



City Research Online

City, University of London Institutional Repository

Citation: Draghici, C. (2009). "Las competencias personales del Estado". (1 ed.) In: Derecho internacional público. (pp. 261-278). Barcelona: Huygens Editorial. ISBN 978-84-15663-11-9

This is the accepted version of the paper.

This version of the publication may differ from the final published version.

Permanent repository link: <https://openaccess.city.ac.uk/id/eprint/5254/>

Link to published version:

Copyright: City Research Online aims to make research outputs of City, University of London available to a wider audience. Copyright and Moral Rights remain with the author(s) and/or copyright holders. URLs from City Research Online may be freely distributed and linked to.

Reuse: Copies of full items can be used for personal research or study, educational, or not-for-profit purposes without prior permission or charge. Provided that the authors, title and full bibliographic details are credited, a hyperlink and/or URL is given for the original metadata page and the content is not changed in any way.

City Research Online:

<http://openaccess.city.ac.uk/>

publications@city.ac.uk

20. Competencias personales del Estado

1. Introducción

El territorio y la población, en tanto que elementos físicos constitutivos del Estado, configuran la base de atribución de sus competencias. Mientras el territorio representa la base de la competencia espacial, examinada en los capítulos anteriores (v. Temas 10 y 11), el ámbito de la competencia personal se determina en relación a una población estable, identificada a través de la nacionalidad. La competencia personal es, por lo tanto, el conjunto de poderes jurídicos que un Estado ejerce respecto a las personas (físicas y morales) unidas a él por el vínculo de la nacionalidad. Se trata de un vínculo jurídico y político que expresa el reconocimiento de que una persona se halla más estrechamente ligada a la comunidad de un Estado que a cualquier otra comunidad estatal.

Según el *Informe sobre la nacionalidad* presentado por el relator especial Manley Hudson a la CDI en 1952, la nacionalidad es “el estatuto de una persona física que se halla ligada a un Estado por el vínculo de fidelidad” (*Report on Nationality, Including Statelessness*, A/CN. 4/50, p. 6). Asimismo, a tenor del artículo 2 del *Convenio europeo sobre nacionalidad*, adoptado el 6 de noviembre de 1997 en el marco del Consejo de Europa,¹ la nacionalidad es “el vínculo jurídico de una persona y un Estado”. Particularmente articulada resulta la postura de la CIJ en el célebre asunto *Nottebohm* (decisión de 6 de abril de 1955): “La nacionalidad es un vínculo jurídico que tiene por base un hecho social de arraigo, una solidaridad efectiva de existencia, de intereses, de sentimientos, junto a una reciprocidad de derechos y deberes. [...] Puede decirse que [la nacionalidad] constituye la expresión jurídica del hecho de que el individuo al que se le confiere [...] queda – de hecho – más estrechamente vinculado a la población del Estado que se la confiere que a la de cualquier otro Estado”.

Una primera cuestión que se planteará en el presente módulo es cómo se establece y, posiblemente, se revoca el antemencionado vínculo entre un individuo y un Estado, es decir cómo se reglamenta la adquisición y la pérdida de la nacionalidad. En particular, examinaremos si hay normas de derecho internacional general o convencional que condicionen la actividad soberana del Estado en este sector. Asimismo consideraremos el alcance de los poderes del Estado nacional y sus límites a la luz de las normas internacionales en materia de trato de los ciudadanos.

Ahora bien, en el ejercicio de su competencia territorial, el Estado reglamenta la actividad no sólo de los nacionales sino de todas las personas físicas y jurídicas que se encuentran en su territorio (trabajadores inmigrantes, inversores, naves extranjeras en el mar territorial etc.). Exploraremos en este módulo cuáles son las obligaciones de los Estados en derecho internacional respecto al trato de extranjeros que se encuentren bajo su jurisdicción. Detallaremos en ese contexto las obligaciones acerca de algunas categorías de extranjeros particularmente vulnerables, como los demandantes de asilo y los refugiados.

