

**NUEVA APROXIMACIÓN A UNA INSTITUCIÓN
CLÁSICA: LA NECESARIA ADAPTACIÓN DE
LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA A LOS ACTORES
Y FACTORES PRESENTES EN LA ACTUAL
SOCIEDAD INTERNACIONAL**

por F. JAVIER QUEL LÓPEZ

SUMARIO

- I. HACIA UNA ADAPTACIÓN DE LOS CARACTERES BÁSICOS DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA
 - A. **De Mavrommatis a Lagrand: la evolución de la ficción jurídica que sustenta la acción de protección**
 - B. **La protección diplomática concebida como un derecho del Estado de carácter residual y naturaleza procesal subsidiario de la legitimación individual**
- II. LA EVOLUCIÓN DE LOS REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA
 - A. **La nacionalidad efectiva y continua, un requisito en revisión**
 - 1. DE LA EFECTIVIDAD DEL VÍNCULO A LA ADQUISICIÓN DE BUENA FE DE LA NACIONALIDAD
 - 2. LA CONTINUIDAD DE LA NACIONALIDAD
 - B. **La emergencia de puntos de conexión personales diferentes a la nacionalidad como fundamento para iniciar la acción de protección**
 - 1. LA NACIONALIDAD DE LA RECLAMACIÓN EN EL CASO DE INVOCACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR UN ESTADO NO DIRECTAMENTE LESIONADO
 - 2. LA PROTECCIÓN DE REFUGIADOS Y APÁTRIDAS
 - 3. LA ACUMULACIÓN DE RECLAMACIONES FORMULADAS POR UN ÚNICO ESTADO EN EL CASO DE MÚLTIPLES NACIONALES PERJUDICADOS. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL ASUNTO SAIGA II ANTE EL TIDM
 - C. **Dobles y múltiples nacionalidades**
 - 1. LEGITIMACIÓN PARA INICIAR LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN FRENTE A TERCEROS ESTADOS SIN VÍNCULO DE NACIONALIDAD CON EL PARTICULAR LESIONADO
 - 2. LEGITIMACIÓN PARA INICIAR LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN EL CASO DE DOBLE O MÚLTIPLE NACIONALIDAD Oponiendo a Estados de los que el particular sea nacional

D. La nacionalidad de las personas jurídicas y la protección de los accionistas. La necesidad de adaptar la regla de la Barcelona Traction a la realidad económica mundial

III. HACIA UNA CONCEPCIÓN FLEXIBLE DEL REQUISITO DEL AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS

IV. CONCLUSIÓN: LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA, UNA INSTITUCIÓN NECESARIA AL SERVICIO DEL PARTICULAR EN UNA SOCIEDAD GLOBALIZADA

I. HACIA UNA ADAPTACIÓN DE LOS CARACTERES BÁSICOS DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

A. De Mavrommatis a Lagrand: La necesaria evolución de la ficción jurídica que sustenta la acción de protección

La Protección Diplomática como institución secular de defensa de los nacionales de un Estado que resulten lesionados en sus derechos como consecuencia de la violación por otro Estado de una obligación internacional ha constituido consuetudinariamente el único mecanismo incontestado de presencia del particular en el ordenamiento internacional. En efecto, en un contexto relacional estrictamente interestatal de carácter esencialmente bilateral, la invocación de responsabilidad y la búsqueda de una reparación en el caso de que la lesión afectara a bienes o derechos de personas físicas o jurídicas pasaba necesariamente por una asunción de los intereses del lesionado como propios del Estado. La irrupción del individuo en el contexto jurídico internacional como destinatario directo de derechos y obligaciones y partícipe cualificado en ocasiones también en los procesos de aplicación de normas exige, al menos, una reformulación de la naturaleza de la protección diplomática, de su operatividad procesal y de los requisitos de aplicación.

Cuando en 1924 el TPJI enunció el derecho propio del Estado de hacer valer su propio derecho en orden a exigir una reparación adecuada a favor de sus nacionales lesionados como consecuencia de la violación de una obligación internacional, realmente estaba mostrando el marco general del sistema jurídico en lo tocante al papel del individuo, sus limitaciones estructurales. De esta suerte, como señala A. Pellet, la formulación heredera de Vattel, cumplía la misión de conciliar dos imperativos contradictorios: de un lado se trataba de evitar que el daño quedara sin reparación cuando el perjudicado fuera directa y esencialmente el particular lesionado en sus bienes o derechos y, por otro, se afirmaba sin duda la exclusión del individuo en cuanto a la posibilidad de elevar directamen-

te la reclamación al ámbito internacional¹. Sin embargo, tales premisas deudoras de una concepción estrictamente estatocéntrica del sistema jurídico internacional, se han visto claramente alteradas en un doble sentido: por una parte es evidente el notable aumento de las normas que reconocen derechos individuales y, por otra, no es menos cierto la paulatina pero constante atribución a las personas físicas o jurídicas de una personalidad activa que les permite hacer valer sus derechos derivados de la norma internacional ante instancias nacionales e internacionales². En efecto, al margen de la consideración del individuo como objeto o sujeto del sistema jurídico internacional, lo cierto es que tanto desde el punto de vista sustantivo como adjetivo, la presencia directa de los particulares en el sistema jurídico internacional no deja de expandirse. Sustantivamente parece fuera de toda duda que los derechos atribuidos por la norma internacional constituyen derechos subjetivos individuales, y no derechos del Estado del que son nacionales³. Así, en la relación jurídica entre un Estado y los no nacionales es incuestionable que será el ciudadano extranjero el destinatario directo del estándar de trato debido derivado de la cantidad y calidad de los derechos del particular destinatario de las normas de atribución.⁴ La C.I.J. ha reafirmado y dado consistencia a la atribución directa de derechos subjetivos de particulares deri-

¹ Vid. Pellet, A.: «Le droit international à l'aube du XXI siècle (La Société internationale contemporaine- Permanence et tendances nouvelles)». *CEBDI*, 1997, p. 84.

² Tradicionalmente, la posición del individuo en lo relativo a la efectividad de sus derechos internacionalmente reconocidos ha estado y está en gran parte caracterizada por circunscribirse a un contexto de derecho interno en el que los Estados que manifiestan su consentimiento en obligarse por la norma internacional que genera derechos subjetivos asumen una obligación de resultado en orden a dotar de sanción al derecho reconocido.

³ Como afirma Sh. Rosenne: «The individual may well have rights, and equally may well be under duties, according to international law. The fact that there may be procedural obstacles to the direct enforcement of those rights on the international plane, at least without the intervention of the national State, does not alter the fact that those rights exist». Cfr Rosenne, Sh.: *R des C*, t. 291 (2001), p. 291.

⁴ La categoría de estándar mínimo de trato debido a los extranjeros carece en la actualidad de cualquier sentido. La irrupción de normas de protección de derechos humanos y su constante expansión y general aceptación determina una expansión potencialmente ilimitada de los derechos individuales con independencia de su nacionalidad y Estado de residencia. Sobre la incidencia de los derechos humanos en el clásico concepto del estándar mínimo de trato *vid.* Lillich, R.B.: «Duties of States regarding the civil rights of aliens» *R des C*, t. 161 (1978-III), pp. 329-443. En esta línea, la *Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven* adoptada por la Asamblea General el 13 de diciembre de 1985, posee una vocación de constituirse en el mínimo común denominador consuetudinario del trato debido a los extranjeros. Su explícita incardinación en los propósitos de la Carta y su expresa vinculación con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Pactos convierten a este texto en la mejor prueba de la existencia y constante evolución de las obligaciones estatales de trato a los extranjeros que, por otra parte, podrán ser ampliados y completados en las legislaciones nacionales y en otros instrumentos internacionales (artículos 2-2 y 5). Además de los derechos relaciones con la existencia, integridad física, seguridad jurídica, vida política, social y laboral del extranjero, es también en el campo de los derechos económicos donde tradicionalmente se ha apreciado una necesidad de protección del no nacional y una ampliación de su estatus protegido. Además del ámbito de la defensa de las inversiones, el moderno derecho del comercio internacional contiene disposiciones que tienden a superar la clásica estructura de derechos y obligaciones interestatales, aun cuando todavía no pueda hablarse de una atribución directa de derechos efectivamente realizables por los particulares. *Vid.* en este sentido el trabajo de Expósito, C.: *La Organización Mundial del Comercio y los particulares*. Dykinson, Madrid 1999.

vados de tratados al hilo del caso LaGrand en donde se insiste en la violación por parte de los Estados Unidos de la obligación de comportamiento contenida en el artículo 36-1 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares que determina el derecho subjetivo del particular de ser informado de la posibilidad de obtener asistencia consular y consiguientemente contactar con la oficina consular, cuyo destinatario directo es el nacional extranjero sometido a cualquier medida restrictiva de libertad⁵. Tal derecho ha sido expresamente considerado por la Corte como distinto y autónomo respecto al del Estado del que es nacional y que se concreta en la capacidad de asistir a sus nacionales a través de las oficinas consulares así como en la capacidad de este de exigir su cumplimiento frente al Estado Infractor, es decir en la titularidad de la legitimación procesal de hacer valer la eventual violación del derecho⁶. En efecto, el asunto Lagrand ilustra a la perfección hasta qué punto la violación de una obligación estrictamente bilateral entre Estados, como es el ejercicio recíproco de las funciones consulares, es inseparable de sus efectos respecto de los individuos. Puede afirmarse en tal sentido el carácter expansivo del derecho internacional contemporáneo que superando la pura lógica de la reciprocidad se sitúa en un proceso de humanización que trasciende el marco de las tradicionalmente relaciones bilateralizadas entre Estados⁷. Como señala Ch.J. Tams al estudiar la sentencia LaGrand, la Corte no sólo afirma la titularidad individual del derecho de asistencia consular, sino que reafirma la necesidad de su efectiva implementación en los sistemas jurídicos nacionales de suerte que queda patente la no neutralidad del derecho internacional⁸ a la hora de determinar el alcance de las obligaciones estatales al dar consistencia a los derechos individuales reconocidos.

Cosa distinta es la efectividad de tales derechos. Al trasladar el reconocimiento de derechos individuales al ámbito de su sanción es realmente cuando se plantea la dudosa función de la protección diplomática. Dejando a un lado la vía procesal interna del Estado que causa el perjuicio y centrándonos en los procedimientos internacionales de aplicación, puede observarse que son cualitativamente importantes los ámbitos materiales en los que se aprecia la constitución de regímenes jurídicos que prevén la aplicabilidad directa de derechos individuales ante procedimientos internacionales de arreglo de controversias. Del mismo modo que los Convenios de derechos humanos prevén el posible recurso de particulares ante órganos de control convencionalmente constituidos, la invocación

⁵ *Vid.*, C.I.J. *Recueil*, 2001, parágrafo 77.

⁶ Sobre la construcción de la Corte en lo tocante a la atribución de derechos por la norma convencional y sus consecuencias sustantivas y procesales, *Vid.*, Vierucci, L.: «La tutela di diritti individuali in base alla convenzione di Viena sulle relazioni consolari: in margine al caso LaGrand». *Riv.Dir.Int.*, 2001-3, pp. 687-710.

⁷ Respecto al efecto de las normas internacionales en cuanto creadoras de complejas redes tanto de derechos interestatales cuanto de derechos y obligaciones individuales *vid.* a Feria Tinta, M.: «Due process and the right to life in the context of the Vienna Convention on Consular Relations: arguing the LaGrand Case». www.ejil.org/journal/vol12/No2/sr2.html.

⁸ *Vid.* Tams, Ch. J.: «Consular Assistance: rights remedies and responsibility: comments on the ICJ's judgement in the LaGrand Case». *EJIL* 2002-5, pp. 1257-1259.

directa se predica igualmente en otras normas cuyo resultado último no es otro que la sustitución del procedimiento de protección diplomática por la legitimación individual para actuar procesalmente en instancias internacionales judiciales o arbitrales. Tendencia que se refleja con nitidez en regímenes como el previsto en el arbitraje CIADI, donde el particular que ha sufrido el perjuicio «ejerce ante el Tribunal un derecho propio, previsto por el Convenio y del que dispone libremente porque en ningún momento el Estado de su nacionalidad puede hacerle desistir de la demanda o intervenir en el procedimiento»⁹. Esta orientación hacia la sustitución del papel del Estado como ente necesariamente subrogado en la titularidad del derecho individual con el fin de conseguir su eficacia y aplicabilidad, se consolida de la mano de instancias arbitrales internacionales llamadas a conocer litigios con un particular como parte y sustanciados de acuerdo a normas de derecho internacional. Tal es el caso, por ejemplo, del Tribunal de reclamaciones entre Irán y EE.UU. surgido de los Acuerdos de Argel de 19 de enero de 1981, del procedimiento arbitral establecido en el ámbito de MERCOSUR o de diferentes previsiones relativas a la solución de controversias en el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar¹⁰.

