protección diplomática en esas circunstancias. Otros señalaron que, si se consideraba la protección diplomática como un derecho discrecional del Estado, se podía decir en el comentario que el Estado tenía derecho a delegar en otros sujetos de derecho internacional el ejercicio de la protección diplomática en nombre de sus ciudadanos o de otras personas con los que tenía vínculos auténticos, en el marco de las excepciones establecidas al principio de nacionalidad. Sin embargo, era importante no confundir las normas relativas a la protección diplomática con otros tipos de protección de personas individuales o de sus intereses.

133. Se expresó apoyo a la opinión del Relator Especial de que no se debía examinar en el proyecto de artículos el caso de una organización internacional que controla un territorio. Se señaló que ello implicaba una forma muy específica de protección, por lo menos tan estrechamente relacionada con la protección funcional como la protección diplomática; y, lo mismo que en el caso de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, la Comisión debía desechar todas las cuestiones relativas a las organizaciones internacionales. Al propio tiempo, se expresó apoyo a la propuesta de que se abordara en el proyecto de artículos el supuesto en que un Estado que administra o controla un territorio que no es suyo pretende ejercer la protección diplomática en nombre de los habitantes del territorio.

134. Desde otro punto de vista, en el caso de una organización internacional que administraba un territorio, esa organización internacional cumplía todas las funciones de un Estado y, en consecuencia, debía ejercer la protección diplomática con respecto a personas que podían ser apátridas o de nacionalidad incierta. Además, mientras que el vínculo de la nacionalidad había tenido cierta importancia en el pasado, cuando los Estados eran los únicos actores en el escenario internacional, se había vuelto menos importante en un mundo en donde las organizaciones

[252] Véase la nota 5 *supra*.

internacionales tenían un papel cada vez más importante que desempeñar junto con los Estados. En consecuencia, se sugirió que la cuestión se tratara en el proyecto de artículos. A la inversa se dijo que era muy arriesgado suponer que las funciones especiales y temporales transferidas, por ejemplo, a las Naciones Unidas como administradoras de un territorio fueran análogas a la administración de territorios por los Estados.

135. Según otra opinión, el núcleo de la cuestión de la protección diplomática era el principio de nacionalidad, es decir, el vínculo entre un Estado y sus nacionales en el extranjero. Cuando un Estado reivindicaba un interés jurídico en el ejercicio de la protección diplomática en el caso de un hecho internacionalmente ilícito resultante de un perjuicio causado a uno de sus nacionales, el vínculo entre el interés jurídico y el Estado era la nacionalidad del interesado. Se estimó que, si se trataran las cuestiones adicionales propuestas en el proyecto de artículos, incluso como casos excepcionales, sería inevitable que ello afectara a la naturaleza de las normas sobre protección diplomática, ampliando indebidamente el derecho de los Estados a intervenir.

136. Se sugirió también que si la Comisión decidía no examinar esas cuestiones adicionales, al menos se podrían mencionar en el comentario.

137. La Comisión examinó además otras sugerencias acerca de las cuestiones que podrían incluirse en el ámbito del proyecto de artículos. Así, se preguntó si sería necesario incluir una referencia a la doctrina de las «manos limpias». Se expresó la opinión de que, aunque esa doctrina era pertinente para el examen de la protección diplomática, no podía ser objeto de un tratamiento especial en el proyecto de artículos. Se citó el ejemplo del tratamiento de que había sido objeto la doctrina en el contexto de los trabajos de la Comisión sobre el tema de la responsabilidad de los Estados, en que la Comisión decidió que no constituía una circunstancia que excluyera la ilicitud[253]. De igual modo, se sugirió que el hecho de que una persona no tuviera las «manos limpias» no justificaría que se le privara de protección diplomática. Se expresaron otras reservas con respecto a la condición jurídica del concepto de «manos limpias». Se señaló que era escasamente utilizado, a no ser principalmente como argumento sesgado, y la Comisión debía cuidar de no legitimarlo «accidentalmente».

138. Por otra parte, se dijo que era legítimo plantearlo en relación con la protección diplomática. No podía desconocerse la cuestión de si las personas en cuyo nombre se ejercía la protección diplomática tenían o no las «manos limpias» y, cualesquiera que fueran las conclusiones, era importante que la cuestión se planteara. Otros señalaron que sería mejor que la Comisión no adoptara posición sobre el principio de las «manos limpias», en ningún sentido.

139. La Comisión examinó también la necesidad de incluir una disposición sobre la denegación de justicia[254]. Se recordó que la Comisión no había previsto anteriormente referirse a ella de forma explícita en el proyecto de artículos. Se mantuvo también que el concepto de denegación de justicia era parte del derecho sustantivo y del tema del trato de los extranjeros, y no estaba directamente relacionada con la protección diplomática. Sucedía que, cuando los extranjeros recurrían a los tribunales, se producía a veces una denegación de justicia y ello podía ocurrir con total independencia de las circunstancias de la utilización de las vías de recurso internas. Ocuparse del tema sería ilógico y pondría a la Comisión en enormes dificultades.

140. A la inversa, se señaló que la cuestión de la denegación de justicia afectaba a un problema sustantivo en la medida en que se refería a la igualdad de trato de extranjeros y nacionales en cuanto al acceso a los sistemas judiciales. Ese tema se trataba extensamente en el derecho internacional privado y había convenciones sobre él, especialmente en el ámbito interamericano, que establecían el derecho de los extranjeros a tener acceso a las mismas vías de recurso que los nacionales, derecho reafirmado en otros textos más recientes. Era difícil hacer caso omiso de la cuestión de la denegación de justicia, que podía ser una de las situaciones que dieran lugar al ejercicio de la protección diplomática.

141. Como otras sugerencias, se propuso que se pensara en la posibilidad de examinar los efectos del ejercicio de la protección diplomática como parte del presente estudio.

142. Se expresó apoyo también a la propuesta del Relator Especial de examinar la cuestión de la protección diplomática de las sociedades.

143. En cuanto a los términos empleados, se señaló que el concepto de «nacionalidad de las reclamaciones» era confuso y, como concepto de *common law*, no tenía su equivalente en algunos otros sistemas jurídicos. En respuesta, el Relator Especial reconoció que la expresión tenía connotaciones de derecho anglosajón, pero señaló que había sido utilizada también en francés por la CIJ en la opinión consultiva en el asunto *Réparation*.

c) *Conclusiones del Relator Especial*

144. El Relator Especial observó que, en general, parecía haber apoyo a su deseo de limitar el proyecto de artículos a las cuestiones relativas a la nacionalidad de las reclamaciones y a la norma del agotamiento de los recursos internos, de forma que pudiera ser posible terminar el examen del tema dentro del quinquenio de la Comisión.

145. En cuanto a las cuestiones señaladas en su tercer informe vinculadas a la nacionalidad de las reclamaciones pero que no quedaban tradicionalmente comprendidas en ese ámbito, el Relator Especial señaló que no había habido apoyo para realizar un estudio completo de la protección funcional por las organizaciones de sus funcionarios. Sin embargo, varios oradores habían subrayado la necesidad de distinguir en el comentario entre protección diplomática y protección funcional, haciendo referencia especial a la respuesta de la CIJ en su opinión consultiva a la segunda cuestión que se le planteó en el asunto *Réparation*, sobre cómo podía armonizarse el ejercicio de la protección funcional por las Naciones Unidas con el derecho del Estado de nacionalidad a proteger a sus nacionales. Propuso tratar la cuestión, en el contexto de las reivindicaciones antagónicas del derecho a ejercer la protección, dentro del comentario al artículo 1, aunque seguía abierta la posibilidad de incluir una disposición separada sobre el tema.

[253] Véase *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), documento A/54/10, párrs. 411 a 415.

[254] Véase asimismo la sección B.6 *infra*.

146. El Relator Especial señaló que había división de opiniones acerca de la propuesta de ampliar el proyecto de artículos para incluir el derecho del Estado de nacionalidad de un buque o una aeronave a entablar una reclamación en nombre de la tripulación o los pasajeros. Observó que se estudiaría más detenidamente la cuestión.

147. En cuanto al caso de que un Estado delegara el derecho a ejercer la protección diplomática en otro Estado, observó que en la práctica no se daba con frecuencia y apenas se examinaba por la doctrina. Señaló también que la cuestión se trataba en parte en el contexto del artículo sobre la continuidad de la nacionalidad.

148. El Relator Especial señaló además que había habido algún apoyo, aunque escaso, a la propuesta de incluir en el ámbito del estudio el ejercicio de la protección diplomática por un Estado que administrara, controlara u ocupara un territorio. Señaló además que algunos miembros habían propuesto examinar la cuestión de la protección por una organización internacional de las personas que vivieran en un territorio que esa organización controlara, como en el caso de las Naciones Unidas en Kosovo y en Timor Oriental. Aunque había habido cierto apoyo a la idea, estimaba que la mayoría de la Comisión creía que esa cuestión podría tratarse mejor en el contexto de la responsabilidad de las organizaciones internacionales.

149. Por lo que se refería al principio de las «manos limpias», el Relator Especial señaló que podía plantearse en relación con la conducta de la persona lesionada, el Estado demandante o el Estado demandado, lo que hacía difícil formular una norma aplicable a todos los casos. Observó también que la cuestión se trataría en la sección D de su tercer informe y en relación con la nacionalidad de las sociedades, en el contexto del asunto de la *Barcelona Traction*[255].

2. Artículos 12 y 13[256]

a) *Presentación por el Relator Especial*

150. El Relator Especial recordó que los artículos 12 y 13 se analizaban en su segundo informe, presentado a la Comisión en su 53.º período de sesiones, celebrado en 2001, pero que no se examinaron por falta de tiempo. Observó que las dos disposiciones debían leerse conjuntamente y, en consecuencia, propuso que se examinaran de esa forma. Ambas se referían a la cuestión de saber si la norma del agotamiento de los recursos internos era procesal o sustantiva, una de las cuestiones más controvertidas en esa materia.

151. Se señaló que la Comisión había adoptado anteriormente una posición al respecto, en el contexto de la responsabilidad de los Estados. Recordó que en el 29.º período de sesiones de la Comisión se aprobó una disposición[257] que fue confirmada en su 48.º período de sesiones en el marco del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura[258]. Sin embargo, en su opinión, la norma era esencialmente de procedimiento y no de fondo, y por ello la cuestión debía reconsiderarse.

152. Había tres posiciones: la sustantiva, la procesal y la que él llamaba posición «mixta». Quienes estaban a favor de la posición sustantiva, entre ellos Borchard y Ago, mantenían que el hecho internacionalmente ilícito del Estado infractor no se completaba mientras no se hubieran agotado los recursos internos. Por consiguiente, la norma del agotamiento de los recursos internos era una condición sustantiva de la que dependía la existencia misma de la responsabilidad internacional.

153. Quienes apoyaban la posición procesal, por ejemplo Amerasinghe, aducían que el agotamiento de los recursos internos era una condición procesal que debía satisfacerse para poder interponer una reclamación internacional.

154. La posición mixta, mantenida por Fawcett[259], establecía una distinción entre un perjuicio causado al extranjero a tenor del derecho interno y un perjuicio causado a tenor del derecho internacional. Si el perjuicio se había causado únicamente por la violación del derecho interno y de una manera que no constituía una violación del derecho internacional, por ejemplo por incumplimiento de un contrato de concesión, la responsabilidad internacional sólo nacía de un acto del Estado demandado que constituyera una denegación de justicia, por ejemplo, la parcialidad de los órganos judiciales cuando un extranjero trataba de hacer valer sus derechos ante un tribunal nacional. En esa situación, la norma del agotamiento de los recursos internos era claramente una condición sustantiva que debía cumplirse. En cambio, si el perjuicio causado al extranjero emanaba de una violación del derecho internacional, o del derecho internacional y el derecho interno a un tiempo, la responsabilidad internacional nacía en el momento del perjuicio y la norma del agotamiento de los recursos internos era una condición de procedimiento de la formulación de una reclamación internacional.

155. El Relator Especial observó además que, aunque algunos aducían que las tres posiciones eran puramente doctrinales, la cuestión del momento en que surgía la responsabilidad internacional tenía a menudo una importancia práctica considerable. En primer lugar, con respecto

[255] Véase la nota 6 *supra*.

[256] Los artículos 12 y 13 propuestos por el Relator Especial en su segundo informe (véase la nota 3 *supra*) dicen lo siguiente:

«*Artículo 12*

»El requisito del agotamiento los recursos internos es una condición de procedimiento que debe cumplirse antes de que un Estado pueda formular una reclamación internacional basada en el perjuicio causado a un nacional dimanante de un hecho internacionalmente ilícito cometido contra ese nacional cuando el hecho denunciado constituya una violación del derecho interno y del derecho internacional.

»*Artículo 13*

»Cuando un nacional extranjero entable una acción judicial ante los tribunales internos de un Estado con el fin de obtener reparación por una violación del derecho interno de ese Estado que no constituya un hecho internacionalmente ilícito, el Estado en el que se entable esa acción podrá incurrir en responsabilidad internacional en caso de denegación de justicia al nacional extranjero. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 14, el nacional extranjero lesionado deberá agotar todas las demás vías de recurso internas disponibles antes de que pueda formularse una reclamación internacional en su nombre.»

[257] Artículo 22; véase *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 32.

[258] Véase *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 64.

[259] Véase J. E. S. Fawcett, «The exhaustion of local remedies: substance or procedure?», *The British Year Book of International Law, 1954*, págs. 452 a 458.

a la nacionalidad de las reclamaciones, el extranjero debía ser nacional en el momento de la comisión del hecho ilícito internacional. Por ello, era importante determinar el momento en que se había cometido ese hecho. En segundo lugar, podía haber un problema de competencia, como había ocurrido en el asunto de los *Phosphates du Maroc*[260], en el que la CPJI se planteó la cuestión de cuándo había surgido la responsabilidad internacional, para poder determinar si la Corte tenía o no competencia. En tercer lugar, un Estado no podría renunciar a la norma del agotamiento de los recursos internos si esa norma era sustantiva, ya que no se habría cometido ningún hecho ilícito internacional mientras no se hubieran agotado los recursos internos.

156. El Relator Especial hizo observar la dificultad que se derivaba del hecho de que las fuentes no fueran claras en cuanto al método que debía seguirse, e hizo una recapitulación de los diversos intentos anteriores de codificación, descritos en su informe. Señaló que mientras la Comisión en su 29.º período de sesiones, en 1977, había preferido la tesis sustantiva en su entonces artículo 22 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados[261], en 2000 el Relator del Comité sobre la protección diplomática de las personas y los bienes había adoptado una posición puramente procesal en la Asociación de Derecho Internacional[262].

157. El Relator Especial observó además que las decisiones judiciales eran también vagas y se prestaban a diferentes interpretaciones que apoyaban tanto la posición procesal como la sustantiva. Por ejemplo, en relación con el asunto de los *Phosphates du Maroc*, el Relator Especial Ago había mantenido que la CPJI no había rechazado el argumento de que se trataba de una norma de fondo. Sin embargo, la interpretación del actual Relator Especial de un pasaje esencial de la sentencia dictada era que la Corte había apoyado la tesis francesa de que la norma del agotamiento de los recursos internos era sólo de procedimiento.

158. El Relator Especial señaló también que la práctica de los Estados tenía escaso valor, porque adoptaba normalmente la forma de argumentos presentados en un procedimiento internacional e, inevitablemente, el Estado abrazaba la posición que más convenía a sus intereses. Por ello, no podían deducirse conclusiones claras de los argumentos aducidos por los Estados.

159. Además, se observó que también la doctrina estaba dividida acerca de esta cuestión. El Relator Especial reconoció que la tercera posición, que él prefería, había recibido escasa atención. Por ejemplo, un Estado que torturase a un extranjero incurriría en responsabilidad internacional en el momento de cometer el acto, pero podría haber violado también su propia legislación. Si existía un recurso interno, debía agotarse antes de plantear la reclamación internacional; en tal caso, la norma de los recursos internos era de carácter procesal. Los proyectos de artículo 12 y 13 trataban de dar efecto a esa conclusión, que encontraba hasta cierto punto apoyo en la doctrina.

160. La Comisión se encontraba también ante la decisión de desviarse de la posición que había adoptado en el antiguo artículo 22 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Sin embargo, al proponer ese artículo, el entonces Relator Especial sobre la responsabilidad de los Estados había asumido que el documento en su forma definitiva distinguiría entre obligaciones de comportamiento y obligaciones de resultado, distinción que no se mantuvo en segunda lectura. Por consiguiente, en opinión del Relator Especial, la Comisión podía adoptar libremente la posición que él, por su parte, proponía.

b) *Resumen del debate*

161. En apoyo de la posición sustantiva, se observó que, cuando se exigía agotar los recursos internos y no se había hecho, no se podía ejercer la protección diplomática. Por consiguiente, no se podía formular ninguna reclamación por una presunta violación ni se podían adoptar contramedidas. No resultaba claro cuál era la importancia práctica de una presunta violación que no tenía consecuencias en el plano internacional para el Estado ni para el particular interesado, y contra la que no existía recurso. Dado que la condición previa se aplicaba a todos los procedimientos relacionados con el caso, debía considerarse sustantiva.

162. Otros expresaron su apoyo a la posición procesal. Se observó, en relación con el pronunciamiento de una sentencia declarativa cuando no se hubiera agotado los recursos internos, que ese agotamiento no era siempre una posibilidad práctica, por ejemplo, a causa del costo prohibitivo del procedimiento. Una sentencia declarativa obtenida a falta del agotamiento de los recursos internos podía ser una forma de satisfacción potencialmente importante que llevara a cambios prácticos. Sin embargo, esa posibilidad quedaría excluida si se definía la norma del agotamiento de los recursos internos como sustantiva.

163. Se expresó también preferencia por la «tercera opinión» preconizada por Fawcett, como se describía por el Relator Especial en su informe. A la inversa, se manifestó la opinión de que las diversas posibilidades mencionadas en el estudio de Fawcett sobre la distinción entre recursos disponibles en virtud del derecho nacional y recursos disponibles en virtud del derecho internacional podían llevar a un debate teórico que complicara innecesariamente la cuestión.

164. La opinión predominante en la Comisión fue que los proyectos de artículo 12 y 13 debían suprimirse, ya que esos artículos no añadían nada al artículo 11. Se reconoció que la adopción de una u otra de las teorías podía tener consecuencias y que la cuestión de saber si esos recursos eran de naturaleza sustantiva o procesal resultaba, en cierto grado, ineludible en circunstancias especiales como las del asunto de los *Phosphates du Maroc*, pero que eso no tenía importancia primaria y no justificaba la inclusión de esos proyectos de artículo. De igual modo, se dijo que la distinción no era muy útil ni pertinente como enfoque general del problema del agotamiento de los recursos internos. Tampoco tenía mucha utilidad práctica. De hecho, se expresó la preocupación de que esa distinción pudiera complicar mucho la tarea de la Comisión, ya que implicaría el examen detenido de los recursos que debían agotarse. Se dijo también que los artículos 12 y 13 o reiteraban la declaración del principio contenido en los

[260] Fallo, *1938, C.P.J.I. série A/B n.º 74*, pág. 10.