La relevancia de la demarcación nacionalidad/ extranjería para las relaciones internacionales consiste sobre todo en la posibilidad del Estado nacional de actuar para la protección jurídica de sus ciudadanos. La competencia personal crea un título en el Estado para entablar reclamaciones internacionales y pretender de los otros Estados el respeto del derecho internacional en beneficio de sus ciudadanos. Se trata principalmente del instituto de la protección diplomática, que constituirá más adelante objeto de una exposición detallada (v. Tema 19). En este módulo veremos en cambio si el derecho internacional reconoce la facultad de recurrir a la fuerza para asegurar la protección de los ciudadanos en el extranjero.

2. La nacionalidad en derecho internacional

2.1. Discrecionalidad del derecho interno en la atribución y la pérdida de la nacionalidad

Cabe destacar que corresponde al ordenamiento interno de cada Estado, y no al ordenamiento internacional, establecer quiénes son los nacionales. En efecto, bajo el derecho internacional consuetudinario, los Estados gozan de la más amplia facultad para atribuir la nacionalidad según criterios autónomamente establecidos. Este principio ha sido reconocido por la jurisprudencia internacional y reafirmado en varios instrumentos multilaterales.

En su dictamen de 7 de febrero de 1923 acerca de la diferencia franco-británica sobre los *Decretos franceses de nacionalización para Túnez y Marruecos de 1921*, la CPJI ha recordado que el régimen jurídico de la nacionalidad queda regulado por el derecho interno: “las cuestiones de nacionalidad están, en principio, comprendidas en la esfera de la competencia exclusiva de los Estados”. Posteriormente, la CIJ, en la sentencia relativa al asunto *Nottebohm*, ha recordado que “la nacionalidad pertenece a la jurisdicción nacional del Estado” y por consiguiente “es competencia de Liechtenstein, como de todo Estado soberano, regular por su propia legislación, la adquisición de su nacionalidad, así como conferirla mediante la

¹ El *Convenio europeo sobre nacionalidad*, en vigor a partir de 1 de marzo de 2000, ha sido ratificado por 19 Estados, mientras 9 han firmado sin ratificar. España no ha firmado dicho convenio.

naturalización concedida por sus propios órganos de acuerdo con esta legislación”. El artículo 1 de la *Convención de La Haya* de 12 de abril de 1930 *sobre determinadas cuestiones relativas a conflictos de leyes en materia de nacionalidad*² señala asimismo que “corresponde a cada Estado determinar por medio de su legislación quiénes son sus nacionales”. En época más reciente, el *Convenio europeo sobre nacionalidad* de 1997 antes mencionado afirma, análogamente, que corresponde a cada Estado determinar quiénes son sus nacionales (artículo 3 párrafo 1).

El derecho soberano de los Estados de determinar sus propias reglas para la adquisición o pérdida de ciudadanía, de acuerdo con el principio de no injerencia en los asuntos internos, abarca en realidad dos aspectos complementarios: autonomía de reglamentación, pero también abstención de reglamentación con efectos en otras legislaciones.

Una norma contraria a dicho principio era aquella contenida en el artículo 22 del Código civil español anterior a la reforma de 1954. Al establecer que “la mujer casada sigue la condición jurídica y nacionalidad de su marido”, la disposición citada terminaba atribuyendo a la mujer española casada con extranjero la nacionalidad de terceros Estados. Se trataba por lo tanto de un caso de competencia exorbitante, no justificada bajo el derecho internacional.

Como evidenciado por el dictamen de la CPJI de 15 de septiembre de 1923 sobre *Interpretación del Tratado de minorías de 1919 entre Polonia y las potencias aliadas*, la competencia de los Estados en materia de atribución de la nacionalidad puede ser limitada por los tratados internacionales que los mismos hayan ratificado. La existencia de límites a la atribución de la ciudadanía derivados del derecho internacional destaca también en el artículo 1 del *Convenio de La Haya* de 1930 *sobre determinadas cuestiones relativas a conflictos de leyes en materia de nacionalidad* y en el artículo 3 párrafo 2 del *Convenio europeo sobre nacionalidad* de 1997. Las disposiciones recordadas, de análogo tenor, establecen que las leyes nacionales sobre la atribución de la ciudadanía serán reconocidas por los demás Estados contratantes si resultan conformes a las normas consuetudinarias, convencionales y a los principios generales del derecho internacional en la materia.