Considerando estos elementos de la práctica podemos afirmar, en relación a la protección diplomática como medio de realizar el derecho, que su papel es proporcionalmente decreciente a la emergencia de instrumentos de cooperación que defienden la capacidad de invocar eficazmente los derechos subjetivos reconocidos por la norma internacional. Y es que la ficción jurídica en que se basa la protección se percibe como una rémora en orden a conseguir una tutela efectiva de los derechos atribuidos al particular que, especialmente en el ámbito de los Derechos Humanos, no pueden quedar al albur de la voluntad o incapacidad del Estado de nacionalidad para llevar adelante su defensa internacional¹¹. Resulta por demás paradójico que el Estado de nacionalidad excluya el cauce de protección diplomática que le queda al individuo, disponiendo de unos derechos de los que no es titular, sino mero gestor. La invocación de la responsabilidad internacional pensada para alcanzar una reparación de los bienes o derechos del Estado lesionado, no puede aplicarse simétricamente en el caso de lesión de de-

⁹ El Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965 determina expresamente una renuncia del Estado al ejercicio de la protección diplomática (art. 27). Semejante cláusula tiene por objeto esencial no tanto el suprimir las relaciones de responsabilidad entre Estados parte en el tratado, sino trasladar tales relaciones a «un procedimiento subsidiario, dando carácter prioritario al ejercicio directo de sus derechos por parte del individuo». Cfr. Vives Chillida, J.A.: *El Centro Internacional de Arreglo de diferencias relativas a inversiones (CIADI)*. McGraw-Hill, Madrid 1998, pp. 302-307.

¹⁰ Sobre la presencia procesalmente admitida de individuos en litigios ante instancias arbitrales internacionales Vid. Nuestro trabajo «El arbitraje internacional: consideraciones a la luz de la práctica reciente», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz* 1999, Bilbao 2000, pp. 75-78.

¹¹ Señala la profesora Abellán al estudiar las características de las normas sobre derechos humanos que «...si el el derecho internacional los derechos humanos son reconocidos directamente al individuo, sin interposición del Estado, no es sorprendente que sea precisamente en este ámbito en el que el sistema jurídico internacional reconozca ampliamente la capacidad del individuo para formular demandas ante instancias internacionalmente competentes en la materia; parece que no existe ninguna razón de lógica jurídica que se oponga al desarrollo de esta tendencia en el sistema jurídico internacional». Cfr. Abellán, V.: «La Responsabilité Internationale de l'individu». *R des C*, t. 280 (1999), p. 164.

rechos de particulares, pues de lo contrario se estarían amparando amplias zonas de impunidad e irresponsabilidad. En el actual contexto jurídico internacional, la ficción que sustenta la protección diplomática choca con una realidad en la que las normas internacionales focalizan frecuentemente su atención no en el Estado sino en el destinatario último de los derechos y obligaciones derivados de la norma internacional. Aun considerando que el sistema jurídico internacional es quizás, el más contaminado por elementos extrajurídicos que condicionan y limitan su eficacia, no es menos cierto que debe perfeccionarse, lo que en buena medida ocurrirá a través de una adaptación operativa de las normas secundarias que dotan de eficacia y credibilidad al sistema. El asunto Lagrand ofrece de manera particular interesantes enseñanzas a cerca de la titularidad del derecho lesionado y su defensa internacional en relación a la capacidad del Estado de ejercer la protección diplomática. A juicio de la Corte, de la violación de la obligación internacional por un Estado surge, ante todo, el derecho del particular lesionado de hacer valer internacionalmente su pretensión. Del mismo ilícito se derivaría igualmente un derecho del Estado de nacionalidad a ejercer la protección diplomática. Ambas pretensiones se encontrarían, como ha subrayado Ch. Dominicé, en una relación en la que la pretensión individual tiene prioridad, quedando en suspenso la del Estado¹². Ello nos conduce directamente a plantearnos la cuestión de la titularidad del derecho a ejercer la protección y, consiguientemente, a determinar los caracteres básicos de la institución.

B. La protección diplomática concebida como un derecho del Estado de carácter residual y naturaleza procesal subsidiario de la legitimación individual

Conviene subrayar que en un contexto de defensa de derechos individuales, la protección diplomática en tanto que procedimiento discrecional debe ser residual y subsidiario de otros en los que el puro voluntarismo político no provoque la incapacidad del sistema jurídico de sancionar la infracción. No quiero decir con ello que la persona sea titular del derecho a ejercer la protección diplomática, que seguirá siendo del Estado, sino que es imprescindible establecer una relación entre cauces procesales de defensa de un mismo derecho lesionado. Puede entenderse en este sentido que el derecho al ejercicio de la acción de protección de que dispone el Estado hace referencia no a un derecho propio lesionado, sino a la capacidad procedimental de defender un derecho del particular para lo que el Estado estaría habilitado merced al vínculo de nacionalidad. Deben considerarse, pues, para ordenar la relación jurídica surgida del ilícito internacional,

¹² Vid. Dominicé, Ch.: «Responsabilité internationale et protection diplomatique selon l'arrêt Lagrand». *El Derecho Internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Trotta, Madrid 2002, pp. 233-242. A juicio de este autor, si la protección diplomática ejercida por el Estado nacional consiste en invocar por él y en su nombre una pretensión fundada sobre derechos individuales... resulta que es de buena doctrina afirmar que la pretensión del titular de ese derecho individual tiene la prioridad. Ella mantiene, de alguna manera, en suspenso la pretensión del Estado. Cfr. p. 242.

tanto la titularidad del derecho lesionado y sus mecanismos específicos de defensa que serían prioritarios, cuanto el derecho del Estado de activar la protección diplomática como cauce procesal añadido y subsidiario de defensa de un derecho ajeno. En este contexto, el ejercicio del derecho del Estado a iniciar la protección en nombre de sus nacionales no deja de ser una ficción útil en la medida en que, como afirma el relator especial de la C.D.I. en materia de protección diplomática, la protección «es una institución que continúa sirviendo de valioso instrumento para la protección de los derechos humanos. Constituye un medio potencial de proteger a millones de extranjeros que no puedan recurrir a los organismos internacionales, así como un medio de protección más eficaz para aquellos que tienen acceso a los recursos, frecuentemente ineficaces, establecidos en los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos»¹³.

II. LA EVOLUCIÓN DE LOS REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

La mayor o menor utilidad de la institución de la protección diplomática vendrá de la mano de la adaptación técnica de sus elementos a las nuevas realidades sociales y jurídicas que afectan al conjunto de la sociedad y al ordenamiento internacional. Así, la nacionalidad de la reclamación como factor habilitante de la acción debe evolucionar al compás de fenómenos como el de la inmigración masiva y la confluencia habitual de múltiples nacionalidades en una misma persona o el exponencial aumento de refugiados y desplazados. Igualmente la comunitarización de intereses ha encontrado su reflejo en la emergencia de normas con eficacia erga omnes susceptibles de ser cumplidas y hechas cumplir por el conjunto de Estados, lo que puede afectar de manera directa a la protección diplomática cuando la obligación en cuestión proteja derechos fundamentales. Del mismo modo, la nueva realidad económica internacional ha generado reglas de juego en las que el Estado carece en muchas ocasiones de control sobre los operadores que actúan en su territorio. Las reglas de protección diplomática de sociedades se ven directamente afectadas por un proceso de desnacionalización de empresas e inversores que ejercen el control sobre las mismas, de suerte que las viejas reglas carecen de eficacia y adquieren un valor residual.

Se impone en consecuencia una reflexión de fondo respecto de la necesaria evolución de la clásica protección diplomática a los nuevos actores y factores, y ello a la luz de proceso codificador abierto en Naciones Unidas.

A. La nacionalidad efectiva y continua, un requisito en revisión

Al determinar los modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional, el proyecto de la C.D.I. aprobado en segunda lectura en el 53.º periodo de sesiones establece en su artículo 44 que sólo admitirá la reclamación por el Estado

¹³ Cfr. Doc. A/CN.4/506, p. 27.

lesionado « si la reclamación se presenta de conformidad con las normas aplicables en materia de nacionalidad»¹⁴. Se trata, pues, de un *prius* que condiciona y limita la legitimidad para iniciar la acción de protección. La regulación de la existencia y oponibilidad del vínculo de nacionalidad desde la perspectiva del ejercicio de la protección diplomática debe examinarse a la luz de los elementos considerados relevantes por el ordenamiento internacional y que tradicionalmente se concretan en la relación cualitativa derivada del vínculo entre individuo y Estado de nacionalidad así como en el mantenimiento en el tiempo de manera continuada del citado vínculo.

1. DE LA EFECTIVIDAD DEL VÍNCULO A LA ADQUISICIÓN DE BUENA FE DE LA NACIONALIDAD

El punto de partida a la hora de abordar el establecimiento del vínculo de nacionalidad es la consideración de que las condiciones y requisitos para su creación pertenecen al ámbito reservado a cada Estado. Ahora bien, no es menos cierto que el derecho internacional puede establecer límites a la potestad discrecional del Estado de regular la concesión de la nacionalidad exigiendo que el vínculo, singularmente en los supuestos de naturalización, haya sido creado de buena fe entendiendo por ello la ausencia de medios fraudulentos de adquisición o que no se haya otorgado en ausencia de relación de cualquier clase entre individuo y Estado.

La cuestión que surge de manera inmediata y que tiene mucho que ver con la oponibilidad de la reclamación a través de la protección diplomática es la de si cabe considerar como admisible la objeción a la protección alegando la inexistencia de un vínculo efectivo o auténtico entre particular lesionado y estado de nacionalidad. Ello genera, sin duda, un requisito añadido a la propia existencia del vínculo que elevaría el umbral necesario para iniciar la acción de protección. Ha sido el T.I.J. quien en el conocido asunto *Nottebohm* introdujo aparentemente el requisito de la efectividad al considerar que la nacionalidad «conferida por un Estado, no le da derecho al ejercicio de la protección frente a otro Estado salvo que sea la traducción en términos jurídicos de la conexión del individuo considerado al Estado que lo constituye en su nacional»¹⁵. Parecería a la luz de este enunciado que el Estado demandante de la protección debería demostrar suficientemente la efectividad del vínculo. Sin embargo semejante exigencia casaría mal con la capacidad autoorganizativa que posee todo Estado en orden a ordenar su relación con la población en función de situaciones demográficas diversas. Puede afirmarse en este sentido que el establecimiento de una calidad determinada en el vínculo de nacionalidad atendiendo a su efectividad «menoscará gravemente la doctrina tradicional de la protección diplomática si se lo aplica de manera estricta, ya que privará literalmente a millones de personas de las ventajas de esa protección. En un mundo de glo-

¹⁴ Cfr. Su texto en el Doc A/C.6/56/L.20.

¹⁵ C.I.J. *Recueil*, 1955, p. 23.

balización económica y migración como es el de hoy, hay millones de personas que han salido del Estado del que son nacionales y viven en Estados cuya nacionalidad nunca adquirirán. Además, hay otras innumerables que han adquirido la nacionalidad por lugar de nacimiento, nacionalidad de los padres o ministerio de la ley de Estados con los que tiene una relación sumamente tenue»¹⁶. De hecho, la C.D.I. en esta lógica tendente a eliminar trabas suplementarias al ejercicio de la protección, y considerando que la Corte no pretendía enunciar una regla general sino resolver el asunto en cuestión, afirma en el artículo 3 del proyecto aprobado en primera lectura la presunción de validez de cualquier nacionalidad otorgada de buena fe, es decir, sin que haya existido fraude, negligencia o error grave. La carga de la prueba de un hipotética mala fe recaerá en el Estado demandado¹⁷.

2. LA CONTINUIDAD DE LA NACIONALIDAD

La exigencia del mantenimiento invariable del vínculo de nacionalidad entre el momento de la violación de la obligación y consiguiente perjuicio y el de la formulación de la reclamación obedece a una tentativa de evitar cambios fraudulentos y oportunistas de nacionalidad que condujeran al particular lesionado a recabar la protección de aquel Estado con mayor capacidad para hacer prosperar la reclamación. Sin embargo la finalidad última de evitar situaciones de nationality shopping en sede de protección diplomática y, consiguientemente, que un Estado se convirtiera de hecho en claim agency, no puede ignorar, como lo hace la C.D.I., que mantener esta cautela limitativa de la protección tiene como consecuencia el crear amplias zonas de indefensión del particular. Situación especialmente sangrante si se consideran sus efectos desde el punto de vista de la garantía de eficacia de los derechos subjetivos de las personas físicas otorgados por las normas internacionales que estarían a merced de avatares que el individuo muchas veces no controla. En palabras del relator especial, «No es posible en la actualidad calificar a la persona física como sujeto de derecho internacional, pero sus derechos fundamentales son reconocidos hoy por el derecho internacional convencional y consuetudinario. Ni la regla de la continuidad, ni la noción vateliana que otorga el derecho a reparación únicamente al Estado de nacionalidad en el momento del daño, no reconocen el lugar de las personas físicas en el orden jurídico internacional contemporáneo»¹⁸. Es, sin duda más acorde con una perspectiva de la protec-

¹⁶ Vid. El comentario del Relator Duggard al artículo 5 del proyecto planteado a la C.D.I. en su primer informe sobre protección diplomática. Doc A/CN.4/506, p. 44.

¹⁷ De acuerdo con el artículo 3 del proyecto, «1. El Estado con derecho a ejercer la protección diplomática será el Estado de nacionalidad.

2. A los efectos de la protección diplomática de las personas naturales, se entenderá por Estado de nacionalidad el Estado cuya nacionalidad haya adquirido la persona a quien se pretenda proteger por razón de lugar de nacimiento, filiación, sucesión de Estados, naturalización o de cualquier otro modo que no esté en contradicción con el derecho internacional». Vid. el comentario de la Comisión en el Doc. A/57/10, pp. 193-198.