[261] Véase la nota 257 *supra*.

[262] «The exhaustion of local remedies», informe provisional, Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Sixty–ninth Conference*, Londres, 2000, pág. 606, en particular págs. 629 y 630.

artículos 10 y 11 o simplemente se referían a conceptos, como el de la denegación de justicia, que no desarrollaban plenamente.

165. Además, se señaló que, vista únicamente en el contexto de la protección diplomática, la distinción parecía perder su pertinencia. El postulado era que un hecho internacionalmente ilícito se había cometido; la única cuestión que debía considerarse era, por lo tanto, en qué condiciones —y quizá, con arreglo a qué procedimiento— podía ser necesaria una reparación cuando un particular resultara lesionado, ya que, si no había hecho internacionalmente ilícito, la cuestión de la protección diplomática no se plantearía. Vista desde esa perspectiva, la cuestión era clara: la protección diplomática era un procedimiento en virtud del cual se podía hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado, el agotamiento de los recursos internos era un requisito previo de la aplicación ese procedimiento, y el que fuera una norma sustantiva o procesal tenía escasa importancia.

166. Se recordó que la distinción se había hecho en un principio, con ocasión del examen del tema de la responsabilidad de los Estados, en el contexto de la determinación del momento exacto en que se había cometido el hecho ilícito. La cuestión era saber si la responsabilidad del Estado surgía en cuanto se cometía el hecho internacionalmente ilícito, con independencia del agotamiento de los recursos internos. Por ello, se propuso que, en interés de la armonización, la Comisión siguiera el enfoque adoptado en el artículo 44 (Admisibilidad de la reclamación), del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión en su 53.º período de sesiones[263]. De igual modo, se señaló que el artículo 12 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática era discutible: se preguntó cómo podía una violación del derecho interno constituir por sí misma un hecho internacionalmente ilícito. Ello parecía contradecir tanto el espíritu como la letra de los artículos sobre la responsabilidad del Estado y, en particular, su artículo 3.

167. Además, algunos oradores pusieron en duda la afirmación de que las renuncias fueran incompatibles con la naturaleza sustantiva de la norma de los recursos internos. Los Estados podían renunciar a un requisito de admisibilidad con respecto a una cuestión sustantiva o a una cuestión procesal. La norma del agotamiento de los recursos internos no tenía carácter imperativo, sino que estaba sujeta al acuerdo entre los Estados.

168. Se señaló además que la cuestión de la naturaleza de la norma de los recursos internos planteaba difíciles cuestiones teóricas y tenía consecuencias políticas, ya que se consideraba que la teoría procesal disminuía la importancia de una norma que muchos Estados consideraban fundamental. A la vista de esos problemas y de la falta de consenso en la Comisión, se estimó poco sensato adoptar alguna de las tesis antagónicas.

169. Se expresó también la opinión de que, en cambio, la Comisión podría considerar la posibilidad de hacer un estudio empírico de las normas del agotamiento de los recursos internos basado en la teoría, las prácticas y la historia. Por ejemplo, se dijo que el principio de la asunción del riesgo, la existencia de un vínculo voluntario entre el extranjero y el Estado de acogida, y la aplicación razonable de la norma del agotamiento de los recursos internos podían revestir mayor interés que las cuestiones de procedimiento o de fondo.

170. Según otra sugerencia, la cuestión podría tratarse en los comentarios de los artículos 10, 11 y 14.

171. Otros miembros mantuvieron que los artículos 12 y 13 eran útiles, aunque no en la forma en que se habían presentado. Se expresó la opinión de que la norma del agotamiento de los recursos internos, aunque de carácter procesal, podía tener también resultados sustantivos. Por ello, se propuso que se introdujeran excepciones para tener en cuenta situaciones en que la aplicación de la norma podría ser injusta, como cuando hubiera un cambio de nacionalidad o una negativa a aceptar la competencia de un tribunal internacional. En tal caso, sería necesario determinar el momento en que surgía el derecho del Estado a reivindicar el ejercicio de protección diplomática, momento que sería probablemente aquel en que se causara el perjuicio al nacional de ese Estado. Si se redactaran en esos términos, los artículos 12 y 13 no duplicarían el artículo 10.

172. Se sugirió también que sólo se remitiera al Comité de Redacción el artículo 12 y se suprimiera el artículo 13 por quedar fuera del ámbito de proyecto de artículos, ya que trataba de una situación en que el perjuicio era el resultado de una violación del derecho interno.

c) *Conclusiones del Relator Especial*

173. El Relator Especial confirmó que no tenía una preferencia firme por conservar en el proyecto de artículos la distinción entre norma de procedimiento y norma de fondo. Estuvo de acuerdo con la afirmación de que no constituía un marco general para el estudio de la protección diplomática. Sin embargo, no se podía pasar totalmente por alto en un estudio sobre el agotamiento de los recursos internos, ya que había figurado de forma destacada en la primera lectura del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, concretamente del artículo 22, así como en todos los estudios sobre la norma del agotamiento de los recursos internos. También tenía consecuencias prácticas para determinar el momento en que se producía el perjuicio, cuestión que se suscitaba con respecto a la nacionalidad de las reclamaciones, porque el extranjero lesionado debía ser nacional del Estado de que se tratase en el momento de causarse el perjuicio.

174. En respuesta a la sugerencia de que hubiera sido más útil ofrecer una explicación de la norma del agotamiento de los recursos internos examinando las razones por las que el derecho internacional la había establecido, observó que, en su segundo informe[264], había incluido una sección introductoria sobre las razones de esa norma, pero la explicación no había sido bien recibida por la Comisión. En consecuencia, remediaría la omisión en el comentario del artículo 10.

[263] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), cap. IV, pág. 26, párr. 76.

[264] Véase la nota 3 *supra*.

175. Observó que los artículos 12 y 13 habían sido objeto de muchas críticas y no habían obtenido la aprobación general. Se habían considerado demasiado teóricos, poco pertinentes, basados en la posición dualista y demasiado influidos por la distinción entre procedimiento y fondo. Admitió que algunas críticas al artículo 13 estaban justificadas. Citó como ejemplo el hecho de que la protección diplomática entraba en juego cuando había habido violación de una norma internacional, mientras que el artículo 13 se ocupaba principalmente de las situaciones en que todavía no se había producido un hecho internacionalmente ilícito. Señaló también que algunos miembros habían indicado que el artículo 13 trataba principalmente la cuestión de cuándo se había cometido un hecho internacionalmente ilícito; por consiguiente, era evidente que no quedaba comprendido en la norma sobre el agotamiento de los recursos internos.

176. Por ello, propuso que los artículos 12 y 13 no se remitieran al Comité de Redacción, solución que tendría la ventaja de evitar determinar si la norma del agotamiento de los recursos internos era de carácter procesal o sustantivo y dejaría a los miembros en libertad de mantener sus opiniones al respecto.

3. Artículo 14

a) *Inutilidad (apartado* a *del artículo 14)*[265]

i) Presentación por el Relator Especial

177. Al presentar el artículo 14, el Relator Especial señaló que proponía una disposición general que trataba de todas las excepciones a la norma del agotamiento de los recursos internos. Respondía a la sugerencia hecha tanto en la CDI como en la Sexta Comisión de que los recursos que debían agotarse eran solamente todos los recursos jurídicos internos adecuados y efectivos disponibles. Podía aceptar la sugerencia de que la disposición general sobre el agotamiento de los recursos internos requería que los recursos internos estuvieran disponibles y además fueran efectivos, siempre que se dedicara una disposición separada a la ineficacia o inutilidad de los recursos internos. La razón principal era que, como se afirmaba en el propuesto artículo 15, la carga de la prueba la compartían el Estado demandante y el Estado demandado y correspondía a este último probar que existían recursos internos disponibles, en tanto que el primero tenía que probar que los recursos internos eran inútiles o ineficaces.

178. Sugirió que no se utilizara el término «ineficaz» por ser demasiado vago. En cambio, proponía tres criterios, basados en la jurisprudencia y la doctrina, para determinar que era un recurso interno «ineficaz». Los recursos internos eran ineficaces cuando eran «manifiestamente inútiles», no ofrecían «ninguna perspectiva razonable de éxito» o no ofrecían «ninguna posibilidad razonable de obtener un remedio eficaz».

179. Se señaló que el primer criterio, el de la «inutilidad manifiesta», que requería que la inutilidad del recurso interno fuera inmediatamente aparente, había sido criticado por algunos autores, así como por la CIJ en el asunto ELSI[266], por considerarlo demasiado estricto. Del mismo modo, el segundo criterio, según el cual el demandante sólo debería probar que los recursos internos no ofrecían «ninguna perspectiva razonable de éxito», se había considerado demasiado débil. El tercer criterio, que era una combinación de los otros dos, según el cual los recursos internos no ofrecían «ninguna posibilidad razonable de obtener un remedio eficaz», era en su opinión el que debía preferirse.

180. Para apoyar su posición, citó circunstancias en que se había considerado que los recursos internos eran ineficaces o inútiles: falta de competencia del órgano jurisdiccional interno para conocer del litigio (por ejemplo, en el asunto del *Chemin de fer Panevezys–Saldutiskis*[267]); cuando los tribunales internos se veían obligados a aplicar la legislación interna litigiosa, por ejemplo, una ley sobre confiscación de bienes; cuando era notorio que los tribunales internos no eran independientes (por ejemplo, asunto *Brown*[268]); existencia de una jurisprudencia constante desfavorable para los extranjeros; y falta en el Estado demandado de un sistema adecuado de tutela judicial.

ii) Resumen del debate

181. Recibió apoyo general la propuesta de remitir el apartado *a* al Comité de Redacción. En particular, se apoyó la tercera opción, según la cual un recurso sólo debía agotarse si ofrecía una posibilidad razonable de obtener un remedio eficaz.

182. Se señaló que la inutilidad de los recursos internos era un problema complejo porque entrañaba un juicio subjetivo y por su relación con la carga de la prueba; planteaba la cuestión de si un Estado de nacionalidad podía presentar una reclamación ante un tribunal internacional basándose únicamente en el supuesto de que los recursos internos eran inútiles por diversas razones. Era importante evitar las interpretaciones extremas en favor del Estado reclamante o del Estado de acogida. Así, se sugirió que la tercera opción era preferible como base para redactar una disposición adecuada, dado que se situaba en un punto medio y ofrecía una posición equilibrada.

183. Al mismo tiempo se observó que el criterio de la ineficacia debía ser un criterio objetivo. Tal ocurría, por ejemplo, cuando los recursos internos se prolongaban indebida o poco razonablemente o no ofrecían posibilidad de obtener un remedio eficaz, o cuando los tribunales

[265] El apartado *a* del artículo 14 propuesto por el Relator Especial en su tercer informe dice lo siguiente:

«*Artículo 14*

»No habrán de agotarse los recursos internos cuando:

»*a*) Los recursos internos:

» sean manifiestamente inútiles (opción 1);

» no ofrezcan ninguna perspectiva razonable de éxito (opción 2);

» no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener un remedio eficaz (opción 3);».

[266] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, fallo, *C.I.J. Recueil 1989*, pág. 15. 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. 252.

[267] *Panevezys–Saldutiskis Railway*, fallo, *1939, C.P.J.I. série A/B n.º 76*, pág. 4.

[268] *Robert E. Brown (United States)* v. *Great Britain*, sentencia de 23 de noviembre de 1923, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (n.º de venta: 1955.V.3), pág. 120.

nacionales estaban completamente sometidos al poder ejecutivo.

184. Sin embargo, se manifestó la opinión de que cualquiera que fuere la opción que se adoptase, los términos propuestos dejaban mucho espacio para una interpretación subjetiva, tanto el término «inútil» como el término «razonable». El criterio de lo «razonable» era vago y guardaba relación con el problema de la carga de la prueba, y como tal estaba vinculado a la propuesta de artículo 15 presentada por el Relator Especial. Sin embargo, se señaló que el artículo 15 no suponía una limitación a la aparente arbitrariedad del criterio adoptado en el artículo 14. Además se señaló que los conceptos de «remedio eficaz» y «dilación indebida» tenían un carácter relativo, no permitían establecer estándares universales. Como tales, debían juzgarse a la luz del contexto y las circunstancias particulares y sobre la base de otros principios igualmente importantes: igualdad ante la ley, no discriminación y transparencia. También se sugirió que para considerar que un particular había agotado los recursos internos no bastaba con que un asunto se sometiera al tribunal interno competente, sino que era preciso también que hubiera aducido ante éste los argumentos jurídicos pertinentes.

185. Se hicieron diversas propuestas de redacción, entre ellas la de referirse al «recurso», en singular, en el encabezamiento del apartado *a*, a fin de evitar afirmaciones generales sobre si todos los recursos estaban disponibles; la de suprimir la referencia al término «razonable», que era superfluo e implicaba *a contrario* que las personas se comportarían de manera irrazonable a menos de que se les dijera específicamente que se comportaran razonablemente; la de que se hiciera referencia a todos los recursos internos «adecuados y efectivos»; y la de que se analizara la expresión «posibilidad razonable» que denotaban una evaluación subjetiva por parte del Estado demandante. También se señaló que el apartado *a* del artículo 14 parecía coincidir parcialmente con los apartados *c*, *d*, *e* y *f*, que trataban de situaciones concretas para las que podía no haber posibilidad de un recurso efectivo.

186. También se manifestó apoyo a una combinación de las opciones 2 y 3. Según otra opinión, la norma del agotamiento de los recursos internos debía respetarse a menos que los recursos internos fueran manifiestamente inútiles (es decir, la opción 1). Sin embargo, se indicó que el criterio de la inutilidad manifiesta sería demasiado estricto.

iii) Conclusiones del Relator Especial

187. El Relator Especial recordó que en el 53.º período de sesiones de la Comisión, en 2001, y más tarde ese mismo año en la Sexta Comisión, se había sugerido que el concepto de efectividad debía examinarse sólo como una excepción. Esperaba que el silencio de la Comisión sobre este punto fuera una manifestación de apoyo a esa posición.

188. Observó que había habido un apoyo unánime a la sugerencia de remitir el apartado *a* del artículo 14 al Comité de Redacción y que la mayoría de los miembros se habían mostrado partidarios de la opción 3, aunque había habido algún apoyo a favor de una combinación de las opciones 2 y 3; y pocos habían apoyado la opción 1. En consecuencia, sugirió que el apartado *a* del artículo 14 se remitiera al Comité, encargándole que examinara las opciones 2 y 3.

b) *Renuncia y* estoppel *(regla de los actos propios) (apartado* b *del artículo 14)*[269]

i) Presentación por el Relator Especial

189. Al presentar el apartado *b* del artículo 14, que trataba de la renuncia y el *estoppel*, el Relator Especial observó que, dado que la norma del agotamiento de los recursos internos tenía por objeto proteger los intereses del Estado demandado, ese Estado podía renunciar a su aplicación. La renuncia podía ser expresa o implícita o podía derivarse del comportamiento del Estado demandado, en cuyo caso cabía decir que el Estado demandado no podía plantear la exigencia del agotamiento de los recursos internos en razón de sus propios actos. Señaló además que se podía incluir una renuncia expresa en un convenio arbitral especial celebrado para resolver una controversia ya existente; también podía darse en el caso de un tratado general por el que se estableciese que las futuras controversias se resolverían por arbitraje. Esas renuncias eran aceptables y por lo general se consideraban irrevocables.

190. Las renuncias implícitas planteaban más dificultades, como podía verse en el asunto *ELSI*, en el que la CIJ no había podido «aceptar que se considere tácitamente excluida la aplicación de un principio importante de derecho internacional consuetudinario, sin que se haya precisado verbalmente la intención de excluirla»[270]. Así pues, debía haber una manifestación clara de tal intención, y algunos juristas estimaban que existía una presunción, aunque no irrefutable, contra la renuncia implícita. Pero cuando la intención de renunciar a la aplicación de la norma del agotamiento de los recursos internos se deducía claramente del texto del acuerdo o de las circunstancias del asunto, tenía que considerarse implícita.

191. Señaló que era difícil enunciar una norma general sobre cuándo podía considerarse implícita dicha renuncia, pero dio cuatro ejemplos, citados en su tercer informe, en que podían aplicarse consideraciones especiales, concretamente: el caso de un tratado general de arbitraje relativo a las controversias futuras —el silencio en tal tratado no implicaba una renuncia; la cuestión de si el depósito de una declaración en virtud de la cláusula facultativa implicaba una renuncia— la práctica de los Estados daba a entender que no podía ser así (conforme a la resolución dictada en el asunto del *Chemin de fer Panevezys–Saldutiskis*); el caso de un convenio arbitral especial concertado

[269] El apartado *b* del artículo 14 propuesto por el Relator Especial en su tercer informe dice lo siguiente:

«*Artículo 14*

»No habrán de agotarse los recursos internos cuando:

[...]

»*b*) El Estado demandado haya renunciado expresa o implícitamente a exigir que se agoten los recursos internos, o no pueda plantear esa exigencia en razón de sus propios actos;».

[270] *ELSI* (véase la nota 266 *supra*), párr. 50.

después de surgida la controversia y en el que no se hacía mención de la norma del agotamiento de los recursos internos —cabía interpretar que el silencio significaba renuncia, pero eso era porque el convenio especial se había concertado después de surgida la controversia; y la situación en que un contrato entre un extranjero y el Estado de acogida implicaba una renuncia implícita a la norma del agotamiento de los recursos internos y luego el Estado demandado rechazaba el arbitraje— si el Estado de nacionalidad se hacía cargo de la demanda en tales circunstancias, la renuncia implícita también podía extenderse a un procedimiento internacional, aunque las autoridades no estaban todas de acuerdo a este respecto. Cabía pues concluir que no podía suponerse fácilmente una renuncia implícita, pero que cuando hubiera indicaciones claras de la intención de renunciar a esa norma por parte del Estado demandado, debía entenderse que había una renuncia implícita. Por esa razón proponía que en el apartado *b* del párrafo 14 se conservara la referencia a la renuncia implícita.

192. En el caso del *estoppel* (regla de los actos propios) se aplicaban consideraciones análogas. Si el Estado demandado se comportaba de manera que pareciera sugerir que había abandonado su derecho a exigir el agotamiento de los recursos internos, podría verse impedido en razón de sus propios actos de reclamar ulteriormente la aplicación de la norma del agotamiento de los recursos internos. La posibilidad de *estoppel* en este caso había sido aceptada por una Sala de la CIJ en el asunto *ELSI*, y también la apoyaba la jurisprudencia en materia de derechos humanos.