Muchas obligaciones proceden, en efecto, del derecho convencional. La *Convención de Nueva York* de 20 de febrero de 1957 *sobre la nacionalidad de la mujer casada*³ establece la irrelevancia de la nacionalidad del esposo a efectos de la nacionalidad de la mujer. Asimismo, la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* de 18 de diciembre de 1979⁴ obliga a los Estados contratantes a otorgar a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad, así como en relación a la nacionalidad de los hijos (artículo 9). La *Convención europea sobre nacionalidad* fija a un máximo de diez años el período de residencia legal y habitual en el territorio de un Estado participante exigible para la naturalización (artículo 6 párr. 3).

Se trata de límites derivados del derecho internacional convencional, que es una emanación de la misma voluntad soberana de los Estados, ejercitada mediante el *ius contrahendi*. Al contrario, el derecho internacional consuetudinario carece de normas precisas en la materia. El único principio correctivo que circunscribe la discrecionalidad de los Estados es el principio de efectividad. Según tal principio, puesto de manifiesto por la CIJ en la recordada sentencia *Nottebohm* de 1955, la nacionalidad otorgada en ausencia de un ligamen auténtico (*genuine link*) con la persona no es oponible a terceros Estados. Esto significa que un Estado no puede ejercer la protección diplomática si falta el vínculo social con el individuo que pretende amparar.

La CIJ declaró inadmisibile la demanda de Liechtenstein contra Guatemala, presentada en nombre del Sr. Nottebohm, ya que la concesión de la nacionalidad de Liechtenstein a este último no se basaba en ninguna vinculación efectiva. La sentencia demuestra que el derecho internacional pone un límite meramente procesal al uso de la nacionalidad: la nacionalidad puede ser otorgada discrecionalmente a efectos del derecho interno, pero no será oponible a otros Estados si falta la efectividad.⁵

La atribución de la nacionalidad a las personas jurídicas, tal como en el caso de las personas físicas, no depende del ordenamiento internacional. Los criterios que se suelen emplear son la sede social y el lugar de constitución. Por regla general, la nacionalidad de la persona jurídica no depende de la nacionalidad de los socios. Asimismo, el Estado nacional de los accionistas mayoritarios de una sociedad extranjera no tiene *locus standi* en caso de violación de los derechos de la sociedad. Como puso de relieve la CIJ en el asunto *Barcelona Traction, Light and Power Company* (decisión de 5 de febrero de 1970), en el caso de que el perjudicado sea una persona jurídica, la legitimación activa para ejercer la protección diplomática corresponde exclusivamente al Estado de nacionalidad de la sociedad. Según explica la CIJ,

² La *Convención sobre conflictos de leyes en materia de nacionalidad* es en vigor desde el 1 de julio de 1937. Ha obtenido 13 ratificaciones y 27 firmas no seguidas por ratificación. La España ha firmado, pero no ha ratificado la Convención.

³ La *Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada*, entrada en vigor el 11 de agosto de 1958, tiene 70 partes contratantes (España no es entre ellas), mientras 28 países han firmado este instrumento sin ratificarlo.

⁴ La *Convención sobre la discriminación contra la mujer*, en vigor a partir del 3 de septiembre de 1981, tiene un altísimo número de partes contratantes: 185 (casi todos los Estados miembros de las NN.UU.). España firmó el 17 de julio de 1980 y ratificó el 5 de enero de 1984.