¹⁸ Cfr. El informe específico del relator sobre el artículo 9 en el Doc. A/CN.4/506/Add.1, p. 15.

ción diplomática vinculada a la defensa de derechos fundamentales el optar por una regla que permita que la reclamación siga al individuo a través de la evolución de su estatuto. Afortunadamente así lo ha entendido la C.D.I. cuando, sin excluir radicalmente la continuidad, sí introduce amplias excepciones a la regla de suerte que:

1. Todo Estado tendrá derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que era su nacional en el momento del perjuicio y lo sea en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.
2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, todo Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que sea su nacional en la fecha de la presentación oficial de la reclamación pero no lo era en el momento del perjuicio, siempre que esa persona haya perdido su nacionalidad anterior y haya adquirido, por una razón no relacionada con la presentación de la reclamación, la nacionalidad de ese Estado de un modo que no esté en contradicción con el derecho internacional.
3. La protección diplomática no se ejercerá por el Estado de la nacionalidad actual con respecto a una persona ante un Estado de la nacionalidad anterior de esa persona por un perjuicio causado cuando esa persona era nacional del Estado de la nacionalidad anterior y no del Estado de la nacionalidad actual¹⁹.

Son tres las condiciones establecidas para permitir excepcionar la regla general: en primer término, la pérdida de la nacionalidad anterior que puede ser voluntaria o involuntaria, lo que abre enormemente la posibilidad del inicio de la acción no limitándose a los casos más claros de pérdida involuntaria como la sucesión de Estados o la adopción internacional. En segundo lugar, es preciso que la adquisición de la nueva nacionalidad no posea ninguna relación con la presentación de la reclamación y la constitución del nuevo vínculo se haya realizado de buena fe y, por último, como tercera condición, que la reclamación no se dirija contra el anterior Estados de nacionalidad del particular lesionado.

En definitiva, se ha optado por debilitar la regla en lugar de prescindir de ella, probablemente para evitar un rechazo de los Estados más temerosos a una desbocada cascada de reclamaciones.

A la luz de los epígrafes anteriores parece clara una tendencia a adaptar el requisito de la nacionalidad suprimiendo requisitos innecesarios y trabas procesales en la formulación de la reclamación, y ello desde la perspectiva del individuo a proteger. Pero la evolución de la institución de la protección diplomática presenta otras tendencias que es preciso poner de relieve; tendencias que apuntan incluso, en determinadas condiciones y dependiendo de la naturaleza del ilícito, hacia la relativización del propio requisito de la nacionalidad como esencia de la legitimidad para formular la reclamación.

¹⁹ Cfr. El texto del artículo transcrito en *Doc. A/CN.4/L.613/Rev. 1*.

B. La emergencia de puntos de conexión personales diferentes a la nacionalidad como fundamento para iniciar la acción de protección

1. LA NACIONALIDAD DE LA RECLAMACIÓN EN EL CASO DE INVOCACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR UN ESTADO NO DIRECTAMENTE LESIONADO

La institución de la protección diplomática basada en la nacionalidad otorgada de buena fe se fundamenta en una concepción estrictamente bilateral de la responsabilidad internacional. Sin embargo, la evolución del derecho de la responsabilidad ha sufrido un proceso de multilateralización consolidado en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos. A diferencia de la perspectiva clásica en la que la responsabilidad se basa en una estricta correlación entre la violación de la obligación internacional y el derecho subjetivo del Estado lesionado a invocar el ilícito y exigir su reparación, el aprobado proyecto refleja una tendencia hacia la comunitarización de las consecuencias del ilícito asumiendo la distinción entre diferentes tipos de obligaciones atendiendo a su origen y finalidad²⁰. Se da así carta de naturaleza en sede de responsabilidad a una concepción que asume la existencia de una unidad sustantiva del ordenamiento a partir de la aceptación de una jerarquía normativa que atribuye la primacía a ciertos valores contenidos en normas que establecen obligaciones erga omnes²¹. Este principio afirmado en el artículo 40 del proyecto de la C.D.I. encuentra su corolario práctico en lo atinente a los modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional. El artículo 48 se refiere, como es sabido, a la invocación de responsabilidad por un Estado distinto del Estado directamente lesionado. Aun cuando existan ciertas incongruencias de carácter terminológico y conceptual entre ambas disposiciones²², lo cierto es que el proyecto contiene una habilitación genérica en orden a invocar la responsabilidad por parte de los Estados no directamente lesionados en el

²⁰ Sobre la clasificación de las obligaciones internacionales utilizada en el Proyecto de artículos desde una perspectiva funcional, es decir, para delimitar el rango de los Estados habilitados para invocar la responsabilidad (no una tipología de actos ilícitos), *vid.* el trabajo de Sicilianos, L.-A.: «The classification of obligations and the multilateral dimension of the relations of international responsibility». *E.J.I.L.*, vol. 13, 2002, pp. 1127-1145.

²¹ *Vid.*, Dupuy, P.M.: «General stocktaking of the connections between the multilateral dimension of obligations and codification of the law of responsibility». *E.J.I.L.*, vol. 13, pp. 1053-1081.

²² En efecto, los artículos 40 y 41 referidos al contenido de la responsabilidad internacional del Estado hacen mención a las violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general. Por su parte, el artículo 48 relativo a la invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado hace referencia a la violación de una obligación existente respecto de la comunidad internacional en su conjunto. Parecería pues apuntarse una distinción entre categorías normativas distintas (normas imperativas/normas que generan obligaciones erga omnes) que pudiera tener un reflejo en la forma de hacer efectiva la responsabilidad. Sin embargo, tal divergencia es irrelevante desde el punto de vista de las consecuencias prácticas pues como señala acertadamente A. Gattini, entre ambas categorías «rather than an ontological difference it is a mere difference in accent, in that the first concept emphasizes the priority of some essential obligations, whereas the second concept focuses on the legal interest which all states have in ensuring compliance with those obligations», Cfr. Gattini, A.: «A return ticket to communitarisme, please». *E.J.I.L.*, vol. 13, 2002, p. 1184.

caso tanto de que «la obligación violada exista con relación a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte y haya sido establecida para la protección del interés colectivo del grupo», como de que «la obligación violada exista con relación a la comunidad internacional en su conjunto». En este contexto, y desde nuestra perspectiva de estudio, la cuestión que debe surgir de manera inmediata es la relación entre la responsabilidad invocada y la protección diplomática, pues la lógica comunitaria de la construcción de los modos de hacer efectiva la responsabilidad nos puede llevar a pensar en una eventual habilitación general para invocar la responsabilidad en la supuesto de que del hecho ilícito del Estado se derive una lesión de derechos individuales reconocidos en una norma con efectos erga omnes.

En definitiva, se trata de responder a la siguiente pregunta: ¿ante la vulneración de una norma como la descrita, puede un tercer Estado distinto al de nacionalidad, y por tanto no legitimado a priori para iniciar la acción de protección diplomática, invocar la responsabilidad del Estado infractor exigiendo el cese del ilícito, las garantías de no repetición y el cumplimiento de la obligación de reparar? La respuesta a esta cuestión es especialmente importante en relación a las obligaciones de protección de derechos humanos y derecho humanitario de carácter objetivo y alcance general. A mi juicio, la superación del tradicional paradigma bilateral presente en las relaciones de responsabilidad de la mano del artículo 48 del proyecto de la C.D.I. debería influir en las normas secundarias que rigen la protección diplomática, de suerte que las reglas limitadoras de la capacidad de reclamar, especialmente la nacionalidad, se ajustaran al marco comunitario que define las reglas del juego de la responsabilidad. En esta línea se orienta la tesis defendida por el relator Dugard²³. Sin embargo el proyecto de artículo sobre responsabilidad no recoge este punto de vista al introducir un artículo 44 que excepciona con carácter general el derecho a invocar la responsabilidad «si la reclamación no se presenta de conformidad con las normas aplicables en materia de nacionalidad de las reclamaciones». Semejante afirmación de no deja de producir cierta perplejidad en la medida en que por definición la regla de la nacionalidad de la reclamación es contradictoria con la reconocida capacidad de invocar la responsabilidad por un Estado diferente al directamente lesionado²⁴. Nos encontramos, pues, ante un evidente conflicto interno en el seno del proyecto de responsabilidad en la medida en que aplicar la regla consuetudinaria del nexo de nacionalidad impediría la invocación de responsabilidad bajo el artículo 48 por parte de un Estado interesado en la defensa de no nacionales perjudicados por la violación de normas imperativas²⁵.

Ciertamente, la lógica del sistema de la protección diplomática es la defensa de los nacionales del Estado y no la defensa de individuos en general, si bien no

²³ Vid. El Informe de la C.D.I. 2000, p. 145 paragrafo 422.

²⁴ Sobre el imposible encaje de los artículos 48 y 44 por pretender efectos claramente divergentes vid. a Gattini, A.: «A return ticket...» *op. cit.* pp. 1196-1197.

²⁵ En relación a las razones del conflicto planteado y sus consecuencias vid. Scobbie, I.: «The invocation of responsibility for the breach of "obligations under peremptory norms of general international law"» *E.J.I.L.*, vol. 13, 2002, pp. 1215-1218.

es menos cierto que paulatinamente esta institución debe acompañarse con la evolución conceptual y funcional del ordenamiento jurídico internacional con un importante desarrollo estructural de protección de intereses comunes.

Aunque no abundante, sí existe una práctica emergente respecto a la activación de acciones de protección diplomática en defensa de particulares no nacionales lesionados en sus derechos fundamentales. En tal sentido, el *asunto Letelier c. Chile* ha planteado abiertamente la posibilidad de un efecto expansivo sobre la legitimación activa para iniciar la acción de protección en el caso de violación de derechos humanos fundamentales. Aunque en otros asuntos ya se hubiese planteado colateralmente la protección del particular lesionado en el extranjero por Estado distinto al de su nacionalidad²⁶, en el caso de referencia la protección del particular ha sido ejercida por un tercer Estado incluso contra su propio Estado de nacionalidad. La negociación norteamericano-chilena que condujo a la aceptación por este último país de su responsabilidad derivada del asesinato de O. Letelier en territorio norteamericano en 1976 se plasmó en un convenio bilateral de 11 de junio de 1990²⁷. El párrafo 3 del acuerdo plantea los términos de la demanda y la aceptación chilena del compromiso de compensación. Así, expresamente se señala que «los Estados Unidos han solicitado compensación de Chile a favor de las familias de Letelier y Moffitt motivada porque los Estados Unidos consideran que el Estado de Chile es legalmente responsable de acuerdo con el derecho internacional por los asesinatos de Orlando Letelier y Ron Moffitt». Por su parte Chile acepta la demanda y se aviene a la reparación, aun cuando formalmente el acuerdo exprese el carácter ex gratia de la cantidad a resarcir a las familias. De hecho, (párrafo 4), la cantidad ex gratia resultante deberá, en todo caso, ser igual a la que se derivaría de la determinación de la responsabilidad. La suma final se estableció a través de una Comisión mixta nacida al amparo del Tratado bilateral de arreglo de controversias de 1914. De los criterios generales establecidos para fijar la cantidad a pagar, merece destacarse el expreso pronunciamiento relativo a la nacionalidad de los beneficiarios de la reclamación en la medida en que ni Letelier ni su familia poseían la nacionalidad norteamericana en el momento en el que se produjeron los hechos en que se basa la demanda. Los párrafos 21, 22 y 23 de la decisión de la Comisión aceptan, en primer término, la aplicación del criterio general que debe regir toda reparación derivada de un ilícito como es la de la restitución, si fuera posible, de la situación anterior a la comisión del hecho y, en todo caso, la reparación debe cubrir todas las consecuencias del hecho ilegal. Por otra parte, y en lo que a nuestro objeto de estudio se refiere, merece destacarse el expreso rechazo a cualquier posible discriminación por razón de la nacionalidad de las

²⁶ En el *asunto relativo a las diferencias entre Nueva Zelanda y Francia nacidas del incidente del Rainbow Warrior*, puede observarse que en el Memorando del Gobierno de Nueva Zelanda dirigido al Secretario General de las Naciones Unidas se hace constar expresamente que aunque tanto el barco como el tripulante lesionado carecían de la nacionalidad neocelandesa, era voluntad del Estado territorial alcanzar una adecuada compensación a favor de los particulares lesionados hasta el punto de que «during the bilateral negotiations with France, New Zeland indicated that a bettlement with New Zeland would only be possible if adequate compensation had been paid (a las víctimas)...». Cfr. R.S.A., vol XIX, p. 203.

²⁷ Cfr. Su texto en 31 I.L.M. 1(1992), pp. 3-4.

personas beneficiarias de la indemnización. Siguiendo la letra y el espíritu del acuerdo de 1990, la Comisión manifiesta su firme voluntad de resarcir los daños efectivos al margen de la nacionalidad de cada uno de los individuos destinatarios del proceso indemnizatorio.

Aparentemente, la razón que ha llevado a Estados Unidos a formular la reclamación y a Chile a aceptar la reparación no es otra que la consecución de un resarcimiento de daños por motivos humanitarios. Ello ha dado pie a interpretaciones del caso que yendo más allá de la estricta controversia pretenden constituir al asunto Letelier en el ejemplo de la evolución del derecho de protección diplomática en tanto que instrumento útil de defensa de derechos fundamentales de los individuos (derechos subjetivos) en un contexto de progresiva internacionalización activa de las personas titulares de tales derechos. Tal y como subraya F. De Vittor en este sentido, «la circunstancia que Chile no hubiera opuesto ninguna objeción a la acción estadounidense a favor de un ciudadano chileno demuestra que cuando la acción de protección diplomática sea consecuencia de violaciones graves de derechos humanos, el vínculo de nacionalidad está destinado a perder la cualidad de elemento necesario y esencial que en un tiempo la caracterizaba». A juicio de esta autora, cabría distinguir dos clases de protección: una, clásica, en la que los requisitos y características de la protección permanecerían inalterados y, otra, a la que denomina «protección diplomática agravada», donde el requisito de nacionalidad y la discrecionalidad en el ejercicio de la acción se ven alterados en atención a la naturaleza del derecho objeto de defensa²⁸.