193. Además, el Relator Especial señaló que la renuncia a la norma del agotamiento de los recursos internos creaba algunos problemas doctrinales y entraba en juego la distinción entre normas de procedimiento y normas de fondo. Si la norma del agotamiento de los recursos internos tenía carácter procesal, no había razón alguna para no poder renunciar a ella. Se trataba simplemente de un procedimiento que tenía que seguirse y el Estado demandado podía en consecuencia renunciar a él. La naturaleza del hecho ilícito no resultaba afectada y la controversia podía ser zanjada por un tribunal internacional. Si, en cambio, la norma del agotamiento de los recursos internos era una norma sustantiva, el Estado demandado no podía renunciar a ella, porque el hecho ilícito sólo se completaría después de que se hubiera producido una denegación de justicia en relación con el agotamiento de los recursos internos o si se establecía que en el Estado demandado no había recursos adecuados o efectivos. A decir verdad, algunos tratadistas que consideraban que la norma del agotamiento de los recursos internos era una norma de fondo llegaban a conciliar esa posición con la posibilidad de una renuncia.

ii) Resumen del debate

194. Se apoyó la remisión del apartado *b* del artículo 14 al Comité de Redacción, en la forma propuesta por el Relator Especial.

195. Se señaló que la renuncia cumplía diversas funciones en la esfera de la protección diplomática. En el apartado a del artículo 45 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[271] se consideraba la renuncia por el Estado lesionado, mientras el propuesto apartado *b* del artículo 14 del presente proyecto se refería a una renuncia por el Estado demandado. En la práctica, la renuncia por el Estado demandado se refería normalmente a la obligación de agotar los recursos internos, pero también podía referirse a otras condiciones de la admisibilidad de las reclamaciones, tales como la nacionalidad de las reclamaciones. En consecuencia, se propuso que se formulara una disposición más general relativa a la renuncia en la esfera de la protección diplomática, ya por el Estado demandante, ya por el Estado demandado, así como sobre la aquiescencia o el *estoppel*. Además, se mantuvo que si la Comisión consideraba no obstante necesario formular una norma especial —en lugar de una norma general— sobre la renuncia, sería mejor separar esa norma de las disposiciones relativas a la efectividad de los recursos internos o a la existencia de un vínculo efectivo entre el individuo lesionado y el Estado demandado, ya que estas disposiciones se referían al alcance y al contenido de la norma, en tanto que las renuncias concernían sobre todo al ejercicio de la protección diplomática en un caso particular.

196. También se indicó que no debía confundirse la renuncia y un posible acuerdo entre el Estado demandante y el Estado demandado en virtud del cual no fuera obligatorio el agotamiento de los recursos internos, porque, si bien tal acuerdo cumplía la misma función, se trataba de un caso de *lex specialis* que no correspondía a la esfera de la codificación del derecho internacional general.

197. Se expresó la opinión de que el apartado *b* del artículo 14 podía mejorarse estudiando más atentamente las cuestiones de la renuncia implícita y el *estoppel*. En lo que se refería a las renuncias implícitas, se manifestó la preocupación de que incluso cuando eran inequívocas podían ser fuente de confusión. Se señaló que la renuncia era un acto unilateral que debía ser irrevocable y no debía presumirse fácilmente su existencia. Se señaló que había muy pocos casos de renuncia implícita que estuvieran exentos de ambigüedad. Esto venía corroborado por el hecho de que uno de los pocos tratados generales sobre la solución de controversias, esto es, el Convenio europeo para el arreglo pacífico de las controversias, contenía una disposición que indicaba expresamente que era necesario haber agotado los recursos internos. Así pues, se propuso que la disposición indicase que el Estado demandado debía renunciar de manera expresa e inequívoca a la exigencia del agotamiento de los recursos internos.

198. A la inversa, se expresó la opinión de que no debía rechazarse de entrada la posibilidad de una renuncia implícita. Había que hacer hincapié en los criterios de la intención y de la claridad de intención, teniendo en cuenta todos los elementos pertinentes.

199. Se manifestaron dudas en cuanto a la conveniencia de incluir una referencia al concepto de *estoppel*. Se dijo que era un concepto de *common law* que suscitaba cierta desconfianza entre los juristas de los derechos de tradición romanista y que, además, quedaba comprendido dentro del concepto más amplio de renuncia implícita. Se señaló también que los ejemplos citados por el Relator

[271] Véase la nota 263 *supra*.

Especial en relación con el *estoppel* eran, sin excepción, casos en que se había dictado un laudo o una sentencia en el sentido de que el Estado demandado, al haber mantenido silencio sobre la cuestión del agotamiento de los recursos internos, no podía invocar posteriormente el no agotamiento de dichos recursos. En realidad, existía cierta duplicación entre los apartados *b* y *f* del artículo 14.

200. Otros miembros, aunque aceptaban el principio enunciado en el apartado *b* del artículo 14, abrigaban reservas en cuanto a su formulación. Se sugirió que se precisara que la renuncia debía ser clara y estar desprovista de toda ambigüedad, aun cuando fuera implícita. También se manifestaron serias dudas respecto de la expresión «Estado demandado», que parecía implicar un procedimiento contencioso que no figuraba en los artículos remitidos al Comité de Redacción ni en los artículos 12 y 13. Se consideraba preferible atenerse a la terminología empleada en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

iii) Conclusiones del Relator Especial

201. El Relator Especial señaló que, aunque se había expresado un fuerte apoyo a la inclusión de la renuncia expresa como excepción a la norma del agotamiento de los recursos internos, muchos oradores habían manifestado tener problemas con la renuncia implícita y habían expresado la opinión de que una renuncia debía ser clara e inequívoca. Con todo, incluso esos miembros no se opusieron a que el Comité de Redacción examinara la cuestión. En consecuencia, propuso que el apartado *b* del artículo 14 se remitiera al Comité, recomendándole que tuviera cuidado en lo relativo a la renuncia implícita y que considerara la posibilidad de tratar el *estoppel* como una forma de renuncia implícita.

c) *Vínculo voluntario y conexión territorial (apartados* c *y* d *del artículo 14)*[272]

i) Presentación por el Relator Especial

202. Al presentar los apartados *c* y *d* del artículo 14, el Relator Especial sugirió que la Comisión examinara esas disposiciones conjuntamente, dado que estaban estrechamente relacionadas entre sí. Observó que, aunque había un cierto apoyo en favor de esas normas, también podía aducirse que la norma existente que permitía excluir la obligación de agotar los recursos internos podía cubrir esos supuestos. También recordó que cuando en su 48.º período de sesiones la Comisión examinó en primera lectura la cuestión en relación con el artículo 22 del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados[273], se había decidido que era innecesario incluir tales disposiciones.

203. En su informe había planteado la cuestión de si la Comisión necesitaba una o más disposiciones separadas para tratar de la ausencia de un vínculo voluntario o de una conexión territorial. El origen de los debates sobre esta cuestión era en gran parte el asunto del *Incident aérien* du 27 juillet 1955[274], donde no había existido un vínculo voluntario entre las partes perjudicadas y Bulgaria. Señaló que en todos los casos tradicionales relativos a la norma del agotamiento de los recursos internos, había existido algún tipo de vínculo entre el individuo perjudicado y el Estado demandado, en forma de presencia física, residencia, propiedad de bienes o relación contractual con el Estado demandado. Además, la protección diplomática había experimentado grandes cambios en los últimos años. En el pasado la protección diplomática se ejercitaba en casos en que un nacional se había desplazado al extranjero y debía en principio agotar los recursos internos antes de poder presentar una reclamación en el plano internacional. Sin embargo, más recientemente, se había planteado el problema de los daños transfronterizos al medio ambiente, por ejemplo, los causados por el accidente de Chernóbil.

204. El Relator Especial señaló también que los que apoyaban la adopción de una excepción a la norma del agotamiento de los recursos internos basada en el vínculo voluntario o la conexión territorial insistían en que, en los casos tradicionales, el extranjero había asumido un riesgo por cuanto se había sometido a la jurisdicción del Estado demandado y, en consecuencia, tenía que agotar los recursos internos. Sin embargo, la necesidad de prever una norma separada no se desprendía claramente de la jurisprudencia ni de la práctica. El Relator Especial, para poner de manifiesto que las resoluciones judiciales eran ambiguas sobre este particular, mencionó varias de esas resoluciones, entre otras las dictadas en el asunto *Interhandel*[275], el asunto *Salem*[276], el asunto *Emprunts norvégiens*[277] y el asunto del *Incident aérien du 27 juillet 1955*. Análogamente, las resoluciones dictadas en asuntos relativos a daños transfronterizos tendían a sugerir que no era necesario agotar los recursos internos. Por ejemplo, en el asunto de la *Fonderie de Trail* (Trail Smelter)[278] no se había insistido en el agotamiento de los recursos internos. Pero la resolución dictada en este asunto también podía explicarse diciendo que se trataba de un perjuicio directo ocasionado al Estado demandado (Canadá) por el Estado

[272] Los apartados *c* y *d* del artículo 14 propuesto por el Relator Especial en su tercer informe dicen lo siguiente:

«*Artículo 14*

»No habrán de agotarse los recursos internos cuando:

[...]

»*c*) No exista un vínculo voluntario entre el individuo lesionado y el Estado demandado;

»*d*) El hecho internacionalmente ilícito en que se basa la reclamación internacional no haya sido cometido dentro del ámbito de la jurisdicción territorial del Estado demandado;».

[273] Véase la nota 258 *supra*.

[274] *C.I.J. Mémoires, Incident aérien du 27 juillet 1955* (Israel *c.* Bulgaria; Estados Unidos de América *c*. Bulgaria; Reino Unido *c*. Bulgaria).

[275] *Interhandel*, excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil 1959*, pág. 6. 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. 64.

[276] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 1161.

[277] *Affaire relative à certains emprunts norvégiens,* fallo, *C.I.J. Recueil 1957*, pág. 9. 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. 55.

[278] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (n.º de venta: 1949.V.2), pág. 1905.

demandante (Estados Unidos) y que en esa situación no había sido necesario agotar los recursos internos. En su opinión, los partidarios de la exigencia de un vínculo voluntario o conexión territorial habían aportado argumentos muy convincentes.

205. Se señaló además que los defensores de la exigencia del vínculo voluntario nunca habían equiparado ese vínculo con la residencia. Si la residencia fuera un requisito, eso excluiría la aplicación de la norma del agotamiento de los recursos internos en los casos de expropiación de bienes extranjeros y de relaciones contractuales en que el extranjero perjudicado no fuese residente permanente del Estado demandado. Señaló además que, cuando un Estado había sido responsable del derribo accidental de una aeronave extranjera, en muchos casos no había insistido en que primero se agotaran los recursos internos. Lo mismo se aplicaba a los daños ambientales transfronterizos; por ejemplo el Acuerdo sobre la creación de un tribunal arbitral encargado de resolver las reclamaciones de los Estados Unidos relativas a la presa de Gut[279], en el que el Canadá había renunciado a esa exigencia, y el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, que tampoco exigía el agotamiento de los recursos internos.

206. El Relator Especial observó que los primeros esfuerzos de codificación normalmente se habían centrado en la responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o los bienes de extranjeros y en la situación tradicional en que un extranjero se desplazaba a otro Estado para establecer en él su residencia y realizar una actividad. Durante la primera lectura del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, la Comisión se había abstenido de incluir una excepción a la norma del agotamiento de los recursos internos basada en la existencia de un vínculo voluntario, porque, en vista de que ni en la práctica de los Estados ni en la jurisprudencia se había planteado la cuestión, la Comisión había considerado preferible remitirse a las normas existentes y dejar que la práctica de los Estados evolucionara.

207. A su juicio, había buenas razones para prestar atenta consideración a la inclusión en el artículo 14 de las excepciones a que se referían los apartados *c* y *d*. Parecía poco práctico e injusto insistir en que un extranjero tuviera que agotar los recursos internos en las cuatro situaciones siguientes: daños ambientales transfronterizos causados por la contaminación, la lluvia radiactiva u objetos espaciales artificiales; el derribo de una aeronave fuera del territorio del Estado demandado o de una aeronave que había penetrado accidentalmente en su espacio aéreo; la muerte de un nacional del Estado A por un soldado del Estado B estacionado en el territorio del Estado A; y el secuestro transfronterizo por agentes del Estado demandado de un nacional extranjero desde el Estado del que era nacional o desde un tercer Estado.

208. Correspondía a la Comisión examinar si esos ejemplos requerían una norma especial que les dejara fuera del ámbito de la norma del agotamiento de los recursos internos o si estaban ya cubiertos por las normas existentes. En muchos de esos casos el perjuicio causado al Estado demandante por el Estado demandado era directo. Así ocurría, por ejemplo, en la mayoría de los casos de daños ambientales transfronterizos, el derribo accidental de una aeronave y el secuestro transfronterizo de un nacional. Por lo tanto, el Relator Especial dejaba que la Comisión decidiera si deseaba seguir la vía antes adoptada en relación con la responsabilidad del Estado y dejar el desarrollo de la materia a la práctica de los Estados, o si consideraba necesario intervenir *de lege ferenda*.

ii) Resumen del debate

209. Se apoyó la idea de que, de no haber vínculo voluntario entre el individuo y el Estado demandado o cuando el comportamiento del Estado demandado hubiese tenido lugar fuera de su territorio, podría ser injusto obligar al individuo a agotar los recursos internos, y que en el contexto del desarrollo progresivo estaba justificado establecer esas excepciones a la norma del agotamiento de los recursos internos. Se observó además que el principio subyacente parecía responder a consideraciones de sentido común y de equidad.

210. Sin embargo, se criticó el tono indeciso del informe del Relator Especial. Se sostuvo que, aunque la escasa jurisprudencia vacilase acerca de la exigencia de un vínculo voluntario, la Comisión tenía la opción de proceder al desarrollo progresivo del derecho internacional si así lo deseaba. Así pues, se sugirió que la Comisión se ocupara más directamente de las cuestiones de principio en que se basaba la norma del agotamiento de los recursos internos.

211. Sin embargo, se advirtió que los apartados *c* y *d* del artículo 14 iban demasiado lejos al afirmar categóricamente que tanto la ausencia de un vínculo voluntario como el hecho de que el acto del Estado demandado no se hubiera realizado dentro del ámbito de su jurisdicción territorial eran de por sí circunstancias que eximían totalmente del requisito de agotar los recursos internos. Se sugirió formular una disposición única que permitiera una excepción a la norma del agotamiento de los recursos internos en cualquiera de esos dos supuestos, cuando las circunstancias lo justificaran.

212. Según otra opinión, la cuestión no se refería a una excepción a la norma sino más bien a la razón de ser de dicha norma.

213. Otros miembros observaron que el problema que planteaba el concepto de vínculo voluntario residía en el hecho de que «vínculo» remitía a un concepto casi físico, una idea decimonónica de personas que se desplazaban físicamente. Sin embargo, en una época de mundialización económica los individuos podían influir cada vez más en economías enteras de manera extraterritorial. Por eso, podía considerarse también que la norma del agotamiento de los recursos internos estaba destinada a proteger al Estado demandado, cuyos intereses habían de ser tenidos en cuenta.

214. Se señaló que el agotamiento de los recursos internos no suponía asumir un riesgo sino que era una manera de resolver cuestiones entre gobiernos antes de que se convirtieran en problemas internacionales. Por lo tanto, sería inapropiado centrarse en determinados aspectos de la norma que tendían a desvirtuarla de manera que

[279] Firmado en Otawa el 25 de marzo de 1965, Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 607, n.º 8802; reproducido en *International Legal Materials*, vol. 4, n.º 3 (mayo de 1965), pág. 468.

representara la asunción de un riesgo por parte del individuo. Si bien había margen para aceptar la idea de «vínculo voluntario» como parte de lo que era razonable o de otros conceptos que permitieran establecer distinciones basadas, entre otras cosas, en la actividad del individuo y en lo gravosa que resultaba la carga de agotar los recursos internos, esa idea debía examinarse a título subsidiario y no como consideración primordial. En algunas situaciones, por ejemplo, cabría entender que técnicamente existía un vínculo voluntario, pero por otros motivos quizás no fuera razonable exigir el agotamiento de los recursos internos.

215. Se advirtió también que la protección diplomática no debía confundirse con las reclamaciones internacionales de carácter general. Si bien la idea era útil para explicar por qué debían agotarse los recursos internos, sería erróneo concluir que cuando no hubiera ningún vínculo voluntario no debía invocarse la protección diplomática.

216. Asimismo se expresaron dudas acerca de la pertinencia de los ejemplos citados en el tercer informe del Relator Especial en apoyo de la exigencia de un vínculo voluntario. Se señaló, por ejemplo, que en los casos referentes al derribo de una aeronave extranjera, mencionados en el párrafo 79 del informe, en líneas generales los Estados responsables insistían en que se había tratado de un accidente, negándose a asumir la responsabilidad de un hecho ilícito y ofreciendo pagos *ex gratia* para indemnizar a las víctimas. También hubo quien no estuvo de acuerdo en que se pusiera como ejemplo el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, ya que se refería a un régimen especial.

217. En lo que respecta a la opinión del Relator Especial de que no era razonable exigir al extranjero perjudicado que agotara los recursos internos en casos difíciles como eran los daños ambientales transfronterizos, si bien hubo quien apoyaba esa opinión, otros observaron que el concepto de daños transfronterizos tenía características propias, que no se ajustaban necesariamente a las de la protección diplomática.

218. En lo referente al ejemplo del incidente de Chernóbil, se señaló que los demandantes del Reino Unido, por ejemplo, habrían tenido que agotar los recursos internos en los tribunales de Ucrania. Se consideró abusivo exigir el agotamiento de los recursos internos en tales circunstancias a grupos de personas que no disponían de abundantes recursos económicos.

219. Otros miembros expresaron sus dudas acerca de la conveniencia de referirse a asuntos como el de la *Fonderie de Trail*, Chernóbil y otros incidentes de daños transfronterizos y contaminación del medio ambiente bajo la rúbrica de la protección diplomática. Esos asuntos debían tratarse normalmente como ejemplos de perjuicio directo al Estado. De lo contrario se ampliaría excesivamente el alcance de la protección diplomática. Además, no estaba claro que el accidente de Chernóbil hubiese representado un hecho internacionalmente ilícito. Si bien podía haberse tratado de una cuestión de responsabilidad (*liability*) internacional, no era seguro que se tratase de una responsabilidad (*responsibility*) internacional. Se sostuvo también que sería artificioso considerar que las medidas adoptadas en respuesta por el Reino Unido y otros países constituían un caso de protección diplomática.

220. Por otra parte, se hizo observar que el incidente de Chernóbil planteaba cuestiones de responsabilidad (*responsibility*) internacional resultante de un incumplimiento de la obligación de prevención. Se señaló también que lo nuevo en ese caso fue el número de víctimas; el riesgo de accidentes nucleares se había previsto en varios convenios multilaterales europeos importantes que tenían precisamente que resolver la cuestión de la responsabilidad civil en caso de que se produjera un accidente de ese tipo.

221. Asimismo otros recordaron que la Comisión había incluido una disposición sobre la igualdad de acceso en su proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas aprobado en su 53.º período de sesiones (art. 15)[280]. Esas disposiciones, que se hallaban en casi todos los tratados modernos sobre medio ambiente, alentaban a las personas afectadas que vivían en otros países a utilizar los recursos disponibles en el país de origen de la contaminación. Sin embargo, el efecto del apartado *c* del artículo 14 era disuadir a los interesados de utilizar esos recursos a menos que su conexión con el país de origen fuese voluntaria. Así se señaló que, cuando la Comisión hacía algo en la esfera del derecho internacional general, debía tener presente la evolución de aspectos más concretos que podían apartarse de lo que estaba haciendo la Comisión.