⁵ La CIJ no afirma que la atribución de la nacionalidad no fuera válida porque contraria a normas de derecho internacional. La Corte sólo manifiesta que el Guatemala no tenía la obligación de reconocerla, vista la ausencia del ligamen real y estrecho entre la persona y el Estado. Es posible por lo tanto disociar los efectos internacionales de los efectos internos de la nacionalidad.

este criterio unívoco de legitimación mira a evitar la inseguridad de las relaciones internacionales que engendraría la posibilidad de entablar reclamaciones concurrentes. Sin embargo, esta regla general también conoce excepciones. Si la sociedad ha dejado de existir, se admite la protección directa de los accionistas por su Estado de nacionalidad; de otro modo, no habría ninguna solución disponible para evitar la ausencia total de protección. Asimismo, como confirmado por la CIJ recientemente en el asunto *Diallo* (decisión de 24 de mayo de 2007), la protección del Estado nacional del accionista contra el Estado nacional de la sociedad es posible si la constitución de la sociedad en este último Estado haya sido exigida por el mismo como condición previa para realizar negocios en dicho Estado. Ambas excepciones han sido codificadas en el *Proyecto de artículos sobre la protección diplomática* de la CDI de 2006 (artículo 11).

El principio de la discrecionalidad soberana de los Estados vige también con respecto a los criterios para conceder la nacionalidad a los buques. Según el artículo 91 párrafo 1 de la *Convención de Montego Bay sobre el derecho del mar* de 10 de diciembre de 1982, los buques tienen la nacionalidad del Estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar; cada Estado establece los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los buques, para su inscripción en un registro en su territorio y para que tengan el derecho de enarbolar su pabellón. Aun reconociendo la máxima libertad a los Estados en la atribución de la nacionalidad, la disposición recordada añade *in fine* la exigencia de la efectividad, estableciendo que “ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque”.⁶

La disciplina de la nacionalidad de las aeronaves se encuentra codificada en el *Convenio de aviación civil internacional* de Chicago de 7 de diciembre de 1944, cuyo artículo 17 prevé que “Las aeronaves tienen la nacionalidad del Estado en el que estén matriculadas”. Las condiciones para la matriculación quedan regularizadas por el derecho interno de cada Estado.

2.2. El alcance de la nacionalidad

En la medida en que permite identificar a la persona como parte de la población, la nacionalidad determina su condición jurídica, otorgándole derechos e imponiéndole obligaciones. Cabe puntualizar que el derecho internacional general contempla pocos límites al poder del Estado sobre los propios nacionales. Hasta hace sólo algunos decenios, el Estado tenía derechos casi ilimitados sobre sus ciudadanos en tanto que “pertenencias” del Estado. Las normas internacionales consuetudinarias sólo ponían la obligación para los Estados de admitir a los ciudadanos para el ingreso y la residencia, especialmente si se les expulsaba de otros Estados.⁷ Por lo demás, el principio de la no injerencia en los asuntos internos de otros países (*domestic jurisdiction*), reafirmado en el artículo 2 párrafo 7 de la Carta de las Naciones Unidas, dejaba a los Estados la máxima libertad de tratamiento de los súbditos. Sin embargo, con la afirmación universal de los derechos humanos (v. Tema 29), la potestad soberana del Estado sobre sus nacionales debe conciliarse con las obligaciones internacionales en materia de derechos fundamentales de la persona humana.

Por lo que atañe a la extensión de la competencia personal, hay que subrayar que los poderes del Estado sobre sus ciudadanos se ejercen con independencia de si dichas personas se hallan en el territorio del Estado o fuera de sus confines. El Estado puede obrar sobre sus nacionales en el extranjero, disciplinando su estatuto personal y adoptando medidas represivas (bloqueo de los haberes en los bancos extranjeros, medidas de nacionalización de bienes situados en territorio de otros países etc.). Es preciso señalar, no obstante, que la aplicación extraterritorial de las leyes del Estado de la nacionalidad puede encontrar el límite del orden público del Estado de residencia, es decir de los valores fundamentales de su ordenamiento. Así por ejemplo, en materia de estatuto personal, un Estado podrá no reconocer la validez de un matrimonio polígamo u homosexual aunque debidamente celebrado en el Estado nacional de los cónyuges.