En esta misma línea se ha manifestado el profesor F. Orrego, a la sazón miembro de la Comisión arbitral mixta llamada a cuantificar la reclamación. A su juicio, el caso Letelier supone un claro avance en las fronteras del derecho internacional en la medida en que la naturaleza humanitaria del caso ha desplazado a los requerimientos tradicionales de la reclamación de suerte que la nacionalidad chilena o la doble nacionalidad de alguna de las personas protegidas por los Estados Unidos no han afectado al éxito de la acción de protección plasmada en el acuerdo de junio de 1990. Igualmente merece considerarse la especial naturaleza de la protección diplomática emprendida por los Estados Unidos, pues no se trata de una subrogación del derecho del particular lesionado, de una sustitución de los intereses de la familia pasando a considerarse como propios del Estado, sino que únicamente estamos ante una actuación en defensa de derechos subjetivos de particulares en una suerte de representación procesal de los mismos²⁹.

²⁸ Cfr. El pasaje transcrito así como una interesante reflexión acerca de la evolución de la institución de la protección en su conjunto en De Vittor, F.: «Innuità degli stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali». *Riv. Dir. Int.* 2002-3, pp. 572-617, en especial 608-615.

²⁹ Esta iniciativa de representación tal y como ha sido concebida en el acuerdo bilateral no sólo conlleva una negociación y un posterior arbitraje internacional, sino que genera consecuencias procesales ante los tribunales internos en cuanto que la acción de protección diplomática implica la renuncia a iniciar reclamaciones civiles por parte del Gobierno norteamericano así como la renuncia de eventuales acciones iniciadas por los familiares en cuyo nombre se alcanza la solución diplomática. *Vid.* La valoración del profesor Orrego respecto al conjunto del caso y las novedades que introduce en materia de protección diplomática en su opinión separada concurrente al fallo de la Comisión encargada de cuantificar la reparación. 31 ILM I (1992), pp. 17-19.

Podemos afirmar que en el planteamiento y en el discurso del presente asunto está latiendo una cuestión de carácter general como es la de la efectividad de las normas de carácter erga omnes que generan obligaciones debidas a la Comunidad Internacional en su conjunto y su incidencia sobre instituciones clásicas como la protección diplomática cuyo origen y consolidación debe situarse al margen de la emergencia de normas protectoras del ser humano que desbordan por su naturaleza no sinalagmática la lógica de las relaciones bilaterales. El Relator Especial de la C.D.I. ha tendido claramente en la dirección de entroncar la protección diplomática con la defensa de los derechos humanos, especialmente en caso de que no existan mecanismos útiles de defensa de derechos universalmente reconocidos. Se otorga así a la vieja institución un nuevo papel al constituir la en instrumento de defensa de derechos fundamentales asumiendo el Estado de nacionalidad o un tercer Estado la representación internacional de los intereses del particular lesionado en el caso de que este carezca de procedimientos efectivos para hacerlos valer.

A nadie se oculta que esta tesis puede tener serias dificultades para su efectiva concreción. En efecto, la universalización de las relaciones conflictuales internacionales puede implicar un peligro de evolución anárquica del derecho internacional y de utilización del mismo con intereses espúreos³⁰. Sin embargo, la ampliación del círculo de Estados habilitados para reaccionar frente a un hecho internacionalmente ilícito como consecuencia de la extensión del concepto de Estado lesionado a aquellos que sufren un perjuicio jurídico resultante de la violación de la regla de derecho con eficacia erga omnes, provoca que las instituciones jurídicas internacionales encargadas de garantizar la aplicación de tales reglas deban igualmente aceptar tal universalización.

2. LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA DE REFUGIADOS Y APÁTRIDAS

La aplicación estricta del requisito de la nacionalidad trae consigo la exclusión del procedimiento de protección tanto de personas carentes de vínculo alguno con un Estado, como de refugiados respecto de los que su Estado de origen no puede o no quiere ejercer ningún tipo de defensa de sus derechos lesionados en un tercer Estado. En ambos casos, el individuo carece de hecho del cauce diplomático de protección debido esencialmente a que su propio Estado de origen le niega el vínculo convirtiéndolo en apátrida o generando activa o pasivamente una suspensión de las relaciones jurídicas derivadas de la nacionalidad en el caso de los refugiados.

³⁰ Como escribe Brown Weiss, la aproximación comunitaria reflejada en el artículo 48 del proyecto de artículos puede presentar dos importantes peligros potenciales: por una parte la ausencia de un mecanismo comunitario que determine la existencia del ilícito, lo que conlleva el que se deje a cada Estado la apreciación del ilícito estableciendo una suerte de vigilantismo internacional cuyas consecuencias pueden ser la adopción de medidas perjudiciales sin otro contraste que el puramente unilateral. Por otra parte, cabe pensar en una utilización del artículo 48 de manera frívola o políticamente interesada para justificar intervenciones unilaterales bajo el pretexto del cumplimiento del derecho internacional. Cfr. Brown Weiss: «Invoking State responsibility in the twenty-first century». *A.J.I.L.*, vol. 96-4 (2002), p. 805.

En efecto, el vínculo político entre el Estado soberano y el individuo que constituye a este en miembro de una comunidad desaparece en el momento en que las circunstancias internas del país conduzcan al abandono forzoso del territorio. Pervive, en todo caso, un tenue vínculo jurídico de carácter formal sin ningún contenido desde el punto de vista de los derechos y obligaciones que posee el Estado frente a sus nacionales. La acogida por un Estado a los apátridas o la concesión del Estatuto de refugiado tiene el efecto de *crear y superponer una nueva relación jurídica* para con el Estado cuyo efecto directo es asegurar sin discriminación la protección de los derechos y libertades fundamentales del individuo refugiado o que carezca de nacionalidad, su protección física y la garantía de no devolución al Estado de origen. Tanto la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los refugiados como la de 1954 relativa al Estatuto de los apátridas atribuyen un estatus legal a las personas acogidas a los mismos igual que el de los extranjeros, aunque con una clara tendencia hacia la asimilación con los nacionales. Existe una *sustitución temporal de la protección* normalmente debida por su Estado de nacionalidad que voluntaria o involuntariamente no la ejerce. En efecto, existe una situación anómala cuya solución debe venir de una naturalización y consiguiente adquisición de nacionalidad. No se trata de suplantar el vínculo de nacionalidad, sino de establecer un mecanismo de garantía del estándar mínimo de protección a aquellas personas que cumplan con las condiciones y requisitos que determinan su condición de refugiado o apátrida.

La protección internacional debida a los refugiados y apátridas por parte del Estado que los acoge y en el que residen habitualmente cuenta, no obstante, con significativas limitaciones entre las que se encuentra el ejercicio de la protección diplomática. La jurisprudencia internacional ha venido excluyendo de la jurisdicción de distintos órganos de solución de controversias las reclamaciones formuladas por apátridas o en su nombre por un Estado de residencia. Así en el caso *Dikson Car Wheel Company* contra los Estados Unidos mexicanos, el Tribunal rechazó expresamente la legitimidad activa para formular una demanda a favor de personas que «carecen de nacionalidad»³¹. En la abundante jurisprudencia del Tribunal de reclamaciones entre Iran y Estados Unidos se encuentran igualmente referencias a supuestos de apatridia. Así, en el caso *Lianosoff* en el que el «titular» de la reclamación era un apátrida, el Tribunal declinó el conocimiento del asunto considerando que la apatridia no situaba al demandante en mejor posición que los nacionales de terceros Estados, excluidos del ámbito de competencia que el Tribunal.

La razón de semejante restricción es doble: por una parte se encuentra la propia naturaleza de la protección diplomática construida sobre una ficción jurídica cuyo eje central es la nacionalidad, como punto de conexión entre el particular y el Estado, y que permite la subrogación en el ejercicio del derecho lesionado. Desde una perspectiva clásica, la nacionalidad es el único punto de conexión admitido para reclamar una reparación por el propio Estado ejerciendo

³¹ Vid. La sentencia en el *R.S.A.*, vol. 4.

su derecho privativo. Consiguientemente, quedaría excluida de raíz cualquier acción de reparación a favor de no nacionales al margen del vínculo de nacionalidad. En segundo término, la exclusión de refugiados y apátridas del beneficio del procedimiento de protección diplomática trata de evitar que el acceso a la condición de refugiado o la admisión de un apátrida en el territorio de un Estado se convierta en el fundamento de un incremento de la internacionalización conflictual al habilitarse al Estado comprometido a otorgar la protección a refugiados y apátridas para ejercer el derecho de la defensa internacional de los derechos subjetivos de esas personas.

Sin embargo en el actual estadio evolutivo de las instituciones internacionales, resulta imposible encorsetar la protección diplomática en los mismos parámetros que han definido la institución desde su formulación por E. De Vattel. Desde una perspectiva de la protección entroncada con la defensa internacional de los derechos humanos, resulta imprescindible una apertura de la legitimación más allá del estricto vínculo de nacionalidad para reclamar a favor de aquellas personas que por su condición de apátrida o refugiado, sobrevenida y no deseada en la mayor parte de las ocasiones, se vean privadas del único instrumento posible de protección. La C.D.I., apartándose de la regla tradicional se lanza a un camino de desarrollo progresivo al incluir la siguiente disposición:

1. Todo Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona apátrida que, en el momento del perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación, tenga residencia legal y habitual en ese Estado.
2. Todo Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona a la que ese Estado reconozca la condición de refugiado cuando esa persona, en el momento del perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación tenga residencia legal y habitual en ese Estado.
3. El párrafo 2 no se aplicará cuando el perjuicio haya sido causado por un acto internacionalmente ilícito Estado de la nacionalidad del refugiado.

Nos situamos, por tanto, ante la sustitución de la nacionalidad por el concepto de residencia legal y habitual intentando aproximar el punto de conexión con la nacionalidad, estableciendo igualmente una cautela temporal a favor de una residencia continuada. Por otra parte, conviene advertir, como se pone de relieve en el comentario de la comisión al artículo 7 que el término refugiado debe interpretarse en términos amplios y generosos, sin que exista una remisión a un concreto modelo convencional a la hora de definir las características del individuo a proteger. Así, podemos leer que «la Comisión ha preferido no fijar límites, de forma que los Estados puedan ejercer su protección diplomática respecto de toda persona que consideren y traten como a un refugiado. Ello es particularmente importante para los refugiados que se encuentren en Estados que no sean parte en los instrumentos regionales o internacionales existentes»³².

³² Cfr. Los Comentarios de la C.D.I. al artículo 7 en el *Informe de la C.D.I. 54.ª sesión (2002)*, p. 213.

No deja de llamar la atención, finalmente, el último inciso del artículo 7 del proyecto que excluye cualquier posible acción de protección en contra del Estado de nacionalidad del refugiado. Desgraciadamente, han primado en el seno de la Comisión consideraciones prácticas tendentes a minimizar los conflictos entre el Estado de residencia y de nacionalidad³³. Así, queda blindado el Estado de nacionalidad de la víctima causante del perjuicio, cuando una solución más adecuada compatible con un auténtico espíritu de desarrollo progresivo hubiera sido conjugar en este caso la regla de la doble nacionalidad haciendo primar un vínculo efectivo como es el de residencia, equiparable a efectos de protección con la nacionalidad adquirida de buena fe.

3. LA ACUMULACIÓN DE RECLAMACIONES FORMULADAS POR UN ÚNICO ESTADO EN EL CASO DE MÚLTIPLES NACIONALES PERJUDICADOS. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL ASUNTO SAIGA II ANTE EL TIDM

Si en el supuesto anterior hemos planteado la cuestión de la invocación de la responsabilidad por parte de un Estado no directamente afectado por el ilícito de manera mediata o inmediata, conviene reseñar igualmente otros modelos de la práctica reciente que, del mismo modo, ponen en cuestión la consideración estricta del vínculo de nacionalidad como requisito de la acción de protección diplomática.

Tradicionalmente, las reclamaciones colectivas consecuencia la mayor parte de las veces de la reparación debida por perjuicios ocasionados a particulares extranjeros en conflictos armados se canalizaron a través de los tribunales arbitrales mixtos. La lógica del mecanismo de reparación su fundaba en un proceso diplomático negociador en el que se fijaba la obligación de reparar, sometiendo la concreción de tal obligación a un órgano jurisdiccional internacional cuyo procedimiento decisorio estaba previsto en el tratado y donde el derecho aplicable sería el establecido en normas internacionales. Tributario directo de esta práctica es el vigente tribunal de reclamaciones Iran-Estados Unidos creado en los acuerdos de Argel de 1981. Estos procesos pivotan sobre el reconocimiento de la capacidad de los individuos directamente lesionados para tener acceso directo a los tribunales creados al amparo de los tratados. Nos encontramos ante una acción de protección diplomática en la que la obligación de reparar se concretaba en la articulación procesal de mecanismos puestos a disposición de los particulares directamente afectados por la violación de sus derechos individuales que, en todo caso, deberán ser nacionales del Estado que ha negociado el tratado que da cobertura al procedimiento de reparación.

³³ Los argumentos dados en el seno de la Comisión y reflejados en el correspondiente comentario determinan que «la mayor parte de los refugiados han sido perjudicados por el trato que les ha otorgado su Estado de nacionalidad del que han huido para escapar a las persecuciones. Autorizar el ejercicio de la protección diplomática en tales casos abriría la puerta a innumerables reclamaciones internacionales. Además, la solicitud de los refugiados en orden a intentar una acción en su nombre podría llevar a los Estados a aceptar a refugiados en su territorio». Cfr. Doc A/57/10, p. 213.

