



Asamblea General

Distr. general
27 de enero de 2006
Español
Original: árabe/español/francés/
inglés/ruso

Comisión de Derecho Internacional

58º período de sesiones

Ginebra, 1º de mayo a 9 de junio y

3 de julio a 11 de agosto de 2006

Protección diplomática

Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos

Índice

| <i>Sección</i> | <i>Párrafos</i> | <i>Página</i> |
|--|-----------------|---------------|
| I. Introducción | 1–3 | 7 |
| II. Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos | | 7 |
| Observaciones generales | | 7 |
| Austria | | 7 |
| El Salvador | | 8 |
| México | | 9 |
| Países Bajos | | 10 |
| Noruega, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia) | | 10 |
| Panamá | | 11 |
| Uzbekistán | | 11 |
| Primera Parte. Disposiciones generales | | 12 |
| Proyecto de artículo 1 — Definición y alcance | | 12 |
| Austria | | 12 |
| Guatemala | | 12 |
| Países Bajos | | 12 |
| Panamá | | 13 |
| Uzbekistán | | 13 |



| | |
|---|----|
| Proyecto de artículo 2 — Derecho a ejercer la protección diplomática | 13 |
| Austria | 13 |
| El Salvador | 13 |
| Países Bajos | 13 |
| Segunda Parte. Nacionalidad | 14 |
| Marruecos | 14 |
| Capítulo I. Principios generales | 14 |
| Proyecto de artículo 3 — Protección por el Estado de la nacionalidad | 14 |
| Austria | 14 |
| Países Bajos | 14 |
| Capítulo II. Personas naturales | 14 |
| Proyecto de artículo 4 — Estado de la nacionalidad de una persona natural | 14 |
| Austria | 14 |
| El Salvador | 15 |
| Qatar | 15 |
| Uzbekistán | 15 |
| Proyecto de artículo 5 — Continuidad de la nacionalidad | 16 |
| Austria | 16 |
| El Salvador | 16 |
| Guatemala | 16 |
| Países Bajos | 16 |
| Noruega, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia) | 17 |
| Qatar | 17 |
| Estados Unidos de América | 17 |
| Uzbekistán | 22 |
| Proyecto de artículo 6 — Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un tercer Estado | 22 |
| Austria | 22 |
| El Salvador | 22 |
| Guatemala | 23 |
| Qatar | 23 |
| Uzbekistán | 23 |

| | |
|--|----|
| Proyecto de artículo 7 — Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un Estado de la nacionalidad | 24 |
| Austria | 24 |
| El Salvador | 24 |
| Marruecos | 24 |
| Noruega, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia) | 24 |
| Qatar | 25 |
| Uzbekistán | 25 |
| Proyecto de artículo 8 — Apátridas y refugiados | 25 |
| Austria | 25 |
| El Salvador | 26 |
| Guatemala | 26 |
| Marruecos | 26 |
| Países Bajos | 26 |
| Noruega, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia) | 26 |
| Panamá | 27 |
| Qatar | 27 |
| Estados Unidos de América | 28 |
| Uzbekistán | 28 |
| Capítulo III. Personas jurídicas | 28 |
| Proyecto de artículo 9 — Estado de la nacionalidad de una sociedad | 28 |
| Austria | 28 |
| El Salvador | 29 |
| Guatemala | 29 |
| México | 30 |
| Marruecos | 30 |
| Países Bajos | 30 |
| Qatar | 31 |
| Uzbekistán | 31 |
| Proyecto de artículo 10 — Continuidad de la nacionalidad de una sociedad | 31 |
| Austria | 31 |
| Países Bajos | 32 |

| | |
|--|----|
| Noruega, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia) | 32 |
| Estados Unidos de América | 32 |
| Uzbekistán | 33 |
| Proyecto de artículo 11 — Protección de los accionistas | 34 |
| Noruega, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia) | 34 |
| Apartado a) | 34 |
| Austria | 34 |
| El Salvador | 34 |
| Noruega, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia) | 35 |
| Estados Unidos de América | 35 |
| Apartado b) | 35 |
| Austria | 35 |
| Países Bajos | 36 |
| Noruega, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia) | 36 |
| Estados Unidos de América | 36 |
| Uzbekistán | 37 |
| Proyecto de artículo 12 — Perjuicio directo a los accionistas | 37 |
| Estados Unidos de América | 37 |
| Proyecto de artículo 13 — Otras personas jurídicas | 38 |
| Austria | 38 |
| El Salvador | 38 |
| Guatemala | 38 |
| Países Bajos | 39 |
| Qatar | 39 |
| Tercera Parte. Recursos internos | 39 |
| Proyecto de artículo 14 — Agotamiento de los recursos internos | 39 |
| México | 39 |
| Países Bajos | 39 |
| Párrafo 1 | 40 |
| Austria | 40 |
| Estados Unidos de América | 40 |

| | |
|---|----|
| Uzbekistán | 41 |
| Párrafo 2 | 41 |
| Austria | 41 |
| México | 42 |
| Uzbekistán | 42 |
| Proyecto de artículo 15 — Tipo de reclamaciones | 42 |
| Austria | 42 |
| Proyecto de artículo 16 — Excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos | 43 |
| El Salvador | 43 |
| México | 43 |
| Uzbekistán | 43 |
| Apartado a) | 44 |
| Austria | 44 |
| Qatar | 44 |
| Estados Unidos de América | 44 |
| Uzbekistán | 46 |
| Apartado b) | 46 |
| Qatar | 46 |
| Apartado c) | 46 |
| Austria | 46 |
| Países Bajos | 47 |
| Qatar | 47 |
| Estados Unidos de América | 47 |
| Apartado d) | 48 |
| Guatemala | 48 |
| Marruecos | 48 |
| Qatar | 49 |
| Uzbekistán | 49 |
| Cuarta Parte. Disposiciones varias | 49 |
| Uzbekistán | 49 |
| Proyecto de artículo 17 — Acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática | 49 |
| Austria | 49 |

| | |
|---|----|
| El Salvador | 49 |
| Países Bajos | 49 |
| Qatar | 50 |
| Uzbekistán | 50 |
| Proyecto de artículo 18 — Disposiciones especiales de tratados | 50 |
| Austria | 50 |
| El Salvador | 51 |
| Marruecos | 51 |
| Qatar | 51 |
| Proyecto de artículo 19 — Tripulación de un buque | 51 |
| Austria | 51 |
| México | 52 |
| Países Bajos | 52 |
| Noruega, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia) | 52 |
| Estados Unidos de América | 52 |
| Otros comentarios y propuestas | 54 |
| Países Bajos | 54 |
| Estados Unidos de América | 54 |
| Uzbekistán | 55 |
| Comentarios sobre la forma definitiva | 55 |
| Noruega, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia) | 55 |

I. Introducción

1. La Comisión de Derecho Internacional concluyó la primera lectura de un total de 19 proyectos de artículos sobre la protección diplomática en su 56° período de sesiones, celebrado en 2004¹. La Comisión decidió seguidamente, de conformidad con los artículos 16 y 21 de su Estatuto, transmitir a los gobiernos el proyecto de artículos, por conducto del Secretario General, para que hicieran comentarios y observaciones, con la petición de que tales comentarios y observaciones se presentasen al Secretario General antes del 1° de enero de 2006. La Secretaría, mediante nota de fecha 19 de octubre de 2004, invitó a los gobiernos a presentar sus comentarios y observaciones por escrito antes del 1° de enero de 2006.

2. El 2 de diciembre de 2004, la Asamblea General aprobó la resolución 59/41, titulada “Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 56° período de sesiones”, en la que, entre otras cosas, señaló a la atención de los gobiernos la importancia que revestía para la Comisión de Derecho Internacional contar con sus observaciones, en particular sobre el proyecto de artículos y los comentarios sobre la protección diplomática. La Asamblea señaló nuevamente el asunto a la atención de los gobiernos en su resolución 60/22, de 23 de noviembre de 2005.

3. Al 26 de enero de 2006 se habían recibido observaciones por escrito de los 11 Estados que se mencionan seguidamente: Austria, El Salvador, los Estados Unidos de América, Guatemala, Marruecos, México, Noruega (en nombre de los países nórdicos Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), Panamá, los Países Bajos, Qatar y el Uzbekistán. Esas observaciones figuran, artículo por artículo en la sección II *infra*. Las observaciones que se reciban más adelante se publicarán como adiciones al presente informe.

II. Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos

Observaciones generales

Austria

El derecho de la protección diplomática es a no dudarlo un tema clásico del derecho internacional que se presta a la codificación. Reúne todas las condiciones esenciales para que se pueda llevar a cabo una labor útil al respecto. Como es lógico, bien podría preguntarse en qué medida este régimen jurídico desempeña todavía una función importante en el derecho internacional habida cuenta de la ascendencia de la normativa de derechos humanos. Sin embargo, como se echa de ver en la práctica e incluso en causas recientes litigadas ante la Corte Internacional de Justicia, este régimen tiene todavía gran importancia para la protección de las personas naturales.

Austria observa con beneplácito que la Comisión de Derecho Internacional condensó los proyectos de artículos en normas básicas y se concentró en las normas secundarias relativas a la protección diplomática; cualquier otro enfoque, por ejemplo la tentativa de definir las vulneraciones del derecho sustantivo, habría tropezado

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/59/10), párr. 59.*

con dificultades insuperables. En consecuencia, Austria se inclina a favor de excluir los proyectos de artículos sobre denegación de justicia, por ser un asunto que atañe al derecho primario. La obligación de agotar los recursos internos se ha de distinguir de la obligación del Estado de dar acceso a sus tribunales. Análogamente, Austria está de acuerdo con la Comisión en que el proyecto de artículos no aborda ni la cuestión de la Cláusula Calvo ni la doctrina de las manos limpias. Ambas cláusulas aparentemente carecen de aceptabilidad general.

Al parecer, la Comisión se concentró únicamente en un aspecto de la protección diplomática, a saber, la protección diplomática como derecho del Estado de interponer reclamaciones en nombre de sus nacionales. Ese derecho, con todo, encuentra su contrapartida en la correspondiente obligación de los demás Estados de aceptar esas reclamaciones de un Estado. El régimen jurídico de la protección diplomática estatuye también las condiciones en las cuales un Estado debe aceptar esas intervenciones de otro Estado. Ese enfoque indudablemente en cierta medida arroja nueva luz sobre este régimen jurídico y pone de manifiesto diferentes aspectos de él, que no se tienen suficientemente en cuenta en el texto de la Comisión.

También cabría preguntarse si en el marco del tema se debieran haber incluido otras cuestiones, tales como el derecho de las organizaciones internacionales a ejercer la protección diplomática, en particular habida cuenta del proyecto de artículo sobre el derecho del Estado del pabellón de un buque. En un principio, Austria se inclinaba a favor de ampliar el tema en ese sentido. Sin embargo, las organizaciones internacionales plantean todavía grandes problemas en cuanto a su estructura jurídica, como se echa de ver en el contexto de la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Por esa razón, parece mejor concentrarse exclusivamente en los Estados, a fin de plasmar un régimen jurídico viable. Sin embargo, no ha de interpretarse que esta restricción equivale a denegar la necesidad de embarcarse oportunamente en el examen del problema de las organizaciones internacionales, que desempeñan una función cada vez mayor en las relaciones internacionales, incluso respecto de la protección de las personas naturales.

Otra cuestión que merece ser objeto de particular atención es el problema de la relación entre la persona natural cuyos derechos se protegen y el Estado que ejerce el derecho a la protección diplomática. Se podría considerar que se abordaría también el problema que se deriva del ejercicio de la protección diplomática y del acceso de la persona natural a dicho resultado. Naturalmente, por un lado, se podría aducir que se trata de la relación entre un Estado y sus nacionales; por el otro, con todo, se debiera velar por que la persona que sufrió el perjuicio y en cuyo nombre se interpuso la reclamación se beneficie del ejercicio de la protección diplomática.

El Salvador

La República de El Salvador considera que debe dejarse bien clara la distinción entre el alcance de la protección diplomática que se contempla en este proyecto de artículos y la protección a la que se refieren la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas² y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares³. De lo contrario, y dado que nos encontramos ante una codificación y desarrollo progresivo

² Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 500, No. 7310.

³ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 596, No. 8638

del derecho internacional en esta materia, creemos que es necesario tomar en cuenta lo establecido al respecto en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, especialmente lo regulado en el artículo 36 de esta última, que se refiere a la protección consular que se brinda a un nacional que se encuentra detenido en otro Estado, garantizándole además un debido proceso. Tal es la importancia de esa disposición que ha provocado una opinión consultiva tanto en el ámbito interamericano como ha sido la Opinión consultiva OC-16/99 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como en el marco universal, con la sentencia emitida por la Corte Internacional de Justicia en la causa *Avena y otros*⁴.

Lo anterior debido a que, según la definición de protección diplomática que se hace en el proyecto de artículo 1, la misma se limita a los casos en que un Estado por derecho propio toma la causa de un nacional como suya y ejerce la protección diplomática de conformidad al proyecto de artículos que nos ocupa, lo que se presta a interpretar que quedarían excluidas algunas de las funciones consulares de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, ya que existen situaciones en las que el Estado no adopta propiamente como suya la causa de un nacional.

Tomando en cuenta lo anterior, consideramos de importancia tener presente que, a nivel internacional, el concepto de protección diplomática debe ser distinguido de otros conceptos del derecho internacional que se relacionan con la protección de los individuos, particularmente en el campo de los derechos humanos, el cual impone obligaciones precisas a los Estados que son *jus cogens* y *erga omnes*.

México

Como lo hemos expresado en ocasiones anteriores, la protección diplomática es un tema central y prioritario de la política exterior de México. Es por estos motivos que nuestro Gobierno ha seguido con tanto interés el desarrollo del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional. Si bien, en términos generales, el proyecto de artículos resulta aceptable, el Gobierno de México desea resaltar [varios] aspectos [en relación con los proyectos de artículos 9, 14, 16 y 19 (*véase infra*)].

México desea reiterar sus comentarios respecto al tema de la doctrina de las manos limpias a la luz del presente proyecto de artículos referente a la protección diplomática. Como bien establece la Comisión en el proyecto de artículo 1, la protección diplomática consiste en el recurso a la acción diplomática o a 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 como resultado de un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado.

En ese contexto, México considera que si un individuo es presuntamente responsable o responsable de cualquier conducta reprochable en el extranjero, su Estado de nacionalidad, en virtud de tal desafortunada circunstancia, podría decidir no recurrir al ejercicio de la protección diplomática. Sin embargo, lo anterior es considerablemente diferente a afirmar que las “manos limpias” son un requisito sine qua non para que un Estado pueda ejercer la protección diplomática. Es por esos motivos que

⁴ *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, fallo, *I. C. J. Reports*, 2004, págs. 12 y 38, párrs. 45 a 47.

México acoge con beneplácito la decisión de la Comisión de retirar dicho tema del proyecto de artículos.

Países Bajos

Los Países Bajos apoyan en general el proyecto de artículos y, por ende, encomian la labor realizada hasta ahora por la Comisión de Derecho Internacional.

Los Países Bajos observan que, en su primer informe, el Sr. John Dugard Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional, ya había incluido la protección diplomática en el contexto de la protección de los derechos humanos cuando dijo que “la protección diplomática sigue siendo un arma importante en el arsenal de la protección de los derechos humanos”⁵. El Relator Especial dijo también en su quinto informe que “las normas del derecho internacional consuetudinario en materia de protección diplomática que han evolucionado en el curso de varios siglos, y los principios más recientes que rigen la protección de los derechos humanos, se complementan y, en última instancia, atienden a un objetivo común: la protección de los derechos humanos”⁶. Los Países Bajos hacen suya cabalmente la posición expuesta por el Relator Especial.

Desde esa perspectiva, los Países Bajos lamentan que no se haya elaborado cabalmente esa complementariedad de la protección diplomática, sea en el proyecto de artículos, sea en el comentario. La formulación de algunos de los proyectos de artículos está en consonancia con la actual protección de los derechos humanos y otros acontecimientos en el ámbito del derecho internacional. Los Países Bajos estiman que el proyecto de artículos en su redacción actual no brinda elementos o ámbito suficientes para el desarrollo progresivo. Varias de las propuestas de los Países Bajos respecto del texto del proyecto de artículos —por ejemplo el proyecto de artículo 3— se sustentan en el enfoque general que se ha expuesto.

Los Países Bajos abrigan la esperanza de que una deliberación ulterior lleve a la Comisión de Derecho Internacional a prestar más atención a la posición de las personas naturales.

...

Los Países Bajos hacen suyas las conclusiones del Relator Especial [respecto de la doctrina de las manos limpias].

Noruega, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

Los países nórdicos acogen con satisfacción, en general, el proyecto de artículos.