Cabe puntualizar al mismo tiempo que la competencia preceptiva del Estado en relación a sus nacionales (la capacidad de emanar leyes) no siempre es acompañada por una competencia de actuación (la capacidad de hacer valer dichas leyes). Si un ciudadano español comete un crimen en España y consigue escaparse a Francia, el Estado español no podrá enviar agentes de policía en territorio francés para detenerlo y llevarlo ante los tribunales españoles, sino que tendrá que pedirlo en extradición a las autoridades francesas.

2.3. Efectos de la ciudadanía múltiple

⁶ V. también el artículo 5 de la Convención de Ginebra de 1958 sobre el alto mar, de análogo tenor, pero más detallado en lo que respecta al criterio de la efectividad: “Cada Estado establecerá los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los buques, así como para que puedan ser inscritos en su territorio en un registro y tengan el derecho de enarbolar su bandera. Los buques poseen la nacionalidad del Estado cuya bandera están autorizados a enarbolar. Ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque, en particular, el Estado ha de ejercer efectivamente su jurisdicción y su autoridad sobre los buques que enarboles su pabellón en los aspectos administrativo, técnico y social”.

⁷ V. también el artículo 3 del Protocolo n. 4 a la CEDH, adoptado el 16 de septiembre de 1963, que prohíbe la expulsión individual o colectiva de ciudadanos.

En línea general y con varios matices, las legislaciones estatales en materia de atribución de la nacionalidad incluyen uno o más de los siguientes criterios: a) la nacionalidad originaria basada en la filiación, por la cual es ciudadano el hijo de un ciudadano, aunque nacido en el extranjero (*ius sanguinis*); b) la nacionalidad, siempre originaria, debida al nacimiento en el territorio, con independencia de que los padres sean ciudadanos o extranjeros (*ius soli*); c) la adquisición voluntaria a continuación de la residencia legal e ininterrumpida de larga duración (naturalización/ adquisición *iure electionis*); la adquisición (automática o voluntaria) *iure communicatio* por matrimonio con un ciudadano.

Algunas normativas exigen el cumplimiento acumulativo de varios criterios de atribución, por ejemplo otorgando la nacionalidad originaria sólo a los hijos de ciudadanos nacidos en el territorio del Estado (*ius sanguinis e ius solis*); ofreciendo la posibilidad a las personas nacidas en el territorio de optar por la ciudadanía al alcanzar la mayoría de edad (*ius solis e ius electionis*); atribuyendo la nacionalidad al cónyuge extranjero después de un determinado período de residencia en el territorio etc.

La discreción soberana de los Estados en la atribución de la nacionalidad y la diversidad de los criterios utilizados pueden dar origen a situaciones de nacionalidad múltiple. Así por ejemplo, el hijo de un ciudadano alemán nacido en Francia podrá tener la ciudadanía francesa por efecto del *ius soli* y alemana a causa del *ius sanguinis*. El derecho internacional no limita la facultad de un Estado de establecer, con leyes internas, que la adquisición o retención de su ciudadanía está sujeta a la renuncia o pérdida de otra ciudadanía. Sin embargo, tampoco impone ninguna coordinación entre los varios ordenamientos internos. De ahí que, en la época de la globalización, caracterizada por la intensidad de los flujos migratorios, asistimos siempre más a menudo al fenómeno de la nacionalidad múltiple.

La doble o plurinacionalidad puede dar lugar a disputas a continuación de derechos y obligaciones en conflicto. En efecto, recordemos que, aunque sea una competencia exclusiva del Estado, la nacionalidad tiene recaídas en el campo de las relaciones internacionales. Se trata en particular del derecho que un Estado tiene a negarse a la extradición de sus propios nacionales a otro Estado,⁸ y de la legitimación a ejercer la protección diplomática en contra de otros Estados. Asimismo, surge el problema de la doble imposición de prestaciones personales, como la obligación de servicio militar.