La responsabilidad basada en un sistema de doble tracto a partir de una relación de responsabilidad bilateral con múltiples nacionales afectados de un mismo Estado, cuenta con significativas excepciones que crean una lógica diferente en la que la nacionalidad de los directamente lesionados deja de ser determinante en la acción jurisdiccional o no jurisdiccional encaminada a la reparación de daños sufridos por extranjeros en sus derechos privativos. El primer sistema que cumple mencionar es el surgido de la Resolución 687 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas dictada en el contexto del capítulo VII de la Carta. A tenor de la muy socorrida y citada resolución, el Consejo entendió que el restablecimiento de la paz y seguridad internacionales tras la invasión de Kuwait por Irak pasaba, entre otras conocidas medidas relacionadas con la destrucción y control de armas, por la declaración de responsabilidad ante los gobiernos, nacionales y empresas extranjeras de toda pérdida o daño directo resultante de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait y, consiguientemente por la creación de un mecanismo adecuado de reparación³⁴. Es la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, órgano subsidiario del Consejo de Seguridad creado bajo la cobertura jurídica del artículo 41 de la Carta, la institución llamada a materializar el mandato de la resolución 687. Semejante iniciativa constituye un hito sustancial en la articulación de nuevos procedimientos de reclamaciones colectivas internacionales. Y ello en la medida en que como subraya Paolillo por vez primera se multilateraliza el clásico mecanismo de compensación de naturaleza bilateral basado en la nacionalidad de la reclamación. En efecto, «el carácter bilateral propio del vínculo de responsabilidad entre el Estado causante del daño y el Estado que lo sufre deja lugar, en el sistema establecido por la resolución 687, a una relación de naturaleza multilateral entre el primero y la Comunidad Internacional»³⁵. Aparte de las características estructurales del nuevo mecanismo y su engarce en la Carta, conviene poner el acento desde nuestra perspectiva de estudio en la relación entre la Comisión de Indemnización, el Estado reclamante y los destinatarios directos del mecanismo de reparación, personas físicas o jurídicas. Ante todo, debe especificarse que es el Estado de nacionalidad o *residencia* la entidad habilitada para canalizar el conjunto de solicitudes de reparación, no estando habilitado en ningún caso el particular lesionado. El Estado, en realidad, está llevando a cabo una función de intermediación o canalización de la reclamación, pudiendo facultativamente negarse a iniciar el procedimiento. En este caso, los particulares podrán ser representados por personas, autoridades u organismos apropiados autorizados a actuar en su nombre por la propia Comisión de Indemnización a través de su Consejo de Administración. Las sociedades podrán actuar directamente defendiendo su derecho en caso de negativa del gobierno de nacionalidad de la corporación. No existe, pues, una auténtica subrogación del derecho lesionado a favor del Estado reclamante, sino que son los indivi-

³⁴ Parágrafo 16 de la Resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad de 3 de abril.

³⁵ Cfr. Paolillo, F.H.: «Reclamaciones colectivas internacionales: el caso de los damnificados por la crisis del golfo». En la obra colectiva: *El derecho internacional en un mundo en transformación. Liber amicorum Eduardo Jiménez de Arechaga*, FCU, Montevideo 1994, p. 551.

duos los que poseen el derecho de reparación. Estas características propias del sistema de compensación han llevado a algunos autores a afirmar que teniendo en cuenta el papel que desempeñan en él tanto los individuos como los Estados debería ser ubicado en realidad «a mitad de camino entre la simple representación y el ejercicio de la protección diplomática»³⁶.

Del mecanismo compensatorio derivado de la resolución 687, conviene destacar un elemento interesante que a mi juicio, ilustra una tendencia hacia la adaptación de elementos estructurales de la protección diplomática en el supuesto de reclamaciones colectivas. Debe subrayarse, ante todo, una necesidad de sortear la ficción jurídica del endoso de los derechos lesionados a favor del Estados reclamante acercándose más a una función representativa del Estado. Ello es perfectamente acorde con el paulatino reconocimiento y promoción de derechos individuales desde normas internacionales convencionales o, como en el presente caso, institucionales. La consecuencia inmediata más clara es la posible asunción de la defensa de la causa de personas físicas o jurídicas por Estados distintos al de nacionalidad con el que existan vínculos efectivos como el de la residencia. Esta afirmación ha sido validada por el órgano judicial internacional ad hoc surgido del Convenio de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. De acuerdo con su doctrina, como podremos observar a continuación, el pabellón puede suponer un punto de conexión alternativo a la nacionalidad como fundamento de la legitimación estatal.

La sentencia del TIDM de 1 de julio de 1999 en el asunto *Saiga II* (San Vicente y Granadinas c. Guinea) dictada en relación al procedimiento sumario previsto en el artículo 292 del convenio de Naciones Unidas sobre Derecho del mar relativo a la pronta liberación del buque y su tripulación, ha constituido un caso test respecto al elemento estructural de la nacionalidad en reclamaciones judiciales constitutivas de protección diplomática.

Frente a la pretensión de San Vicente de que el tribunal estableciera una obligación de resarcimiento por los daños y las pérdidas ocasionadas por Guinea al propio navío, al capitán, a la tripulación y a los propietarios de la carga, se formula por éste último Estado una excepción de inadmisibilidad motivada por la existencia de múltiples nacionalidades de las personas afectadas, ninguna de ellas vinculadas con el Estado demandante. Se trata, pues, de determinar por parte del Tribunal si el pabellón del buque puede erigirse en un sustituto de la nacionalidad de los pasajeros y de la tripulación en una suerte de subrogación colectiva al margen de la eventual iniciativa de cada uno de los Estados de nacionalidad.

El resultado, favorable a las tesis del demandante, se basa en tres argumentos esenciales: en primer lugar, la propia Convención sobre derecho del mar aplica en el conjunto de su regulación una lógica distinta a la que pudiera derivarse de una estricta búsqueda del posible vínculo de nacionalidad, lo que se aprecia de manera singular tanto en la responsabilidad del Estado del pabellón respecto al ejercicio de una jurisdicción y de un control apropiado sobre cual-

³⁶ *Ibid.*, p. 568.

quier persona implicada en la actividad del navío con independencia de su nacionalidad, cuanto en lo tocante a la obligación de reparar en caso de indebido ejercicio de los derechos de visita y persecución por toda pérdida o daño sufrido, con independencia de la nacionalidad de las víctimas³⁷. En segundo término, el T.I.D.M. insiste en la sustitución de la nacionalidad, como único criterio admitido que fundamenta una demanda de reparación, por el vínculo del pabellón que en su aplicación práctica provoca un efecto centrípeto y aglutinante de cuantas acciones de protección pudieran iniciarse en defensa del buque y su tripulación. En palabras del propio Tribunal: «...la Convención considera a un navío como constitutivo de una unidad... así, el navío, todo lo que se encuentra sobre el navío, y toda persona implicada en su actividad o poseyendo intereses vinculados a esa actividad son consideradas como una entidad vinculada al Estado del pabellón. La nacionalidad de esas personas no reviste ninguna pertinencia»³⁸. Por último, el Tribunal abrocha sus argumentos jurídicos con una consideración operativa relacionada con la estructura del moderno transporte marítimo. En efecto, afirmar que sólo el vínculo de nacionalidad determinaría la legitimidad en orden invocar la responsabilidad del Estado que causa el perjuicio implicaría ignorar «la composición cambiante y multinacional de las tripulaciones de los navíos y la multiplicidad de intereses que pueden estar vinculados a la carga transportada por un solo buque»³⁹. En este contexto, si cada una de las personas físicas o jurídicas que sufrieran un perjuicio estuvieran obligadas a recurrir a su Estado de nacionalidad se estaría generando un gravamen injustificado en la tramitación de la reparación.

Parece evidente, pues, que la estructura del sistema jurídico que regula el Derecho del Mar en lo relativo al alcance práctico en sede de responsabilidad del vínculo del pabellón supera el esclerotizado mecanismo de reclamaciones individualizadas. El vínculo sustantivo y necesario que justificaría la capacidad procesal en favor del Estado del pabellón vendría determinado por el control ejercido sobre el buque en su conjunto, desechando la oponibilidad a los Estados infractores de la nacionalidad de la víctima como requisito *sine qua non* de admisibilidad de la reclamación⁴⁰.

Abordado el asunto en Sexta Comisión de la Asamblea General ha quedado patente el desconcierto que ha provocado la sentencia al contraponer las normas aplicables del derecho del mar y las normas sobre protección diplomática. Especialmente han sido dos las perspectivas de enfoque de los representantes estatales. Por una parte, es reseñable la tesis que pretende aislar el proceso específico de pronta liberación del artículo 292 respecto de otros supuestos de invocación de responsabilidad por violación del convenio sobre derecho del mar, conside-

³⁷ Cfr. El párrafo 105 de la sentencia de 1 de julio de 1999 del Tribunal internacional del Derecho del Mar dictada en el *asunto del navío «Saiga»* (N.º 2).

³⁸ *Ibid.*, párrafo 106.

³⁹ *Ibid.*, párrafo 107.

⁴⁰ *Vid.* Una posición crítica con el tenor de la sentencia en esta cuestión en Mahinga, J-G.: «Les affaires du M/V Saiga devant le Tribunal International du droit de la mer». *R.G.D.I.P.*, 2000, pp. 695-729.

rando que existe una relación de especialidad entre el régimen de invocación global de responsabilidad establecido en dicho precepto y avalado por el Tribunal y la regla esencial de la nacionalidad de la reclamación inherente a la protección diplomática. Una segunda opción tiende a aceptar la doctrina establecida en el asunto Saiga II aplicándola exclusivamente a los miembros de la tripulación y a los pasajeros, de suerte que cabría una *legitimación preferente* para iniciar la acción de protección en favor del Estado del pabellón. De esta suerte quedaría garantizada la igualdad de trato de personas sustrayendo la eventual protección a la voluntad de los diferentes Estados de nacionalidad. La posición privilegiada de este Estado cedería en el caso de incapacidad o falta de voluntad del mismo para iniciar la acción de protección, lo que podría darse con relativa frecuencia en el caso de pabellones de conveniencia⁴¹.

C. Dobles y múltiples nacionalidades

La confluencia en un mismo individuo de dos o más nacionalidades es una práctica cada vez mas frecuente en el actual orden internacional. Razones de orden práctico relacionadas con la creciente interconexión mundial en múltiples ámbitos⁴², unidas a la aceptada diversidad de medios de obtener el vínculo de nacionalidad establecidos por las legislaciones internas, provocan una superposición de vínculos entre individuos y Estados⁴³. Debe recordarse que en Derecho Internacional no existe ninguna regla que impida la coexistencia de múltiples vínculos de nacionalidad; coexistencia que en la práctica se proyecta en

⁴¹ Vid. Una síntesis de las diferentes posturas expresadas por los representantes estatales sobre esta cuestión en el *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 54.º periodo de sesiones (2002). Resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo cuarto periodo de sesiones. Doc. A/CN.4/529*, parágrafos 10 a 15.

⁴² Escribe D.A. Martín que la proliferación de duales y múltiples nacionalidades obedece a una expansiva interconexión de la comunidad mundial. Las nuevas tecnologías han facilitado enormemente las comunicaciones, los desplazamientos, el comercio y las inversiones fuera de. Los flujos migratorios a gran escala provocan una realidad de lealtades complejas que se refleja en la confluencia de dos o más vínculos de nacionalidad actuando simultáneamente. Vid. Martín, D.A.: «Introduction: the trend toward dual nationality». En la obra colectiva *Rights and duties of dual nationals. Evolution and prospects*, Kluwer, 2003, pp. 3-18.

⁴³ En general, puede afirmarse la existencia de un cambio de actitud de los Estados en orden a admitir la adquisición de la nacionalidad por los inmigrantes, superando la clásica distinción entre el *ius sanguinis* como criterio de atribución étnico y el criterio político reflejado en el *ius soli*. De hecho como pone de relieve Hailbronner, la Convención Europea en materia de nacionalidad de 1997 refleja en su artículo 15 un cambio sustancial en la consideración de la doble nacionalidad como un elemento perturbador a corregir. El citado artículo 15 no limita la capacidad de cada Estado de regular libremente la adquisición de la nacionalidad sin renunciar previamente a la nacionalidad de origen. La aceptación de la superposición de nacionalidades obedece esencialmente al reconocimiento de los intereses de los inmigrantes por mantener la conexión con su país de origen a la par de considerar esencial, como elemento de integración real en el nuevo Estado, la adquisición de su nacionalidad. Vid. sobre el cambio de actitud estatal en relación a la nacionalidad dual a Hailbronner, K.: «Rights and duties of dual nationals changing concepts and attitudes». En la obra *Rights and duties of dual nationals... op. cit.*, pp. 19-26.

diferentes puntos jurídicos de confluencia entre soberanías. Uno de ellos es el del ejercicio de la protección diplomática, ámbito en el que se refleja con claridad la necesidad de adaptación de la institución a la proliferación de vínculos de nacionalidad formalmente superpuestos, pero con diferentes grados de efectividad. En el caso de múltiples nacionalidades respecto de un mismo individuo llamado a ser defendido internacionalmente a través de la protección diplomática, el derecho internacional ha tendido tradicionalmente a minimizar el conflicto estableciendo reglas limitadoras e incluso excluyentes de la legitimidad de iniciar la acción desde la ficción de que es el propio Estado el titular por subrogación del derecho lesionado. Desde una perspectiva de conflicto entre soberanías coincidentes sobre una misma persona cuyos derechos subjetivos han sido directamente lesionados, especialmente si se trata de derechos humanos universalmente aceptados, no cabe en la actualidad aceptar reglas restrictivas a la posibilidad de iniciar la acción de protección que antepongan la atenuación internacional del conflicto a la defensa real de los derechos lesionados. Esta tendencia normativa facilitadora de la defensa del particular a través de la protección diplomática encuentra su reflejo en las propuestas codificadoras que sobre la nacionalidad múltiple ha formulado el relator Duggard. Las soluciones ofertadas pueden sistematizarse en función de la relación existente entre el individuo lesionado y los distintos Estados intervinientes, fijando en cada caso la legitimidad para iniciar la acción de protección en función del criterio básico de la efectividad del vínculo de nacionalidad.