222. La Comisión examinó diversas variantes en lo que respecta a la redacción del apartado *c*, incluida la de no tratar la exigencia del vínculo voluntario como excepción a la norma del agotamiento de los recursos internos, sino recogerla en una disposición aparte, o considerarla junto con el apartado *a* del artículo 14 o los artículos 10 y 11. Algunos miembros consideraban la exigencia de un vínculo voluntario como una condición *sine qua non* para el ejercicio de la protección diplomática, en vez de una excepción. Otros preferían considerarla simplemente un factor que debía tenerse en cuenta.

223. En lo que respecta al apartado *d* del artículo 14, algunos miembros expresaron su perplejidad al examinar la noción de «vínculo voluntario» al mismo tiempo que la de «conexión territorial». Se expuso la opinión de que el apartado *d* no tenía ninguna utilidad, porque parecía ser sólo una parte del concepto que se trataba en el apartado *c*. Por lo tanto, se propuso suprimir el apartado *d* del artículo 14.

iii) Conclusiones del Relator Especial

224. El Relator Especial observó que no estaban claras las conclusiones que debían sacarse del debate. En general, los miembros de la Comisión estuvieron de acuerdo en que, sea cual fuere la suerte del apartado *c* del artículo 14, el apartado *d* era parte de él y no se justificaba darle un tratamiento distinto. Muchos miembros habían expresado la opinión de que, si bien el apartado *c* enunciaba un principio importante, no constituía una excepción sino una condición previa al ejercicio de la protección diplomática. Otros habían sostenido que esos conceptos podían tratarse en el marco del apartado *a* del artículo 14 en relación con el concepto de lo que era razonable. Varios miembros habían aducido que los casos de daños

[280] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), cap. V, pág. 156, párr. 97.

transfronterizos entrañaban una responsabilidad (*liability*) sin hecho ilícito y debían excluirse por completo. La opinión preliminar del Relator Especial era que resultaba innecesario incluir los apartados *c* y *d* del artículo 14 porque en la mayoría de los casos habría perjuicio directo, que se regía por el artículo 11, o un problema de efectividad, a lo que se refería el apartado *a* del artículo 14.

225. A solicitud de la Comisión, el Relator Especial distribuyó posteriormente un documento oficioso para el debate en que se resumía su recomendación acerca de las medidas que debían adoptarse con respecto al apartado *c* del artículo 14. El Relator Especial estaba convencido de que el vínculo voluntario constituía esencialmente la razón de ser de la norma del agotamiento de los recursos internos y de que, por lo tanto, esta cuestión no se prestaba a la codificación. A su juicio, si no obstante la Comisión deseaba codificar la cuestión del vínculo voluntario, podía hacerlo de varias maneras, por ejemplo, modificando el artículo 10 para que dijera lo siguiente: «Un Estado no podrá formular una reclamación internacional de resultas de un perjuicio causado a uno de sus nacionales, persona física o jurídica, que tenga un vínculo voluntario con el Estado responsable, antes de que el nacional lesionado haya agotado todos los recursos jurídicos internos disponibles». Otra posibilidad sería conservar el concepto de vínculo voluntario como excepción, como se proponía en el apartado *c* del proyecto de artículo 14. Si había objeciones a la expresión «vínculo voluntario», el apartado *c* podría sustituirse por el texto siguiente: «*c*) toda exigencia de que se agoten los recursos internos ocasionaría graves dificultades al extranjero perjudicado [/sería manifiestamente irrazonable]». Según otra sugerencia, simplemente habría que suprimir el apartado *c* del artículo 14 porque no era conveniente, en particular habida cuenta de la evolución del derecho relativo a los daños transfronterizos.

226. El Relator Especial preferiría que la cuestión del vínculo voluntario no se mencionase expresamente, sino que se incluyese en el comentario del artículo 10 en cuanto razón de ser tradicional de la norma del agotamiento de los recursos internos, en el comentario del artículo 11 en relación con el examen del perjuicio directo causado a un Estado, supuesto en el que no se exigía el agotamiento de los recursos internos, y en el comentario del apartado *a* del artículo 14 a propósito de la cuestión de si los recursos internos ofrecían una posibilidad razonable de obtener un remedio eficaz.

227. Refiriéndose a las situaciones difíciles examinadas en el párrafo 83 de su tercer informe, en las que no era razonable exigir que el extranjero perjudicado agotara los recursos internos, el Relator Especial hizo observar que, en el primer caso, a saber, los daños ambientales transfronterizos causados por la contaminación, la lluvia radiactiva u objetos espaciales artificiales, si el perjuicio era resultado de un acto que no constituía un hecho internacionalmente ilícito, no se estaba ya en el contexto de la responsabilidad (*responsibility*) del Estado, que incluye la protección diplomática, sino en el de la responsabilidad (*liability*). Si el perjuicio era resultado de un hecho internacionalmente ilícito era un perjuicio directo. Por consiguiente, opinaba que no era necesaria una disposición separada que condicionara la aplicación de la norma del agotamiento de los recursos internos a la existencia de un vínculo voluntario. En el segundo tipo de situación, a saber, el derribo de una aeronave fuera del territorio del Estado responsable o de una aeronave que hubiese penetrado accidentalmente en su espacio aéreo, existía verdaderamente un perjuicio directo y la práctica de los Estados mostraba que lo más frecuente era que el Estado demandado no insistiera en la necesidad de agotar los recursos internos. En cuanto al tercer tipo de situación, la muerte de un nacional del Estado A por un soldado del Estado B estacionado en el territorio del Estado A, habría una disposición de un tratado internacional que previese la posibilidad de presentar una reclamación contra el Estado B. Sin embargo, de no existir dicho acuerdo, no se alcanzaba a discernir por qué los derechohabientes de la víctima no tendrían que pedir reparación ante los tribunales del Estado B, siempre que ofrecieran una posibilidad razonable de obtener un remedio eficaz. Esa situación estaba ya comprendida en el apartado *a* del proyecto de artículo 14 y no era necesaria una disposición separada. En lo referente al secuestro transfronterizo por agentes del Estado demandado de un nacional extranjero desde el Estado del que era nacional o desde un tercer Estado cabían dos opciones: o bien había habido claramente violación de la soberanía territorial del Estado de nacionalidad del extranjero, lo que podía dar lugar a una reclamación directa de éste contra el Estado responsable, o bien la parte lesionada tenía la posibilidad de interponer una demanda de reparación ante los tribunales del Estado responsable y no había ningún motivo para que no hiciera uso de ella. De no existir esa posibilidad, la situación era la prevista en el apartado *a* del proyecto de artículo 14.

228. A su juicio, la Comisión no debería dificultar el desarrollo del derecho internacional sobre esta cuestión, tanto más cuanto que la práctica de los Estados continuaba evolucionando, sobre todo en materia de daños ambientales. El Relator Especial sugirió que la Comisión no mencionara el vínculo voluntario en el propio proyecto de artículos, sino que simplemente se refiriese a él en el comentario en diversas ocasiones y tratara esta cuestión en relación con el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.

d) *Dilación indebida y denegación de acceso (apartados* e *y* f *del artículo 14)*[281]

i) Presentación por el Relator Especial

229. El Relator Especial observó que el apartado *e* del artículo 14, relativo a la dilación indebida, tenía el apoyo de diversos intentos de codificación, instrumentos de derechos humanos y resoluciones judiciales, como las

[281] Los apartados *e* y *f* del artículo 14 propuesto por el Relator Especial en su tercer informe dicen lo siguiente:

«*Artículo 14*

»No habrán de agotarse los recursos internos cuando:

[...]

»*e*) El Estado demandado sea responsable de una dilación indebida en adminitrar un recurso interno;

»*f*) El Estado demandado impida al individuo perjudicado tener acceso a las instituciones que administran los recursos internos.»

dictadas en los asuntos *El Oro Mining and Railway Co*.[282] e *Interhandel*[283]. Sin embargo, esa excepción a la norma del agotamiento de los recursos internos era más difícil de aplicar en los casos complicados, particularmente en los que afectaban a personas jurídicas. Si bien podía integrarse en la excepción enunciada en el apartado *a* del artículo 14, merecía ser mantenida como disposición separada para advertir al Estado demandado de que no debía retrasar indebidamente el acceso a sus tribunales.

230. El Relator Especial señaló además que el apartado *f* del artículo 14, relativo a la denegación de acceso, era pertinente en las circunstancias actuales. No era raro que un Estado demandado negara a un extranjero perjudicado el acceso a sus tribunales alegando que no podía garantizar su seguridad o negándole el visado de entrada.

ii) Resumen del debate

231. Hubo miembros que se declararon satisfechos con los apartados *e* (dilación indebida) y *f* (denegación de acceso) del artículo 14. Otros sostuvieron que las dos disposiciones no constituían categorías específicas, en la medida en que una lectura correcta del apartado *a* del artículo 14, tanto en la opción 1 como en la opción 3, permitía abarcar ambas excepciones. Por ello se propuso una reformulación de ambas disposiciones a la luz de la enmienda al apartado *a* del artículo 14. También se propuso que el apartado *e* se combinara con el apartado *a* o al menos se colocara más cerca de esa disposición.

232. Según otra opinión, el apartado *e* del artículo 14 no resultaba superfluo por la existencia del apartado *a*. Los supuestos a que se referían los apartados *a* y *e* eran en cierto sentido consecutivos: un recurso interno que a primera vista podía parecer que ofrecía una «posibilidad razonable» desde el punto de vista del apartado *a* podía resultar ulteriormente inútil en razón de una dilación indebida en su administración. Se expresó también la opinión de que el texto no debía referirse a la «dilación [...] en administrar un recurso interno», sino a la demora del tribunal en la adopción de una resolución concerniente a un recurso que hubiera sido ejercitado.

233. Si bien se acordó que debía poder obtenerse una decisión «sin dilación indebida», se sugirió especificar en el texto lo que era abusivo. Se señaló asimismo que lo que constituía una dilación indebida era una cuestión de hecho que debía determinarse en cada caso. Se propuso que la disposición se formulara de nuevo de la manera siguiente: «No habrán de agotarse los recursos internos cuando el derecho del Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito no ofrezca al perjudicado ninguna posibilidad objetiva de obtener reparación en un plazo razonable». Luego se precisaría que «la posibilidad objetiva de obtener reparación en un plazo razonable deberá ser apreciada de buena fe [según la práctica seguida habitualmente] o [de conformidad con los principios generales del derecho]».

234. Por otra parte, se expresaron dudas acerca de la validez de la excepción enunciada en el apartado *e* del artículo 14, ya que la dilación indebida podía ser simplemente resultado de un sistema judicial sobrecargado, como ocurría a menudo en países con grave escasez de recursos y en particular de jueces calificados para ocuparse de los asuntos. Otros miembros manifestaron su desacuerdo y señalaron que un Estado no debería beneficiarse del hecho de que los órganos jurisdiccionales hubiesen permitido que un asunto se retrasara innecesariamente.

235. En lo referente al apartado *f* del artículo 14, se observó que, si se impedía el acceso a un recurso, había que concluir que no existía recurso alguno. Por ello, la redacción de este apartado no correspondía a lo que se pretendía. En cambio, la propuesta del Relator Especial se refería a una situación diferente en la cual se negaba a un extranjero la entrada en el territorio del Estado supuestamente responsable o peligraba su seguridad si entraba en ese territorio. Sería muy raro que estos aspectos resultaran decisivos si se pedía una reparación por la vía civil. Normalmente no se requería la presencia física del demandante en el territorio del Estado en el cual quería hacer valer su pretensión por la vía civil. Se señaló que, en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, era perfectamente posible agotar los recursos internos por medio de un abogado o representante.

236. Se propuso que la excepción se circunscribiera a los asuntos en los cuales la presencia física era condición indispensable para el éxito del recurso ejercitado. También se sugirió que hubiera alguna referencia, aunque fuese en los comentarios, al problema que se planteaba cuando, mediante la intimidación, se disuadía a un particular o a su abogado de presentar demanda. Asimismo, se preguntó por qué la disposición se limitaba a los asuntos en que era el Estado demandado el que denegaba al perjudicado el acceso a los recursos internos. Dicho acceso también podía encontrar obstáculos no debidos al Estado.

237. Otros miembros manifestaron sus dudas y opinaron que podía considerarse que el supuesto enunciado en esta disposición quedaba comprendido en el apartado *a* del artículo 14. Si el Estado demandado impedía efectivamente a un extranjero perjudicado el acceso a los tribunales, entonces en la práctica no había ninguna posibilidad razonable de obtener un remedio eficaz. Así pues, se propuso que se tratara la cuestión en el comentario como parte del criterio más general de la efectividad enunciado en el apartado *a*.

iii) Conclusiones del Relator Especial

238. El Relator Especial observó que las opiniones estaban divididas acerca del apartado *e* del artículo 14, relativo a la dilación indebida. Algunos miembros se habían opuesto a ese apartado y otros habían propuesto que el supuesto a que se refería se regulase en el apartado *a*. La mayoría había preferido mantenerlo como disposición aparte. Por lo tanto, el Relator Especial propuso que ese apartado se remitiera al Comité de Redacción, teniendo presente la sugerencia de que se precisara claramente que la dilación debía ser causada por los tribunales.

239. En lo que respecta al apartado *f* del artículo 14, el Relator Especial señaló la división existente entre los

[282] *El Oro Mining and Railway Company (Limited)* (Gran Bretaña) *c*. Estados Unidos Mexicanos, sentencia n.º 55, de 18 de junio de 1931, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (n.º de venta: 1952.V.3), pág. 191.

[283] Véase la nota 275 *supra*.

sistemas de *common law* y los sistemas de inspiración romanista. En el sistema de *common law* el perjudicado podía tener que testificar en persona ante el tribunal y, si no se le permitía visitar el Estado demandado, no se podía presentar la demanda. Observó que había algunos miembros partidarios de remitir el apartado *f* al Comité de Redacción. Sin embargo, la mayoría de los miembros había opinado que sería mejor tratar esa cuestión en el marco del apartado *a*. Por lo tanto, el Relator Especial recomendó que el apartado *f* del artículo 14 no se remitiera al Comité.

4. Artículo 15[284]

a) *Presentación por el Relator Especial*

240. El Relator Especial observó que la carga de la prueba en el contexto de los litigios internacionales se refería a lo que debía probarse y a lo que correspondía probar a cada parte. Era un tema difícil de codificar, en primer lugar porque no había normas detalladas de derecho internacional como se encontraban en la mayoría de los regímenes jurídicos nacionales, y en segundo lugar porque las circunstancias variaban según los asuntos y era difícil establecer normas generales que se aplicasen en todos los casos. No obstante, en su opinión el tema era importante para la norma sobre el agotamiento de los recursos internos y, por consiguiente, se justificaba su inclusión en el proyecto.

241. Observó además que, como principio general, la carga de la prueba recaía sobre la parte que hacía una afirmación. El párrafo 1 del artículo 15 recogía ese principio. Sin embargo, en su opinión, el principio general no era suficiente y, por ello, sugería que se incorporasen dos principios más en el párrafo 2. Se referían a la carga de la prueba con respecto a la disponibilidad y eficacia de los recursos internos. Recordó que intentos anteriores de codificar la norma del agotamiento de los recursos internos habían evitado elaborar disposiciones sobre esos temas.

242. Se observó que el tema había sido examinado con cierto detenimiento por los órganos encargados de supervisar la aplicación de los tratados de derechos humanos y que su jurisprudencia apoyaba dos propuestas, a saber, la de que el Estado demandado debía probar que existía un recurso disponible que no había agotado el Estado demandante, y que, si había recursos disponibles, el Estado demandante debía probar que eran ineficaces o se aplicaba alguna otra excepción a la norma del agotamiento de los recursos internos. Sin embargo, admitió que esa jurisprudencia estaba determinada en gran parte por los instrumentos que crearon los órganos de supervisión de los tratados, y era dudoso que los principios expuestos por esos órganos resultaran directamente pertinentes para los principios generales de la protección diplomática.

243. En cuanto a las resoluciones judiciales y arbitrales, el Relator Especial observó que podía encontrarse algún apoyo para los principios que había esbozado en el asunto del *Chemin de fer Panevezys–Saldutiskis*[285], el *Arbitrage relatif aux navires finlandais*[286], el asunto *Ambatielos*[287], el asunto *ELSI*[288], el asunto relativo al *Incident aérien du 27 juillet 1955*[289] y el asunto *Emprunts norvégiens*[290]. De esos asuntos podían deducirse dos conclusiones: en primer lugar, la carga de la prueba correspondía al Estado demandado, en el sentido de que tenía que probar la disponibilidad de recursos internos y, en segundo lugar, recaía sobre el Estado reclamante la carga de probar que, aunque hubiera recursos disponibles, eran ineficaces o se aplicaba alguna otra excepción, por ejemplo, un perjuicio directo causado al Estado reclamante.

244. Al mismo tiempo, admitió que era difícil establecer normas generales, ya que el resultado estaba vinculado en cada caso a los supuestos de hecho. Recordó el asunto *Emprunts norvégiens*, que entrañaba una serie de hechos específicos y en cuyo contexto el juez Lauterpacht sentó cuatro principios que contaban con apoyo considerable en la doctrina: incumbía al Estado demandante probar que no había recursos eficaces que hubiera podido utilizar; no se requería esa prueba si había disposiciones legales que aparentemente privaban a los demandantes de recurso; en tal caso, incumbía al Estado demandado probar que, no obstante la aparente falta de recurso, cabía suponer razonablemente su existencia; y por último, la carga de la prueba no debía resultar indebidamente gravosa.

245. El Relator Especial afirmó que, en su opinión, los cuatro principios aducidos por Lauterpacht se derivaban de las circunstancias insólitas del asunto *Emprunts norvégiens*. Por ello, no afectaban a su propia hipótesis de que había esencialmente dos normas sobre la disponibilidad y eficacia de los recursos internos, como establecían los apartados *a* y *b* del párrafo 2 del artículo 15.

b) *Resumen del debate*

246. Aunque se expresó cierto apoyo al artículo 15, en la Comisión hubo una fuerte oposición a que se incluyera

[284] El artículo 15 propuesto por el Relator Especial en su tercer informe dice lo siguiente:

«Artículo 15

»1. El Estado demandante y el Estado demandado compartirán la carga de la prueba en las cuestiones relativas al agotamiento de los recursos internos de conformidad con el principio según el cual quien afirma algo debe probarlo.

»2. De no mediar circunstancias especiales y sin perjuicio del orden en que haya de probarse una pretensión:

»*a*) Incumbirá al Estado demandado probar que la reclamación internacional es una reclamación a la que se aplica la norma del agotamiento de los recursos internos y que no se han agotado los recursos internos disponibles;

»*b*) Incumbirá al Estado demandante probar cualquiera de las excepciones mencionadas en el artículo 14 o probar que la reclamación concierne a un perjuicio causado directamente al propio Estado.»

[285] Véase la nota 267 *supra*.

[286] *Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre*, sentencia de 9 mayo de 1934, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, pág. 1479.