Los países nórdicos apoyan el enfoque que se ha escogido sobre la base de la premisa fundamental de que los Estados tienen el derecho y no el deber de ejercer la protección diplomática. Además, los países nórdicos subrayan que los principios y normas de la protección diplomática no van en desmedro del derecho de la protección

⁵ Véase A/CN.4/506, párr. 32.

⁶ Véase A/CN.4/538, párr. 37.

consular y otras normas aplicables del derecho internacional, incluidas las dimanadas del derecho del mar.

Además, los países nórdicos toman nota de la opinión de la mayoría de los miembros de la Comisión respecto de la doctrina de las manos limpias y concuerdan con la tesis de que la doctrina de las manos limpias no se debiera incluir en el proyecto de artículos.

Panamá

Entendemos que el proyecto de artículos ha recogido integralmente en sus disposiciones las cuestiones que tradicionalmente han constituido el contenido del tema de la protección diplomática como mecanismo concebido para obtener reparación por un perjuicio sufrido por el nacional de un Estado, al tratar con detalle las normas relativas a la nacionalidad de las reclamaciones y el agotamiento de los recursos internos.

En consecuencia, la República de Panamá apoya el enfoque del proyecto de artículos, ya que codifica las normas consuetudinarias sobre las condiciones para el ejercicio de la protección diplomática en su concepto más tradicional y clásico. Resulta claro que, por este motivo, deja fuera de su ámbito otros tipos de protección, como la protección funcional, contemplados por otras normativas, instituciones y procedimientos.

Estamos de acuerdo con la Comisión en cuanto a que en las disposiciones generales del proyecto de artículos se mantenga la distinción entre normas primarias y secundarias, tratando a estas últimas como las que regulan las circunstancias en que puede ejercerse la protección diplomática y las condiciones que deben darse para ejercerla. En consecuencia, entendemos que el proyecto no se dedica a tratar la cuestión de los efectos de la protección diplomática y que, por ello, deja de lado la aplicación de las normas sobre reparación.

Uzbekistán

Estimamos que el proyecto de artículos sobre la protección diplomática codifica la práctica relativamente generalizada y de larga data del “cabildeo político” a favor de los intereses patrimoniales y otros intereses bajo jurisdicción extranjera. El proyecto de artículos se basa en el principio de que antes de que el Estado pueda ejercer la protección diplomática se han de agotar los recursos internos. A ese respecto, consideramos que el proyecto de artículos sobre la protección diplomática constituye un medio para armonizar la práctica individual de los Estados.

Es necesario definir con claridad en el proyecto de artículos los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados partes con respecto al ejercicio de la protección diplomática en el caso de un perjuicio derivado del acto ilícito de otro Estado.

Primera parte. Disposiciones generales

Proyecto de artículo 1 — Definición y alcance

Austria

En lo esencial, el proyecto de artículo 1 es aceptable. Sin embargo, aunque aparentemente no tiene una acepción generalmente aceptada, el concepto de “acción diplomática” es imprescindible para aclarar que ciertos actos, como las medidas de protección por parte de los consulados, no caen dentro del ámbito de este término.

Guatemala

Respecto del párrafo 7) del comentario sobre el proyecto de artículo 1, es claro que no son aplicables las reglas de la protección diplomática en casos en que un Estado en cuyo territorio ejerce sus funciones un agente diplomático o consular incumpla las obligaciones que con relación a esas personas le imponen los artículos pertinentes de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Esto lo confirma la última oración del párrafo 4) del comentario sobre el proyecto de artículo 15. Sin embargo, a nuestro juicio, debe ser aplicable la protección diplomática respecto de daños que ese Estado pueda causar a dichas personas fuera del ejercicio de sus funciones y de la aplicación de los proyectos de artículos a los que se acaba de hacer referencia. Pensamos que la protección diplomática cabría, por ejemplo, respecto de la expropiación sin indemnización de bienes que un diplomático posee, a título personal, en el país en que esté acreditado.

Países Bajos

El proyecto de artículo excluye la asistencia consular. Esta excepción tal vez se debiera enunciar explícitamente en el comentario.

El proyecto de artículo distingue entre la “acción diplomática” por un lado, y “otros medios de solución pacífica”, por el otro. No siempre se echa de ver con claridad si un proyecto de artículo se refiere a uno de estos conceptos o a ambos. Los Países Bajos sugieren que en el comentario se indique que varios proyectos de artículos se refieren exclusivamente a los “otros medios de solución pacífica”.

De acuerdo con el párrafo 2) del comentario sobre el proyecto de artículo 1, debe haber habido una “acción ilícita” antes de que se pueda ejercer la protección diplomática. El comentario podría decir que, fuera del marco del presente proyecto de artículos, un Estado naturalmente dispondría de muchas otras opciones para adoptar las medidas necesarias a fin de proteger a sus nacionales antes de que haya habido una “acción ilícita”.

Los Países Bajos estiman que las palabras “sus nacionales” son demasiado restrictivas, pues en otros artículos se amplía el alcance del proyecto de artículos. En consecuencia, debiera añadirse una oración al comentario para aclarar que el proyecto de artículo 1 no tiene por objeto excluir el proyecto de artículo 8.

Panamá

En lo que respecta a la titularidad del derecho de protección diplomática y a la posibilidad de su ejercicio, nos parece importante que se deje claro que ese derecho corresponde a los Estados y que, por consiguiente, el interés jurídico del Estado en ejercer la protección diplomática se deriva del vínculo de la nacionalidad entre éste y la persona lesionada a consecuencia del hecho ilícito de otro Estado. En este sentido, estimamos adecuada la incorporación en el proyecto de artículo 1 de la disposición que describe las medidas legítimas y pacíficas que puede adoptar el Estado cuando recurre a la protección diplomática y a la distinción que mantiene entre ambos procedimientos, a saber, la acción diplomática y otros medios de solución pacífica.

Uzbekistán

[En la versión rusa] del proyecto de artículo 1 se emplea el término “nacionalidad de una persona jurídica”, que es inaceptable, pues la nacionalidad es atributo de las personas naturales y no de las personas jurídicas. Las naciones son una forma histórica de comunidad de personas que comparten un idioma común, un carácter nacional y una cultura particular. A este respecto, sería apropiado sustituir el término “nacionalidad de una persona jurídica” por el término “Estado de origen de una persona jurídica”.

Proyecto de artículo 2 — Derecho a ejercer la protección diplomática

Austria

Aunque siempre se ha debatido la estructura de la protección diplomática como derecho del Estado —pues sólo es una ficción que el Estado se vea perjudicado por conducto de sus nacionales—, el proyecto de artículo 2 no plantea reservas importantes. La disposición plasma la práctica de larga data en la materia.

El Salvador

(Véase Observaciones generales.)

Países Bajos

El párrafo 3) del comentario al proyecto de artículo 2 dice que “[e]l derecho de un Estado a ejercer la protección diplomática sólo puede ser ejercitado dentro de los parámetros establecidos en los presentes artículos”. No se echa de ver con claridad cuáles sean esos parámetros. Los Países Bajos estiman que, habida cuenta de la redacción del proyecto de artículo 2, el párrafo 3 debiera o bien omitirse o aclararse.

Segunda parte. Nacionalidad

Marruecos

Tratándose de artículos referidos a la cuestión de las nacionalidades, convendría que la Comisión tuviera en cuenta la práctica de los Estados en la materia al tiempo de redactar esos artículos en segunda lectura.

Capítulo I. Principios generales

Proyecto de artículo 3 — Protección por el Estado de la nacionalidad

Austria

El proyecto de artículo 3, que establece la norma fundamental del requisito del vínculo de nacionalidad entre la persona lesionada y el Estado que ejerce la protección diplomática y plasma un entendimiento básico, no plantea grandes problemas.

Países Bajos

Los Países Bajos proponen que el párrafo 1 se reformule del siguiente modo: “El Estado de la nacionalidad es el Estado con derecho a ejercer la protección diplomática”. De esta manera se hace más hincapié en la perspectiva de la persona natural.

Además, es importante considerar el proyecto de artículo 3 a la luz de la ciudadanía europea (esto es, de la Unión Europea). Aunque actualmente no hay razones para dar más precisión al respecto, es imposible prever la evolución futura.

(Véase también Observaciones generales.)

Capítulo II. Personas naturales

Proyecto de artículo 4 — Estado de la nacionalidad de una persona natural

Austria

El proyecto de artículo 4 se ha de entender *cum grano salis*, puesto que la nacionalidad no se adquiere por sucesión de Estados, sino como consecuencia de la sucesión de Estados. Por norma general, la nacionalidad se adquiere conforme al derecho del Estado respectivo. Ese derecho puede usar como criterio decisivo para la adquisición de la nacionalidad uno de los hechos enumerados en este proyecto de artículo. En el caso de la sucesión de Estados, se podrían aplicar criterios diferentes a fin de conceder la nacionalidad, como se desprende de la labor de la Comisión de Derecho Internacional a este respecto. Por lo tanto, se propone que el proyecto de artículo 4 se reformule en ese sentido.

En ese contexto, Austria quisiera referirse a un problema que al parecer no se aborda en el proyecto de artículos. En épocas recientes, se ha establecido la práctica de que los Estados deleguen su derecho a ejercer la protección diplomática y consular a otros Estados. El mejor ejemplo de esta práctica es el artículo 8 c del Tratado de la Unión Europea⁷, con arreglo al cual un Estado miembro de la Unión Europea distinto del Estado de la nacionalidad puede ejercer esa protección si el Estado de la nacionalidad no está representado en el Estado receptor. Naturalmente, también se puede aducir que en ese caso no se trata de una auténtica protección diplomática; sin embargo, ciertamente caería dentro del ámbito de la definición del proyecto de artículo 1 en su actual redacción. En consecuencia, o bien se ha de aclarar que esa protección no está prevista en el proyecto de artículos o el proyecto de artículos debe también abordar el problema. Por el momento, el proyecto de artículos no da una clara orientación a este respecto.

El Salvador

Deben tomarse en cuenta los principios sobre nacionalidad dados por la doctrina del derecho internacional privado, ya que se debe hacer relación a los conflictos tanto positivos como negativos de nacionalidad, esto es, la doble o múltiple nacionalidad o la ausencia de nacionalidad. En ese sentido, creemos que en el proyecto de artículo 4 debe distinguirse la nacionalidad por nacimiento, sea ésta por *jus soli* o *jus sanguini*, de la nacionalidad adquirida, ya que ésta se refiere a la naturalización.

Qatar

Consideramos que el artículo es esclarecedor y preciso puesto que reafirma el derecho absoluto de todo Estado a determinar, de conformidad con su ordenamiento jurídico, quién reúne los requisitos para obtener su nacionalidad, y, por consiguiente, refleja el principio del derecho internacional de que “[i]ncumbirá a cada Estado determinar con arreglo a su propio ordenamiento quiénes serán nacionales suyos”.

Uzbekistán

En el proyecto de artículo 4 se indican los medios para adquirir la nacionalidad, con la reserva de que no han de estar en contradicción con el derecho internacional. Parece necesario señalar que los procedimientos para obtener la nacionalidad son establecidos por el derecho nacional y no por el derecho internacional y que los medios de adquirirla, por lo tanto, deben estar en conformidad con el ordenamiento jurídico del Estado de que se trate. Estos comentarios se refieren al párrafo 2 del proyecto de artículo 5.

⁷ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1757, No. 30615, posteriormente se incorporó como artículo 20 en la Versión Consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, *Diario Oficial*, C325/33.

Proyecto de artículo 5 — Continuidad de la nacionalidad

Austria

En cuanto al proyecto de artículo 5, Austria está de acuerdo con la orientación general del proyecto. Con todo, se ha de tener presente que a veces podría ser difícil probar que la nacionalidad se adquirió en una forma que no está en contradicción con el derecho internacional. La redacción de este proyecto de artículo adolece de cierta incongruencia con la definición contenida en el proyecto de artículo 1, pues si bien el proyecto de artículo 5 habla de “la presentación oficial de la reclamación”, lo que indica un procedimiento más formal e incluso judicial, el proyecto de artículo 1 atribuye una acepción más amplia a la protección diplomática, que abarca asimismo actos distintos de la mera presentación oficial de una reclamación. Sería útil proceder a una armonización.

El Salvador

Si bien el proyecto de artículo 5 se refiere a la regla básica de la continuidad de la nacionalidad, el párrafo 2 nos causa un poco de preocupación, y creemos que el cambio de nacionalidad debe ser abordado con más precisión con el objeto de no desviarnos de la regla básica del párrafo 1 del mismo proyecto de artículo.

Guatemala

(Véanse las observaciones sobre el proyecto de artículo 8.)

Países Bajos

Los Países Bajos hacen suya la norma propuesta en este proyecto de artículo porque se encamina a amparar la posición de la persona natural. Los Países Bajos han estudiado la cuestión de si el laudo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a inversiones en la causa *Loewen* justificaba enmendar el proyecto de artículo 5. El párrafo 225 del laudo en el asunto *Loewen* reza como sigue:

El demandante TLGI aduce que como tenía la nacionalidad requerida en el momento en que surgió la diferencia, y que es anterior al momento en que se presentó la reclamación, carece de consecuencia que la actual parte real en derecho — el beneficiario de la reclamación— sea un ciudadano de los Estados Unidos de América. En razón de los precedentes internacionales históricos y actuales, este argumento es insustentable. De acuerdo con el derecho internacional, debe haber una continuidad de identidad nacional desde el momento de las circunstancias que dan lugar a la reclamación, fecha denominada el *dies a quo*, hasta el momento de resolución de la reclamación, fecha denominada el *dies ad quem*⁸.

Los Países Bajos estiman, sin embargo, que no se echa de ver con claridad si el asunto *Loewen* plasma auténticamente el derecho vigente. Además, la aplicación de esa norma tendría consecuencias indeseables en las causas en las que interviniera un

⁸ *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a inversiones, asunto No. ARB(AF)98/3, 42 ILM, pág. 811 (2003).

tercer país. La siguiente situación hipotética puede servir de ejemplo. Luxemburgo interpone acción contra una persona natural de nacionalidad neerlandesa que causa perjuicio a esa persona. Los Países Bajos deciden entonces ejercer la protección diplomática, pero antes de que el tribunal o el árbitro puedan adoptar una decisión, la persona natural pierde la nacionalidad neerlandesa y adquiere la nacionalidad alemana. Si se aplicaran los criterios de la causa *Loewen*, ni los Países Bajos ni Alemania podrían entonces ejercer una “plena” protección diplomática.

Sería preferible reemplazar las palabras “no ejercerá” en el párrafo 3 con las palabras “no podrá ejercer” porque las palabras “no podrá” están más en consonancia con la facultad discrecional del Estado respecto del ejercicio de la protección diplomática. Además, las palabras “no podrá” aparecen también en los proyectos de artículos 7 y 14. Por lo demás, en la versión inglesa de los demás proyectos de artículos se utiliza la expresión “injury caused” y no “injury incurred”, como se hace en este proyecto de artículo. Es recomendable que haya uniformidad en la redacción.

Noruega, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

En el proyecto de artículo 5 se exige la continuidad de la nacionalidad como requisito para el ejercicio de la protección diplomática. Se plantea la cuestión relativa a saber si este requisito se ha de aplicar hasta la resolución de la diferencia o la fecha de un laudo o fallo, y no sólo hasta el momento de la presentación oficial de la reclamación. En la práctica, con todo, puede ser muy difícil determinar el momento exacto de resolución de la diferencia. En consecuencia, los países nórdicos apoyan el enfoque escogido por la Comisión, conforme al cual un Estado puede ejercer la protección diplomática respecto de una persona que era nacional suyo en el momento del perjuicio y es nacional suyo en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

Qatar

Apoyamos el principio de la continuidad de la nacionalidad del Estado demandante de la protección diplomática desde el momento del perjuicio hasta la fecha de presentación de la reclamación o, a lo sumo, hasta la fecha en que se dicte laudo o sentencia al respecto. La afirmación de que, en la práctica, son pocos los casos en los que se produce un cambio de nacionalidad, no puede utilizarse para justificar el párrafo 2 del proyecto de artículo 5. El que los casos sean raros no significa que no se les apliquen las normas jurídicas, especialmente las propuestas al redactar los proyectos de artículos.

Qatar reafirma su opinión anterior, es decir, la necesidad de impedir que las personas traten de cambiar su nacionalidad por la de otro Estado que ocupe una posición más influyente en las relaciones internacionales. La adopción del principio de la continuidad de la nacionalidad impediría esa opción y realzaría la credibilidad de las normas sobre la aplicación del principio de la protección diplomática.