1. LEGITIMACIÓN PARA INICIAR LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN FRENTE A TERCEROS ESTADOS SIN VÍNCULO DE NACIONALIDAD CON EL PARTICULAR LESIONADO

Nos encontramos en presencia del supuesto de múltiples vínculos de nacionalidad y una lesión de derechos a particulares derivada de la violación, por un tercero ajeno a la relación de nacionalidad, de una obligación internacional. Siguiendo la lógica jurisprudencial vertida en el asunto *Nottebohm*, el Estado legitimado para iniciar la acción sería aquel respecto del que el vínculo de nacionalidad fuera dominante y efectivo. La consecuencia inmediata de esta tesis no es otra que la negativa a admitir, por carecer de legitimación, cualquier reclamación en nombre del particular lesionado proveniente de un Estado de nacionalidad pero no dominante. Se trataría sin duda de una conclusión manifiestamente absurda, pues el criterio de la efectividad del vínculo posee en este caso un efecto meramente instrumental, identificador de la titularidad principal, que no única, del derecho a iniciar la acción de protección frente al tercer Estado. En efecto, el carácter más o menos tenue de la relación de nacionalidad en la práctica, no determina una prelación jurídica entre los Estados de nacionalidad del particular.

Si se parte del principio de la libre atribución de nacionalidad de buena fe de acuerdo con la legislación interna de los Estados y, consiguientemente, del derecho a poseer múltiples nacionalidades cumplidos los requisitos previstos por tales normas nacionales, y considerando que no existe un conflicto de leyes respecto del tercer Estado ajeno a la relación de nacionalidad, podemos afirmar,

como lo ha hecho la jurisprudencia arbitral en reiteradas ocasiones, que el Estado demandado no podrá objetar la legitimación del derecho a reclamar afirmando desde su posición de tercero que existe otro Estado de nacionalidad con mejor derecho. Tal y como sostiene con buen criterio el relator especial «en casos de nacionalidad múltiple, debería ser posible la protección diplomática contra un tercer Estado de cualquiera de los Estados con los que la persona de que se trate tenga un vínculo de nacionalidad de buena fe»⁴⁴.

De acuerdo con esta tesis, el proyecto de texto propuesto aboga por «una solución de transacción con arreglo a la cual el Estado demandante sólo tenga que demostrar que existe un vínculo de nacionalidad de buena fe entre él y la persona lesionada»⁴⁵. El texto resultante aprobado en primera lectura por la Comisión como artículo 5 afirma:

«Nacionalidad múltiple y reclamaciones contra un tercer Estado»

1. Todo Estado del que sea nacional una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad podrá ejercer la protección diplomática con respecto a esa persona ante un Estado del que esta no sea también nacional⁴⁶.

Queda, pues, desplazada la regla de la nacionalidad efectiva, ampliando el círculo de Estados con capacidad de iniciar la reclamación. Ello es especialmente relevante en el caso de que el Estado con un vínculo dominante, en el ejercicio de su poder discrecional, rechace ejercer la acción de protección, pues aunque no exista una relación de subsidiariedad entre Estados de nacionalidad a la hora de afirmar la legitimidad oponible al tercero sujeto pasivo de la reclamación, sí es cierto que el interés principal recae en el Estado con mayor grado de vinculación respecto del particular.

Otra consecuencia de la afirmación de la capacidad general para iniciar la reclamación es el posible ejercicio conjunto de acciones de protección iniciadas por varios Estados con vínculos de nacionalidad coincidentes sobre una misma persona. Efectivamente, tal y como el Relator reconoce «debería permitirse el ejercicio conjunto de la protección diplomática por dos o más Estados con los que la persona lesionada tenga un vínculo de buena fe». El resultado de la articulación de esta idea es el apartado segundo del artículo 5 aprobado por el Comité de redacción que afirma:

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

En relación con esta disposición, quedan por articular otras cuestiones procesales que deberán ser abordadas por la Comisión como sería el caso de la existencia de múltiples reclamaciones coincidentes presentadas individualizadamente sobre un mismo asunto o el establecimiento de un fórmula jurídica adecuada de acumulación de acciones de protección.

⁴⁴ Cfr. El Primer Informe sobre la protección diplomática. Doc. A/CN.4/506, p. 61, párrafo 173.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 60, párrafo 170.

⁴⁶ Cfr. Su texto en el Doc. Protección diplomática. Títulos y textos de los proyectos de artículos aprobados por el Comité de Redacción A/CN.4/L.613/Rev. 1 de 7 de junio de 2002.

2. LEGITIMACIÓN PARA INICIAR LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN EL CASO DE DOBLE O MÚLTIPLE NACIONALIDAD Oponiendo a Estados de los que el particular sea nacional

La doble nacionalidad como situación de derecho aceptada pacíficamente puede, en relación a la protección diplomática, plantear conflictos entre Estados en el momento en el que surja una confrontación que oponga a un Estado demandante y a otro demandado de los que el particular lesionado sea nacional al mismo tiempo. En tal caso nos encontramos sustancialmente ante un conflicto de leyes nacionales reguladoras de la relación entre individuo y Estado y, en consecuencia, ante una confrontación de soberanías.

En una perspectiva clásica, reflejada nítidamente en el artículo 4 del convenio de 12 de abril de 1930 sobre conflictos de leyes en materia de nacionalidad, el conflicto entre Estados con vínculos confluyentes sobre una misma persona se resuelve aplicando estrictamente el principio de igualdad soberana, de suerte que ningún Estado estaría autorizado a ejercer la protección contra otro en defensa del binacional. Esta regla de la no responsabilidad se basa, por tanto, en el principio de soberanía entendido de manera absoluta, lo que excluiría cualquier reacción de un Estado del que el particular fuese nacional que se inmiscuyera en el trato que el otro Estado, también de nacionalidad, otorga a sus nacionales. De acuerdo con esta tesis, no cabría por incongruente con el principio, dar preferencia a una nacionalidad sobre la otra en caso de conflicto y, por tanto, reconocer la superioridad de su ley sobre la del Estado demandado. De acuerdo con lo señalado por Klein, el sustento de esta teoría hay que encontrarlo en una concepción hegeliana del Estado completamente inadmisibles en el actual orden jurídico internacional que opta por el reconocimiento y la protección de derechos fundamentales del individuo⁴⁷. Su consecuencia directa sobre el particular con nacionalidad dual o múltiple no es otra que la de crear una situación similar a la de los apátridas, es decir, de indefensión claramente discriminatoria respecto al poseedor de una nacionalidad única

Frente a esta concepción limitadora de la oponibilidad de la reclamación, se alza una opción normativa cargada de sentido común a tenor de la cual, el principio aplicable a las acciones de protección en caso de dobles o múltiples nacionalidades desde y contra un Estado de nacionalidad, es el de la nacionalidad efectiva y dominante. Ya desde los conocidos asuntos Canevaro⁴⁸ o Mergé⁴⁹ ante instancias arbitrales y el propio T.I.J. en el caso Nottebohm⁵⁰ manifestaron la necesidad de considerar oponible una reclamación en nombre de un nacional que mantenga un vínculo efectivo y dominante con el Estado reclamante en contra de un Estado del que el lesionado sea también nacional. La práctica sectorial seguida por algunos tribunales internacionales, especialmente el Tribunal

⁴⁷ Klein, P.: «La protection diplomatique des doubles nationaux: reconsiderations des fondements de la règle de non-responsabilité». *R.B.D.I.*, 1988-I, pp. 184-216.

⁴⁸ *Vid.* El asunto Canevaro sustanciado ante la Corte Permanente de arbitraje (Italia c. Perú) en el *R.S.A.*, vol. 11.

⁴⁹ Cfr. El asunto Mergé (EE.UU. c. Italia) en el *R.S.A.*, vol. 14.

⁵⁰ C.I.J. *Recueil*, 1955, p. 23.

de Reclamaciones Estados Unidos-Iran, ha confirmado la regla de la nacionalidad efectiva en asuntos tan conocidos como Esphahanian y Banco Tejarat⁵¹; Golpira y Gobierno de la República Islámica de Iran⁵², o el Caso n.º A18⁵³. En todos ellos el criterio mantenido ha sido el de la defensa de los derechos individuales lesionados reconocidos por la norma internacional por encima de estrictas concepciones formalistas de la soberanía⁵⁴, de suerte que, como apunta el relator Duggard, el criterio de la nacionalidad efectiva «refleja la posición actual en el derecho internacional consuetudinario y es compatible con la evolución de las normas internacionales de derechos humanos, que conceden protección jurídica a las personas incluso frente al Estado del cual son nacionales»⁵⁵.

La plasmación positiva de esta evolución de las normas sobre nacionalidad de la reclamación es el artículo 6 del proyecto de artículos sobre protección diplomática que señala:

Un Estado de la Nacionalidad no podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona ante otro Estado del que esa persona sea también nacional, a menos que la nacionalidad del primer Estado sea predominante, tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación⁵⁶.

Es especialmente acertada la cautela que persigue, mediante el recurso a la continuidad de la nacionalidad dominante, evitar la adquisición sobrevenida y oportunista de otro vínculo de nacionalidad.

Por otra parte, conviene apuntar las reticencias que ha generado en la Sexta Comisión de la A.G. la propuesta de artículo, especialmente en lo relativo a la determinación objetiva de la noción de efectividad en el vínculo de nacionalidad⁵⁷. En todo caso, no faltan elementos de la práctica internacional que nos sitúan ante criterios de atribución de la nacionalidad efectiva y que deberán completar el enunciado general⁵⁸.

⁵¹ Decisión N.º 31-157-2 de 29 de marzo de 1983.

⁵² Decisión N.º 32-211-2 de 29 de marzo de 1983.

⁵³ Caso N.º A18 de 6 de abril de 1984.

⁵⁴ Como ha puesto de relieve la doctrina, el principio de efectividad de la nacionalidad en caso de múltiples vínculos presenta una especial importancia respecto a los derechos económicos de los inversores extranjeros que pueden ser defendidos al margen del principio de igualdad entre Estados, lo que ha sido criticado de manera especial por los países en desarrollo. *Vid.* al respecto Khan, R.: *The Iran-United States Claims Tribunal. Controversies, Cases and Contribution*, Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, 1990. En especial sobre la nacionalidad dual pp. 120-153.

⁵⁵ Cfr. Primer Informe. *Doc. A/CN.4/506*, p. 58.

⁵⁶ Cfr. *Doc. A/CN.4/L.613/Rev. 1*.

⁵⁷ *Vid.* El Resumen por temas preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo séptimo periodo de sesiones. *Doc. A/CN.4/529*, p. 11.

⁵⁸ De acuerdo con la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Iran-US, y siguiendo a Brower, pueden identificarse hasta quince parámetros de determinación de la nacionalidad efectiva y dominante: lugar de residencia y trabajo, matrimonio, lugar de educación, lugar de residencia de la familia más próxima, lugar de nacimiento y educación de los hijos, lugar en el que se encuentren las principales propiedades e inversiones, pago de impuestos, servicio militar, participación en elecciones, tiempo de residencia real en el país, periodo de tiempo transcurrido entre la naturalización y la presentación de la reclamación. *Vid.* En relación a los factores determinantes de la nacionalidad efec-

D. La nacionalidad de las personas jurídicas y la protección de los accionistas. La necesidad de adaptar la regla de la Barcelona Traction a la realidad económica mundial

Una de las más interesantes paradojas que afectan a la institución de la protección diplomática y que muestran bien a las claras su necesidad de adaptación a la actual realidad internacional es la que se produce en relación a la protección de las personas jurídicas. Como subraya Ch. Staker, durante décadas el derecho mercantil estatal ha sufrido una enorme evolución haciéndose sumamente compleja en respuesta a las rápidas transformaciones que afectan a la cambiante realidad comercial. Sin embargo, los tópicos relativos a la protección internacional de las empresas y sus accionistas permanecen ancladas en criterios ajenos a esta evolución.⁵⁹ La nacionalidad de la empresa a efectos de su protección diplomática y la capacidad de ejercer una acción de protección en nombre de los accionistas por sus Estados de nacionalidad han sido y son los elementos centrales de un debate que aparentemente fue cerrado por el T.I.J. en 1970 al sentenciar el asunto relativo a la Barcelona Traction Light and power company limited (Bélgica c. España). Como es sabido, la Corte, aplicando una estricta analogía con las reglas que han regido el requisito de la nacionalidad de las personas físicas consideró que «la regla tradicional atribuye el derecho de ejercer la protección diplomática de una sociedad al Estado bajo cuyas leyes haya sido constituida y sobre cuyo territorio tenga su sede social»⁶⁰. Este criterio funcional cuyo resultado es crear un único cauce para la posible acción de protección, lleva a la Corte a excluir cualquier otro punto de conexión de carácter personal que pudiera servir de base a la defensa de los accionistas por sus Estados de nacionalidad. En palabras de la Corte, «...tratándose de actos ilícitos dirigidos contra una sociedad en la que participen capitales extranjeros, la regla general de derecho internacional únicamente autoriza al Estado nacional de la sociedad para formular la reclamación»⁶¹. En suma, una regla sumamente restrictiva adoptada a partir de consideraciones de orden político como la necesidad de evitar una ingente proliferación de reclamaciones en el caso de que se autorizase su formulación a los Estados de nacionalidad de los accionistas de empresas participadas por un capital social disperso entre accionistas de múltiples nacionalidades; la inconveniencia de superponer reclamaciones derivadas de un mismo ilícito al aplicar las reglas relativas a la doble nacionalidad; la traslación, en fin, al orden jurídico del riesgo existente en toda actuación comercial internacional, especialmente en materia de inversiones.