[287] Sentencia de 6 de marzo de 1956, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (n.º de venta: 63.V.3), pág. 101.

[288] Véase la nota 266 *supra.*

[289] *Incident aérien du 27 juillet 1955* (Israel *c*. Bulgaria), fallo, *C.I.J. Recueil 1959*, pág. 127. 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. 67.

[290] Véase la nota 277 *supra.*

ese artículo sobre la carga de la prueba. Se dudó de que, en el ámbito del tema, debieran incluirse normas de prueba. Además, las normas de prueba consuetudinarias, si existían, eran difíciles de determinar. Se hizo referencia a las diferencias existentes entre los sistemas de derecho anglosajón y de tradición romanista con respecto a la cuestión. Igualmente se señaló que las normas de prueba variaban mucho en función del tipo de procedimiento internacional. Se observó además que, en vista de los requisitos tradicionales relativos a la carga de la prueba, parecía improbable que ningún órgano judicial o de otra índole se sintiera vinculado por lo que era una disposición adicional sumamente compleja.

247. Se observó que el Estado demandado estaba en mucho mejor posición que los jueces o el demandante para demostrar la existencia de recursos. De igual modo, el Estado de nacionalidad era el que mejor podía proporcionar pruebas de la nacionalidad del individuo. En ese caso, la carga de la prueba correspondía al Estado demandante. Por ello, la posición de un Estado como demandante o demandado parecía menos importante que la existencia de pruebas.

248. Además, se expresaron dudas sobre la pertinencia de la jurisprudencia relativa a los derechos humanos —elaborada sobre la base de disposiciones convencionales específicas en el marco de un sistema procesal— para delimitar la carga de la prueba en derecho internacional general. Además, el mismo órgano creado en virtud de un tratado podía aplicar normas de prueba diferentes en las distintas etapas de un procedimiento. Se citó al respecto el ejemplo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Aunque la norma propuesta por el Relator Especial resultaba atrayente por su sencillez, la situación podía ser mucho más compleja en la práctica. Se señaló también que sería difícil llegar a un acuerdo sobre la materia objeto del artículo 15.

249. Se sugirió que lo mejor sería dejar la carga de la prueba a las normas de procedimiento o al compromiso arbitral en el caso de un asunto sometido a un órgano judicial o arbitral internacional y al derecho del Estado en caso de recurso a órganos jurisdiccionales nacionales. Se propuso también que el comentario incluyera un examen de la cuestión de la carga de la prueba.

250. Con respecto al párrafo 1, se expresó la opinión de que ofrecía escasa orientación a un Estado como principio general, en el sentido de que la parte que hiciera una afirmación debía probarla. Lo que importaba no era la afirmación sino el interés que la parte podía tener por probar un hecho determinado que resultara pertinente. A la inversa, se expresó la opinión de que el párrafo 1 era útil y debía incluirse.

251. En cuanto al párrafo 2, se expresó la opinión de que la distinción entre la disponibilidad de un recurso, que debía probar el Estado demandado, y su falta de eficacia, que debía demostrar el Estado demandante, era artificial. Un recurso que no tuviera probabilidades de éxito, es decir, que no fuera eficaz, no tenía por qué ser agotado. Por ello, los intereses del Estado demandado iban más allá de la determinación de la existencia de un recurso: tenía que probar también que ese recurso tenía probabilidades de éxito razonables. Lo que se debatía era la eficacia de un recurso a falta de precedentes judiciales pertinentes en el momento de causarse el perjuicio. Para otra opinión, el problema era simplemente de redacción y debía ocuparse de él el Comité de Redacción.

c) *Conclusiones del Relator Especial*

252. El Relator Especial observó que, aunque el artículo 15 se había considerado inocuo por algunos y demasiado complejo por otros, una gran mayoría se había opuesto a su inclusión. En consecuencia, no recomendaría que se remitiera al Comité de Redacción.

5. Artículo 16[291]

a) *Presentación por el Relator Especial*

253. El Relator Especial, al presentar el artículo 16, dijo que la cláusula Calvo[292] era parte integrante de la historia y evolución de la norma del agotamiento de los recursos internos y continuaba siendo pertinente. Explicó que la cláusula Calvo era una estipulación contractual por la que una persona vinculada voluntariamente a un Estado del que no era nacional convenía en renunciar al derecho a pedir la protección diplomática de su Estado de nacionalidad y acogerse exclusivamente a los recursos internos en lo relativo al cumplimiento del contrato.

254. Desde el principio, la cláusula Calvo había sido controvertida. Los Estados latinoamericanos la habían considerado como una norma de derecho internacional general y como una norma regional de derecho internacional, y muchos de ellos, en particular México, la habían incorporado en sus constituciones. Por otra parte, otros Estados occidentales la habían considerado contraria al derecho internacional, ya que iba en contra de la ficción de Vattel, según la cual el perjuicio causado a un nacional era un perjuicio causado al Estado[293], y que solamente el

[291] El artículo 16 propuesto por el Relator Especial en su tercer informe dice lo siguiente:

«Artículo 16

»1. Toda estipulación de un contrato concertado entre un extranjero y el Estado en que aquél realice sus actividades según la cual:

»a) El extranjero se dará por satisfecho con los recursos internos;

»b) Ninguna controversia dimanante del contrato se resolverá mediante una reclamación internacional; o

»c) El extranjero será tratado como un nacional del Estado contratante a los efectos del contrato,

será interpretada en virtud del derecho internacional como una renuncia válida del derecho del extranjero a solicitar protección diplomática en relación con asuntos relativos al contrato. No obstante, tal estipulación contractual no afectará el derecho del Estado de nacionalidad del extranjero a ejercer la protección diplomática a favor de esa persona cuando ésta sea lesionada por un hecho internacionalmente ilícito atribuible al Estado contratante o cuando el perjuicio que haya sufrido el extranjero concierna directamente a su Estado de nacionalidad.

»2. La estipulación contractual a que se hace referencia en el párrafo 1 será interpretada como una presunción en favor de la necesidad de agotar los recursos internos antes de recurrir a un arreglo judicial internacional.»

[292] Véase la nota 249 *supra*.

[293] Véase E. de Vattel, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle* (1758), Washington D.C., Carnegie Institution, 1916.

Estado podía renunciar al derecho a la protección diplomática.

255. La principal decisión jurisprudencial en esta materia era la solución dictada por la Comisión General de Reclamaciones entre México y los Estados Unidos de América en el asunto de la *North American Dredging Company*[294], en la que se había mostrado que la cláusula Calvo era compatible con el derecho internacional en general y con el derecho a la protección diplomática en particular, aunque la resolución dictada en este asunto había sido objeto de serias críticas por los juristas.

256. Sin embargo, seguía debatiéndose la finalidad y alcance de la cláusula y se refirió a varias consideraciones que habían surgido de ese debate. En primer lugar, la cláusula Calvo tenía una validez limitada, en el sentido de que no constituía un completo impedimento a la intervención diplomática. Se aplicaba sólo a las controversias relativas al contrato entre el extranjero y el Estado de acogida que incluía la cláusula, y no en caso de violación del derecho internacional. En segundo lugar, la cláusula Calvo confirmaba la importancia de la norma del agotamiento de los recursos internos. Algunos autores habían sugerido que la cláusula no era sino una reafirmación de esa norma, pero la mayoría de ellos pensaba que iba más allá de tal reafirmación. En tercer lugar, el derecho internacional no limitaba el derecho de un extranjero a renunciar por contrato a su facultad o derecho propios para solicitar a su Estado de nacionalidad que ejerciera la protección diplomática en favor suyo. En cuarto lugar, un extranjero no podía mediante la cláusula Calvo renunciar a derechos que, según el derecho internacional, correspondían a su gobierno. En quinto lugar, la renuncia basada en la cláusula Calvo se refería únicamente a las controversias derivadas del contrato o del incumplimiento del contrato, que, en ningún caso, constituían una violación del derecho internacional; no se aplicaba, en particular, en caso de denegación de justicia.

257. Hizo observar también que la cláusula Calvo había nacido del temor de los Estados latinoamericanos a una intervención en sus asuntos internos so capa de protección diplomática. Por su parte, los Estados exportadores de capitales habían temido que sus nacionales no recibieran un trato equitativo en países cuyos estándares en materia judicial eran, en su opinión, insuficientes. Desde entonces, la situación había cambiado. No obstante, la cláusula Calvo seguía siendo una característica importante de la concepción latinoamericana del derecho internacional y la doctrina influía en la actitud de los países en desarrollo de África y Asia, que temían la intervención de Estados poderosos en sus asuntos internos.

258. Además, la doctrina Calvo, reflejada ya en la resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, relativa a la soberanía permanente sobre los recursos naturales, aparecía de nuevo en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, contenida en la resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea, de 12 de diciembre de 1974, que proclamaba en el apartado *c* del párrafo 2 de su artículo 2 que las controversias acerca de la indemnización derivada de la expropiación de bienes extranjeros debían resolverse con arreglo al derecho interno del Estado que hubiera nacionalizado. La influencia de la doctrina Calvo se veía también en la decisión 24 del Acuerdo de Cartagena [Acuerdo de Integración Subregional (Pacto Andino)]. Por otra parte, algunos consideraban que el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC)[295], que permitía a los inversionistas extranjeros recurrir a arbitraje internacional sin agotar antes los recursos internos, constituía una desviación de la doctrina Calvo.

259. Se ofrecían dos opciones a la Comisión: abstenerse de redactar disposición alguna sobre el tema, pues hacerlo sería superfluo si se consideraba que la cláusula Calvo se limitaba a reafirmar la norma del agotamiento de los recursos internos; o redactar una disposición que limitase la validez de la cláusula Calvo a las controversias derivadas del contrato que la incluyera, sin excluir el derecho del Estado de nacionalidad del extranjero a ejercer la protección diplomática en favor de éste cuando hubiese sufrido un perjuicio como resultado de un hecho internacionalmente ilícito atribuible al Estado contratante. El párrafo 2 disponía que dicha cláusula constituía una presunción en favor de la necesidad de agotar los recursos internos antes de recurrir a un arreglo judicial internacional, cuando había un *compromis* por el que se establecía una excepción a la norma del agotamiento de los recursos internos.

b) *Resumen del debate*

260. Se felicitó al Relator Especial por su detenido examen de la historia de la doctrina Calvo y la manera en que había tratado las cuestiones planteadas en derecho internacional por la cláusula Calvo. Se expresaron diferentes opiniones sobre la inclusión de una disposición relativa a la cláusula Calvo en el proyecto de artículos.

261. Algunos miembros opinaron que, con unas pocas modificaciones de estilo, debía mantenerse el artículo 16 como complemento del artículo 10. En su condición de norma codificada, aclararía los límites de las relaciones contractuales entre un Estado y un extranjero, en especial garantizando los derechos del Estado de nacionalidad con arreglo al derecho internacional. Algunos miembros también expresaron el parecer de que el artículo propuesto no versaba sobre la cláusula Calvo en sentido tradicional, sino sobre una mera obligación de agotamiento de los recursos internos en determinadas circunstancias. Se sugirió que la disposición hacía un útil hincapié en la norma del agotamiento de los recursos internos. De hecho, se expresó la opinión de que la codificación de la norma del agotamiento de los recursos internos quedaría incompleta si no se reconocía la cláusula Calvo.

262. Se expresó también la opinión de que el valor de la cláusula Calvo no era simplemente histórico y simbólico, sino que seguía siendo una cuestión importante en el mundo moderno con consecuencias internacionales muy superiores a las de las estipulaciones contractuales con arreglo al derecho interno. Además, aunque la

[294] *North American Dredging Company of Texas (U.S.A.)* v. *United Mexican States*, decisión de 31 de marzo de 1926, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol IV (n.º venta: 1951.V.1), pág. 26.

[295] Véase *Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre el Gobierno del Canadá, el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*, México, M. A. Porrua, SECOFI, 1993.

utilización de la cláusula Calvo se había limitado en gran parte a América Latina, los problemas que había tratado de resolver tenían una dimensión mundial y no simplemente regional. En este aspecto, al incluir la disposición, la Comisión codificaría una norma consuetudinaria regional, que podría elevarse legítimamente al rango de norma universal.

263. Se expresó asimismo la opinión de que la cláusula Calvo no era contraria al derecho internacional, en razón de dos principios importantes, a saber, la igualdad soberana de los Estados, que entrañaba una obligación de no intervención, y la igualdad de trato de nacionales y extranjeros. Se hizo también observar que el artículo 16 no trataba de codificar la cláusula Calvo en cuanto tal, sino de fijar límites a su aplicación en las relaciones internacionales. También aclaraba la relación entre los derechos del individuo y del Estado en esa esfera, que consistía en que un extranjero, persona física o jurídica, tenía el derecho de solicitar, y un Estado el derecho de ejercer, la protección diplomática.

264. Otros miembros se declararon en contra de la inclusión de dicha disposición en el proyecto de artículos sobre la protección diplomática, y prefirieron que se suprimiese. Se expresó la opinión de que el artículo 16 rebasaba el ámbito del estatuto de la Comisión, en particular el artículo 15: no era una norma de derecho, por lo que no se prestaba a codificación. Se dijo que la cláusula Calvo era un simple mecanismo de redacción contractual.

265. Se señaló que el nacional del Estado no podía sustituir a éste, ya que no estaban en juego sus propios derechos, sino los del Estado. Un extranjero no podía renunciar a un derecho que no poseía. En este sentido, la importancia jurídica de la renuncia contenida en el párrafo 1 era incierta, ya que la solicitud del extranjero no era una condición para el ejercicio de la protección diplomática. Sin embargo, el extranjero podía comprometerse, en primer lugar, a ampararse solamente en las leyes del país de acogida y, en segundo lugar, a no solicitar la protección diplomática de su Estado de origen. Lo que no podía hacerse era garantizar que el Estado de nacionalidad no interviniera para garantizar el respeto de su derecho a que el derecho internacional se viese respetado en la persona de su nacional. De aquí que la cuestión no consistía en si la cláusula Calvo era, o no, válida en derecho internacional. No estaba prohibida en derecho internacional ni considerada legítima. Habría un incumplimiento de contrato, pero no violación de una obligación de derecho internacional, ni por el extranjero ni por el Estado de nacionalidad, si el extranjero solicitaba la protección diplomática de ese Estado.

266. Algunos miembros hicieron observar también que, si bien la cláusula Calvo tenía una importancia histórica, en la práctica se utilizaba cada vez menos. Además, el contexto internacional era diferente de aquel en que se había formulado la cláusula Calvo hacía un siglo. Las preocupaciones a que respondía la doctrina Calvo habían sido atendidas en la evolución ocurrida en la segunda mitad del siglo XX, incluida la aprobación de varios textos internacionales importantes a que se hacía referencia en el informe del Relator Especial. Asimismo, el comportamiento de los Estados en el mundo actual estaba fuertemente influido, si no condicionado, por normas comunes impuestas por el derecho internacional relativo a los derechos humanos. Por otra parte, la importancia que los gobiernos concedían, y el reconocimiento que otorgaban a la empresa privada hacía posible que las inversiones privadas extranjeras contaran con un entorno jurídico seguro. Por ejemplo, era más habitual que los Estados concertaran acuerdos de inversión en los que se preveía el recurso directo al arbitraje internacional en caso de controversia.

267. Hubo además oposición a la inclusión del párrafo 2. Se estimó que contradecía la norma del agotamiento de los recursos internos. No era necesaria la existencia de la cláusula Calvo para crear una presunción a favor del agotamiento de los recursos internos. Dicha presunción existía con independencia de cualquier cláusula contractual.

268. La Comisión examinó también la sugerencia de que se elaborase una disposición general concerniente a las renuncias, tanto por parte del Estado de la nacionalidad como del Estado de acogida. Sin embargo, se manifestó oposición a dicha propuesta porque no había sido debatida completamente en sesión plenaria.

c) *Conclusiones del Relator Especial*

269. El Relator Especial observó que las opiniones expresadas en la Comisión estaban divididas bastante por igual sobre la inclusión del artículo 16. Le parecía que quienes pensaban que la cláusula Calvo no estaba dentro de las atribuciones de la Comisión estaban convencidos, no obstante, de su importancia en la historia y el desarrollo de la protección diplomática. De aquí que la inclusión del artículo 16, que reflejaba la cláusula Calvo, pudiera ser aceptable. Le habían causado impresión los argumentos de ambas partes en el debate, e hizo observar que en ambas de ellas figuraban representantes de todos los grupos regionales.

270. Observó que había habido muy poco apoyo al párrafo 2 del artículo 16, salvo decir que su contenido debería tratarse en el comentario al apartado *b* del artículo 14.

271. Así pues, la cuestión con que se enfrentaba la Comisión era la de si remitir el párrafo 1 del artículo 16 al Comité de Redacción, con las importantes enmiendas sugeridas durante el debate, u omitirlo del proyecto. Si se omitía, la cuestión tendría que tratarse ampliamente en los comentarios, en concreto en los comentarios al artículo 10 y al apartado *b* del artículo 14.

272. El Relator Especial señaló también que no sería apropiado emprender, como se había sugerido, la redacción de una cláusula general de renuncia antes de que el Pleno hubiera examinado por entero tal disposición.

273. Dada la división casi por igual en la Comisión, le resultaba difícil hacer una recomendación sobre la manera de proceder. Sin embargo, en conjunto, recomendaba que la Comisión remitiese el párrafo 1 del artículo 16 al Comité de Redacción, con las sugerencias de estilo hechas durante el debate. La Comisión decidió posteriormente no remitir el artículo 16 al Comité.

6. Denegación de justicia

a) *Presentación por el Relator Especial*

274. El Relator Especial observó que podía decirse que el concepto de «denegación de justicia», que estaba indisolublemente vinculado a muchos aspectos de la norma del agotamiento de los recursos internos, incluida la cuestión de la ineficacia, tenía en cuanto tal carácter secundario. Se proponía examinar el lugar de la denegación de justicia en el proyecto de artículos en una adición a su tercer informe, e invitó a la Comisión a que hiciera observaciones al respecto.

b) *Resumen del debate*

275. Se expresó la opinión de que el concepto de «denegación de justicia» era simplemente una de las manifestaciones de la norma más general según la cual los recursos internos debían considerarse agotados si habían fracasado o estaban condenados a fracasar. Como este concepto estaba comprendido en los apartados *a*, *e* y *f* del artículo 14, no era necesario dedicarle una disposición concreta y podía subrayarse este aspecto en el comentario. Se hizo también la advertencia de que el estudio de la cuestión de la denegación de justicia podía ser muy difícil y que, estrictamente hablando, quedaba fuera del ámbito de la protección diplomática.

276. Otros miembros mantuvieron que sería difícil dejar de lado la cuestión de la denegación de justicia, que podía ser una de las situaciones que dieran lugar al ejercicio de la protección diplomática, y que sería apropiado incluir algún examen de la denegación de justicia en el estudio.

c) *Conclusiones del Relator Especial*

277. El Relator Especial observó que los debates habían puesto de manifiesto que la mayoría de los miembros eran hostiles o, en el mejor de los casos, neutrales en cuanto a la inclusión de la cuestión de la denegación de justicia en el estudio. Varios miembros habían subrayado que era una norma primaria, mientras que otros afirmaban que la denegación de justicia se planteaba en diversos contextos procesales, por lo que era una forma de norma secundaria.