Estados Unidos de América

De acuerdo con el párrafo 1 del proyecto de artículo 5, una persona ha de ser nacional del Estado en la fecha del perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la

reclamación para que el Estado pueda ejercer la protección diplomática respecto de la reclamación de un nacional suyo. En el comentario al proyecto de artículos se explica que la fecha del perjuicio normalmente coincidirá con la fecha en que se produjo el hecho lesivo. El comentario dice también que “la fecha de la presentación de las reclamaciones es la fecha en que se haga la primera solicitud oficial o formal por el Estado que ejerza la protección diplomática”. El artículo en su redacción actual dejaría sin resolver la cuestión relativa a saber si la nacionalidad se ha de mantener en forma continua entre la fecha en que se produjo el hecho lesivo y la fecha en que se presentó la reclamación.

El párrafo 2 del proyecto de artículo 5 crearía una excepción a la norma de la continuidad de la nacionalidad cuando la persona que solicite la protección diplomática haya perdido su nacionalidad anterior, haya adquirido una nueva nacionalidad por una razón no relacionada con la formulación de la reclamación y haya adquirido una nueva nacionalidad de un modo que no esté en contradicción con el derecho internacional. El párrafo 3 del artículo 5, por su parte, limitaría esta excepción porque no permitiría que se presentaran reclamaciones contra el Estado de la nacionalidad anterior cuando el perjuicio se hubiera sufrido en el momento en que la persona era todavía nacional de ese Estado. En el comentario se explica que estas normas tienen por objeto autorizar las reclamaciones en nombre de personas que hayan perdido su nacionalidad por la sucesión de Estados, la adopción o el matrimonio.

El párrafo 1 del proyecto de artículo 10 determinaría que una sociedad debería ser nacional del Estado que ejerce la protección diplomática tanto “en el momento del perjuicio” como en “la fecha de la presentación oficial de la reclamación”. Este proyecto de artículo también dejaría sin resolver la cuestión relativa a saber si la nacionalidad se ha de mantener en forma continua entre el momento en que se produjo el hecho lesivo y la fecha en la cual se presentó la reclamación.

Los Estados Unidos estiman que estos proyectos de artículos no plasman con fidelidad el derecho internacional consuetudinario y no se han redactado del modo que esté en más consonancia con los objetivos que ha de perseguir el proyecto de artículos. Por lo tanto, instamos encarecidamente a que el párrafo 1 del proyecto de artículo 5 se modifique del siguiente modo:

“Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática sólo con respecto a una persona que era nacional suyo o de un Estado predecesor en forma continua desde el momento del perjuicio hasta la fecha de resolución de la reclamación inclusive.”

Análogamente, el párrafo 1 del proyecto de artículo 10 debería rezar como sigue:

“Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática sólo con respecto a una sociedad que tenía su nacionalidad o la de un Estado predecesor en forma continua desde el momento del perjuicio hasta la fecha de resolución de la reclamación inclusive.”

Las revisiones que se sugieren se distinguen del proyecto de la Comisión en cuatro aspectos importantes, como se explica *infra*. Primero, se propone añadir la palabra “sólo” en ambos proyectos de artículos con objeto de aclarar que estos artículos limitan el alcance de la protección diplomática únicamente a las reclamaciones en las cuales el nacional de que se trate se conforme al requisito de la continuidad de la nacionalidad. Segundo, la fecha final del período de continuidad de la nacionalidad se debe definir como “la fecha de resolución de la reclamación”, a fin de armonizar el proyecto con el derecho internacional consuetudinario. Tercero, la nacionalidad se

debe mantener en forma continua entre la fecha de los hechos que dan lugar a la reclamación y la fecha de la resolución de ésta, a fin de preservar la congruencia entre el proyecto de artículos y las formulaciones tradicionales de la norma. Cuarto, se propone que el efecto de un cambio en la nacionalidad producido por la sucesión de un Estado por otro se atienda simple y directamente mediante el reconocimiento de que el derecho a invocar la protección diplomática también se transmite por la sucesión de Estados, obviando así la necesidad del párrafo 2 del proyecto de artículo 5 a ese respecto; no existe un fundamento suficiente para aventurarse en las demás esferas que aborda el párrafo 2 del proyecto de artículo 5 que justifique conservarlo. Las preocupaciones que inspiran estas sugerencias se exponen con más detalle *infra*.

Primera, el párrafo 1 del proyecto de artículo 5 y el párrafo 1 del proyecto de artículo 10 tienen por objeto limitar el derecho a la protección diplomática enunciado en los proyectos de artículos 2 y 3 a las reclamaciones de personas que reúnan el requisito de la continuidad de la nacionalidad. La adición de la palabra “sólo” es necesaria para lograr ese objetivo, pues en su ausencia no se echa de ver con claridad que estos artículos tengan por objeto limitar el alcance de los proyectos de artículos 2 y 3.

Segunda, los Estados Unidos cuestionan el punto final del requisito de continuidad de la nacionalidad utilizado en los proyectos de artículos 5 y 10. El comentario dice que, “[c]omo en la práctica son pocos los casos de este género”, se optó por la “fecha de presentación oficial de la reclamación” como punto final del período de continuidad de la nacionalidad. Los Estados Unidos tienen noticia, sin embargo, de ocho casos específicos en el contexto de decisiones arbitrales y reclamaciones presentadas por vía diplomática en los cuales se planteó y abordó la cuestión del efecto de un cambio de nacionalidad entre la fecha de presentación y la resolución de la reclamación⁹. En cada uno de esos casos, la nacionalidad del reclamante o de la

⁹ Véase Green Haywood Hackworth, *Digest of International Law* (1943), vol. 5, pág. 805, donde el demandante Ebenezer Barstow, de los Estados Unidos de América, falleció después de que su reclamación se presentó al Gobierno del Japón, y los Estados Unidos desistieron de patrocinar la reclamación porque la viuda, que había sucedido en la titularidad de la reclamación, era de nacionalidad japonesa; *Eschauzier*, 5 *U.N.R.I.A.A.*, pág. 207 (Great Britain v. United Mexican States (1931)) donde se desestimó la reclamación de un ex nacional británico que adquirió la nacionalidad de los Estados Unidos por matrimonio después de presentar la reclamación; *Guadalupe* (asunto inédito) (Comisión de reclamaciones franco-mexicana reorganizada, 1931), *asunto examinado en* A. H. Feller, *The Mexican Claims Commission, 1923-1934* 97 (1935) (el tribunal denegó la reclamación en la que se había perdido la nacionalidad francesa “no sólo después de la presentación de la reclamación, sino también después de que la reclamación había sido declarada admisible en virtud de la Convención franco-mexicana suplementaria de 1930”); *Biens britanniques au Maroc Espagnol – Benchiton* (Great Britain v. Spain), 2 *U.N.R.I.A.A.*, págs. 615 y 706 (1924) (reclamación denegada en que el reclamante perdió el estatuto de protección después de la primera gestión de Gran Bretaña ante España respecto de la reclamación: “la reclamación debe seguir siendo nacional hasta el momento del fallo o, por lo menos, hasta el momento en que termina el alegato al respecto”) (traducción de 1923-1924 I.L.R., pág. 189); *Exors. of F. Lederer v. German Government*, 3 *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes*, págs. 762, 765 y 770 (Tribunal Arbitral Mixto de Gran Bretaña y Alemania 1923) (asunto en que después de notificarse la reclamación el demandante británico falleció, dejando beneficiarios alemanes; la reclamación fue denegada: hacer lugar a la reclamación sería “incompatible con la intención del Tratado, pues llevaría en efecto a que Alemania hiciera pagos ... a sus propios nacionales”); Fred K. Nielsen, *American and British Claims Arbitration*, pág. 30 (1926) (en el asunto *Hawaiian Claims* ante el Tribunal de Reclamaciones de los Estados Unidos y Gran Bretaña, el Gobierno del Reino Unido retiró voluntariamente tres reclamaciones, “pues los reclamantes han adquirido la nacionalidad de los Estados Unidos” en los 14 años transcurridos entre la fecha en que se presentaron por primera

persona en cuyo nombre se había presentado la reclamación se modificó *después* de la fecha en que se había presentado oficialmente la reclamación al Estado demandado, pero antes de la fecha de la resolución final de la reclamación¹⁰. En cada uno de esos casos, la reclamación internacional se desestimó o retiró cuando se supo que la reclamación se estaba presentando en nombre del nacional de un Estado distinto del Estado reclamante. El tribunal arbitral en la causa *The Loewen Group Inc. contra los Estados Unidos de América* afirmó en fecha reciente este principio cuando dijo lo siguiente: “En el vocabulario del derecho internacional, debe haber una continuidad de la identidad nacional desde la fecha de los hechos que dieron lugar a la reclamación ... hasta la fecha de resolución de la reclamación ...”¹¹.

Estas causas ponen de manifiesto una clara norma de derecho internacional consuetudinario. En cada una de estas causas, la desestimación o el retiro de las reclamaciones reflejó un sentido de obligación jurídica. En cada causa decidida por un tribunal arbitral, la cuestión se regía por el derecho internacional consuetudinario y no por las disposiciones específicas de un tratado. En cada causa en que se retiró la reclamación, se la retiró en contra del interés del Estado demandante en recibir indemnización del Estado demandado por un hecho que se alegaba era internacionalmente ilícito. Estas causas, en suma, plasman una práctica uniforme de los Estados. Además, desde el punto de vista sustantivo, esta norma es preferible, pues evita una situación en la cual el Estado demandado tiene una obligación para con el Estado demandante por un perjuicio causado a una persona que ya no es de interés jurídico para ese Estado. Se debieran modificar el párrafo 1 del proyecto de artículo 5 y el párrafo 1 del proyecto de artículo 10 a fin de plasmar esta norma del derecho internacional.

Tercera, los Estados Unidos estiman que el párrafo 1 del proyecto de artículo 5 se debiera modificar para exigir que la nacionalidad se mantenga en forma continua desde el momento del perjuicio hasta la fecha de resolución de la reclamación inclusive. Aunque los Estados Unidos reconocen la preocupación de la Comisión de que ha habido una práctica limitada en la aplicación de esta norma, nuestra propuesta se sustenta en la redacción habitual del requisito de la continuidad de la nacionalidad por parte de la mayoría de los tratadistas y órganos judiciales internacionales. Como

vez las reclamaciones y la fecha en que se presentó la memoria); Chopin, 60 *French and American Claims Commission*, 1880-1884, *Records of Claims* (sin fecha) (reclamación presentada oficialmente por Francia por vía diplomática el 30 de agosto de 1864, retirada por moción del 24 de mayo de 1883 de que se desestimara la reclamación respecto de un beneficiario que desde entonces había adquirido la nacionalidad de los Estados Unidos por matrimonio); Informe del abogado Robert S. Hale, [1873, Parte II, vol. III] *United States Foreign Relations*, pág. 14 (1874) (informe del agente ante la Comisión de Reclamaciones de Gran Bretaña y los Estados Unidos según el cual la Comisión había decidido unánimemente que el reclamante en el asunto *Gribble* no tenía el estatuto de súbdito británico pues “había declarado oficialmente su intención [de solicitar la ciudadanía de los Estados Unidos] ... antes de la presentación de su memoria, posteriormente y mientras su reclamación estaba pendiente de resolución ante la Comisión había completado su naturalización y en el momento de la presentación de su causa era ciudadano de los Estados Unidos.”).

¹⁰ Aunque la mayoría de los ejemplos que se han citado corresponden a asuntos en los cuales el nacional protegido pasó a ser nacional del Estado demandado, en un caso por lo menos el nacional pasó a ser ciudadano de un tercer Estado. En el asunto *Eschauzier*, el Reino Unido interpuso reclamación contra México, pero la reclamación fue desestimada cuando el nacional protegido adquirió la nacionalidad de los Estados Unidos después de la presentación de la reclamación, pero antes de su resolución. 5 *R.I.A.A.*, pág. 207 (Great Britain v. United Mexican States (1931)).

¹¹ *Loewen, op. cit.*, párr. 225 (2003).

se señaló *supra*, el tribunal en la causa *The Loewen Group Inc. contra los Estados Unidos de América* definió el requisito de la nacionalidad como un requisito de “continuidad de la identidad nacional desde la fecha de los hechos que dieron lugar a la reclamación ... hasta la fecha de resolución de la reclamación”¹² (subrayado añadido). Además de la congruencia con la práctica, se crearía una gran disonancia si se estableciera un requisito de continuidad de la nacionalidad y no se exigiera la continuidad de la nacionalidad como parte de dicho requisito. Instamos, pues, a la Comisión a que armonice el párrafo 1 del proyecto de artículo 5 con las descripciones que habitualmente hacen de la norma los tratadistas y los tribunales.

Por último, los Estados Unidos están al tanto de la cuestión que se plantea respecto del requisito de la continuidad de la nacionalidad por sucesión de Estados, que produce efectivamente un cambio en la nacionalidad designada. Sin embargo, los Estados Unidos estiman que el derecho de la protección diplomática se transmite en la sucesión de Estados y que el derecho a conceder protección diplomática en esa situación no se ha de considerar como una excepción a la regla general. Por lo tanto, proponemos que se suprima el párrafo 2 del proyecto de artículo 5. Creemos, en cambio, que es mejor abordar la cuestión mediante la adición de una referencia al “Estado predecesor” en el párrafo 1 del proyecto de artículo 5 y en el párrafo 1 del proyecto de artículo 10. Esta propuesta aclara que no existe una interrupción de la continuidad de la nacionalidad por causa de la sucesión de Estados, pues el Estado sucesor conserva el derecho de ejercer la protección respecto de las reclamaciones de sus ciudadanos que eran ciudadanos del Estado predecesor, siempre que se reúnan los demás requisitos. Retener lo que ahora es el párrafo 3 del proyecto de artículo 5 asegura que un Estado sucesor no pueda patrocinar la reclamación de un ciudadano contra el Estado de su nacionalidad anterior.

Aunque la modificación que hemos propuesto en el párrafo 1 del proyecto de artículo 5 aborda el problema planteado por la sucesión de Estados, la supresión del párrafo 2 del proyecto de artículo 5 deja sin atender la cuestión de la protección diplomática de las reclamaciones de personas cuya ciudadanía se ha modificado obligatoriamente por adopción o matrimonio. Los Estados Unidos cuestionan el fundamento fáctico de esta disposición, pues el comentario no cita ninguna ley que imponga la pérdida de la ciudadanía por matrimonio con un extranjero o adopción por un extranjero. Además, el párrafo 2 del proyecto de artículo 5 no se compadece con los fundamentos teóricos de la protección diplomática. Dicho párrafo autorizaría a un Estado a ejercer la protección diplomática respecto de un perjuicio sufrido cuando la

¹² *Ibid.* El órgano arbitral en el asunto *Loewen* dista de ser el único tribunal o tratadista que se sirvió de esta formulación. Por ejemplo, el Profesor Brownlie dice que la norma de la continuidad de la nacionalidad exige que la persona cuya reclamación se protege sea nacional del Estado demandante “en forma continua y sin solución de continuidad” desde el momento del hecho lesivo hasta la fecha de resolución. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, págs. 482 a 491 (quinta edición, 1998). Análogamente, F. W. García-Amador dice que la “opinión predominante en la práctica diplomática y en la jurisprudencia internacional” exige que la “persona lesionada sea nacional en el momento en que se produjo el perjuicio y mantenga esa nacionalidad hasta que se dirima la reclamación” (subrayado añadido). Véase también Jackson H. Ralston, *The Law and Procedure of International Tribunals*, págs. 188 y 189 (edición revisada, 1926) (donde critica a la Comisión de Reclamaciones de Francia y los Estados Unidos por no haber aplicado la norma de la continuidad de la nacionalidad cuando Francia interpuso reclamación en nombre de un nacional que adquirió la nacionalidad de los Estados Unidos y luego la nacionalidad francesa durante el período en que la reclamación estaba pendiente de decisión).

persona que sufrió el perjuicio era nacional de otro Estado y, por ende, cuando el perjuicio en cuestión era un perjuicio que afectaba únicamente a los derechos de ese otro Estado dimanados del derecho internacional. Ello está en contraste con la sucesión de Estados, en la cual el nuevo Estado sucede en los derechos y obligaciones de derecho internacional del Estado predecesor y, por ende, se considera que se han infringido sus derechos dimanados del derecho internacional. Por las razones expuestas *supra*, proponemos que se suprima el párrafo 2. La propuesta de los Estados Unidos conservaría el derecho de los Estados recientemente constituidos a ejercer la protección diplomática en nombre de sus ciudadanos y, al propio tiempo, evitaría que se autorizara a los Estados a ejercer la protección diplomática en relación con perjuicios sufridos por otros Estados.

Uzbekistán

(Véanse las observaciones en relación con el proyecto de artículo 4.)