La regla enunciada por la Corte en términos tan sumamente simples es extremadamente débil a la luz de las múltiples y fundadas críticas enumeradas por

tiva y dominante a Brower, Ch.: «The Iran-United States Claims Tribunal». *R des C*, t. 224 (1990-5). En especial pp. 244-255.

⁵⁹ *Vid.* Staker, Ch.: «Diplomatic protection of private business companies: determining corporate personality for international law purpose». *B.Y.I.L.*, 1990, pp. 155-174.

⁶⁰ Cfr. C.I.J. Recueil 1970, parágrafo 70.

⁶¹ Cfr. C.I.J. Recueil 1970, parágrafo 88.

el Relator J. Dugard en su Cuarto Informe sobre la protección diplomática. En primer lugar, la regla establecida por el T.I.J. no es el reflejo de las normas que sobre la materia han sido aplicadas por los órganos internacionales de arreglo de controversias ni por los propios Estados al negociar acuerdos bilaterales de reparación. En efecto, la regla de la Barcelona Traction es meramente instrumental y, por simplificadora, puede convertirse en inoperante. En esta línea, y en segundo término, la norma que parte de la constitución de la sociedad como elemento determinante en cuanto a la legitimidad en el ejercicio de la acción será en muchos casos inoperante toda vez que, en ausencia de un vínculo efectivo con el Estado de constitución, se antoja difícil suponer una voluntad de este en orden a iniciar una acción de protección diplomática. De hecho, si tomamos como referencia los acuerdos bilaterales de inversiones, parece claro siguiendo a Sacerdoti⁶² que el amparo de los mismos afecta a empresas que posean un vínculo genuino con el Estado entendido como la realización de una actividad económica efectiva en su territorio. La mera constitución de la sociedad no puede ser un criterio excluyente en un contexto económico mundial en el que la desnacionalización del capital es una constante consecuencia de la liberalización y globalización de los mercados financieros y donde habitualmente las empresas constituidas bajo el derecho de un Estado son organizadas controladas y gestionadas por nacionales de otro, situación esta reconocida y amparada por los acuerdos de inversiones. Teniendo en cuenta estos elementos que en nada apoyan la estricta aplicación futura de la regla de la Barcelona Traction, parecería necesaria una acomodación de la misma a la nueva realidad económica internacional. La oportunidad vendría de la mano de la futura codificación en materia de protección diplomática. En su reciente cuarto informe, el relator que es sensible a lo precario de la regla enunciada por el T.I.J. parte de una estructura de la regulación de la protección diplomática basada en los siguientes criterios: En primer lugar, parece evidente una consideración residual de la protección diplomática de las personas jurídicas en la medida en que la mayor parte de Estados han establecido a través de tratados de inversiones mecanismos específicos de arreglo de controversias que garantizan un particular estandar de trato a favor de la sociedad y sus accionistas acorde con la naturaleza y finalidad de las inversiones extranjeras, instaurando igualmente mecanismos de arreglo que eluden expresamente las reglas de la protección diplomática⁶³. En segundo lugar, la opción realizada por el relator ha sido la de mantener unas reglas mínimas que regulen la protección diplomática, renunciando expresamente a cualquier intento de adaptación de las mismas a la realidad económica internacional y al inte-

⁶² Vid. Sacerdoti, G.: «Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection». *R des C*, t. 269 (1997), pp. 251-460.

⁶³ Reconoce el Relator Dugard que, a la luz de la práctica seguida por los Estados en el principal ámbito en el que pueden surgir controversias derivadas de la invocación de responsabilidad contra el Estado que causa un perjuicio a una sociedad como es el caso de las inversiones extranjeras, la opción más realista es «aceptar que en el contexto de las inversiones extranjeras, el derecho tradicional de protección diplomática ha sido sustituido en gran medida por una serie de procedimientos de arreglo de controversias basados en tratados». Cfr. El Cuarto informe sobre la protección diplomática. *Doc. A/CN.4/530*, p. 8, parágrafo 17.

rés primordial de los accionistas de que su inversión en el extranjero sea efectivamente defendida por su Estado de nacionalidad o por el de nacionalidad de la sociedad. Como se indica en el artículo 17 del proyecto, la regla elegida es la del ejercicio discrecional de la acción de protección por parte del Estado de nacionalidad de la sociedad en los siguientes términos:

1. Un Estado tendrá derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a un perjuicio causado a una sociedad que tenga la nacionalidad de ese Estado.
2. A los efectos del ejercicio de la protección diplomática, el Estado de la nacionalidad de una sociedad es el Estado en que la sociedad está constituida (y en cuyo territorio tiene su sede social)⁶⁴.

Estamos en presencia, por tanto, de una traslación al ámbito de las sociedades de las reglas tradicionalmente aplicable a la protección de las personas físicas. Discrecionalidad y nacionalidad en función del ordenamiento jurídico interno del lugar de constitución son las ideas esenciales que presiden la regla general. La discrecionalidad introduce una dosis inadmisibles de inseguridad jurídica en las controversias propias de las relaciones económicas internacionales, pues la defensa de la sociedad y sus accionistas quedarían a merced de decisiones políticas ajenas al tráfico económico que motiva el litigio. Por su parte, la fijación de la constitución como criterio exclusivo habilitante para iniciar la acción de protección ignora intencionadamente la necesidad de establecer conexiones adicionales equivalentes a la constitución que sean oponibles al Estado cuya responsabilidad se pretendiera invocar. Son dos, entre otras, las principales razones que justificarían el posible desbordamiento de la regla de la constitución de la sociedad. Por un lado, conviene mencionar de manera especial el caso de la constitución bajo el ordenamiento jurídico de un Estado sin que exista una conexión funcional real con el mismo. En muchos casos se trata de constituciones «de conveniencia» con el fin de obtener ventajas especialmente fiscales. En tal situación raramente se iniciarán acciones de protección por el Estado de teórica nacionalidad lo que, como subraya Staker, conduce a la creación de sociedades apátridas desde el punto de vista de la formulación de las reclamaciones en cuanto que en la práctica se priva a la compañía y a sus accionistas de cualquier otra protección diferente a la que le niega el Estado de nacionalidad de la empresa⁶⁵. Por otro, el criterio de la nacionalidad de la reclamación a partir de la constitución de la sociedad plantea la indefensión de personas o empresas nacionales de terceros Estados, distintos al de nacionalidad de la sociedad, que organizan, controlan y gestionan la compañía directamente perjudicada. En tales casos, la regla de constitución de la sociedad también es un obstáculo que debería dar paso a otras reglas basadas en el control efectivo de la sociedad de suerte que como afirma Orrego Vicuña, el interés nacional prevalente sería el criterio de habilitación más adecuado⁶⁶. Regla ésta que, por otra parte, ha sido

⁶⁴ *Doc. A/CN.4/530*, p. 21.

⁶⁵ *Vid.* Staker Ch.: «Diplomatic protection of private bussines...*op. cit.*, pp. 158-159.

⁶⁶ El profesor Orrego en su informe presentado en la Conferencia de Londres de la I.L.A. (2000) propone las siguientes reglas en relación a esta cuestión: «Los accionistas de una compañía extranjera

admitida por significativos tratados de inversiones en los que serán considerados inversores y, por tanto, amparados por los mismos, personas o compañías de terceros Estados que directa o indirectamente controlan a la empresa nominalmente inversora. El T.I.J. ha confirmado igualmente este enfoque al admitir la legitimidad del Estado de nacionalidad de los accionistas inversores. En efecto, en el asunto de la *Elettronica Sicula (ELSI)* (Estados Unidos c. Italia), Estados Unidos ha sido expresamente habilitado para ejercer la protección diplomática de las empresas de su nacionalidad que ejercían el control sobre la sociedad italiana⁶⁷.

Podría afirmarse, pues, que la regla adoptada por el Relator Dugard en relación al fundamento de la reclamación intenta mantener a ultranza una estricta separación entre los derechos e intereses de la sociedad y los de los accionistas inversores estableciendo un cauce principal de reclamación tomando como referencia central al Estado de constitución. Ello implica asumir que la protección diplomática así concebida constituye un medio arcaico de defensa de accionistas en una economía globalizada con profusión de empresas multinacionales. En otras palabras, si la liberalización de la economía global conlleva una deslocalización, una desnacionalización de capitales inversores qué sentido tiene empeñarse en mantener un anclaje, un referente inmutable y ficticio entre el capital, la sociedad y el Estado beneficiario de la inversión a través de una sociedad con una capacidad mínima para decidir sobre su propio destino empresarial.

En tercer lugar, y en esta misma línea de defensa estricta de la sociedad como entidad constituida bajo el derecho interno de un Estado y susceptible de

pueden ser protegidos por el Estado de su nacionalidad si sus derechos han sido directamente lesionados así como en otras circunstancias especiales en las que pudiera ser privado de protección.

Los accionistas de una compañía extranjera pueden también ser protegidos por el Estado de su nacionalidad frente a daños que afecten a tal compañía si el Estado de nacionalidad de la empresa no quiere o no puede ejercer tal protección o es el Estado que causa el perjuicio». Cfr. Interim Report on «The Changing law of Nationality of Claims». International law association London Conference (2000). Committee on diplomatic protection of persons and property. First Report, pp. 43-44.

⁶⁷ En este caso, la legitimación activa de EE.UU. no fue discutida ni fundada en derecho por la Corte. Aun pudiendo haberlo hecho, no ha existido ninguna remisión a lo sentenciado en el asunto de la *Barcelona Traction* ni se ha considerado el supuesto en cuestión como una excepción tasada a la regla general dictada en 1970. Ello ha provocado diferentes interpretaciones doctrinales de las razones de la Corte al admitir la legitimación norteamericana. En unos casos se ha considerado que ha sido el Convenio bilateral objeto del fondo del litigio el que reconocía la existencia de derechos propios de los accionistas susceptibles de ser defendidos al margen de la sociedad. En otros, se entiende que aun sin mencionarlo, la Corte aplica la excepción relativa a la coincidencia entre el Estado de nacionalidad de la sociedad y del Estado que causa el perjuicio. Otros autores en fin, consideran que de hecho se abandona la regla de la *Barcelona Traction* superando la estricta separación entre derechos de la sociedad y de los accionistas y optando por una prevalencia del criterio del control efectivo como fundamento habilitante de la reclamación. *Vid.* entre los numerosos comentarios que suscitó la sentencia de 1989 los siguientes: Jencolas, C.: «L'Arrêt Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) du 20 juillet 1989 (Etats-Unis c. Italie)». R.G.D.I.P., t. 94, 1990, pp. 701-742; Vives Chillida, J.: «Las cuestiones relativas a la admisibilidad de la reclamación en la sentencia Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI) (Estados Unidos/Italia) R.E.D.I., 1992-I, pp. 7-23; Stern, B.: «La protection diplomatique des investissements internationaux. De Barcelona Traction à Elettronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse». J.D.I. 1990-4, pp. 897-948.

ser protegida únicamente por él, la propuesta del relator especial contempla una intervención residual y subordinada de los Estados de nacionalidad de los accionistas. Ejercen o no el control efectivo de la sociedad lesionada, los Estados de los inversores accionistas extranjeros poseerán una habilitación excepcional para activar una acción de protección diplomática. En efecto, el levantamiento del velo social solo cabría, de acuerdo con los artículos 18 y 19 propuestos por el relator cuando la sociedad haya dejado de existir de acuerdo con el derecho interno del Estado de constitución; cuando la sociedad tenga la nacionalidad del Estado responsable del perjuicio causado y cuando los accionistas hayan resultado directamente perjudicados por el acto internacionalmente ilícito de otro Estado. La lógica de la doctrina Barcelona Traction se mantiene, por tanto, inmutable con una ligera ampliación respecto del supuesto de coincidencia de Estados de constitución y causante del perjuicio. El sistema de excepciones tasadas a una regla tan sumamente rígida como es la constitución, plantea dificultades de forma y fondo en su aplicación. Sustantivamente, porque las excepciones únicamente pretenden «la defensa del interés residual patrimonial del valor de las acciones en caso de liquidación o eventos similares». La práctica convencional de los Estados en materia de inversiones demuestra, sin embargo, que el estándar mínimo común de trato a inversores extranjeros abarca aspectos esenciales de las relaciones económicas imprescindibles para competir en los mercados nacionales tales como la no discriminación o la igualdad de trato. A lo que se debería añadir las específicas previsiones en materia de transferencias monetarias, trato preferencial, u otra clase de incentivos⁶⁸. Adjetivamente, las excepciones presentan serias dudas sobre su aplicación tal y como el propio relator reconoce. En primer lugar, debe señalarse que tanto en la lesión de derechos privativos de los accionistas, como en la desaparición de la sociedad la determinación de la oponibilidad internacional de la reclamación vendrá determinada de manera exclusiva por referencia al derecho interno del Estado de nacionalidad de la sociedad. Ello significa limitar y mediatizar el derecho a reclamar, pues la legislación interna del Estado de constitución puede establecer procedimientos y plazos de disolución que dilatan extraordinariamente la capacidad de iniciar la acción de protección o, en el caso de sociedades filiales actuando en el extranjero, el daño patrimonial que lleve incluso a la extinción de la misma quedará sin ningún tipo de medio de protección internacional de los accionistas. La determinación de los derechos privativos de los accionistas en la gestión de la sociedad vendrá igualmente determinada por la legislación del Estado de constitución, lo que limitará a voluntad del Estado de nacionalidad la oponibilidad de la reclamación, situación especialmente compleja cuando coincida el Estado de constitución con el que causa el perjuicio. Y es precisamente la tercera excepción, la que deriva de la confluencia entre Estado que causa el perjuicio y Estado de na-