278. Observó que el contenido de la noción de denegación de justicia era incierto. Al comienzo del siglo XX, implicaba la negativa de acceso a los tribunales; los juristas latinoamericanos habían incluido la parcialidad judicial y las dilaciones en la justicia, mientras que otros opinaban que la denegación de justicia no se limitaba a la acción o inacción judicial, sino que incluía violaciones del derecho internacional por el poder ejecutivo y el legislativo. Según la doctrina contemporánea, la denegación de justicia se limitaba a los actos de los órganos jurisdiccionales o del procedimiento judicial en forma de un procedimiento inadecuado o de decisiones injustas. Sin embargo, aparecía cada vez menos en la jurisprudencia y había sido sustituida en gran parte por las normas de justicia enunciadas en instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

279. Puesto que la opinión preponderante en la Comisión era la de que el concepto no tenía cabida en el estudio, no se proponía ya elaborar una adición sobre él.

C.—Texto de los artículos 1 a 7 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática aprobados provisionalmente por la Comisión

1. Texto de los proyectos de artículo

280. A continuación figuran los textos de los proyectos de artículo 1 a 7 aprobados por la Comisión en su 54.º período de sesiones.

PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

PRIMERA PARTE

Disposiciones generales

Artículo 1.—Definición y alcance

1. La protección diplomática consiste en el recurso a la acción diplomática u otros medios de solución pacífica por un Estado que asume, por derecho propio, la causa de uno de sus nacionales en razón de un perjuicio sufrido por éste dimanante de un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado.

2. La protección diplomática podrá ejercerse con respecto a no nacionales, de conformidad con el artículo 7 [8][296].

Artículo 2 [3][297].—Derecho a ejercer la protección diplomática

Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con estos artículos.

SEGUNDA PARTE

Personas físicas

Artículo 3 [5][298].—Estado de nacionalidad

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

2. A los efectos de la protección diplomática de las personas físicas, se entiende por «Estado de nacionalidad» el Estado cuya nacionalidad ha adquirido la persona a quien se pretende proteger por razón de lugar de nacimiento, filiación, sucesión de Estados, naturalización o de cualquier otro modo que no esté en contradicción con el derecho internacional.

Artículo 4 [9].—Continuidad de la nacionalidad

1. Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que era nacional suyo en el momento del perjuicio y lo sea en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que sea nacional suyo en la fecha de la presentación oficial de la reclamación pero que no lo era en el momento del perjuicio siempre

[296] Este párrafo volverá a examinarse si se incluyen otras excepciones en los proyectos de artículo.

[297] Los números entre corchetes corresponden a los de los artículos propuestos por el Relator Especial.

[298] El artículo 3 se revisará en relación con el examen por la Comisión de la protección diplomática de las personas jurídicas.

que esa persona haya perdido su nacionalidad anterior y haya adquirido, por una razón no relacionada con la presentación de la reclamación, la nacionalidad de ese Estado de un modo que no esté en contradicción con el derecho internacional.

3. El nuevo Estado de nacionalidad no ejercerá la protección diplomática con respecto a una persona frente a un Estado de nacionalidad anterior de ésta en razón de un perjuicio sufrido cuando esa persona era nacional del Estado de nacionalidad anterior y no del nuevo Estado de nacionalidad.

Artículo 5 [7].—Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un tercer Estado

1. Todo Estado del que sea nacional una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad podrá ejercer la protección diplomática con respecto a esa persona frente a un Estado del que ésta no sea también nacional.

2. Dos o más Estados de nacionalidad podrán ejercer conjuntamente la protección diplomática con respecto a una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad.

Artículo 6.—Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un Estado de nacionalidad

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

Artículo 7 [8].—Apátridas y refugiados

1. Un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona apátrida que, en el momento del perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación, tenga residencia legal y habitual en ese Estado.

2. Un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona a la que ese Estado reconozca la condición de refugiado cuando esa persona, en el momento del perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación, tenga residencia legal y habitual en ese Estado.

3. El párrafo 2 no se aplicará cuando el perjuicio haya sido causado por un hecho internacionalmente ilícito del Estado de nacionalidad del refugiado.

2. Texto de los proyectos de artículo y los comentarios correspondientes

281. A continuación figura el texto de los proyectos de artículo 1 a 7 y los comentarios correspondientes, aprobados por la Comisión en su 54.º período de sesiones.

PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

PRIMERA PARTE

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.—Definición y alcance

1. La protección diplomática consiste en el recurso a la acción diplomática u otros medios de solución pacífica por un Estado que asume, por derecho propio, la causa de uno de sus nacionales en razón de un perjuicio sufrido por éste dimanante de un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado.

2. La protección diplomática podrá ejercerse con respecto a no nacionales, de conformidad con el artículo 7 [8][299].

Comentario

1) El artículo 1 define la protección diplomática, describiendo sus elementos principales, e indica el alcance de ese mecanismo para la protección de los nacionales que sufran daños en el exterior.

2) En derecho internacional, un Estado es responsable del daño que cause a un extranjero por una acción o una omisión ilícitas. La protección diplomática es el procedimiento que emplea el Estado de nacionalidad de la persona lesionada para garantizar la protección de esa persona y obtener reparación del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito. El presente proyecto de artículos se ocupa sólo de las normas que regulan las circunstancias en que puede ejercerse la protección diplomática y las condiciones que deben darse para ejercerla. No trata de definir ni describir los hechos internacionalmente ilícitos que dan origen a la responsabilidad del Estado por un perjuicio causado a un extranjero. El proyecto de artículos, lo mismo que el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión en su 53.º período de sesiones[300], mantiene la distinción entre normas primarias y secundarias y trata sólo de estas últimas.

3) El párrafo 1 deja en claro que el derecho de protección diplomática corresponde al Estado. Al ejercer la protección diplomática, el Estado asume como propia la causa de su nacional lesionado por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado. La redacción sigue la utilizada por la CIJ en el asunto *Interhandel*, al decir que el Estado demandante se había «hecho cargo de la causa de uno de sus nacionales»[301], cuyos derechos habían sido lesionados. El interés jurídico del Estado por ejercer la protección diplomática se deriva del daño causado a un nacional a consecuencia del hecho ilícito de otro Estado.

4) En la mayoría de los casos, el vínculo de nacionalidad entre el Estado y la persona lesionada es el que da origen al ejercicio de la protección diplomática, cuestión que se trata en el artículo 3. El término «nacional» de este artículo comprende tanto las personas físicas como las jurídicas. Más adelante en el proyecto de artículos se hace una distinción entre las normas por que se rigen las personas físicas y las jurídicas y, en caso necesario, los dos conceptos se tratan por separado.

5) La protección diplomática debe ejercerse por medios legítimos y pacíficos. Varias resoluciones judiciales distinguen entre la «acción diplomática» y los «procedimientos judiciales» al describir las medidas que puede adoptar

[299] Véase la nota 296 *supra*.

[300] Véase la nota 263 *supra*.

[301] *Interhandel* (véase la nota 275 *supra*), pág. 27.

un Estado cuando recurre a la protección diplomática[302]. El artículo 1 mantiene esa distinción, pero va más allá al subsumir el procedimiento judicial en «otros medios de solución pacífica». La «acción diplomática» comprende todos los procedimientos legítimos empleados por los Estados para informarse mutuamente de sus opiniones y preocupaciones, incluidas la protesta, la solicitud de una investigación y las negociaciones orientadas a la solución de controversias. «Otros medios de solución pacífica» abarcan todos los modos lícitos de solución de controversias, desde la negociación, la mediación y la conciliación hasta el arbitraje y el arreglo judicial. El uso de la fuerza, prohibido por el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, no es un método permisible para hacer valer el derecho de protección diplomática.

6) El párrafo 1 deja en claro que los presentes artículos se ocupan sólo del ejercicio de la protección diplomática por un Estado y no de la protección dada por una organización internacional a sus funcionarios, reconocida por la CIJ en su opinión consultiva sobre el asunto *Réparation*[303]. La protección funcional[304] difiere sustancialmente de la protección diplomática en que se basa en la función de la organización y la condición de su agente[305]

7) La protección diplomática comprende la protección de los nacionales que no se ocupen de asuntos internacionales oficiales en nombre del Estado. Los diplomáticos y cónsules están protegidos por otras normas e instrumentos de derecho internacional, especialmente la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

8) El párrafo 2 reconoce que puede haber supuestos en que se ejerza la protección diplomática con respecto a no nacionales. El artículo 7 prevé esa protección en el caso de los apátridas y refugiados. La nota de pie de página al párrafo 2 indica que la Comisión quizá incluya otras excepciones en una etapa ulterior de sus trabajos.

Artículo 2 [3].—Derecho a ejercer la protección diplomática

Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con estos artículos.

Comentario

1) El artículo 2 subraya que el derecho de protección diplomática pertenece o corresponde al Estado. Reconoce así el concepto de Vattel de que un perjuicio causado a un nacional es un perjuicio causado indirectamente al Estado[306]. Esta opinión fue formulada más cuidadosamente por la CPJI en el asunto *Mavrommatis*, al decir:

> Al asumir la causa de uno de los suyos, al poner en marcha, en su favor, la acción diplomática o la acción judicial internacional, ese Estado hace valer, en realidad, su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar en la persona de sus súbditos el derecho internacional[307].

Esta opinión se critica con frecuencia como ficción difícil de reconciliar con las realidades de la protección diplomática, que requieren la continuidad de la nacionalidad para poder presentar una reclamación diplomática[308], el agotamiento de los recursos internos por el nacional lesionado y la evaluación de los daños sufridos de conformidad con la pérdida sufrida por el individuo. No obstante, el «principio Mavrommatis» o la «ficción de Vattel», como se ha llamado al concepto de que el perjuicio causado al nacional es un perjuicio causado al Estado, sigue siendo la piedra angular de la protección diplomática[309].

2) El Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática en beneficio de uno de sus nacionales, pero no tiene el deber ni la obligación de hacerlo. El derecho interno de un Estado puede obligarlo a prestar protección diplomática a un nacional[310], pero el derecho internacional no impone esa obligación. La tesis fue claramente expuesta por la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction*:

> […] dentro de los límites establecidos por el derecho internacional, un Estado puede ejercer la protección diplomática por los medios y en la medida en que considere adecuado, puesto que es su propio derecho lo que el Estado está haciendo valer. Si las personas físicas o jurídicas por cuenta de las cuales actúa estiman que sus derechos no están suficientemente protegidos, no existe recurso en el derecho internacional. Todo lo que pueden hacer es recurrir al derecho interno, si éste les ofrece los medios para ello, con objeto de promover su causa y obtener desagravio [...]. El Estado debe ser considerado como único juez para decidir si otorgará su protección, en qué medida lo hará, y cuándo le pondrá fin. Posee a este respecto un poder discrecional cuyo ejercicio puede estar determinado por consideraciones políticas o de otra índole, que no guardan relación con el caso en particular[311].

La propuesta de que se impusiera al Estado de nacionalidad un deber limitado de protección fue rechazada por la Comisión, por considerar que iba más allá de los límites permisibles del desarrollo progresivo del derecho[312].

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

---

[302] Véanse los asuntos *Chemin de fer Panevezys–Saldutiskis* (nota 267 *supra*), pág. 16; y *Nottebohm*, segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1955*, pág. 4, en la pág. 24 [véase también para este último asunto *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].

[303] Véase la nota 250 *supra.*

[304] Ibíd., pág. 185.

[305] Ibíd., págs. 180 y 186.

[306] En *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle* (véase la nota 293 *supra*), De Vattel escribió: «Quien maltrata a un ciudadano perjudica indirectamente al Estado, que debe proteger al ciudadano» (vol. I, libro II, cap. VI, pág. 309).

[307] *Concessions Mavrommatis en Palestine*, fallo n.º 2, *1924, C.P.J.I. série A n.º 2*, pág. 12.

[308] Véase el artículo 4.

[309] Véase un examen de este concepto y de las críticas al respecto en el primer informe del Relator Especial sobre la protección diplomática (nota 243 *supra*), párrs. 61 a 74.

[310] Véase un examen de legislaciones nacionales al respecto en ibíd., párrs. 80 a 87.

[311] *Barcelona Traction* (véase la nota 6 *supra*), pág. 44.

[312] Véase el artículo 4 del primer informe del Relator Especial sobre la protección diplomática (nota 243 *supra*). Véase también el debate en la Comisión en *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), págs. 82 y 83, párrs. 447 a 456.

SEGUNDA PARTE

PERSONAS FÍSICAS

Artículo 3 [5][313]*.—Estado de nacionalidad*

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

2. A los efectos de la protección diplomática de las personas físicas, se entiende por «Estado de nacionalidad» el Estado cuya nacionalidad ha adquirido la persona a quien se pretende proteger por razón de lugar de nacimiento, filiación, sucesión de Estados, naturalización o de cualquier otro modo que no esté en contradicción con el derecho internacional.

Comentario

1) Mientras que el artículo 2 afirma el derecho discrecional del Estado a ejercer la protección diplomática, el artículo 3 afirma el principio de que el Estado de nacionalidad de la persona lesionada tiene derecho, aunque no está obligado, a ejercer la protección diplomática a favor de esa persona. El acento en este artículo se carga en el vínculo de nacionalidad entre el Estado y el individuo, que da derecho al Estado para ejercer la protección diplomática. El párrafo 1 así lo afirma.

2) El párrafo 2 define el Estado de nacionalidad a los efectos de la protección diplomática. Esta definición se basa en dos principios: en primer lugar, que corresponde al Estado de nacionalidad determinar, de conformidad con su derecho nacional, quién reúne los requisitos para obtener su nacionalidad; en segundo, que hay límites impuestos por el derecho internacional para la concesión de la nacionalidad. El párrafo 2 ofrece también una lista no exhaustiva de elementos de conexión que normalmente constituyen bases sólidas para conceder la nacionalidad.

3) El principio de que incumbe a cada Estado decidir quiénes son sus nacionales ha sido respaldado tanto por las decisiones judiciales como por los tratados. En 1923, la CPJI declaró en el asunto *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*: «[…] en el estado actual del derecho internacional, las cuestiones de nacionalidad corresponden […], en principio, a ese dominio reservado»[314].

Ese principio fue confirmado por el artículo 1 del Convenio sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad (en adelante «Convenio de La Haya de 1930»): «Incumbirá a cada Estado determinar con arreglo a su propio ordenamiento quiénes serán nacionales suyos».

En fecha más reciente, el principio ha sido respaldado por el Convenio europeo sobre la nacionalidad (art. 3), de 1997.

4) Los elementos de conexión para conferir la nacionalidad que se enumeran en el párrafo 2 son ilustrativos pero no exhaustivos. No obstante, incluyen los elementos de conexión que los Estados aplican más comúnmente para conceder la nacionalidad: nacimiento (*jus soli*), filiación (*jus sanguinis*) y naturalización. No se incluye el matrimonio con un nacional ya que, en la mayoría de los casos, el matrimonio es insuficiente *per se* para la concesión de la nacionalidad: requiere además un breve período de residencia, después del cual se confiere la nacionalidad por naturalización. Cuando el matrimonio con un nacional se traduce automáticamente en la adquisición por un cónyuge de la nacionalidad del otro cónyuge pueden surgir problemas con respecto a la compatibilidad de esa adquisición con el derecho internacional[315]. La nacionalidad también puede adquirirse como consecuencia de la sucesión de Estados, de conformidad con los principios enunciados en los proyectos de artículo sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados aprobados por la Comisión en segunda lectura[316].

5) Los elementos de conexión enumerados en el párrafo 2 son los utilizados con más frecuencia por los Estados desarrollados para determinar la nacionalidad. En algunos países en desarrollo, en donde no existen registros de nacimiento claros, será difícil probar la nacionalidad. En esos casos, la residencia podrá proporcionar una prueba de nacionalidad aunque no constituya la base para la nacionalidad misma. Sin embargo, un Estado podrá conferir la nacionalidad a esas personas por medio de la naturalización.

6) El párrafo 2 no exige al Estado que pruebe la existencia de un vínculo efectivo o auténtico entre él y su nacional, en el sentido indicado en el asunto *Nottebohm*[317], como factor adicional para ejercer la protección diplomática, incluso cuando el nacional sólo posea una nacionalidad. A pesar de la división de opiniones en cuanto a la interpretación de ese asunto, la Comisión estimó que había determinados factores que limitaban la posición adoptada en el asunto *Nottebohm* a los supuestos de hecho de ese asunto, especialmente el de que los vínculos entre el Sr. Nottebohm y Liechtenstein (el Estado demandante) eran «extremadamente tenues»[318], en comparación con los estrechos vínculos entre el Sr. Nottebohm y Guatemala (el Estado demandado) durante un período de más de 34 años, lo que llevó a la CIJ a afirmar reiteradamente que Liechtenstein «no estaba legitimado para dispensar a

[313] Véase la nota 298 *supra*.

[314] Opinión consultiva, *1923, C.P.J.I. série B n.º 4*, pág. 6, en pág. 24.

[315] Véase, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 9 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que prohíbe la adquisición de la nacionalidad en esos casos. Véase también *infra* el párrafo 7 del comentario a este proyecto de artículo.

[316] Véase *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), documento A/54/10, pág. 22, párr. 47.

[317] En este asunto, la CIJ declaró: «Según la práctica de los Estados, los laudos arbitrales y las decisiones judiciales y las opiniones de los tratadistas, la nacionalidad es un lazo jurídico que tiene como fundamento un hecho social que constituye un vínculo, una comunidad auténtica de vida, intereses y sentimientos, así como la existencia de derechos y deberes mutuos. Cabe decir que constituye la expresión jurídica del hecho de que la persona a quien se le otorga, bien directamente por ley o como resultado de un acto de las autoridades, está, en la práctica, ligada más estrechamente con la población del Estado otorgante de la nacionalidad que con la de cualquier otro Estado. Al ser otorgada por un Estado, sólo legitima a éste para ejercer la protección frente a otro Estado, si constituye la traducción, en términos jurídicos, de la conexión que tiene con aquél la persona y que lo convierte en nacional suyo» (véase la nota 302 *supra*, pág. 23).

[318] Ibíd., pág. 25.

Nottebohm protección contra Guatemala»[319]. Esto indica que la Corte no tenía intención de enunciar una norma general[320] aplicable a todos los Estados sino sólo una norma según la cual un Estado en la situación de Liechtenstein debía demostrar la existencia de un vínculo auténtico entre él y el Sr. Nottebohm para poder hacer suya su causa frente a Guatemala, con la que el Sr. Nottebohm tenía lazos sumamente estrechos. Además, la Comisión tuvo en cuenta el hecho de que si el requisito del vínculo auténtico propuesto en el asunto *Nottebohm* se aplicara estrictamente, excluiría a millones de personas de los beneficios de la protección diplomática, ya que en el mundo de hoy, de mundialización económica y migración, había millones de personas que dejaban sus Estados de nacionalidad para rehacer su vida en Estados cuya nacionalidad nunca adquirían, o bien que habían adquirido la nacionalidad, por nacimiento o filiación, de Estados con los que tenían una conexión tenue[321].