En los proyectos de artículos 5 y 10 se propone establecer respecto de los nacionales o personas jurídicas un requisito de vinculación con el Estado que presenta la reclamación en el momento del perjuicio y en el momento en que se adopta una decisión sobre la violación de los derechos, que permitiría proteger claramente los derechos de esas partes.

Proyecto de artículo 6 — Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un tercer Estado

Austria

Si bien el párrafo 1 del proyecto de artículo 6 no suscita observaciones especiales, el párrafo 2 requiere algunos comentarios. A juicio de Austria, la disposición es innecesaria, pues ciertamente no cabe duda de que dos o más Estados pueden actuar conjuntamente cuando ejercen el derecho de la protección diplomática. Aunque no existiera una cláusula como la contenida en el párrafo 2, el Estado al cual se presente esa reclamación debe aceptar esa presentación conjunta. El problema radica verdaderamente en la posibilidad de que dos Estados ejerzan el derecho a la protección diplomática de modo distinto. En el comentario deliberadamente se deja pendiente la cuestión debido a su complejidad; a juicio de Austria, sin embargo, incumbe en particular a la Comisión de Derecho Internacional abordar cuestiones incluso más complejas y elaborar una solución para ellas una vez que la Comisión menciona la posibilidad de actos múltiples de protección diplomática. De lo contrario, mejor sería abstenerse de abordar la cuestión de la protección diplomática conjunta, pues esta referencia automáticamente plantea las cuestiones que se acaban de mencionar.

El Salvador

Creemos que en el texto se deben tener en cuenta las reglas del derecho internacional privado sobre doble o múltiple nacionalidad, que establecen que los Estados deben hacer valer la nacionalidad de la que efectivamente se está haciendo uso. Esto tiene

relación además con la jurisprudencia internacional de la Corte Internacional de Justicia en la causa *Nottebohm*¹³, que sentó el precedente de la “nacionalidad efectiva”.

Guatemala

Respecto del párrafo 4) *in fine* del comentario sobre el artículo 6, sería interesante que se dieran algunas indicaciones acerca de cuáles son o dónde se encuentran los “principios generales” que menciona ese párrafo.

Qatar

Quizás fuera útil volver a examinar este párrafo con el fin de aclarar su formulación, de manera que se precise que un único Estado ostenta el derecho a ejercer la protección, o que se establezcan criterios para evitar los problemas que pueden surgir como resultado de la presentación de reclamaciones separadas por dos o más Estados. En ese contexto, Qatar propone los siguientes criterios:

1. Que los dos Estados cuya nacionalidad ostente la persona acuerden presentar una reclamación conjunta;
2. Que los dos Estados cuya nacionalidad ostente la persona acuerden que sea uno de ellos el que presente la reclamación;
3. Que se opte por la nacionalidad predominante [efectiva].

Este enfoque coincide con el propuesto por García-Amador en el tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados presentado a la Comisión de Derecho Internacional: “En los casos de doble o múltiple nacionalidad, el derecho a reclamar sólo podrá ejercitarlo el Estado con el cual el extranjero tenga mayores y más genuinos vínculos jurídicos y de otra índole”¹⁴.

Uzbekistán

El párrafo 1 del proyecto de artículo 6 debiera redactarse de la siguiente manera:

“El Estado con el cual el nacional que tenga doble o múltiple nacionalidad esté más estrechamente vinculado podrá ejercer la protección diplomática respecto de ese nacional frente a un Estado del que éste no sea nacional.”

Esa redacción evitaría la duplicación de gestiones por parte de los Estados de los cuales la persona sea nacional con la mira de proteger los derechos de ésta.

¹³ *Nottebohm Case (second phase)*, judgment, *I. C. J. Reports 1955*, pág. 4.

¹⁴ Véase A/CN.4/111, *Yearbook of the International Law Commission*, 1958, vol. II, pág. 47 en pág. 61.

Proyecto de artículo 7 — Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un Estado de la nacionalidad

Austria

En el proyecto de artículo 7, la Comisión de Derecho Internacional ha optado por un enfoque progresivo en el caso de la doble nacionalidad. Aunque ese enfoque no está en consonancia con la supresión del requisito de un vínculo auténtico en el proyecto de artículo 3, Austria se declara, con todo, en favor de este proyecto de artículo.

El Salvador

El Salvador tiene algunas observaciones en cuanto al alcance de la nacionalidad predominante (nacionalidad efectiva). A nuestro entender, esta frase es muy amplia y puede dar lugar a criterios muy subjetivos.

Marruecos

El proyecto de artículo 7 se refiere a la cuestión de la nacionalidad predominante, pero no da ninguna indicación que precise claramente el criterio utilizado para distinguir una nacionalidad predominante de una nacionalidad a secas. Además, este tipo de jerarquía en el plano de las nacionalidades vulnera en alguna medida la igualdad soberana de los Estados, que sigue siendo un principio inmutable tanto en el derecho consuetudinario como en el derecho codificado.

En este caso, remitirse a la idea de nacionalidad efectiva, tal como se la describe en la causa *Nottebohm*, es más atinado que hablar de nacionalidad predominante, concepto que no está precisado en el derecho internacional y que sigue siendo, a pesar de todo, una formulación a la vez subjetiva y ambigua. Este criterio tiene por lo menos el mérito de que no vulnera el principio de la igualdad soberana de los Estados, además de que está consagrado en la jurisprudencia internacional.

Noruega, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

Los países nórdicos apoyan firmemente el enfoque de la Comisión de Derecho Internacional en el proyecto de artículo 7. En el caso de la nacionalidad múltiple, el Estado de la nacionalidad “predominante”, tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación, debe tener derecho a ejercer la protección diplomática frente a otro Estado de la nacionalidad de la persona de que se trate. A juicio de los países nórdicos, el proyecto de artículo 7 codifica el derecho internacional consuetudinario en vigor. Debiera agregarse, en aras de una completa claridad, que esta norma no guarda relación con las posibilidades de brindar asistencia consular, que no están regidas por el derecho de la protección diplomática.

Qatar

Entendemos que el proyecto de artículo 7 se aparta en cierta medida de las normas por las que suele regirse la protección diplomática que, en principio, es ejercida por el Estado de la nacionalidad contra otro Estado extranjero que haya violado el derecho internacional. Asimismo, consideramos que en este caso no se justifica aplicar el criterio de la nacionalidad predominante porque los dos o más Estados cuya nacionalidad ostenta la persona se encuentran en una posición jurídica similar.

Uzbekistán

El proyecto de artículo 7 usa las palabras “la nacionalidad del primer Estado sea predominante”. No se echa de ver con claridad en qué caso la nacionalidad puede ser predominante. A todas luces, es necesario tener en cuenta que el predominio de una nacionalidad u otra depende de la medida en que un nacional esté vinculado con un Estado u otro (lugar de residencia, trabajo, etc.).

Proyecto de artículo 8 — Apátridas y refugiados

Austria

A la luz del creciente número de refugiados, cabe atribuir particular importancia al proyecto de artículo 8. Con respecto a los apátridas, el requisito de la residencia legal y habitual establece un umbral relativamente elevado, pero ciertamente indispensable para impedir que se abuse de esos derechos.

En cuanto a los refugiados a los que se hace referencia en el párrafo 2, cabe preguntarse si las condiciones para el ejercicio de la protección diplomática no son demasiado restrictivas, pues no sólo se requiere la residencia legal y habitual en el Estado que ejerce el derecho de protección diplomática, sino también que este último Estado haya reconocido la condición de refugiado de esa persona. Es concebible que esa persona sea un residente legal en un Estado distinto del Estado que le concedió el estatuto de refugiado; esa situación podría plantearse dentro de la Unión Europea. En ese caso, el refugiado no disfrutaría de protección diplomática. Por lo tanto, cabría preguntarse si ese Estado tendría derecho a ejercer la protección diplomática cuando la persona fuera un residente legal y habitual una vez que se le ha concedido el estatuto de refugiado.

Contrariamente a lo que se dice en el comentario al proyecto de artículo 8, Austria parte de la hipótesis de que el término “refugiado” que se emplea en este proyecto de artículo es el que figura en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados¹⁵. No se puede esperar que un Estado atribuya dos significados diferentes al término. También se ha de tener presente que el efecto jurídico del derecho a ejercer la protección diplomática plasma en la obligación del otro Estado de aceptar una reclamación interpuesta al amparo de ese concepto jurídico. La indeterminación del término refugiado, como sugiere el comentario, ciertamente causaría problemas, porque el Estado al cual se dirigieran las reclamaciones tendría que atenerse a la definición del término

¹⁵ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 189, No. 2545.

refugiado por parte del Estado demandante. Por lo tanto, es aconsejable modificar el comentario en ese sentido.

El Salvador

El alcance del término “refugiados” aquí incluido va más allá de lo que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo¹⁶ establecen y que es la definición universalmente aceptada. Si bien no estamos en desacuerdo con este uso, habría que analizar bien esto ya que ésta sería una nueva definición que habría que introducir y compatibilizar con la Convención de 1951.

Guatemala

Respecto de los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo 8, Guatemala estima que convendría hacer una excepción a la regla de la continuidad de la nacionalidad, establecida en el párrafo 1 del proyecto de artículo 5, para el caso de un apátrida o de un refugiado protegido por virtud de los párrafos 1 y 2 respectivamente del proyecto de artículo 8 si, entre el momento del perjuicio y la fecha de presentación oficial de la reclamación, esa persona, sin estar amparada por el párrafo 2 del proyecto de artículo 5, adquiere la nacionalidad del Estado que la protege.

Marruecos

Esta disposición, que no está prevista ni por el derecho internacional consuetudinario ni por el derecho internacional codificado y que corresponde más bien al desarrollo progresivo del derecho, no plantea, en verdad, problema porque, en la práctica, la situación de esta categoría de personas se inscribe dentro de un plazo limitado.

Países Bajos

El proyecto de artículo 8 es uno de los pocos elementos de desarrollo progresivo del derecho que contiene el proyecto de artículos. Los Países Bajos estiman que este proyecto de artículo está bien encaminado y acogen con beneplácito los argumentos aducidos por la Comisión de Derecho Internacional en el párrafo 7) del comentario.

Noruega, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

Los países nórdicos acogen con gran beneplácito que la Comisión de Derecho Internacional haya redactado una disposición sobre la protección diplomática en beneficio de los apátridas y refugiados en ciertos casos. El proyecto de artículo 8 se aparta de opiniones anteriores en el sentido de que el Estado debe ejercer la

¹⁶ *Ibid.*, vol. 606, No. 8791.

protección diplomática sólo en nombre de sus nacionales. Es sumamente importante brindar protección diplomática a esas categorías de personas vulnerables.

Los países nórdicos apoyan el elemento de flexibilidad que aparece en el comentario al proyecto de artículo 8, del que se sigue que la palabra “refugiados” no está necesariamente restringida a las personas que caen dentro del ámbito de las definiciones contenidas en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo. Según el comentario, se dejaría librada al Estado la decisión de “otorgar la protección diplomática a cualquier persona a la que considerase y tratase como refugiado” (párrafo 8) del comentario al proyecto de artículo 8). Los países nórdicos estiman que el Estado puede ejercer la protección diplomática en nombre de personas que reúnan los requisitos del vínculo territorial con el Estado que la ejerce y que, a juicio de ese Estado, tengan una clara necesidad de protección aunque no reúnan necesariamente los requisitos formales para que se las considere refugiados.

Una interrogante que bien cabe plantear en cuanto al criterio temporal sugerido para el ejercicio de la protección diplomática es que el apátrida o refugiado de que se trate deba ser residente legal y habitual del Estado que ejerce la protección diplomática tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación. A juicio de los países nórdicos, ese criterio parece establecer un umbral excesivamente elevado. En muchos casos en que hay necesidad de brindar una protección diplomática efectiva, el perjuicio en verdad habrá ocurrido antes de que la persona interesada entre en el territorio del Estado que ejerce la protección diplomática.

Por lo tanto, los países nórdicos sugieren que se introduzca un ajuste en los criterios sugeridos. En lugar del criterio de la “residencia legal y habitual” que se consigna en el proyecto de artículo 8, se podría considerar el criterio de que esas personas “se encuentren legalmente en el territorio”. Así se expresa el criterio en el artículo 28 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados respecto de la expedición de documentos de viaje a los refugiados.

Panamá

Entendemos que dentro del esquema tradicional de la protección diplomática clásica, el proyecto de artículo 8, en particular, sobre la protección diplomática de apátridas y refugiados no sólo es pertinente y justificado, sino que efectivamente constituye un elemento de desarrollo progresivo del derecho internacional, ya que la adopción de la misma norma de protección tanto para los apátridas como para los refugiados, cuyo elemento de conexión sea la residencia legal y habitual de estas personas en un Estado determinado —siempre que, además, concurren otros requisitos de hecho (vínculos familiares, centro de intereses, actividades profesionales, etc.), indicativos de la conexión genuina del individuo con tal Estado—, resulta ser el remedio adecuado para esas dos categorías de personas.

Qatar

El párrafo 2 limita la concesión de la condición jurídica de refugiado por parte del Estado que otorga la protección sin tener en consideración el concepto de “refugiado” con arreglo al derecho internacional. Habida cuenta de que, especialmente en los últimos decenios, se han producido grandes corrientes migratorias por causas diversas,

consideramos necesario examinar más a fondo este párrafo a fin de establecer criterios objetivos idóneos para proteger a los refugiados, en general, de conformidad con las normas internacionales.

Estados Unidos de América

(*Véase Otras observaciones y sugerencias infra.*)

Uzbekistán

En los párrafos 1 y 2, las palabras “tenga residencia legal y habitual en ese Estado” se deben sustituir por las palabras “resida en forma legal y permanente en ese Estado”. En esos párrafos, el término “residencia habitual” se puede interpretar de dos maneras: bien como residencia habitual, bien como residencia permanente. Por lo tanto, proponemos que se hable de “residencia permanente”.

En el párrafo 2, después de las palabras “condición de refugiado” se debieran añadir las palabras “y le haya concedido asilo”.

Capítulo III. Personas jurídicas

Proyecto de artículo 9 — Estado de la nacionalidad de una sociedad

Austria

El proyecto de artículo 9 plantea importantes problemas debido a que exige que se cumplan dos condiciones: el domicilio social, por una parte, y por la otra la sede de la administración u otro vínculo análogo. El requisito de que se cumplan dos condiciones indudablemente privaría de protección diplomática a algunas sociedades. No obstante, como lo indica el comentario, esos son los dos criterios a los que se refirió la Corte Internacional de Justicia en su pronunciamiento en el asunto de *Barcelona Traction*¹⁷. Sin embargo, es interesante observar que la Comisión de Derecho Internacional se refirió, en este contexto, a algún tipo de vínculo efectivo de conformidad con el pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia en la causa *Barcelona Traction*, en tanto que tratándose de personas naturales no se exige la existencia de ese vínculo, a diferencia del asunto *Nottebohm*.

Es preciso recalcar, no obstante, que en ciertas situaciones a las que también hizo referencia la Corte Internacional de Justicia, podrían ser aplicables otros criterios, como el de control de la sociedad; de conformidad con el proyecto de artículo 18, tales excepciones precisan necesariamente de una base convencional, como una *lex specialis*. Cabría preguntarse si la norma sobre la *lex specialis* debería limitarse únicamente a los tratados o si podría basarse además en el derecho internacional consuetudinario, pues es concebible que un Estado se considere con derecho a aplicar el concepto de control en sus demandas contra otro Estado si ambos Estados aplican el

¹⁷ *The Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, I.C.J. Reports*, 1970.

concepto de control en su práctica establecida a los efectos de determinar la nacionalidad de las sociedades. Por lo tanto, Austria propondría atenuar la rigidez de esta norma que se refleja en el proyecto de artículo 9.

El Salvador

Desearíamos saber qué sucede en el caso de una sociedad que establece su domicilio social o la sede de la administración en otro Estado distinto al Estado en el que fue constituida. ¿No habría posibilidad de protección diplomática en ese caso?

Guatemala

El proyecto de artículo 9 parece demasiado elíptico. Ese defecto podría corregirse dividiendo el artículo en dos párrafos, el primero de los cuales sería el párrafo 1 del texto del proyecto de artículo 17 que figura en la nota de pie de página 69 del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 58° período de sesiones¹⁸. El segundo párrafo sería una versión ligeramente modificada del texto actual del proyecto de artículo 9.

Si se acepta esta propuesta, el proyecto de artículo 9 diría lo siguiente:

“1. Un Estado está facultado para ejercer la protección diplomática cuando se ha causado un perjuicio a una sociedad que tiene la nacionalidad de ese Estado.

2. A los efectos de la protección diplomática de las sociedades, una sociedad tiene la nacionalidad del Estado con arreglo a cuya legislación se ha fundado la sociedad y en cuyo territorio ésta tiene su domicilio social o la sede de su administración o con el cual tiene un vínculo análogo.”