⁶⁸ Vid. sobre el estándar general de trato a inversores extranjeros, así como un estudio de las previsiones específicas más relevantes incorporadas en los convenios bilaterales de inversiones a Sacerdoti, Ch.: «Bilateral treaties and multilateral instruments...» *op. cit.*, pp. 339-378. Sobre las excepciones previstas en la Barcelona Traction y sus efectos en comparación a la técnica de defensa de derechos de los inversores establecida en los tratados de inversiones p. 374.

cionalidad de la sociedad, la que está llamada a generar múltiples dificultades teóricas y prácticas pues su inclusión como cauce de entrada en la acción de protección a Estados de nacionalidad de los accionistas nos sitúa de lleno ante la escasa consistencia jurídica del punto de conexión básico: la constitución de la sociedad. En efecto, el vínculo de nacionalidad establecido a partir de la constitución puede ser muy tenue, y lejos de ser en muchos casos mínimamente efectivo, podrá ceder ante la nacionalidad de los accionistas en orden a la obtención de una reparación real. Las razones de equidad y justicia, esgrimidas como fundamento de la inclusión, via excepción, de un factor de corrección de la regla de la nacionalidad implica una aplicación analógica de las reglas de protección que afectan a los casos de dobles y múltiples nacionalidades de la reclamación, aunque el supuesto de hecho implique, en realidad, dar entrada en la relación que surge de las consecuencias del ilícito a una multiplicidad de terceros Estados interesados en la reparación en contra del Estado de nacionalidad del sujeto a proteger: la sociedad. Por otra parte la aceptación de la excepción por coincidencia entre Estados de nacionalidad de la sociedad y autor del perjuicio contravendría el conjunto de razones alegadas como fundamento de la regla general que, como se recordará, no son otras que la necesidad de evitar la multiplicación internacional de las reclamaciones y la asunción de un riesgo inherente a toda inversión.

A la luz de señalado, puede afirmarse que la estructura normativa existente y consagrada por el relator Duggard presenta numerosas lagunas y contradicciones que se podrían salvar invirtiendo la lógica anclada en la nacionalidad del sujeto lesionado como único referente que legitima la acción de protección dando cabida ab initio al Estado de nacionalidad de los accionistas, al menos de los que poseen un control efectivo de la sociedad. En la práctica pueden ser varias las modalidades que permitan la defensa de los accionistas convirtiendo las excepciones en parte de la regla a la par de reducir el surgimiento de una ingente pluralidad de regímenes particulares de reclamación que ante la dificultad de obtener una reparación a través de la clásica protección, optan por arbitrar cauces autónomos en los que la presencia del particular puede llegar a desplazar al Estado de nacionalidad.

III. HACIA UNA CONCEPCIÓN FLEXIBLE DEL REQUISITO DEL AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS

Como ha señalado la doctrina, «En principio, los particulares no poseen los medios jurídicos para poner en marcha directamente la responsabilidad internacional del Estado. En Este ámbito, el derecho internacional está constituido por un mecanismo de doble filtro. Por una parte, existe la regla del agotamiento de los recursos internos y, por otra la discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática⁶⁹.

⁶⁹ Cfr. Cottareau, G.: «Systeme juridique et notion de responsabilite». *La responsabilité dans le système international*, Colloque du mans de la S.F.D.I., Pedone, Paris 1991, p. 18.

La idea general que sustenta la regla del agotamiento de los recursos internos es la protección de la soberanía. La regla del agotamiento juega un papel de tampón entre dos soberanías estatales opuestas: la soberanía territorial del Estado en el que se produce el daño y la soberanía personal del Estado de las personas lesionadas... En el interés de la paz y la seguridad internacional debe evitarse que dos soberanías estatales entren simultáneamente en conflicto. De esta suerte, el agotamiento de los recursos internos se convierte en la regla que ordena el ejercicio sucesivo de dos soberanías dando prioridad a la soberanía territorial.

La regla del agotamiento de los recursos internos, consuetudinariamente bien establecida, se concibe, pues, como un requisito necesario allí donde la lesión del derecho subjetivo atribuido por la norma internacional a favor de un particular pueda trascender el estricto ámbito de la relación entre la Administración y el Administrado dando lugar a una internacionalización de la reclamación. Tal situación es inherente a las reclamaciones canalizadas a través de los mecanismos de protección de los derechos humanos y a aquellas otras que se sirven de la técnica de la protección diplomática. Se crea de esta suerte una gradación temporal de los mecanismos de reclamación internos e internacionales cuyo resultado es la afirmación de la subsidiariedad de los segundos cuando los primeros existan y sean eficaces. El efecto que la regla produce en la práctica no es otro que el de contener la internacionalización de los conflictos otorgando al Estado que causa el perjuicio la capacidad de autocorrección del hecho ilícito una vez constatada la ilicitud origen del perjuicio y la efectiva atribución del mismo al Estado.

La necesidad de la codificación de la regla incorporando nuevos perfiles y elementos se aprecia a la luz de la evolución del papel del individuo en el orden sustantivo y procesal internacional. El proceso de codificación en curso en el seno de la C.D.I. dedica una especial atención a la concreción de la regla y sus excepciones. Desde una perspectiva de protección de los derechos fundamentales de los particulares lesionados, que está latiendo en el conjunto de la labor codificadora, el proyecto de la comisión sobre agotamiento de recursos en relación a la protección diplomática, sigue una tendencia alejada de excesivos formalismos, optándose por una flexibilidad en sus planteamientos tal y como se refleja en el amplio abanico de excepciones previsto. A mi juicio, se opta claramente por seguir una línea alejada de concepciones absolutas o mecánicas de aplicación de la regla en sintonía con lo establecido por los órganos de control de cumplimiento de los convenios sobre derechos humanos⁷⁰.

Es de subrayar igualmente la concepción mantenida por el Relator y que comparto plenamente, de considerar al agotamiento de los recursos como un requisito estrictamente procesal previo al inicio de la protección y no como un elemento sustantivo de la existencia misma del ilícito. Esta opción tiene un

⁷⁰ Vid. En este sentido las consideraciones que sobre la aplicación de la regla del agotamiento de los recursos internos en el sistema europeo de protección realiza el profesor Carrillo Salcedo, J.A.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid 2003, pp. 57-59.

enorme sentido si se considera singularmente desde la óptica de la defensa de derechos fundamentales. Tal y como ejemplifica el propio relator «si un Estado comete un acto ilícito internacional —por ejemplo la tortura a un extranjero— incurre en responsabilidad internacional a partir de ese momento. El acto de tortura hace surgir una causa de acción en contra del Estado responsable, pero el derecho de acción, el derecho de interponer una reclamación internacional, queda suspendido en tanto el Estado tenga la oportunidad de remediar la situación»⁷¹. Si se hubiera optado por la tesis sustantiva, no podría afirmarse la existencia del ilícito hasta tanto no se hubieran considerado agotados todos los recursos internos del Estado causante de la lesión. Además de una trascendencia práctica, la opción procesal produce el efecto de poder afirmar jurídicamente la responsabilidad del Estado, separándola de una posible reclamación de reparación que, en muchos sería en todo caso de difícil consecución por excesivamente onerosa para el particular.

Realizando una síntesis de las líneas esenciales que han estado presentes en los Informes segundo y tercero⁷² del Relator Especial sobre protección diplomática y que han sido asumidas por la Comisión, podemos destacar los siguientes aspectos: en primer lugar, no sólo se enuncia la norma de manera taxativa, sino que se aclara el concepto mismo de recurso que debe ser agotado. Y ello con la intención de desbrozar inicialmente el camino que deberá recorrer el particular antes de que se internacionalice la controversia. Quedarían incluidos en la categoría de recursos posibles todos los judiciales, ordinarios o especiales, así como los administrativos, pero nunca los de carácter extrajurídico, los que se otorguen a título graciable ni los pretendan obtener un favor y no reivindicar un derecho.

En segundo término, para que se exija el cumplimiento de la regla del agotamiento, es preciso poder identificar con claridad el destinatario particular de la infracción internacional que genera el perjuicio. No es extraño en este sentido que la violación de la obligación internacional afecte tanto a un Estado como a uno de sus nacionales. Dependiendo de la preponderancia del interés lesionado objeto de la reclamación será exigible o no la aplicación de la regla. La determinación del interés dominante objeto de protección es especialmente complejo en el caso de reclamaciones mixtas en las que so pretexto de alcanzar una declaración de responsabilidad se pretenda una reparación añadida a favor del particular, lo que sortearía la obligación de agotar los recursos por este. A la luz de las enseñanzas que ofrece la C.I.J., especialmente en el asunto *Interhandel*⁷³, la Comisión ha incorporado una disposición cautelar que no evitará la necesidad del agotamiento si la reclamación se basa preponderantemente en el daño sufrido por el particular, aunque coexista con otra pretensión declaratoria de responsabilidad formulada por el Estado de nacionalidad.

⁷¹ Cfr. El segundo informe del relator, *Doc. A/CN.4/514* de 28 de febrero de 2001.

⁷² *Vid. Doc. A/CN.4/523* de 7 de marzo de 2002.

⁷³ *Vid. C.I.J. Recueil*, 1958 p. 29. La Corte estima, en efecto, que un único y mismo interés, el de *Interhandel*, es el que ha motivado la formulación del procedimiento. Consiguientemente, declara inadmisile la demanda de Suiza.

En tercer lugar, y en la línea de flexibilidad apuntada, el proyecto de la C.D.I. codifica un importante conjunto de excepciones a la regla en el sentido de considerar cumplido el requisito si: los recursos internos no ofrecen ninguna posibilidad razonable de obtener una reparación efectiva; si existe una demora indebida en la tramitación del recurso interno, atribuible al estado cuya responsabilidad se alega; no existe vínculo entre la persona que ha sufrido el daño y el Estado cuya responsabilidad se alega, o en su caso las circunstancias determinen que el agotamiento de los recursos no sea razonable, y si el Estado cuya responsabilidad se alega ha renunciado a la condición de que se agoten los recursos⁷⁴.

Finalmente, desde la perspectiva de la oponibilidad de la excepción por parte del demandante es importante determinar el destinatario de la carga de la prueba. A tenor de lo establecido en el ámbito de la protección de los derechos humanos, puede afirmarse que existe una práctica consolidada que podría extrapolarse a las normas sobre protección diplomática, a tenor de la cual a quien incumbe inicial y principalmente la carga de la prueba respecto al cumplimiento del requisito del agotamiento es al Estado demandante. En el caso de oposición expresa por el Estado reclamado corresponderá a este demostrar que existían otros recursos disponibles y no utilizados⁷⁵.

IV. CONCLUSIÓN: LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA, UNA INSTITUCIÓN NECESARIA AL SERVICIO DEL INDIVIDUO EN UNA SOCIEDAD GLOBALIZADA

Las transformaciones estructurales de la Sociedad Internacional encuentran inevitablemente su reflejo en el sistema jurídico que la ordena. Ninguna institución puede ser ajena a la emergencia de nuevos valores sociales que necesitan espacios jurídicos para su manifestación y mecanismos eficaces para su realización. En este contexto, las más rancias fórmulas pensadas para hacer frente a la defensa de los individuos en una pretérita sociedad de Estados en la que el particular no ha tenido ningún espacio y donde no había más objetivo que la defensa del mero interés estatal, deben adaptarse o perder gran parte de su razón de ser. Esta es precisamente la tesitura en la que se encuentra la protección diplomática. Afortunadamente se atisba un cambio en su concepción, haciendo pivotar la institución desde un mero mecanismo de garantía de aplicación del derecho desde y por el Estado, hacia un sistema de defensa de derechos individuales llamado a cumplir una papel de cierre del sistema de protección internacional que todavía dista mucho de ser satisfactorio. Para ello es preciso, sobre todo, adaptar flexiblemente los elementos básicos que definen a la protección y sus

⁷⁴ Vid. La relación que ha sido aceptada hasta el momento por la Comisión en el *Doc.A/CN.4/L.631*.

⁷⁵ Es esta una opción razonable ofertada por el propio relator especial haciendo suya la posición de los órganos internacionales de control del cumplimiento de los convenios de derechos humanos y mantenida por autores como Kokott, J.: «The exhaustion of Local Remedies». *International Law Association. London Conference (2000)*, pp. 3-27.

requisitos de aplicación. Del mismo modo el proceso globalizador con una enorme trascendencia para los individuos, personas físicas o jurídicas, incide en la protección diplomática que se ve sometida a un proceso de marginación de la escena jurídica internacional en favor de regímenes especiales más ágiles que garantizan mejor los derechos económicos de los actores implicados en la economía mundial. Se impone en este sentido igualmente una adecuación de la institución al nuevo proceso, convirtiendo al Estado en garante real de los intereses económicos de sus nacionales.

En definitiva, estamos asistiendo a una prueba de la resistencia de los materiales de que esta hecho el ordenamiento internacional y a su capacidad de dar respuesta a las nuevas demandas sociales. En este sentido la protección diplomática debe cumplir un importante papel.