7) Al final del párrafo 2 se subraya que la adquisición de la nacionalidad no debe estar en contradicción con el derecho internacional. Aunque un Estado tiene derecho a decidir quiénes son sus nacionales, ese derecho no es absoluto. El artículo 1 del Convenio de La Haya de 1930 lo confirmó así, matizando la disposición de que «[i]ncumbirá a cada Estado determinar con arreglo a su propio ordenamiento jurídico quiénes serán nacionales suyos» con la salvedad de que «[o]tros Estados reconocerán ese ordenamiento en la medida en que sea compatible con los convenios internacionales, el derecho consuetudinario internacional y los principios del derecho generalmente admitidos en materia de nacionalidad»[322]. Hoy en día, en los convenios, y sobre todo en materia de derechos humanos, se exige a los Estados que observen las normas internacionales al conceder la nacionalidad[323]. Por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 9 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer dispone que:

> Los Estados Partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán, en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge[324].

8) Por consiguiente, el párrafo 2 reconoce que un Estado contra el que se formule una reclamación en nombre de un nacional extranjero lesionado puede impugnar la nacionalidad de esa persona cuando ésta haya adquirido la nacionalidad en contra del derecho internacional. El párrafo 2 requiere que la nacionalidad se adquiera de un modo que «no esté en contradicción con el derecho internacional». Esa afirmación subraya que la carga de probar que la nacionalidad se ha adquirido en violación del derecho internacional recaerá sobre el Estado que impugne la nacionalidad de la persona lesionada. El hecho de que la carga de la prueba recaiga sobre el Estado que impugne la nacionalidad es consecuencia del reconocimiento de que debe darse al Estado que confiere la nacionalidad un «margen de apreciación» al decidir la concesión de la nacionalidad[325] y de que existe una presunción a favor de la validez de la concesión de la nacionalidad por el Estado[326].

Artículo 4 [9].—Continuidad de la nacionalidad

1. Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que era nacional suyo en el momento del perjuicio y lo sea en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que sea nacional suyo en la fecha de la presentación oficial de la reclamación pero que no lo era en el momento del perjuicio siempre que esa persona haya perdido su nacionalidad anterior y haya adquirido, por una razón no relacionada con la presentación de la reclamación, la nacionalidad de ese Estado de un modo que no esté en contradicción con el derecho internacional.

3. El nuevo Estado de nacionalidad no ejercerá la protección diplomática con respecto a una persona frente a un Estado de nacionalidad anterior de ésta en razón de un perjuicio sufrido cuando esa persona era nacional del Estado de nacionalidad anterior y no del nuevo Estado de nacionalidad.

Comentario

1) Aunque la norma sobre la continuidad de la nacionalidad está bien establecida[327], ha sido objeto de críticas considerables[328] por el hecho de que puede plantear grandes dificultades en los casos en que un individuo

[319] Ibíd., pág. 26.

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

[321] Véase una argumentación más amplia a favor de limitar el ámbito del asunto *Nottebohm* en el primer informe del Relator Especial sobre la protección diplomática (nota 243 *supra*), párrs. 106 a 120.

[322] Véase también el párrafo 2 del artículo 3 del Convenio europeo sobre la nacionalidad.

[323] La Corte Interamericana de Derechos Humanos insistió en ello en la opinión consultiva que dictó en relación con el asunto *Propuesta de modificación a la Constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, en la que propugnó que se reconciliara el principio de que el otorgamiento de la nacionalidad está dentro de la jurisdicción nacional del Estado con el otro principio de que «las disposiciones de derecho internacional limitan, en alguna forma, esta facultad de los Estados en razón de exigencias de la protección internacional de los derechos humanos», opinión consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, Serie A, n.º 4, párr. 38.

[324] Véanse también el artículo 20 de la Convención americana sobre derechos humanos: «Pacto de San José de Costa Rica» y el artículo 5 *d* iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

[325] Véase la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto *Propuesta de modificación a la Constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización* (nota 323 *supra*), párr. 62.

[325] Véase *Oppenheim's International Law* (nota 112 *supra*), pág. 856.

[327] Véase, por ejemplo, la decisión de la Comisión Internacional de Reclamaciones de los Estados Unidos 1951–1954 en la reclamación *Kren*, ILR (1953), vol. 20 (1957), pág. 233, en particular pág. 234.

[328] Véase la opinión separada del magistrado Sir Gerald Fitzmaurice en el asunto *Barcelona Traction* (nota 6 *supra*), págs. 101 y 102; véase también E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, París, Presses universitaires de France, 1990.

cambie de nacionalidad por razones sin relación con la presentación de una reclamación diplomática. No se han atendido las sugerencias de que se abandonara esa norma, por temor a que se produjeran abusos y a que ello condujera al *nationality shopping* (búsqueda de la nacionalidad conveniente) a efectos de la protección diplomática[329]. La Comisión estima que la norma de la continuidad de la nacionalidad debe mantenerse, pero permitiendo excepciones para atender a los casos en que, de otro modo, se produciría una injusticia.

2) El párrafo 1 afirma el principio tradicional de que un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que era su nacional en el momento del perjuicio y lo sea en la fecha de la presentación oficial de la reclamación. La práctica de los Estados y la doctrina no son claras con respecto a si el nacional debe mantener la nacionalidad del Estado demandante entre esas dos fechas, en gran parte porque en la práctica rara vez se plantea la cuestión[330]. En vista de ello, la Comisión decidió no pronunciarse sobre la cuestión de si la nacionalidad tiene que mantenerse entre el momento del perjuicio y la presentación de la reclamación[331].

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

4) El segundo requisito temporal que figura en el párrafo 1 es la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Hay cierto desacuerdo en la jurisprudencia sobre la fecha hasta la cual se requiere la continuidad de la nacionalidad de la reclamación[332]. Esta incertidumbre procede en gran parte del hecho de que las convenciones que establecieron comisiones mixtas de reclamaciones han utilizado diferente terminología para designar la fecha de la reclamación[333]. La expresión «presentación de la reclamación» es la que se usa con más frecuencia en los tratados, decisiones judiciales y doctrina. La Comisión ha añadido la palabra «oficial» para indicar que la fecha de la presentación de la reclamación es la fecha en que se haga la primera solicitud oficial o formal por el Estado que ejerza la protección diplomática, y no las de las solicitudes de información o contactos oficiosos sobre el tema.

5) La palabra «reclamación» del párrafo 1 comprende tanto una reclamación presentada por cauces diplomáticos como la presentada ante un órgano judicial. Esa reclamación puede especificar la conducta que el Estado responsable deberá adoptar para que cese el hecho ilícito, si es de carácter continuo, y la forma que debe adoptar la reparación. La cuestión se trata más detenidamente en el artículo 43 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, y en su comentario[334].

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

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

8) Como se ha indicado anteriormente[335], el temor de que una persona pueda cambiar deliberadamente de nacionalidad a fin de adquirir la de un Estado más dispuesto y capaz para interponer una reclamación diplomática en su nombre es la base de la norma sobre la continuidad de la nacionalidad. La segunda condición que figura en el párrafo 2 tiene en cuenta ese temor al determinar que la persona respecto de la cual se ejerza la protección diplomática debe haber adquirido su nueva nacionalidad por alguna razón no relacionada con la presentación de la reclamación. Esta condición tiene por objeto limitar las excepciones a la norma de la continuidad de la nacionalidad a los casos que implican la imposición forzosa de la nacionalidad, como los de que la persona haya adquirido la nueva nacionalidad a consecuencia necesaria de factores como el matrimonio, la adopción o la sucesión de Estados.

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

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

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

[331] La misma posición adoptó el Instituto de Derecho Internacional en su período de sesiones de Varsovia, en septiembre de 1965: véase *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 51 (1965), tomo II, págs. 260 a 262.

[332] Según una opinión, el concepto de «nacionalidad de la reclamación» daba lugar a equívoco, pues era un concepto de *common law* desconocido en otros sistemas jurídicos.

[333] Véase la observación incidental del árbitro Parker en el asunto *Décision administrative n.º V* (nota 329 *supra*), pág. 143.

[336] Véase la nota 263 *supra*.

[335] Véase *supra* el párrafo 1 del comentario al presente proyecto de artículo.

internacional. Esta condición debe leerse juntamente con el párrafo 2 del artículo 3.

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

Artículo 5 [7].—Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un tercer Estado

1. Todo Estado del que sea nacional una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad podrá ejercer la protección diplomática con respecto a esa persona frente a un Estado del que ésta no sea también nacional.

2. Dos o más Estados de nacionalidad podrán ejercer conjuntamente la protección diplomática con respecto a una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad.

Comentario

1) Aunque los sistemas jurídicos de algunos Estados prohíben a sus nacionales adquirir una doble o múltiple nacionalidad, hay que reconocer que la doble o múltiple nacionalidad es un hecho de la vida internacional. Una persona puede adquirir más de una nacionalidad como consecuencia de la aplicación paralela de los principios del *jus soli* y del *jus sanguinis* o de la obtención de la nacionalidad mediante naturalización, que no implique la renuncia a la nacionalidad anterior. El derecho internacional no prohíbe la doble o múltiple nacionalidad: de hecho tal tipo de nacionalidad fue aprobada en el artículo 3 del Convenio de La Haya de 1930, que dispone que «[…] una persona que tenga dos o más nacionalidades podrá ser considerada nacional por cada uno de los Estados cuya nacionalidad posea».

Por consiguiente, es necesario abordar la cuestión del ejercicio de la protección diplomática por el Estado de nacionalidad respecto de la persona que tenga doble o múltiple nacionalidad. El artículo 5 se limita al ejercicio de la protección diplomática por uno de los Estados del que la persona lesionada es nacional frente a un Estado del que esa persona no es nacional. El ejercicio de la protección diplomática por un Estado de nacionalidad frente a otro Estado de nacionalidad está comprendido en el artículo 6.

2) El párrafo 1 permite a un Estado de nacionalidad ejercer la protección diplomática con respecto a su nacional, incluso cuando esa persona sea nacional de uno o varios otros Estados. Al igual que en el artículo 3, no se exige un vínculo auténtico o efectivo entre el nacional y el Estado que ejerce la protección diplomática.

3) Aunque existe apoyo a la exigencia de un vínculo auténtico o efectivo entre el Estado de la nacionalidad y la persona que tenga doble o múltiple nacionalidad en el caso del ejercicio de la protección diplomática frente a un Estado del que la persona lesionada no sea nacional, tanto en las decisiones arbitrales[336] como en las codificaciones[337] no se exige mayoritariamente tal condición. En el asunto *Salem*, un tribunal arbitral sostuvo que Egipto no podía aducir el hecho de que la persona lesionada tuviese efectivamente la nacionalidad persa frente a una reclamación de los Estados Unidos, otro Estado de nacionalidad. El tribunal afirmó que:

> La norma de derecho internacional [es la de que] en el caso de doble nacionalidad una tercera Potencia no tiene derecho a impugnar la reclamación de una de las dos Potencias cuyo nacional esté interesado en el caso remitiéndose a la nacionalidad de la otra Potencia[338].

Esta norma se ha seguido en otros casos[339] y ha sido reafirmada en época más reciente por el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos–Irán[340]. La decisión de la Comisión de no exigir un vínculo auténtico o efectivo en esas circunstancias es razonable. A diferencia de la situación en la que un Estado de nacionalidad formula una reclamación contra otro Estado de nacionalidad respecto de una persona que tenga doble nacionalidad, no hay un conflicto de nacionalidades cuando un Estado de nacionalidad trata de proteger a una persona que tenga doble nacionalidad frente a un tercer Estado.

4) En principio, no hay motivo para que dos Estados de nacionalidad no puedan ejercer conjuntamente un derecho atribuido a cada uno de ellos. Por consiguiente, en el párrafo 2 se reconoce que dos o más Estados de nacionalidad podrán ejercer conjuntamente la protección diplomática con respecto a una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad frente a un Estado del que esa persona no sea nacional. Si bien el Estado responsable no puede oponerse a tal reclamación presentada por dos o más Estados que actúan simultáneamente y de concierto, puede suscitar objeciones cuando los Estados reclamantes formulan reclamaciones separadas bien ante el mismo foro o

---

[336] Véase la decisión adoptada por el Tribunal arbitral mixto yugoslavo–húngaro en el asunto *de Born*, caso n.º 205, *Annual Digest of Public International Law Cases 1925 and 1926*, A. McNair y H. Lauterpacht (eds.), Londres, Longmans, 1929, págs. 277 y 278.

[337] Véanse el artículo 5 del Convenio de La Haya de 1930; el artículo 4 *b* de la resolución sobre el carácter nacional de una reclamación internacional presentada por un Estado por daños sufridos por un particular adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en su período de sesiones de Varsovia en 1965, *Tableau des résolutions adoptées (1957–1991)*, París, Pedone, 1992, pág. 56, en pág. 58 (reproducida en *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 148); el párrafo 3 del artículo 23 del proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a extranjeros elaborado por la Facultad de Derecho de Harvard, reproducido en L. B. Sohn y R. R. Baxter, «Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens», *American Journal of International Law* (Washington D.C.), vol. 55, n.º 3 (julio de 1961), pág. 548; y el párrafo 4 del artículo 21 del anteproyecto sobre responsabilidad internacional del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros, incluido en el tercer informe sobre la responsabilidad internacional del Relator Especial García Amador, *Anuario... 1958*, vol. II, documento A/CN.4/111, apéndice, pág. 79.

[338] *Salem* (véase la nota 276 *supra*), pág. 1188.

[339] Véanse las decisiones de la Comisión de conciliación italo–americana en la reclamación *Mergé*, de 10 de junio de 1955, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, pág. 236, o ILR (1955), vol. 22 (1958), pág. 443, en pág. 456; la reclamación *Vereano*, de 17 de mayo de 1957, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, pág. 321, o ILR (1957), vol. 24 (1961), págs. 464 y 465; y la reclamación *Stankovic*, de 29 de julio de 1963, ILR, vol. 40 (1970), pág. 153, en pág. 155.

[340] Véase *Dallal* v. *Iran* (1983), *Iran–United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1984, vol. 3, pág. 23.

ante foros diferentes o cuando un Estado de nacionalidad formula una reclamación después de que otro Estado de nacionalidad haya recibido ya satisfacción respecto de esa reclamación. También pueden surgir problemas cuando un Estado de nacionalidad renuncia al derecho a la protección diplomática mientras que otro Estado de nacionalidad persevera en su reclamación. Es difícil codificar las normas que regulan diversas situaciones de este tipo. Dichas situaciones deben tratarse de conformidad con los principios generales del derecho concernientes a la satisfacción de las reclamaciones conjuntas.

Artículo 6.—Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un Estado de nacionalidad

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

Comentario

1) El artículo 6 trata del ejercicio de la protección diplomática por un Estado de nacionalidad ante otro Estado de nacionalidad. Mientras que el artículo 5, que se refiere a una reclamación con respecto a una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad contra un Estado del que dicha persona no es nacional, no requiere que haya un vínculo efectivo entre el Estado reclamante y el nacional de ese Estado, el artículo 6 exige que el Estado reclamante demuestre que su nacionalidad es predominante, tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de presentación oficial de la reclamación.

2) Hubo un tiempo en que los partidarios de la norma de la no responsabilidad, según la cual un Estado de nacionalidad no puede presentar una reclamación con respecto de una persona que tenga doble nacionalidad contra otro Estado de nacionalidad, eran numerosos. El Convenio de La Haya de 1930 decía en su artículo 4: «Un Estado no podrá conceder protección diplomática a uno de sus nacionales contra otro Estado cuya nacionalidad esa persona también posea»[341].

En posteriores propuestas de codificación se adoptó un enfoque similar[342] y también se apoyó esa posición en laudos arbitrales[343]. En 1949, en su opinión consultiva acerca del asunto *Réparations*, la CIJ calificó de «práctica corriente» la seguida por los Estados de no proteger a sus nacionales contra otro Estado cuya nacionalidad también tuvieran[344].

3) Sin embargo, incluso antes de 1930 había decisiones arbitrales que sostenían otra posición, a saber que el Estado de la nacionalidad dominante o efectiva podía emprender acciones legales con respecto a un nacional contra otro Estado de nacionalidad[345]. Esta jurisprudencia sirvió de base a la CIJ en otro contexto en el asunto *Nottebohm*[346] y recibió la aprobación explícita de la Comisión de conciliación italo-americana en el asunto *Mergé* en 1955. En este caso la Comisión de conciliación afirmó lo siguiente:

> El principio basado en la igualdad soberana de los Estados, que excluye la protección diplomática en caso de doble nacionalidad, debe dar precedencia al principio de la nacionalidad efectiva siempre que esa nacionalidad sea la del Estado reclamante. Pero no se dará la precedencia cuando no se demuestre ese predominio, porque el primero de estos dos principios es generalmente reconocido y puede constituir un criterio de aplicación práctica para la eliminación de cualquier posible incertidumbre[347].

---

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

[342] Véanse el párrafo 5 del artículo 23 del proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a extranjeros elaborado por la Facultad de Derecho de Harvard (nota 337 *supra*); y el artículo 4 *a* de la resolución sobre el carácter nacional de una reclamación internacional presentada por un Estado por daños sufridos por un particular adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en su período de sesiones de Varsovia en 1965 (ibíd.).

[343] Véanse el asunto *Alexander* (1898) (Comisión de Reclamaciones Británico–estadounidense), J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1898, vol. III, pág. 2529; el asunto *Oldenbourg*, decisión n.º 11, de 19 de diciembre de 1929, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, págs. 74 y 204, o *Decisions and Opinions of the Commissioners*, 5 de octubre de 1929 a 15 de febrero de 1930, Londres, H. M. Stationery Office, 1931, pág. 97; el asunto *Honey* (Comisión de Reclamaciones Británico–mexicana), decisión n.º 23, de 26 de marzo de 1931, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, pág. 133, o *Further Decisions and Opinions of the Commissioners*, posteriores al 15 de febrero de 1930, Londres, H. M. Stationery Office, 1933, pág. 13; y el asunto *Adams and Blackmore* (Comisión de Reclamaciones Británico–mexicana), decisión n.º 69, de 3 de julio de 1931, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, págs. 216 y 217.

[344] *Réparation* (véase la nota 250 *supra*), pág. 186.