Para solucionar tales conflictos potenciales y aclarar las obligaciones de personas con doble ciudadanía, se han adoptado una serie de convenios internacionales. En este sentido, el artículo 21 del *Convenio europeo sobre nacionalidad* de 1997 prevé que una persona que posee doble o múltiple nacionalidad deberá cumplir con la obligaciones militares sólo con respecto a uno de los Estados de la nacionalidad, según los criterios establecidos por dichos Estados con tratados internacionales.

Otro problema que se plantea es si un Estado puede ejercer la protección diplomática de un nacional contra un Estado cuya nacionalidad la persona también posee. De acuerdo con el artículo 4 de la *Convención de La Haya de 1930 relativa a los conflictos de nacionalidad*, cuando el Estado causante del daño es uno de los Estados de la nacionalidad, el otro Estado nacional no puede ejercer la protección diplomática. Según algunos autores, la regla tiene carácter consuetudinario. Sin embargo, varios órganos internacionales, como el Tribunal de reclamaciones Irán - EE.UU, o la Comisión de conciliación italo-americana,⁹ han admitido la reclamación cuando la nacionalidad del Estado demandante era la nacionalidad efectiva. Los principios codificados por la CDI en el *Proyecto de artículos de 2006 sobre la protección diplomática* adoptan una solución parecida.

El artículo 7 (Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un Estado de la nacionalidad) del Proyecto de la CDI establece: "Un Estado de la nacionalidad no podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona frente a otro Estado del que esa persona sea también nacional, a menos que la nacionalidad del primer Estado sea predominante tanto en la fecha en la que se produjo el perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación".

Asimismo, en el supuesto de la doble nacionalidad del privado, si el Estado causante el daño es un Estado tercero, cada uno de los Estados de nacionalidad pueden ejercer la protección, y también la pueden ejercer conjuntamente. Ésta es además la norma prevista en el Proyecto de la CDI de 2006 recordado anteriormente (artículo 6). Naturalmente, en caso de que resulte manifiesta la falta de efectividad de la vinculación con uno de los dos Estados, sólo el Estado de la nacionalidad efectiva podrá presentar una reclamación internacional.

2.4. La exigencia de evitar la apatridia como límite a la discreción de los Estados

⁸ La práctica de la extradición permite que un Estado entregue a otro Estado, con vistas a un proceso penal o al cumplimiento de una pena privativa de libertad, presuntos delincuentes o delincuentes ya condenados que se han escapado al extranjero. No existe una obligación de extraditar en derecho internacional general (quizás con la excepción del supuesto de crímenes internacionales – v. *infra* la regla *aut dedere aut iudicare*). La extradición se basa normalmente en tratados bilaterales. Los principios que suelen gobernar tales tratados son la 'doble incriminación' (el acto por el cual se pide la extradición debe constituir un delito en ambos Estados) y la 'especialidad' (la persona puede ser juzgada en el Estado solicitante sólo por el delito por el cual ha sido extraditada). Muchos Estados se reservan el derecho de denegar la extradición de ciudadanos.

⁹ V. asunto *Strunsky Mergé*, decisión de 1 de junio de 1955.

Si los Estados pueden conceder la ciudadanía con la máxima discrecionalidad, también pueden, en principio, desprover de la misma: por razones políticas, como consecuencia de sanciones penales (por la comisión de determinados ilícitos graves), o en virtud de ciertas concepciones jurídicas acogidas en el ordenamiento (pérdida de la nacionalidad por matrimonio o adopción). No obstante, algunos límites se derivan del derecho de toda persona a una nacionalidad, así como de la norma internacional que prohíbe la privación arbitraria de la nacionalidad. En este sentido, el artículo 15 de la DUDH, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, manifiesta que toda persona tiene derecho a una nacionalidad (párrafo 1) y que nadie puede ser privado arbitrariamente de su nacionalidad, ni se le puede negar el derecho a cambiarla (párrafo 2).