Cabe señalar, sin embargo, un problema con el párrafo 2 anteriormente citado. El problema surge cuando, como ocurre comúnmente, una sociedad tiene su domicilio social o la sede de su administración o algún vínculo análogo en un Estado, pero se ha fundado con arreglo a la legislación de otro Estado. En este caso, parecería que no hay Estado que pueda ejercer la protección diplomática de la sociedad. Esta dificultad podría resolverse sustituyendo la palabra “y” incluida en el párrafo 2 por la palabra “o”. Pero, si se opta por ese cambio, en el caso hipotético que se ha contemplado, serán *dos* los Estados facultados para ejercer la protección diplomática. Para salir de esta nueva dificultad, podría agregarse un nuevo párrafo, redactado en los siguientes términos:

“3. Cada vez que por aplicación del párrafo 2 sean dos los Estados facultados para ejercer la protección diplomática, podrá ejercerla aquel de los dos con el cual la sociedad tiene, globalmente, los vínculos más estrechos.”

A primera vista, las demás cuestiones que preocupan a Guatemala en relación con las sociedades parecen ser meramente lingüísticas, pero en realidad van más allá de esa esfera.

¹⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/58/10), párr. 70.*

Quienquiera que tenga algún conocimiento, por rudimentario que sea, del derecho angloamericano, sabe que éste dista mucho de aplicar el término “corporation” tan sólo a lo que en español y francés se denomina, respectivamente, *sociedad anónima* y *société anonyme*, término que se encuentra en la versión original francesa del fallo de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Barcelona Traction*, y que corresponde, en la versión inglesa del fallo, a la frase “limited company whose capital is represented by shares”.

Nos inclinamos, no obstante, por pensar que en la versión inglesa del proyecto de artículos la palabra “corporation” no crea problemas. Es obvio que en dicha versión esa voz tiene el sentido que se le suele dar más comúnmente en los países de habla inglesa, es decir, el de sociedad anónima. No obstante, tal vez no estaría demás incluir, en la versión inglesa que finalmente se apruebe, una nota de pie de página que indique que en esa versión la palabra “corporation” tiene el sentido de “limited company whose capital is represented by shares”.

No obstante, en cuanto a las versiones española y francesa de los proyectos de artículos 9 a 12 inclusive, Guatemala es de opinión que, si esos artículos han de corresponder al texto inglés, habría que reemplazar las expresiones “*société*” y “sociedad” por “*société anonyme*” y “sociedad anónima”, respectivamente.

México

México también reconoce, a través de la lectura del texto, que los comentarios que ha aportado en los últimos años con respecto a la determinación de la nacionalidad de las sociedades para el ejercicio de la protección diplomática han sido tomados en cuenta por la Comisión de Derecho Internacional.

Marruecos

Tal como está formulado, el proyecto de artículo se conforma a los criterios [antes señalados] para determinar el Estado de la nacionalidad de la sociedad. Sin embargo, cabe señalar que el proyecto de artículo no precisa qué Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática respecto de una sociedad constituida en un Estado y cuyo domicilio social se transfiere a otro Estado.

Países Bajos

Los Países Bajos consideran que la Comisión de Derecho Internacional debería estudiar este proyecto de artículo con más detención y que sería útil tener en cuenta el derecho comparado en materia de sociedades y los acontecimientos económicos actuales. Tal como está redactado actualmente el proyecto de artículo, excluye la posibilidad de que las sociedades tengan doble nacionalidad. A este respecto, cabe señalar a la atención de la Comisión las sociedades con doble nacionalidad de los Países Bajos, como Unilever y Fortis.

Los Países Bajos proponen que se suprima la frase “o ... un vínculo análogo” por ser demasiado vaga. Los criterios utilizados en el asunto *Barcelona Traction* ya han sido adaptados suficientemente en este proyecto de artículo para encuadrarse en distintos sistemas jurídicos nacionales. Agregar este criterio sólo crea confusión.

Qatar

El Estado de Qatar considera que, en principio, para que un Estado pueda ejercer el derecho a la protección diplomática en relación con una sociedad, ésta se debe haber fundado con arreglo a la legislación de ese Estado, lo que requiere que esté registrada como tal en ese Estado y que su domicilio esté ubicado en él. Por lo tanto, este proyecto de artículo es coherente y pragmático y nos evita, en la medida de lo posible, tener que estudiar a fondo la cuestión de la múltiple nacionalidad de las sociedades.

La expresión “un vínculo análogo” que aparece al final del artículo es imprecisa, y puede dar lugar a interpretaciones diversas en el futuro. Por consiguiente, sería preferible considerar la posibilidad de suprimirla o de sustituirla por una expresión más precisa.

Uzbekistán

La expresión “Estado de la nacionalidad de una sociedad” [en la versión rusa] se debería reemplazar por la expresión “Estado del origen de una sociedad” y habría que insertar una definición de este concepto en un proyecto de artículo titulado “Términos empleados” (véase *Otros comentarios y propuestas* más adelante). Es preciso introducir los mismos cambios en el proyecto de artículo 10 y en el párrafo b) del proyecto de artículo 11.

Proyecto de artículo 10 — Continuidad de la nacionalidad de una sociedad

Austria

En el comentario del proyecto de artículo 10 se dice que no es necesario abordar el caso de la sucesión de Estados debido a su carácter excepcional. Sin embargo, los acontecimientos recientes han demostrado que es necesaria una reglamentación similar a la que existe con respecto a las personas naturales. Austria no ve la razón por la que en el caso de las sociedades no se intentan establecer reglamentación, mientras que en el caso de las personas naturales esa situación queda cubierta. En lo que respecta a la aplicación a las sociedades de la regla sobre continuidad en el caso de sucesión de Estados, se podrían plantear los siguientes problemas: en la mayoría de los casos de sucesión de Estados el ordenamiento jurídico interno del Estado predecesor continúa existiendo como ordenamiento jurídico del Estado recientemente establecido. Por lo tanto, las sociedades constituidas con arreglo a la legislación del Estado predecesor sencillamente continúan existiendo con arreglo

a las leyes del nuevo Estado. Al mismo tiempo, sin embargo, adquieren una nueva nacionalidad. En esas circunstancias, el proyecto de artículo 10 tal como está redactado podría redundar en la pérdida del beneficio de la protección diplomática.

Países Bajos

Los comentarios acerca del proyecto de artículo 5 son aplicables también al presente proyecto de artículo.

Noruega, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

En consonancia con la opinión [expresada en relación con el proyecto de artículo 5 (*véase supra*)], los países nórdicos respaldan el criterio adoptado por la Comisión al aplicar la misma solución en el proyecto de artículo 10 también con respecto a las sociedades. La excepción que figura en el párrafo 2 del artículo 10, según la cual un Estado podrá seguir ejerciendo la protección diplomática con respecto a una sociedad que tenía su nacionalidad en el momento del perjuicio y que, de resultas de ese perjuicio, ha dejado de existir, parece lógica.

Estados Unidos de América

(En lo que respecta al párrafo 1, véanse los comentarios al proyecto de artículo 5.)

En el comentario que acompaña al proyecto de artículos se reconoce que la norma establecida en el párrafo 2 no es reflejo del derecho internacional consuetudinario, sino que es más bien un intento de resolver las dificultades que se puedan presentar cuando la norma sobre continuidad de la nacionalidad se aplique a las sociedades extinguidas. Sin embargo, el comentario no constituye una base para evaluar la probabilidad de que esas dificultades se planteen, lo que deja una base normativa insuficiente para este proyecto de artículo 10.

Los Estados Unidos no están de acuerdo con la Comisión en que la protección diplomática de las sociedades extinguidas requiere una excepción a la norma sobre continuidad de la nacionalidad. Para comenzar, un Estado puede seguir ejerciendo la protección con respecto a las reclamaciones de una sociedad mientras dicha sociedad conserve una personalidad jurídica, la que puede ser tan mínima como el derecho a entablar acción judicial y a ser procesada en virtud del derecho interno¹⁹. Muchos sistemas jurídicos nacionales permiten que las sociedades continúen entablando y defendiendo reclamaciones que tuvieron su origen durante la vida de la sociedad por un período limitado después de la disolución de ésta, lo que significa que la

¹⁹ En el asunto *Barcelona Traction* la Corte Internacional de Justicia explicó que esa empresa “no había dejado de existir” porque seguía siendo libre de ejercer sus derechos legales en los tribunales españoles, a pesar de sus problemas financieros. Como señaló la Corte, “una situación financiera precaria no se puede equiparar a la extinción de la entidad social; sólo es pertinente la situación jurídica de la empresa (*Asunto relativo a la sociedad Barcelona Traction Light & Power Company, Limited (Bélgica contra España)*, 1970 C.I.J. 3, pág. 41 en el párrafo 66.

personalidad jurídica de la sociedad persiste hasta que expira ese plazo²⁰. Así pues, el problema de patrocinar las reclamaciones de sociedades extinguidas se presentaría con poca frecuencia, ya que la gran mayoría de las reclamaciones pueden ser consideradas mientras la sociedad mantenga una personalidad jurídica.

Sin embargo, después de que la sociedad deja de existir hay una muy importante razón de política que se puede contraponer a la excepción propuesta. La excepción no tiene en cuenta las razones de política en que se basa el derecho interno para permitir que la personalidad jurídica de las sociedades se extinga. Las leyes internas sobre supervivencia y liquidación de las sociedades establecen un período de liquidación limitado para permitir que los interesados en una sociedad obtengan los beneficios derivados del carácter definitivo de la liquidación, sabiendo que una vez que termine el período de liquidación las reclamaciones entabladas por la sociedad o en contra de ésta cesarán²¹. Lo dispuesto en el párrafo 2 del proyecto de artículo 10 amenaza con debilitar el carácter definitivo de la liquidación y las decisiones sobre distribución de recursos que la acompañan, al permitir que las reclamaciones relativas a la sociedad persistan indefinidamente después de que ésta ha dejado de existir.

Uzbekistán

(Véanse los comentarios a los proyectos de artículo 5 y 9.)

²⁰ En la mayoría de las jurisdicciones de los Estados Unidos, por ejemplo, las sociedades pueden entablar acción judicial y ser objeto de acción judicial hasta tres años después de su disolución. Model Business Corporation Act § 14.07 (2002), véase también Delaware Code Annotated Title 8, § 278 (2005) (plazo de tres años para presentar reclamaciones después de la disolución de las sociedades). La Model Business Corporation Act (Ley Modelo sobre sociedades comerciales) y el Código de Delaware están considerados los códigos de referencia para el derecho de las sociedades en los Estados Unidos. Otros Estados permiten entablar reclamaciones que tuvieron su origen durante la vida de la sociedad dentro de plazos que oscilan entre los dos años posteriores a la disolución de la sociedad y un plazo indefinido, con sujeción al plazo de prescripción de la reclamación. Véase 805 Illinois Compiled Statutes 5/12.80 (1998) (las reclamaciones a favor o en contra de la sociedad que tuvieron su origen antes de la disolución de ésta se pueden entablar en un plazo de hasta cinco años después de la disolución), New York Business Corporation Law § 1006 a) 4) (toda acción judicial en que la sociedad sea la demandante o la demandada y que haya tenido su origen antes de la disolución se puede entablar sin limitación de tiempo); 15 Pennsylvania Consolidated Statutes Annotated, Título 8 § 1979 (plazo de dos años para las acciones judiciales entabladas por la sociedades o en contra de éstas después de su disolución). Otros países tienen leyes similares para tratar la cuestión de la personalidad jurídica de una sociedad después de la disolución de ésta. En el Reino Unido, las sociedades pueden demandar y ser demandadas hasta dos años después de su disolución, previa autorización judicial (Companies Act (Ley de empresas), 1985, c. 6, § 651). En el Canadá, también se requiere autorización judicial para que una sociedad pueda entablar o ser objeto de una demanda, aunque no parece haber un plazo que limite ese derecho (Canada Business Corporation Act (Ley de sociedades comerciales del Canadá), R.S.C., cap. C-44, § 209 (2004) (Can.)). El código de comercio de Francia permite que se consideren reclamaciones en favor o en contra de una sociedad hasta tres años después de la disolución de ésta (Code Commercial, art. L. 231-1-237-31).

²¹ Es por este motivo que, por lo menos en los Estados Unidos, generalmente se pone término a las reclamaciones que permanecen sin resolverse durante el período de liquidación de las sociedades una vez que termina ese período. William M. Fletcher, 16 Fletcher, *Cyclopedia of the Law of Private Corporations*, § 8144.40 (2005).

Proyecto de artículo 11 — Protección de los accionistas

Noruega, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

En lo que respecta al ejercicio de la protección diplomática en favor de los accionistas, complace a los países nórdicos comprobar que la Comisión ha velado porque haya una concordancia general con la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, sobre la base del asunto *Barcelona Traction*.

El fallo de 1970 de la Corte Internacional de Justicia establece un sano equilibrio entre los intereses de la empresa y los intereses de los accionistas, e intensifica la claridad jurídica. Los países nórdicos están de acuerdo en que no se debe invalidar la norma básica de que la protección diplomática en favor de una empresa la debe ejercer principalmente el Estado de la nacionalidad de la empresa. Además, la incapacidad de pedir protección a su propio Gobierno es tal vez uno de los riesgos comerciales que los accionistas asumen al comprar acciones de compañías extranjeras.

Apartado a)

Austria

En relación con el apartado a) del proyecto de artículo 11, cabe preguntarse por qué éste hace referencia únicamente al “Estado de constitución” y no al Estado de la nacionalidad como se hace en los demás proyectos de artículos pertinentes teniendo en cuenta el doble criterio exigido para la nacionalidad. El efecto de este párrafo es muy amplio pues se refiere a situaciones en que una empresa tiene la nacionalidad del Estado A y deja de existir en ese Estado “de conformidad con la legislación del Estado de constitución”, pero el perjuicio que sufre es causado por el Estado B. Si los accionistas de la empresa tienen la nacionalidad de los Estados C y D, lo que podría dar origen a una multiplicidad de reclamaciones, la restricción impuesta por la frase “por algún motivo no relacionado con el perjuicio” no tiene mucho sentido, ya que el Estado en que la empresa deja de existir es diferente del Estado que causa el perjuicio. Esta cláusula sólo es útil si también se quiere incluir en esta disposición a las sociedades que eran nacionales del Estado que causa el perjuicio en el momento de producirse éste y que, como resultado del perjuicio, han dejado de existir de conformidad con la legislación de ese Estado. En aras de la claridad necesaria, Austria propone que se formulen estas dos cuestiones en dos párrafos separados.

El Salvador

En relación con el apartado a) del proyecto de artículo 11, que se refiere al caso de la protección de los accionistas cuando la sociedad ha dejado de existir de conformidad con la legislación del Estado de constitución por algún motivo no relacionado con el perjuicio, pero que no contempla el caso de los accionistas de una sociedad que deja de existir como resultado del perjuicio, pareciera que mientras más se lesionen los derechos de los accionistas, menos pueden los Estados de su nacionalidad ejercer la protección diplomática.

Noruega, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

Los países nórdicos apoyan, al mismo tiempo, las excepciones propuestas en los apartados a) y b) del proyecto de artículo 11.

Estados Unidos de América

Los Estados Unidos de América instan enérgicamente a la Comisión de Derecho Internacional a que suprima el apartado a) del proyecto de artículo 11, porque crea la situación anómala de otorgar a los Estados de la nacionalidad de los accionistas un mayor derecho a patrocinar las reclamaciones de una sociedad que el propio Estado de constitución. Por lo menos con arreglo a la ley de los Estados Unidos, los accionistas no tienen ningún derecho a hacer valer los derechos extinguidos de una sociedad disuelta²², porque la sociedad es el vehículo principal para la protección de sus propios derechos. Es por esta razón que la Corte Internacional de Justicia, en el asunto *Barcelona Traction*, sostuvo que el Estado de constitución debía ejercer la protección diplomática con respecto a los perjuicios causados a la sociedad. En el comentario no se ofrece una justificación para crear una categoría de reclamaciones en la que los Estados de los accionistas pueden hacer valer las reclamaciones de la sociedad y el Estado de constitución no lo puede hacer. Debido a la incompatibilidad de esta norma con los principios básicos del derecho de las sociedades, habría que suprimirla. El hacerlo no infringiría en modo alguno el derecho de los Estados de los accionistas a entablar reclamaciones por los perjuicios directos sufridos por los accionistas, cosa que está permitida por los proyectos de artículos 2 y 3.