[345] Asunto *Drummond*, 2 Knapp, Privy Council I, pág. 295, *The English Reports*, vol. 12, Edimburgo/Londres, William Green and Sons/Stevens and Sons, 1901, pág. 492; asuntos *Mathison*, *Stevenson* (Comisión Mixta de Reclamaciones Británico–venezolana), *Brignone* y *Miliani* (Comisión Mixta de Reclamaciones Italo–venezolana), Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (n.º de venta: 59.V.5), págs. 485 y 494, y vol. X (n.º de venta: 60.V.4), págs. 542 y 584, respectivamente, o *Venezuelan Arbitrations of 1903*, J. H. Ralston (ed.), Washington D.C., U.S. Government Printing Office, 1904, págs. 429 a 438, 438 a 455, 710 a 720 y 754 a 762, respectivamente; asunto *Canevaro* (Italia *c*. Perú) (Corte Permanente de Arbitraje), sentencia de 3 de mayo de 1912, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (n.º de venta: 61.V.4), pág. 397, o *The Hague Court Reports*, J. B. Scott (ed.), New York, Oxford University Press, 1916, pág. 284; asunto *Hein*, caso n.º 148 (1922) (Tribunal mixto de arbitraje anglo–alemán), *Annual Digest of Public International Law Cases 1919 to 1922*, J. F. Williams y H. Lauterpacht (eds.), Londres, Longmans, 1932, pág. 216; asunto *Blumenthal* (1923) (Tribunal mixto de arbitraje franco–alemán), *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*, tomo 3, París, Sirey, 1924, pág. 616; asunto *de Montfort*, caso n.º 206 (1926) (Tribunal mixto de arbitraje franco–alemán), *Annual Digest of Public International Law Cases 1925 y 1926* (nota 336 *supra*), pág. 279; asuntos *Pinson*, casos n.ºs 194 y 195 (1928) (Comisión Mixta de Reclamaciones Franco–mexicana), ibíd., págs. 297 a 301, o *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, pág. 327; y asunto *Tellech* (1928) (Comisión Tripartita de Reclamación de los Estados Unidos, Austria y Hungría), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (n.º de venta: 1955.V.3), págs. 248 a 250.

[346] Véase la nota 302 *supra*, págs. 22 y 23. El asunto *Nottebohm* no guardaba relación con la doble nacionalidad pero la Corte basó su conclusión en que el Sr. Nottebohm no tenía ningún vínculo efectivo con Liechtenstein en decisiones judiciales como las mencionadas en la nota 345 *supra*.

[347] *Mergé, Recueil des sentences arbitrales* (véase la nota 339 *supra*), pág. 247.

En su opinión, la Comisión de conciliación sostuvo claramente que el principio de la nacionalidad efectiva y el concepto de la nacionalidad dominante eran simplemente dos caras de la misma moneda. La norma así adoptada fue aplicada por la Comisión de conciliación en más de cincuenta asuntos posteriores que afectaban a personas con doble nacionalidad[348]. Basándose en estos asuntos, el Tribunal de Reclamaciones de Estados Unidos–Irán ha aplicado el principio de la nacionalidad dominante y efectiva en varios asuntos[349]. Otra institución que apoya el principio de la nacionalidad dominante es la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas establecida por el Consejo de Seguridad para la indemnización de los daños causados por la ocupación de Kuwait por el Iraq[350]. La condición exigida por la Comisión de Indemnización para examinar las reclamaciones de personas con doble nacionalidad que poseen la nacionalidad iraquí es que tengan de buena fe la nacionalidad de otro Estado[351]. En recientes propuestas de codificación se ha aprobado este enfoque. En su tercer informe sobre la responsabilidad internacional, presentado a la Comisión, el Relator Especial García Amador propuso lo siguiente:

> En los casos de doble o múltiple nacionalidad, el derecho a reclamar solamente podrá ejercitarlo el Estado con el cual el extranjero tenga mayores y más genuinos vínculos jurídicos y de otra índole[352].

Orrego Vicuña expuso una opinión análoga en su informe a la Asociación de Derecho Internacional de su 69.ª Conferencia[353].

4) La Comisión opina que el principio que permite a un Estado de la nacionalidad dominante o efectiva presentar una reclamación contra otro Estado de nacionalidad refleja la posición actual en el derecho internacional consuetudinario. Además, es compatible con la evolución de las normas internacionales de derechos humanos, que conceden protección jurídica a las personas, incluso contra un Estado del que son nacionales. Esta conclusión se hace efectiva en el artículo 6.

5) Las autoridades utilizan los términos «efectiva» o «dominante» para describir el vínculo necesario entre el Estado reclamante y su nacional en situaciones en las que un Estado de nacionalidad presenta una reclamación contra otro Estado de nacionalidad. La Comisión decidió no utilizar ninguna de esas palabras para describir el vínculo necesario sino el término «predominante», ya que da una idea de relatividad e indica que la persona mantiene vínculos más estrechos con un Estado que con otro. Los tribunales que examinan esta cuestión tienen que ponderar la fuerza de las nacionalidades contrapuestas y esa comparación se define con mayor precisión mediante el término «predominante» aplicado a la nacionalidad que «efectiva» o «dominante». Además, es el término utilizado por la Comisión de conciliación italo–americana en el asunto *Mergé*[354], que puede considerarse el punto de partida para el establecimiento de la actual norma consuetudinaria.

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

7) El artículo 6 está formulado de manera negativa: «Un Estado de la nacionalidad *no* podrá ejercer la protección diplomática [...] *a menos que*» su nacionalidad sea predominante. Eso es para poner de manifiesto que las circunstancias previstas en el artículo 6 deben considerarse excepcionales. También se deja claro que la carga de la prueba recae sobre el Estado reclamante, que debe demostrar que su nacionalidad es la predominante.

8) La principal objeción a la presentación de una reclamación por un Estado de nacionalidad contra otro Estado de nacionalidad es que eso podría permitir a un Estado a cuya nacionalidad hubiese dado predominancia el individuo después de haber sufrido un perjuicio infligido por el otro Estado de nacionalidad presentar una reclamación contra este Estado. Esta objeción queda salvada mediante el requisito de que la nacionalidad del Estado reclamante sea predominante tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Esta exigencia refleja el principio enunciado en el párrafo 1 del artículo 4 sobre la cuestión de la continuidad de la nacionalidad. Las expresiones «en el momento del perjuicio» y «en la fecha de la presentación oficial de la reclamación» se explican en el comentario a ese artículo. La excepción a la norma de la continuidad de la nacionalidad que figura en el párrafo 2 del artículo 4 no se aplica en

[348] Véanse, por ejemplo, el asunto *Spaulding* (1956), Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, pág. 292, o ILR (1957), vol. 24 (1961), pág. 452; el asunto *Zangrilli* (1956), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, pág. 294, o ILR, vol. 24, pág. 454; el asunto *Cestra* (1957), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, pág. 307, o ILR, vol. 24, pág. 454; el asunto *Salvoni* (1957), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, pág. 311, o ILR, vol. 24, pág. 455; el asunto *Ruspoli–Droutzkoy* (1957), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, pág. 314, o ILR, vol. 24, pág. 457; el asunto *Puccini* (1957), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, pág. 323, o ILR, vol. 24, pág. 454; el asunto *Turri* (1960), ILR, vol. 30 (1966), pág. 371; el asunto *Graniero* (1959), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, pág. 393, o ILR, vol. 30, pág. 351; el asunto *Ganapini* (1959), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, pág. 400, o ILR, vol. 30, pág. 366; y el asunto *Di Cicio* (1962), ILR, vol. 40 (1970), pág. 148.

[349] Véanse, en particular, *Esphahanian* v. *Bank Tejarat* (1983), *Iran–United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1984, vol. 2, pág 157, en pág. 166; y asunto n.º A/18 (1984), ibíd., 1985, vol. 5, pág. 251.

[350] Resolución 692 (1991) del Consejo de Seguridad, de 20 de mayo de 1991.

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

[352] Anteproyecto sobre responsabilidad internacional del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros, art. 21, párr. 4 (véase la nota 337 *supra*).

[353] «The changing law of nationality of claims», informe provisional, *Report of the Sixty–ninth Conference* (véase la nota 262 *supra*), pág. 646, párr. 11.

[354] Véase la nota 339 *supra*.

ese caso ya que la persona lesionada a la que se refiere el artículo 6 no habrá perdido su otra nacionalidad.

Artículo 7 [8].—Apátridas y refugiados

1. Un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona apátrida que, en el momento del perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación, tenga residencia legal y habitual en ese Estado.

2. Un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona a la que ese Estado reconozca la condición de refugiado cuando esa persona, en el momento del perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación, tenga residencia legal y habitual en ese Estado.

3. El párrafo 2 no se aplicará cuando el perjuicio haya sido causado por un hecho internacionalmente ilícito del Estado de nacionalidad del refugiado.

Comentario

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

> Un Estado [...] no infringe las leyes internacionales al causar un perjuicio a un individuo carente de nacionalidad y, en consecuencia, ningún Estado está facultado para intervenir o presentar una denuncia en nombre de ese individuo antes o después de que se haya causado el daño[355].

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

2) El artículo 7, que corresponde a la esfera del desarrollo progresivo del derecho, se desvía de la norma tradicional según la cual sólo los nacionales pueden beneficiarse del ejercicio de la protección diplomática y permite que un Estado ejerza esa protección con respecto a una persona que no sea nacional suyo, cuando esa persona sea apátrida o refugiado. Aunque la Comisión ha actuado dentro del marco de las normas que rigen la condición de apátrida o de refugiado, no ha querido pronunciarse sobre la condición de esas personas. Se ocupa sólo de la cuestión del ejercicio de la protección diplomática de esas personas.

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

4) La exigencia de la residencia tanto legal como habitual fija un umbral elevado[356]. Mientras que algunos miembros de la Comisión pensaron que este umbral era demasiado alto y podía llevar a una situación en la que los individuos implicados carecieran de protección efectiva, la mayoría opinó que la combinación de la residencia legal con la residencia habitual se aproximaba al requisito de la efectividad invocado respecto de la nacionalidad y estaba justificado en el caso de una medida excepcional introducida *de lege ferenda*.

5) El criterio temporal para formular una reclamación previsto en el artículo 4 se repite en el párrafo 1. La persona apátrida debe ser residente legal y habitual del Estado reclamante, tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Esto garantiza que los no nacionales estén sometidos a las mismas normas que los nacionales respecto de los requisitos temporales para la presentación de una reclamación.

6) El párrafo 2 trata de la protección diplomática de los refugiados por su Estado de residencia. La protección diplomática por parte del Estado de residencia es especialmente importante en el caso de los refugiados, ya que éstos no pueden o no quieren «acogerse a la protección [del Estado de nacionalidad]»[357] y, si lo hacen, corren el peligro de perder su condición de refugiados en el Estado de residencia. El párrafo 2 es un reflejo del párrafo 1. Las importantes diferencias entre los apátridas y los refugiados, puestas de manifiesto en el párrafo 3, explican la decisión de la Comisión de asignar un párrafo separado a cada categoría.

7) La Comisión decidió insistir en la residencia legal y la residencia habitual como condiciones para el ejercicio de la protección diplomática de los refugiados y de los apátridas, pese a que el artículo 28 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados fija el umbral más bajo de que «se encuentren legalmente»[358], en lo que respecta a la expedición de documentos de viaje a los refugiados por los Estados Contratantes. La Comisión se vio influida por dos factores para llegar a esta decisión. En primer lugar, el hecho de que la expedición de documentos de viaje, según

[355] *Dickson Car Wheel Company (U.S.A.)* c. *United Mexican States*, sentencia de julio de 1931, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (n.º de venta: 1951.V.1), pág. 669, en pág. 678.

[356] Los términos residencia «legal y habitual» se basan en el apartado *g* del párrafo 4 del artículo 6 del Convenio europeo sobre la nacionalidad, en el que se emplean en el contexto de la adquisición de la nacionalidad. Véase también el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 21 del proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a extranjeros elaborado por la Facultad de Derecho de Harvard (nota 337 *supra*), en el que se incluye a efectos de la protección con arreglo a esa convención a «una persona apátrida que tenga su residencia habitual en ese Estado».

[357] Artículo 1.A.2 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados.

[358] Los trabajos preparatorios de la Convención dejan bien sentado que «encontrarse» (*stay*) supone menos que una residencia duradera.

los términos de la Convención, no da al titular derecho alguno a la protección diplomática[359]. En segundo lugar, la necesidad de fijar un umbral elevado al introducir una excepción a una norma tradicional *de lege ferenda*. Algunos miembros de la Comisión adujeron que el umbral de la residencia legal y habitual como condición para el ejercicio de la protección diplomática era demasiado elevado en el caso de los apátridas y los refugiados[360].

8) La palabra «refugiado», en el párrafo 2, no se limita a los refugiados según se definen en la Convención sobre el estatuto de los refugiados y el Protocolo sobre el estatuto de los refugiados, sino que abarca también a personas que no están estrictamente incluidas en esa definición. La Comisión estudió la posibilidad de utilizar la expresión «refugiados reconocidos», que figura en el apartado *g* del párrafo 4 del artículo 6 del Convenio europeo sobre la nacionalidad, lo que habría ampliado el concepto para incluir a los refugiados reconocidos en instrumentos regionales, como la Convención de la OUA que regula los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África[361], que se considera en general el modelo para la protección internacional de los refugiados[362], y la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados[363]. Sin embargo, la Comisión prefirió no poner límites al término para que cualquier Estado otorgara protección diplomática a cualquier persona a la que considerase y tratase como refugiado. Esto tendría especial importancia para los refugiados en Estados no partes en los instrumentos internacionales o regionales vigentes.

9) Los requisitos temporales para presentar una reclamación que figuran en el artículo 4 se repiten en el párrafo 2. El refugiado debe ser un residente legal y habitual del Estado reclamante tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

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

11) Tanto el párrafo 1 como el párrafo 2 disponen que un Estado de refugio «*podrá* ejercer la protección diplomática». Esto pone de relieve el carácter discrecional del derecho. Un Estado puede discrecionalmente, en derecho internacional, ejercer la protección diplomática respecto de un nacional[364]. *A fortiori* puede discrecionalmente hacer extensiva esa protección a un apátrida o refugiado.

12) La Comisión subraya que el artículo 7 se ocupa sólo de la protección diplomática de los apátridas y refugiados. *No* se ocupa de la concesión de la nacionalidad a esas personas. No puede ni debe considerarse que el ejercicio de la protección diplomática respecto de un apátrida o refugiado cree una expectativa legítima de que se va a conceder la nacionalidad. El artículo 28 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados, junto con el párrafo 15 de su anexo, ponen en claro que la expedición de un documento de viaje a un refugiado no afecta a la nacionalidad del titular. *A fortiori,* el ejercicio de la protección diplomática respecto de un refugiado, o de un apátrida, no debe en absoluto interpretarse en el sentido de que afecta a la nacionalidad de la persona protegida.

[359] Véase el párrafo 16 del anexo a la Convención.

[360] Véase *supra* el párrafo 4 del comentario al presente proyecto de artículo.

[361] Dicha Convención amplía la definición de refugiado para incluir «a toda persona que, a causa de una agresión, una ocupación o una dominación extranjera o acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o de su país de nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o de su país de nacionalidad» (art. I.2).

[362] Véase la nota sobre protección internacional presentada por el Alto Comisio nado de las Naciones Unidas para los Refugiados (A/AC.96/830), pág. 20, párr. 35.

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

[364] Véanse el artículo 2 y su comentario.

Capítulo VI

ACTOS UNILATERALES DE LOS ESTADOS

A.—Introducción

282. En el informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 48.º período de sesiones, celebrado en 1996, la Comisión propuso a la Asamblea que se incluyera, como tema apropiado para la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional, el derecho de los actos unilaterales de los Estados[365].

283. La Asamblea General, en el párrafo 13 de su resolución 51/160, entre otras cosas invitó a la Comisión a que prosiguiera el examen del tema titulado «Actos unilaterales de los Estados» e indicara su alcance y contenido.

284. En su 49.º período de sesiones, celebrado en 1997, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo sobre ese tema, que informó a la Comisión sobre la oportunidad y factibilidad del estudio del tema, su posible alcance y contenido y un esquema para el estudio del tema. Además, la Comisión examinó e hizo suyo el informe del Grupo de Trabajo[366].

285. También en su 49.º período de sesiones la Comisión nombró al Sr. Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial sobre el tema[367].

286. En el párrafo 8 de su resolución 52/156, la Asamblea General hizo suya la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa.

287. En su 50.º período de sesiones, celebrado en 1998, la Comisión tuvo ante sí y examinó el primer informe del Relator Especial sobre el tema[368]. De resultas del debate, la Comisión decidió reconstituir el Grupo de Trabajo sobre los actos unilaterales de los Estados.

288. El Grupo de Trabajo informó a la Comisión sobre cuestiones relacionadas con el alcance del tema, su enfoque, la definición de los actos unilaterales y la futura labor del Relator Especial. En el mismo período de sesiones, la Comisión examinó e hizo suyo el informe del Grupo de Trabajo[369].

289. En su 51.º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión tuvo ante sí y examinó el segundo informe del Relator Especial sobre el tema[370]. A raíz de las deliberaciones, la Comisión decidió reconstituir el Grupo de Trabajo sobre los actos unilaterales de los Estados.

290. El Grupo de Trabajo informó a la Comisión acerca de las cuestiones relacionadas con: *a*) los elementos básicos de una definición operativa de los actos unilaterales como punto de partida del trabajo ulterior sobre el tema, así como de la reunión de los elementos de la práctica pertinente de los Estados; *b*) el establecimiento de directrices generales para la reunión de la práctica de los Estados, y *c*) la dirección en que había de desarrollarse la labor futura del Relator Especial. En relación con el punto *b*, el Grupo de Trabajo estableció las directrices para un cuestionario que la Secretaría había de enviar a los Estados, en consulta con el Relator Especial, para pedirles materiales e información sobre su práctica en la esfera de los actos unilaterales, así como su parecer respecto de determinados aspectos del estudio de la Comisión sobre el tema.

291. En su 52.º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión examinó el tercer informe del Relator Especial sobre el tema[371], junto con el texto de las respuestas recibidas de los Estados[372] al cuestionario sobre este tema distribuido el 30 de septiembre de 1999. En su 2633.ª sesión, celebrada el 7 de junio de 2000, la Comisión decidió remitir los proyectos revisados de los artículos 1 a 4 al Comité de Redacción y el proyecto revisado del artículo 5 al Grupo de Trabajo sobre el tema.

292. En su 53.º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión examinó el cuarto informe del Relator Especial[373] y estableció un Grupo de Trabajo de composición abierta. Por recomendación del Grupo de Trabajo, la Comisión pidió que la Secretaría distribuyera a los gobiernos un cuestionario en que los invitara a dar más información acerca de su práctica en materia de formulación e interpretación de actos unilaterales[374].

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

293. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el quinto informe del Relator Especial

[365] *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), documento A/51/10, pág.107, párr. 248 y anexo II (adición 3).

[366] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), págs. 65 y 66, párrs. 194, 196 y 210.

[367] Ibíd., págs. 67 y 72, párrs. 212 y 234.

[368] *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/486.

[369] Ibíd., vol. II (segunda parte), págs. 62 y 63, párrs. 192 a 201.

[370] *Anuario... 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/500 y Add.1.

[371] *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/505.

[372] Ibíd., documento A/CN.4/511.

[373] *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/519

[374] Ibíd., vol. II (segunda parte), págs. 19 y 219, párrs. 29 y 254. El texto del cuestionario puede consultarse en http://untreaty.un.org/ilc/sessions/53/53sess.htm.