Apartado b)

Austria

En el apartado b) del proyecto de artículo 11 se plantea la cuestión del perjuicio, ya que no está claro a qué tipo de perjuicio se hace referencia en este contexto, en particular, si el perjuicio debe entenderse en el sentido que se da al término en el proyecto de artículo 1, que habla de “un perjuicio sufrido por [uno de sus nacionales] como resultado de un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado”. Leído en conjunto con la frase introductoria, queda claro que el perjuicio al que se hace referencia en el apartado b) del proyecto de artículo 11 debe ser un perjuicio causado a la sociedad. Sin embargo, como la sociedad tiene la nacionalidad del Estado que causa el “perjuicio”, éste no se podría producir “como resultado de un hecho internacionalmente ilícito de

²² William M. Fletcher, 16 *Fletcher Cyclopedia of the Law of Private Corporations* § 8144.40 (2005) en que se señala que la ley de los Estados Unidos no permite a los accionistas hacer valer los derechos expirados de una sociedad disuelta. Los Estados Unidos son en general uno de los Estados más permisivos con respecto a las acciones emprendidas por los accionistas en favor de la sociedad, lo que indica que otros Estados tal vez no permitan tampoco que los accionistas entablen juicios para hacer valer los derechos de las sociedades disueltas. Bernhard Grossfield, 13 *International Encyclopedia of Comparative Law*, pág. 107 en que se explica que los Estados Unidos tienen en general una actitud más favorable que otros Estados respecto de las acciones judiciales entabladas por los accionistas en favor de la sociedad.

otro Estado”. En el comentario no se da una respuesta a esta cuestión; para disipar toda duda al respecto, sería aconsejable aclararla.

Países Bajos

El proyecto de artículo parece haber provocado controversia en la Sexta Comisión. La Comisión de Derecho Internacional ha tratado de codificar las dos excepciones formuladas en el asunto *Barcelona Traction*. Los Países Bajos están de acuerdo con la Comisión en que el Estado de la nacionalidad del accionista, cuando se trata de una sociedad Calvo, tendría derecho a ejercer la protección diplomática.

En el apartado b), en su versión inglesa, se dice “alleged to be responsible for causing injury”. En el párrafo 2 del proyecto de artículo 14, la redacción es diferente: “alleged to be responsible for the injury”. La redacción del proyecto de artículos debería ser uniforme.

Noruega, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

(Véase el comentario al apartado a.)

No debería permitirse a un Estado exigir a una empresa extranjera que se constituya con arreglo al derecho local como condición previa para realizar actividades empresariales en ese Estado, y luego invocar dicha constitución como justificación para rechazar el ejercicio de la protección diplomática de la empresa extranjera contra el Estado de la nacionalidad.

De conformidad con los comentarios al apartado b) del proyecto de artículo 11, esta excepción se aplica a los casos en que el requisito de constitución con arreglo a la legislación local como condición previa para realizar actividades empresariales es un requisito formal contenido en la legislación local. Sin embargo, como parte del desarrollo progresivo del derecho internacional, hay buenas razones para hacer extensiva esta excepción también a aquellos casos en que el requisito de constitución no es un requisito formal, sino que es resultado de las presiones de carácter informal o político ejercidas sobre la empresa extranjera. Los países nórdicos proponen que en la frase “sea exigida por éste como condición previa para realizar actividades empresariales en ese Estado” del apartado b) del proyecto de artículo 11, se incluyan también dichos requisitos de carácter informal. Ello debería quedar recogido luego en los comentarios al apartado b) del proyecto de artículo 11.

Estados Unidos de América

Los Estados Unidos tienen serios motivos de preocupación acerca del apartado b) del artículo 11. Como lo hemos explicado anteriormente a la Comisión de Derecho Internacional, la excepción propuesta carece de apoyo en el derecho internacional consuetudinario. En todos los casos citados por la Comisión como prueba de esta excepción, existía de hecho un acuerdo especial entre dos Estados por el que se otorgaba a los accionistas el derecho a pedir indemnización, o un acuerdo entre el estado que causaba el perjuicio y su sociedad nacional por el que se otorgaba

indemnización a los accionistas²³. Como resultado de esos acuerdos, los casos anteriormente mencionados prestan muy poco apoyo a la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario que permite a los Estados patrocinar las reclamaciones presentadas por los accionistas contra el Estado de constitución en los casos en que la constitución era requisito obligatorio para realizar actividades empresariales en el Estado. De modo análogo, la Corte Internacional de Justicia, en el asunto *Barcelona Traction*, no tuvo ocasión de considerar la validez de la excepción, pues en ese caso el Estado que causó el perjuicio no era el Estado de constitución.

A falta del apoyo del derecho internacional consuetudinario, los Estados Unidos tienen dudas acerca de si esta excepción se basa en una política pública racional. Como hemos dicho anteriormente, la excepción crearía un régimen en que los accionistas de sociedades constituidas en un Estado tendrían mayor derecho a pedir la protección diplomática de sus reclamaciones en ese Estado que los accionistas de empresas de propiedad extranjera, los que tendrían que recurrir al Estado de constitución para entablar reclamaciones. No está claro si ése es un resultado justo.

Uzbekistán

(Véase el comentario al proyecto de artículo 9.)

Proyecto de artículo 12 — Perjuicio directo a los accionistas

Estados Unidos de América

Los Estados Unidos estiman que el proyecto de artículo 12 estaría codificando el derecho internacional consuetudinario al decir que el Estado de la nacionalidad de los accionistas tendrá derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a los accionistas cuando éstos han sufrido un perjuicio directo. Esa declaración está de más en este caso. Los proyectos de artículos 2 y 3 aclaran que un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a las reclamaciones de sus nacionales cuando se han cumplido los demás requisitos del proyecto de artículos. Debido a que los accionistas son nacionales, como todos los demás, no hay motivo para adoptar un artículo separado que diga que sus reclamaciones son permisibles. Más bien, si la Comisión de Derecho Internacional lo estima necesario, en el

²³ Delagoa Bay Railway Co. en J. B. Moore, 6 *Digest of International Law*, pág. 647 (1906) resuelto mediante un acuerdo entre los Estados Unidos, el Reino Unido y Portugal de someter a arbitraje internacional la cuestión de la indemnización debida a los accionistas de los Estados Unidos y el Reino Unido a causa de la expropiación realizada por Portugal de una empresa portuguesa; Mexican Eagle (El Aguila) (1947) en M. Whiteman, 8 *Digest of International Law*, pág. 1274 (1967), controversia entre el Reino Unido y México por la nacionalización por México de yacimientos petrolíferos de propiedad de sociedades mexicanas controladas por intereses británicos, resuelta mediante acuerdo extrajudicial entre el Gobierno de México y la empresa; Romano-Americano en Hackworth, 5 *Digest of International Law*, pág. 841 (1943), controversia resuelta mediante el ofrecimiento de Rumania de pagar a la empresa de petróleo rumana indemnización por los activos confiscados; El Triunfo (Estados Unidos contra El Salvador) (1902) 15 *U.N.R.I.A.A.*, pág. 467 (1991), mediante un protocolo entre los Estados Unidos y El Salvador se convino en someter a arbitraje internacional la cuestión de la indemnización debida a los accionistas de los Estados Unidos por la expropiación por El Salvador de los activos de una empresa salvadoreña.

comentario a los proyectos de artículos 2 y 3 debería decirse que los accionistas también son nacionales cuyo perjuicio les da derecho a la protección diplomática.

Proyecto de artículo 13 — Otras personas jurídicas

Austria

Austria destaca la importancia del proyecto de artículo 13 en vista de la existencia de distintos tipos de personas jurídicas con arreglo a la legislación nacional de Austria.

El Salvador

Estimamos recomendable que en el proyecto de artículo se incluya también la referencia, en lo que sea aplicable, a los proyectos de artículos 11 y 12, ya que en esas otras personas jurídicas podría haber también personas naturales comparables a los accionistas.

Guatemala

En los sistemas de derecho civil, suele existir un tipo de sociedad mercantil híbrida, que está a medio camino entre la sociedad anónima, cuyo capital está representado por acciones que marcan el límite de la responsabilidad de los socios y son libremente transmisibles, y la sociedad de personas, cuyos socios responden íntegramente de las deudas de la sociedad y no pueden transferir con facilidad su parte en los activos. Este tipo intermedio de sociedad mercantil es la sociedad de responsabilidad limitada —*société à responsabilité limitée* en francés y *Gesellschaft mit Beschränkter Haftung* en alemán. Los socios de empresas de ese tipo, que aparentemente también existen en algunos países del *common law* bajo el nombre de *limited liability companies*, se asemejan a los accionistas de la sociedad anónima en que solamente responden de las deudas de la entidad hasta concurrencia de sus aportes. Sin embargo, el capital de la sociedad de responsabilidad limitada no está representado por acciones.

No cabe duda de que la sociedad de responsabilidad limitada está comprendida en el ámbito del proyecto de artículo 13, por lo que se le aplican, en cuanto sea apropiado, los proyectos de artículos 9 y 10. Pero, literalmente, no se le aplicarían los proyectos de artículos 11 y 12, que no se mencionan en el proyecto de artículo 13. Guatemala considera no obstante que los proyectos de artículos 11 y 12 deben aplicarse a la sociedad de responsabilidad limitada y a sus socios.

Por consiguiente, en el proyecto de artículo 13 debería reemplazarse la expresión “9 y 10” por la expresión “9 a 12 inclusive” y en el párrafo 4) del comentario sobre el proyecto de artículo 13, se debería hacer mención expresa de la sociedad de responsabilidad limitada. De esa manera quedaría claro que, para los fines de los proyectos de artículos 11 y 12, los socios de una sociedad de responsabilidad limitada se equipararían a los accionistas de una sociedad anónima.

Países Bajos

La expresión “que realizan actividades ... en favor de una buena causa” que aparece en el párrafo 4) del comentario en la página 76 [en la versión en español] es innecesaria y debería suprimirse. Los Países Bajos estiman que la facultad discrecional del Estado para ejercer la protección diplomática ofrece un margen suficiente.

Qatar

El Estado de Qatar desea señalar a la atención de la Comisión de Derecho Internacional que una de las características básicas de las organizaciones no gubernamentales que se ocupan de los derechos humanos, y a las que se aplica el proyecto de artículo 13, es la independencia. Por ello, cabe temer que el ejercicio del derecho a la protección diplomática del Estado al que pertenece la organización debilite esa independencia, lo que repercutiría negativamente en la relación de la organización con su entorno internacional.

Tercera parte. Recursos internos

Proyecto de artículo 14 — Agotamiento de los recursos internos

México

México otorga atención especial a la aplicación de la regla del agotamiento de los recursos internos. Para que la aplicación de dicha regla sea correcta, es indispensable codificar también las excepciones a su aplicación. Como ya lo expresó en sus comentarios a los informes de la Comisión desde 2003, México está generalmente de acuerdo con la enunciación tanto de la regla como de sus excepciones en el proyecto de artículos que se examina actualmente.

Países Bajos

Los Países Bajos proponen que se incluya el pasaje siguiente en el comentario:

“No se requiere el agotamiento previo de los recursos internos en el caso de una acción diplomática que no llegue a consistir en la formulación de una reclamación internacional. Véase *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States (1987)*, párr. 703, comentario d): ‘El hecho de que una persona no agote los recursos internos no impide que un Estado interceda informalmente en favor de esa persona’.”

Los Países Bajos estiman además que en el comentario debe dejarse en claro si se pretende establecer una distinción entre “reglas” y “principios”.

Por último, los Países Bajos observan que el comentario no es coherente con respecto a la expresión “reclamación”. El párrafo 3) de la página 78 [en la versión en español] es algo confuso. Si se lee conjuntamente con el párrafo 5) del comentario al proyecto de artículo 1 que figura en la página 30 [de la versión en español] y

con el párrafo 6) del comentario al proyecto de artículo 5, que figura en la página 42 [de la versión en español], no queda claro si debe entenderse que la expresión “reclamación” se refiere únicamente a una reclamación formal.

Párrafo 1

Austria

(*Véanse las Observaciones generales.*)

Estados Unidos de América

En el párrafo 1 del artículo 14 se dice que no se puede formular una reclamación internacional en razón de un perjuicio causado a un nacional a menos que “la persona lesionada haya agotado todos los recursos internos, salvo lo dispuesto en el proyecto de artículo 16”. En el comentario que acompaña a este proyecto de artículo, la Comisión de Derecho Internacional explica que se ha procurado incorporar en el artículo la regla sobre agotamiento de los recursos establecida en el asunto *Elettronica Sicula S.p.A (ELSI)*, según la cual “para que una demanda internacional sea admisible basta que se haya sometido el fondo de la demanda a los órganos jurisdiccionales competentes y que se haya perseverado hasta donde lo permitan las leyes y los procedimientos locales, y ello sin éxito”²⁴.

Los Estados Unidos están de acuerdo en que la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *ELSI* incorpora correctamente el requisito de agotamiento de los recursos del derecho internacional consuetudinario. Estiman, sin embargo, que habría que revisar el párrafo 1 del proyecto de artículo 14, para que diga lo siguiente:

“Un Estado no podrá formular una reclamación internacional en razón de un perjuicio causado a uno de sus nacionales o a una de las personas a que se refiere el proyecto de artículo 8 antes de que se hayan agotado los recursos internos, salvo lo dispuesto en el proyecto de artículo 16.”

Redactado en esos términos, el párrafo expresaría mejor el requisito del derecho internacional consuetudinario que en su versión actual porque, como en el asunto *ELSI*, permite que una entidad distinta de la “persona lesionada” cumpla el requisito sobre agotamiento de los recursos internos siempre que el “fondo de la demanda” haya sido sometido a los tribunales internos. En el caso *ELSI*, los Estados Unidos formularon una reclamación contra Italia en la que alegaba que Italia había violado el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre los Estados Unidos e Italia al confiscar la planta y los activos de *ELSI*. Era un hecho indiscutido que la sociedad *ELSI*, una filial italiana de propiedad exclusiva de Raytheon y Machlett Laboratories, sociedades estadounidenses, había impugnado ante los tribunales italianos la legalidad de la confiscación de su planta y sus activos por parte del Gobierno italiano, sin éxito. Como cuestión preliminar, sin embargo, Italia sostuvo que los Estados Unidos no podían hacer valer una reclamación en favor de Raytheon y Machlett porque esas empresas estadounidenses no habían impugnado la confiscación separadamente en los tribunales

²⁴ *Case concerning Elettronica Sicula S.p.A (ELSI) (United States of America v. Italy)*, sentencia, *I.C.J Reports*, 1989, pág. 35, especialmente pág. 46, párr. 59.

italianos, alegando que la confiscación era una violación del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación.

La Corte Internacional de Justicia rechazó la sugerencia de Italia de que la demanda relativa a la sociedad *ELSI* no podía satisfacer el requisito de agotamiento de los recursos internos. La Corte observó que el fondo de la reclamación entablada por *ELSI*, en la que se impugnaba la legalidad de la confiscación dada su relación causal con la quiebra de *ELSI*, era el mismo que el de la reclamación entablada por los Estados Unidos ante la Corte Internacional de Justicia. En esas circunstancias, la Corte sostuvo que “la regla sobre [el agotamiento de] los recursos internos no exige, ni puede exigir, que una reclamación se presente ante los tribunales nacionales en una forma, y con los argumentos, apropiados para un tribunal internacional, el que aplica un derecho diferente a otras partes”²⁵. En otras palabras, la Corte reconoció que una reclamación podría agotarse a los efectos del derecho internacional si los tribunales nacionales consideraban el fondo de la reclamación, con independencia de si la misma persona o entidad que formulaba la reclamación interna gozaba de protección diplomática²⁶. La nueva redacción propuesta expresa mejor la participación en la sociedad *ELSI* pues suprime el requisito de que sea la “persona lesionada”, que supuestamente es objeto de protección diplomática, la parte que agote los recursos internos.

Uzbekistán

De conformidad con el proyecto de artículo 14, el ejercicio del derecho de una persona natural o jurídica a obtener protección del Estado exige que se hayan “agotado” los recursos internos y, al ser así, le llevaría cierto tiempo a la persona recibir protección, teniendo en cuenta los distintos procedimientos jurídicos en los distintos países. Ello a su vez podría redundar en una reducción de la eficacia de la protección diplomática.

Es preciso indicar los medios de obtener protección además del “agotamiento” de los recursos internos y enmendar en consecuencia el proyecto de artículo 16.

Párrafo 2

Austria

Austria entiende el significado del proyecto de artículo 14 en el sentido de que excluye de la definición de “recursos internos” el recurso a las cortes o los tribunales internacionales para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Por consiguiente, no está excluida la posibilidad de que un Estado ejerza su derecho a la protección diplomática simultáneamente con la iniciación de una acción judicial por un particular en contra de ese Estado ante el Tribunal Europeo de

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Este era indudablemente el caso en el asunto *ELSI*. La Corte efectivamente consideró si el derecho italiano otorgaba a las empresas estadounidenses un recurso único que no estaba a disposición de *ELSI* y que dichas empresas estaban obligadas a agotar. La Corte concluyó que Italia no había probado la existencia de un recurso así, por lo que sostuvo que los recursos se habían agotado, y permitió que la Corte pasara a examinar el fondo de la reclamación. *Ibid.*, págs. 35 a 37 en las páginas 46 a 48, párrs. 60 a 63.

Derechos Humanos. Esa situación podría explicarse si se reconoce que existirían dos controversias diferentes que se podrían dirimir en dos foros también diferentes.

México

México no puede dejar pasar desapercibida la definición de la expresión “recursos internos” que ha incluido la Comisión de Derecho Internacional en el párrafo 2 del proyecto de artículo 14. Ésta abarca tanto los recursos judiciales como administrativos que puede interponer una persona lesionada ante los tribunales, sean éstos especiales u ordinarios, del Estado cuya responsabilidad por el perjuicio se invoca.

A este respecto, México se complace en observar que la Comisión ha tenido en cuenta el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Avena* en el párrafo 6) de su comentario sobre el proyecto de artículo 14 con respecto al agotamiento de los recursos internos. Como dice la Comisión, si bien es cierto que hay que agotar también los recursos administrativos, sólo hay que agotar aquellos que puedan tener como resultado una reparación. La persona lesionada no está obligada a solicitar al poder ejecutivo del Estado donde agote los recursos internos que le conceda una reparación en ejercicio de su facultad discrecional, ya que los recursos internos no incluyen los recursos a título de gracia como la clemencia ejecutiva o la petición de indulto.

Uzbekistán

Parece necesario insertar el párrafo 2 del proyecto de artículo 14 en un proyecto de artículo titulado “Términos empleados” (véase *Otros comentarios y propuestas*, más adelante) a fin de definir el concepto de “recursos internos”.

Este párrafo también necesita revisión. Para dar más claridad al texto se podría redactar en los términos siguientes:

“Se entiende por ‘recursos internos’ aquellos recursos legales que puede interponer una persona lesionada. Esto puede incluir el recurso a los tribunales u órganos, sean éstos judiciales o administrativos, ordinarios o especiales, del Estado cuya responsabilidad por el perjuicio se invoca.”

Proyecto de artículo 15 — Tipo de reclamaciones

Austria

Austria se pregunta si el título de esta disposición corresponde al fondo del proyecto de artículo, ya que la esencia de éste está vinculada a las así llamadas reclamaciones mixtas y a la cuestión de si un Estado presenta una reclamación por perjuicio directo en los casos en que no se requiere que se agoten los recursos internos o por perjuicio indirecto en los casos en que sí se requiere que se agoten los recursos internos. La reciente decisión de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Avena* ha expuesto claramente el problema de esta distinción. Ese fallo sólo pone de relieve la necesidad de una regla como la contenida en este proyecto de artículo.

En sus comentarios orales ante la Sexta Comisión, Austria preguntó si era necesario mantener en este proyecto de artículo una referencia específica a una “petición de sentencia declarativa”, habida cuenta de que el único criterio para decidir en este contexto era si existía o no un perjuicio directo para el Estado. La introducción de un posible nuevo criterio sólo crearía confusión. El texto del proyecto de artículo parecería indicar que era preciso distinguir la “petición de sentencia declarativa” de cualquier otra “reclamación internacional”. Sin embargo, en vista de la extensa explicación ofrecida en el comentario, Austria ya no plantea esta cuestión.

Proyecto de artículo 16 — Excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos

El Salvador

Si bien El Salvador está de acuerdo con el fondo del proyecto de artículo, considera que en algunos casos la redacción es complicada y en otros vaga, y que podría dar lugar a confusión entre sus diversas disposiciones. Por lo tanto, estima que con una redacción más clara y precisa se podrían enunciar mejor estas excepciones a la regla.

México

(Véanse los comentarios al proyecto de artículo 14.)

En lo que respecta a las excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos, México considera que existe una excepción que no ha sido incluida en ninguno de los cuatro apartados del proyecto de artículo 16. Ésta se aplica a los casos en que no es necesario agotar los recursos internos en aquellas situaciones en las que vaya a existir una repetición del daño²⁷. Esta excepción se basa en la inutilidad que implicaría agotar los recursos internos si existe una clara posibilidad de que el acto que causó daño al peticionario se pueda repetir.

México considera importante estipular en el proyecto de artículos que corresponde al Estado demandado probar que no se han agotado los recursos internos, detallando los recursos que aún están a disposición de la parte demandante. En caso de que se pueda constatar que todavía hay recursos internos que se pueden hacer valer, la carga de la prueba sobre la existencia de alguna excepción al requisito de agotamiento de los recursos internos pasará a la parte demandante²⁸.

Uzbekistán

(Véase el comentario al proyecto de artículo 14, párrafo 1.)

²⁷ C.F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, Cambridge, Reino Unido (Grotius Publications Limited, 1990), pág. 206.

²⁸ R. Jennings y A. Watts, *Oppenheim's International Law*, (Nueva York, Longman, novena edición, 1996), pág. 526.

Apartado a)

Austria

Austria entiende que el apartado a) del proyecto de artículo 16 se refiere también a la disponibilidad de recursos internos, como se hace en la versión del apartado b) del artículo 44 de los artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobada por la Comisión de Derecho Internacional²⁹ (es decir, todos los “recursos internos disponibles y efectivos”). Para que haya conformidad terminológica con esos artículos, parecería lógico utilizar los mismos términos en este caso.

Qatar

Entendemos que las excepciones que figuran en los apartados a), b) y c) del proyecto de artículo 16 son excesivamente generales y vagas, lo que podría dar lugar a que el artículo 14 no se aplicara en la práctica. Asimismo, esas excepciones socavan la condición básica que es necesario cumplir para ejercer el derecho a la protección diplomática, a saber, haber agotado los recursos internos. Además, esas excepciones podrían dar origen a la emisión de fallos judiciales diversos y contradictorios, dado que incumbe a los tribunales examinar todos los casos con arreglo a los hechos y a sus circunstancias para poder determinar si se han agotado o no los recursos internos. No existe un criterio claro en el que basar el examen de la cuestión de las excepciones que figuran en este proyecto de artículo.

Consideramos que esas excepciones podrían ser aceptables en el marco del examen de los casos que afectan directamente a los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Estados Unidos de América

En el comentario que acompaña al proyecto de artículo 16, la Comisión de Derecho Internacional explica que consideró tres criterios diferentes antes de decidirse por el criterio de la “posibilidad razonable de obtener una reparación eficaz”. La Comisión rechazó el criterio de la “inutilidad manifiesta” porque consideró que fijaba un “umbral demasiado alto” para demostrar la inutilidad. De modo análogo, la Comisión rechazó el criterio aceptado por la Comisión Europea de Derechos Humanos de la “falta de perspectiva razonable de éxito” porque habría permitido a los demandantes pasar por alto los recursos internos en demasiados casos. En lugar de eso, la Comisión estima que el criterio presentado zanja la diferencia y se ajusta a la práctica internacional.

Los Estados Unidos están respetuosamente en desacuerdo con la conclusión de la Comisión de que el criterio de la inutilidad manifiesta fija un “umbral demasiado alto” para probar la inutilidad. Entendido correctamente, estimamos que establece un límite que respeta la soberanía de los Estados y, a la vez, es compatible con el

²⁹ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/56/10 y corrección)*, párr. 76.

derecho internacional consuetudinario. Estimamos que este proyecto de artículo debería redactarse en los términos siguientes:

“No habrán de agotarse los recursos internos cuando éstos sean manifiestamente inútiles o ineficaces. El agotamiento de los recursos internos no es manifiestamente inútil ni ineficaz si existe la posibilidad razonable de disponer de un foro que ofrezca una reparación eficaz.”

De conformidad con los principios aplicables del derecho internacional consuetudinario, el demandante puede determinar que no necesita agotar los recursos internos sólo en las circunstancias más limitadas. No basta que el demandante demuestre que las posibilidades de éxito son escasas o que la interposición de nuevas apelaciones es difícil o costosa. Más bien, para que se considere responsable a un Estado si no hay agotamiento de los recursos internos, “la prueba es la inutilidad evidente o la ineffectividad manifiesta, y no la falta de una perspectiva razonable de éxito o la improbabilidad del éxito, que son pruebas menos estrictas”³⁰. De conformidad con el apartado a) del proyecto de artículo 16, la investigación de la inutilidad estaría centrada en determinar si la reparación es posible, lo que reorientaría la consideración hacia la posibilidad de un resultado positivo, lo que Amerasinghe observa que es incorrecto con arreglo al derecho internacional. Además, la evaluación de si es posible obtener un resultado positivo es una tarea extremadamente difícil. Por el contrario, la segunda oración del texto propuesto como alternativa se centra en si hay un foro razonablemente capaz de proporcionar reparación. Con ello se reconoce que la verdadera prueba de la inutilidad está en determinar si el sistema judicial nacional es en sí razonablemente capaz de proporcionar reparación. Por esa razón, la atención se debería centrar en la disponibilidad de un foro adecuado más bien que en la probabilidad de obtener éxito en ese foro.

Además, como cuestión de política los Estados Unidos estiman que el texto propuesto más arriba es preferible al proyecto de artículo. El propósito de la regla sobre agotamiento de los recursos internos es que el Estado tenga la oportunidad de abordar en el marco de su propio ordenamiento jurídico las violaciones del derecho internacional³¹. La mayoría de los Estados, si no todos, tienen sistemas jurídicos que cuentan con esta capacidad de autocorrección. En esas circunstancias, el respeto de la soberanía del Estado exige que un demandante se valga del sistema jurídico del Estado como condición previa para invocar la responsabilidad del Estado por una infracción del derecho internacional. La redacción propugnada por los Estados Unidos, además de ser consecuente con el derecho internacional, tiene la ventaja de garantizar que en todas las circunstancias, excepto las más extremas, un Estado tenga la oportunidad de rectificar dentro de su propio sistema jurídico las violaciones

³⁰ C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, pág. 195 (1990). Véase también, por ejemplo, Finlandia contra Gran Bretaña, 3 *U.N.R.I.A.A.*, páginas 1479, 1504 (1934) (la regla que exime del agotamiento de los recursos está “interpretada en el sentido más estricto, y si existía un derecho sustancial a interponer apelación, el hecho de no entablar una apelación operaba como obstáculo a la reparación”) (se ha omitido la cita interna); Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, pág. 824 (1915) (“El demandado no queda eximido de agotar los recursos internos de que dispone alegando su incapacidad, por motivos de pobreza, de sufragar los gastos pertinentes, su desconocimiento del derecho a apelar, el hecho de que actuó por consejo de un letrado, o la pretendida imposibilidad o inutilidad de entablar una acción ante los tribunales locales.”).

³¹ Asunto *Interhandel* (Suiza contra los Estados Unidos de América) (Objeciones preliminares), Informes de la Corte Internacional de Justicia, 1959, párr. 6, pág. 27.

del derecho internacional. En cambio, el proyecto de artículo permite a los demandantes trasladar las demandas por supuestas violaciones del derecho internacional a jurisdicciones internacionales antes de que el proceso de corrección esté terminado, lo que menoscaba la soberanía del Estado, así como el desarrollo del imperio de la ley en los sistemas judiciales nacionales.

Uzbekistán

Es necesario especificar qué órgano nacional o internacional definiría cuándo es razonable o no es razonable agotar los recursos internos.

Apartado b)

Qatar

(Véanse los comentarios al apartado a).)

Apartado c)

Austria

Aunque Austria apoya la limitación a la protección diplomática que figura en el apartado c), preferiría, no obstante, que se definiera con más detalle la circunstancia particular en que no existe un vínculo pertinente. Tampoco está claro en qué momento debe darse la falta de vínculo pertinente: es concebible que una persona, en el momento de producirse el perjuicio, haya estado presente en el Estado en que sufrió el perjuicio, pero que posteriormente haya abandonado el territorio. En esas circunstancias, ¿podría el Estado cuya nacionalidad posee la persona beneficiarse de la excepción establecida en el apartado c), o es el vínculo pertinente un requisito para agotar los recursos internos? De la redacción de este apartado no se desprende una respuesta clara. A menos que se deje en claro que es en el momento de producirse el perjuicio cuando debe faltar el vínculo pertinente, se podría proponer vincular la falta de un vínculo pertinente con el carácter de “razonable”, de modo que la obligación de agotar los recursos internos dejaría de existir únicamente si no hubiera un vínculo pertinente entre la persona lesionada y el Estado cuya responsabilidad se invoca, y el agotamiento de los recursos internos no resultara razonable. Partiendo de ese criterio se podría proponer además eliminar la primera parte de este apartado y limitar lo dispuesto en él a la situación en que las circunstancias del caso hacen que el agotamiento de los recursos internos no resulte razonable. En el comentario se podría luego ilustrar la situación haciendo referencia a la falta de un vínculo pertinente. Sin embargo, esa solución excluiría el mal uso de lo dispuesto en este apartado por una persona que sufriera un perjuicio y sencillamente abandonara el Estado supuestamente responsable a fin de eludir la necesidad de agotar los recursos internos. La persona podría entonces privar fácilmente al Estado supuestamente responsable de la posibilidad de reparar el perjuicio a través de sus propios procedimientos. Teniendo en cuenta que el objetivo básico de la regla del agotamiento de los recursos internos es dar al Estado la oportunidad de reparar el daño, es indudablemente necesario impedir ese mal uso.

Países Bajos

Los Países Bajos consideran que se debería adoptar el comentario que figura en el párrafo 11) en la página 92 [de la versión en español] de modo que el proyecto de artículo abarque tanto la “denegación jurídica” como la “denegación de hecho”.

Qatar

(Véanse los comentarios al apartado a).)

Estados Unidos de América

El apartado c) del proyecto de artículo 16 permitiría que el demandante evitara agotar los recursos internos, ya sea porque no existía un “vínculo pertinente” entre la persona lesionada y el Estado cuya responsabilidad se invoca, o porque el agotamiento de los recursos internos no resultaba “razonable”. En el comentario que acompaña al proyecto de artículo se explica que la primera excepción tiene por objeto abordar la situación en que el demandante no tenía intención de interactuar con el Estado demandado pero ha resultado de todos modos lesionada por un hecho de ese Estado. Se dan los ejemplos clásicos de la contaminación transfronteriza y de los aviones que se apartan de la ruta. Según se dice en el comentario, esta última excepción es un intento de permitir excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos en cada caso en particular si su aplicación no parece razonable.

Los Estados Unidos están de acuerdo en que una excepción en este ámbito se justifica cuando no hay un vínculo pertinente entre la persona lesionada y el Estado causante del perjuicio. Sin embargo, proponemos que se elimine la idea de que “no resulte razonable” tener que agotar los recursos internos, para evitar vaguedades y un alcance excesivo. Los Estados Unidos instan a que se redacte nuevamente el apartado c) del proyecto de artículo 16, en los términos siguientes:

“No habrán de agotarse los recursos internos cuando no exista vínculo pertinente entre la persona lesionada y el Estado cuya responsabilidad se invoca.”

La revisión propuesta por los Estados Unidos elimina la cláusula que prevé una excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos cuando “dadas las circunstancias del caso, no resulte razonable tener que agotar los recursos internos”. Esa excepción no tiene fundamento en el derecho internacional consuetudinario ni en una política pública racional. Los Estados Unidos estiman que la fórmula utilizada en el apartado c) es vaga y que introduce demasiada incertidumbre en la aplicación de la regla del agotamiento de los recursos internos. Las excepciones estipuladas en el resto del proyecto de artículo 16 abarcan con precisión las situaciones en que dicha regla no debería aplicarse, inclusive las enumeradas en el párrafo 11) del comentario. La falta de acceso de hecho a los tribunales, la obstrucción delictiva del proceso judicial y los costos prohibitivos son todos factores que podrían hacer “manifiestamente inútil” la interposición de un recurso, lo que exime de la obligación de agotar los recursos internos de conformidad con el apartado a) del proyecto de artículo 16. Por lo tanto, no se necesitan en este caso nuevas excepciones indefinidas.

Estimamos además que habría que aclarar el comentario e indicar que el sobrevuelo del territorio de un Estado no constituye por sí solo un “vínculo pertinente” que exige el agotamiento de los recursos internos. Aunque en el comentario se deja

en claro que los aviones que penetran accidentalmente en el espacio aéreo de un Estado no tienen un “vínculo pertinente” con ese Estado, los Estados Unidos estiman que en los casos en que un avión se limita a sobrevolar el territorio de un Estado como parte de su plan de vuelo, no se ha establecido un “vínculo pertinente”. El requisito de agotar los recursos internos es demasiado oneroso en esas circunstancias, dado lo lejano del vínculo entre la persona lesionada y el Estado que causa el perjuicio. En cambio, un comerciante que atraviesa un Estado con un camión cargado de mercancías con destino a otro lugar sí tiene un vínculo más tangible con el Estado, inclusive el beneficio de recurrir a los tribunales locales del Estado cuyo territorio atraviesa para proteger sus bienes. En esas circunstancias, se ha establecido un “vínculo pertinente” —en ese caso, de naturaleza comercial y territorial—, lo que hace obligatorio el agotamiento de los recursos internos.

Apartado d)

Guatemala

El principio de que la renuncia a un derecho por parte de un Estado debe ser expresa está bien establecido en el derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, los párrafos 12), 15), 16) y 17) del comentario sobre el proyecto de artículo 16 suscitan algunas dudas en lo que respecta a la aplicabilidad de ese principio a la renuncia por un Estado a su derecho de exigir el agotamiento de los recursos internos.

Cabe observar, empero, que la dificultad a que se acaba de hacer referencia, no será tal en muchos casos, si no en la mayoría de ellos. En efecto, tratándose de un compromiso de arbitraje celebrado en relación con una controversia ya surgida en un asunto en que normalmente sería aplicable, a favor de uno de los dos Estados partes, la norma del agotamiento de los recursos internos, no se puede considerar que ese Estado ha renunciado, en forma expresa o tácita, a su derecho a ese agotamiento. Lo que ha ocurrido es algo totalmente distinto; una norma de derecho internacional consuetudinario, a saber, la que hace obligatorio el agotamiento de los recursos internos, ha sido, en virtud del principio de que lo especial prevalece sobre lo general, desplazada por disposiciones contrarias contenidas en un tratado. Con sólo observar que la renuncia es esencialmente unilateral se hace evidente que en ese caso no se puede hablar de renuncia. Respecto de tratados que estipulan la resolución por arbitraje de controversias *futuras* en asuntos en que asimismo deberían normalmente agotarse los recursos internos, lo que procede es interpretar esos tratados para determinar si prescriben o no la inaplicabilidad de la norma correspondiente. Si se concluye que uno de esos tratados sí impone tal inaplicabilidad, entonces tampoco se puede, por las mismas razones, considerar que hay renuncia a la norma que hace obligatorio el agotamiento de los recursos internos.

Marruecos

Proponemos que se suprima el apartado d) en razón de que esa disposición se apartaría de un importante principio de derecho internacional y, además, de que carece de importancia práctica.

Qatar

La excepción que figura en el apartado d) es aceptable porque es consecuente con los principios generales del derecho.

Uzbekistán

Debería agregarse lo siguiente después de la expresión “agoten los recursos internos”: “o cuya acción o inacción equivalga a una renuncia”.

Cuarta parte. Disposiciones varias

Uzbekistán

La cuarta parte debería titularse “Otras disposiciones” en lugar de “Disposiciones varias”.

Proyecto de artículo 17 — Acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática

Austria

El proyecto de artículo 17 protege otros mecanismos jurídicos mediante los cuales se pueden garantizar los derechos de las personas. Ello podría dar origen a una duplicación de procedimientos en diferentes jurisdicciones, con la consiguiente posibilidad de que se dictaran decisiones divergentes. Sin embargo, es preciso aceptar ese riesgo en aras de la protección efectiva de los derechos de las personas.

El Salvador

Debemos tener en cuenta que la protección diplomática es para casos en los que el Estado asume por derecho propio la causa de uno de sus nacionales, no el derecho de los nacionales a que su Estado ejerza la protección diplomática en su favor como resultado de un perjuicio causado por otro Estado. En ese sentido la protección diplomática no podría estar en el mismo nivel que los mecanismos de protección existentes que contempla el derecho internacional de los derechos humanos. Por ende, consideramos que la redacción del proyecto de artículo 17 debería reflejar lo anterior.

Países Bajos

Debería suprimirse la frase “de conformidad con el derecho internacional”. Los Países Bajos son de opinión que el derecho, entre otras cosas, a presentar un escrito *amicus curiae* en las actuaciones ante tribunales nacionales, como lo ha hecho la Unión Europea en causas judiciales de los Estados Unidos, debe mantenerse invariable.

Los Países Bajos proponen además que el proyecto de artículo 17, tal como el proyecto de artículo 19, se enmiende de la manera siguiente:

“El derecho de los Estados, las personas naturales u otras entidades a recurrir a acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática para obtener la reparación del perjuicio sufrido como resultado de un hecho internacionalmente ilícito no resultará afectado por el presente proyecto de artículo.”

Qatar

No es necesario reafirmar el derecho de los Estados, las personas naturales u otras entidades a recurrir, de conformidad con el derecho internacional, a acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática para obtener la reparación del perjuicio sufrido como resultado de un hecho internacionalmente ilícito, porque ya está considerado un derecho inalienable de los Estados y las personas en virtud de las normas de derecho internacional.

Si el proyecto de artículo 17 se refiriera al derecho de los Estados y las personas a invocar los convenios internacionales de derechos humanos, tampoco añadiría nada nuevo. En todo caso, el hecho de que los Estados y las personas puedan recurrir al derecho internacional relativo a los derechos humanos ofrece mayores garantías que la protección diplomática porque se basa en normas jurídicas idóneas y flexibles que permiten a las personas obtener reparación en caso de violaciones de sus derechos y libertades fundamentales.

Habida cuenta de lo anterior, estamos de acuerdo con la opinión de que habría que fundir los proyectos de artículos 17 y 18, y para tal fin proponemos un nuevo artículo que podría redactarse como sigue:

“El presente proyecto de artículos no se aplica en los casos y en la medida en que sea incompatible con las disposiciones especiales de tratados relativas al arreglo de controversias entre sociedades o entre los accionistas de una sociedad y un Estado.”

Uzbekistán

Las disposiciones del proyecto de artículo 17 deberían insertarse en un proyecto de artículo titulado “*Términos empleados*” (véase *Otros comentarios y propuestas*, más adelante) con el fin de definir la expresión “*otros medios de solución pacífica*” (que figura en el proyecto de artículo 1).

Proyecto de artículo 18 — Disposiciones especiales de tratados

Austria

Austria se remite a los comentarios que formuló en relación con el proyecto de artículo 4 relativo a la nacionalidad. No puede descartarse que algunas de las disposiciones, como las relativas a la cuestión de la nacionalidad, se puedan sustituir por disposiciones bilaterales o regionales de derecho consuetudinario. Por consiguiente,

se propone que se haga referencia únicamente a la *lex specialis* o simplemente “a normas especiales de derecho internacional” como se hace en la disposición sobre *lex specialis* en el marco de los artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (artículo 55)³².

El Salvador

Estimamos que este proyecto de artículo refleja una idea similar a la del proyecto de artículo 17, por lo que seríamos partidarios de que ambos constituyeran un solo proyecto de artículo.

Marruecos

La redacción del proyecto de artículo da origen a ambigüedades en dos frentes. En primer lugar, [en la versión francesa] no sabemos a que se refiere la expresión “il est incompatible”. Si la frase se refiere a “présents articles”, se debería usar el plural.

En segundo lugar, el proyecto de artículo se refiere a disposiciones convencionales especiales, lo que hace pensar que existen tratados ordinarios y tratados especiales. Sin embargo, en derecho internacional, en particular en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados³³, no se hace mención alguna de “tratados especiales”. En consecuencia, se podría hacer referencia a normas especiales, como se ha hecho en el caso de la responsabilidad de los Estados y la responsabilidad de las organizaciones internacionales, o se podría modificar la última parte de la oración para que dijera lo siguiente: “incompatibles con los regímenes especiales previstos en los tratados bilaterales y multilaterales relativos a la protección de las inversiones”.

Qatar

(Véanse los comentarios al proyecto de artículo 17.)

Proyecto de artículo 19 — Tripulación de un buque

Austria

La idea en que se basa el proyecto de artículo 19 está confirmada indudablemente por la práctica. Sin embargo, habría que reconsiderar la estructura del proyecto de artículo, ya que la forma en que está redactado actualmente podría dar origen a resultados imprevistos. Cabría preguntarse si el derecho del Estado de la nacionalidad de los miembros de la tripulación a ejercer la protección diplomática resultaría afectado si no se cumple la condición expresada en la última parte de la frase. Ese no es, por cierto, un resultado deseado. Por consiguiente, se propone que en primer lugar, se haga hincapié en el derecho de ambas categorías de Estados a

³² Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/56/10 y Corrección)*, párr. 76.

³³ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, No. 18232.

ejercer la protección diplomática, y en segundo lugar, que se diga que el derecho de un Estado no afecta el derecho del otro.

México

Con respecto al artículo 19 referente a la tripulación de un buque, México reconoce que la codificación realizada por la Comisión de Derecho Internacional refleja adecuadamente el derecho y la práctica internacionales en este rubro. Asimismo, observa con agrado que los comentarios formulados por nuestra delegación sobre este tema en los últimos años han sido tomados en cuenta e incorporados por la Comisión en este trabajo.

La facultad del Estado de la nacionalidad de ejercer la protección diplomática y el derecho del Estado del pabellón a exigir reparación en favor de la tripulación del buque constituyen sin duda un avance fundamental en lo que respecta a asegurar el pleno respeto de los derechos humanos de los tripulantes de embarcaciones. Sin embargo, en el párrafo 8) del comentario sobre el proyecto de artículo 19, no se resuelve la posible concurrencia que podría existir si ambos Estados exigen reparación.

Por esa razón, pedimos a la Comisión que estudie esta hipótesis para que pueda incorporar posteriormente en el proyecto de artículos o en el comentario del proyecto de artículo 19 una referencia que resuelva el problema de la doble reparación del daño por parte del Estado infractor.

Países Bajos

(Véanse los comentarios al proyecto de artículo 17.)

Los Países Bajos recomiendan que este proyecto de artículo se incorpore en el proyecto de artículo 8. Esto es más consecuente con la estructura del proyecto de artículos.

Noruega, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

Los países nórdicos apoyan plenamente el criterio utilizado en el proyecto de artículo 19, según el cual el derecho del Estado del pabellón a ejercer la protección diplomática no excluye el ejercicio del mismo derecho por el Estado de la nacionalidad de los miembros de la tripulación de un buque y viceversa. Este es un principio muy importante. Esta solución significa que las importantes medidas de protección establecidas por el derecho del mar no resultarán debilitadas posteriormente.

Estados Unidos de América

El proyecto de artículo 19 constituiría una afirmación del derecho del Estado de la nacionalidad de la tripulación de un buque a ejercer la protección diplomática en favor de sus nacionales sin menoscabar el derecho del Estado de la nacionalidad del buque a exigir reparación en favor de los miembros de la tripulación, con independencia de su nacionalidad, cuando hayan sufrido un daño como consecuencia de

un perjuicio causado al buque por un hecho internacionalmente ilícito. En el comentario que acompaña al proyecto de artículo se observa que el derecho internacional no es concluyente en lo que respecta al derecho de un Estado a hacer extensiva su protección diplomática a los miembros de la tripulación que no tengan su nacionalidad, pero se llega a la conclusión de que la jurisprudencia internacional se inclina hacia el reconocimiento del derecho a reparación. En el comentario se hace notar que ese derecho a exigir reparación no constituye protección diplomática, pero se señala que presenta una gran semejanza con ese tipo de protección.

Los Estados Unidos acogen con agrado la aclaración que se hace en el comentario de que el proyecto de artículo no tiene por objeto conferir al Estado de la nacionalidad de un buque el derecho a ejercer la protección diplomática respecto de los miembros de la tripulación que no tienen esa nacionalidad. Como explicamos en los comentarios que presentamos en mayo de 2003³⁴, hay gran incertidumbre en cuanto a si el derecho internacional consuetudinario permite al Estado de la nacionalidad de un buque proteger a los miembros de la tripulación procedentes de un tercer Estado.

Sin embargo, dado el hecho de que la Comisión de Derecho Internacional reconoce ahora claramente en su comentario que esta disposición no se refiere a la protección diplomática, los Estados Unidos estiman que el proyecto de artículo queda fuera del ámbito de aplicación del presente proyecto y debería omitirse. La Asamblea General, en su resolución 51/160 de 16 de diciembre de 1996, por la que invitó a la realización de este proyecto, pidió a la Comisión que considerara únicamente la “protección diplomática”. De conformidad con ese mandato, un grupo de trabajo de la Comisión informó a ésta en su 49º período de sesiones que el proyecto de artículos se limitaría a la “protección diplomática *stricto sensu*”³⁵. Dado que el proyecto de artículos tenía por objeto codificar las reglas sobre protección diplomática únicamente, si se hace extensivo el proyecto de artículos a los derechos de los Estados a pedir reparación por los daños sufridos por los miembros de la tripulación, puede crear confusión acerca del ámbito de aplicación del proyecto de artículos en su conjunto y, por lo tanto, no se justifica. Es preferible que se ocupen de esta cuestión otros instrumentos de derecho internacional, como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar³⁶.

En el comentario al proyecto de artículo 19 se dice además que el propósito del artículo es afirmar el derecho del Estado de la nacionalidad de un miembro de la tripulación de un buque a apoyar la reclamación de éste. Aunque los Estados Unidos están de acuerdo en que este es un principio de derecho internacional consuetudinario, considera superfluo enunciarlo aquí. En los proyectos de artículos 2 y 3 se aclara que un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a las reclamaciones de sus nacionales si los demás requisitos establecidos en el proyecto de artículos se han cumplido. Como los miembros de la tripulación son nacionales, al igual que todos los demás, no hay razón para aprobar un proyecto de artículo separado para hacer notar que sus reclamaciones son admisibles. Más bien, si la Comisión lo estima necesario, en el comentario a los proyectos de artículo 2 y 3 se debería incluir una frase en el sentido de que los miembros de la tripulación también son nacionales cuyo perjuicio está sujeto a protección diplomática.

³⁴ Archivados en la División de Codificación.

³⁵ *Yearbook ... 1997*, vol. II (segunda parte), párr. 176.

³⁶ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1833, No. 31363.

Otros comentarios y propuestas

Países Bajos

En las páginas 20 a 22 [de la versión en español] del quinto informe del Relator Especial³⁷ figuran dos propuestas de “cláusulas de salvaguardia” que podrían constituir variantes de los proyectos de artículos 17 y 18. La primera variante propuesta del proyecto de artículo 17, dice lo siguiente:

“Artículo 26

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

Los Países Bajos estiman que se puede prestar apoyo a este proyecto de artículo.

La segunda propuesta incluye una redacción diferente para el proyecto de artículo 21, la que es una combinación de los proyectos de artículos 17 y 18:

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

Los Países Bajos consideran que también se puede prestar apoyo a esta “cláusula general de salvaguardias”.

El sexto informe trata de la doctrina de las “manos limpias”. Los Países Bajos hacen suyas las conclusiones del Relator Especial³⁸.

Estados Unidos de América

Los Estados Unidos no han estado en condiciones de examinar cada una de las afirmaciones, notas de pie de página y citas que figuran en los comentarios. Sin embargo, nuestro análisis de los comentarios ha puesto al descubierto numerosos casos en que parece citarse doctrina o jurisprudencia en relación con propuestas a las que no sirven de fundamento. Instamos a la Comisión a que examine cuidadosamente la exactitud de los comentarios y la descripción de los materiales que en ellos se citan.

Los Estados Unidos desearían pedir a la Comisión de Derecho Internacional que deje en claro en los comentarios cuáles proyectos de artículos considera que constituyen un desarrollo progresivo del derecho internacional, y no codificación del derecho internacional consuetudinario. Por ejemplo, si bien no tenemos objeciones que oponer al proyecto de artículo 8, se trata claramente de un caso de desarrollo progresivo del derecho y se debería describir en esos términos.

³⁷ Véase A/CN.4/538, sección D, partes 1 y 2.

³⁸ A/CN.4/546.

Uzbekistán

En nuestra opinión, es necesario dar una explicación, en un proyecto de artículo separado titulado “Términos empleados”, de los siguientes términos utilizados en el proyecto de artículos: “nacionalidad de una persona jurídica” [en la versión en ruso]; “nacionalidad de una sociedad”; “constitución”; “Estado de constitución”; “daño personal”; “daño a la propiedad”; “daño a los derechos personales que no sean de propiedad”; y otros similares.

Comentarios sobre la forma definitiva

Noruega, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

Los países nórdicos estiman que sería conveniente proceder con cierta rapidez a aprobar el proyecto de artículos en segunda lectura. Además, estiman que las disposiciones sobre protección diplomática deberían adoptarse en breve plazo en forma de convención. Ello intensificaría la claridad jurídica y la previsibilidad en este importante campo del derecho.