Sin embargo, no existe un derecho a adquirir una nacionalidad específica. Asimismo, el derecho a una nacionalidad no implica la obligación correlativa de un Estado de conceder la nacionalidad a ninguna persona en concreto. Más significativo todavía, a pesar de la afirmación programática de tales derechos individuales, los Estados han manifestado cierta renuencia ante la asunción de compromisos vinculantes. En efecto, los instrumentos convencionales en materia de protección de los derechos humanos no garantizan el derecho a la nacionalidad. El PIDCP, adoptado en ámbito ONU el 16 de diciembre de 1966, postula el derecho a la nacionalidad sólo a favor de los menores y sin concretar las obligaciones de los Estados: "Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad" (artículo 24 párrafo 3).

Los Estados han manifestado, sin embargo, constantemente la preocupación para evitar las situaciones de apatridia. Tal expresión indica la condición de la persona que no tiene ninguna nacionalidad, generalmente porque ha perdido la nacionalidad de origen sin adquirir una nueva. A tenor del artículo 1 de la *Convención sobre el estatuto de los apátridas* de 28 de septiembre de 1954,¹⁰ es apátrida "toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación". Al fin de evitar la apatridia, la Convención de La Haya de 1930 establece el principio de la conservación de la nacionalidad por las personas que dejan el país hasta que no hayan adquirido otra nacionalidad (art. 7). También se prevé la adquisición de la nacionalidad *iure soli* por los hijos de apátridas (art. 15) o de padres desconocidos (art. 14). Con la misma finalidad se adoptó la *Convención de Nueva York sobre la reducción de los casos de apatridia* de 30 de agosto de 1961.¹¹ Otro instrumento que contribuye a evitar las situaciones de apatridia es la antemencionada *Convención de Nueva York sobre la nacionalidad de las mujeres casadas* de 1957. Recordemos también los artículos 7 párr. 1. y 8 párr. 1 de la *Convención sobre los derechos del niño*, adoptada y abierta a la firma el 20 de noviembre de 1989,¹² aunque dichas disposiciones se limitan a reconocer el derecho de todo niño a una nacionalidad, sin establecer cuál Estado tiene la obligación de otorgarla.

Artículo 7: "1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida".

Artículo 8: "1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad".

Una disciplina específica se encuentra establecida en la CIADH de 22 de noviembre de 1969, cuyo artículo 20 reproduce el contenido del citado artículo 15 de la DUDH y añade una disposición (párr. 2) expresamente destinada a reducir los supuestos de apatridia, confiriendo la nacionalidad *iure solis* en caso de que la persona no tenga derecho a otra.

Conforme al artículo 20 de la CIADH, "1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra. 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla".

La CEDH, adoptada en el marco del Consejo de Europa en 1950, no menciona de alguna manera el derecho a la nacionalidad. Sin embargo, otros instrumentos regionales reflejan la exigencia de limitar la apatridia, y principalmente la *Convención europea en materia de nacionalidad* de 1997. Conforme al artículo 4 de dicha convención, los principios que deben guiar a los legisladores nacionales son el derecho de toda persona a la nacionalidad, el objetivo de evitar la apatridia, la prohibición de privar a una persona arbitrariamente de su nacionalidad, y la ausencia de efectos automáticos del matrimonio/ disolución del

¹⁰ La *Convención sobre la apatridia* entró en vigor el 6 de junio de 1960 y tiene 63 partes contratantes, que incluyen a España a partir de 12 de mayo de 1997.

¹¹ En vigor a partir de 13 de diciembre de 1975, tiene 34 Estados partes. España no es uno de ellos.

¹² Entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990, la *Convención sobre los derechos del niño* es uno de los instrumentos internacionales más ratificados, con 193 partes contratantes. España ha firmado el 26 de enero de 1990 y ratificado el 6 de diciembre del mismo año.

matrimonio/ variación de la nacionalidad del cónyuge sobre la nacionalidad de una persona. El artículo 6 exige la atribución de la nacionalidad a favor de los niños abandonados, por el Estado donde han sido encontrados, y a todos los niños nacidos en el territorio del Estado que de otra manera serían apátridas.

2.5. La nacionalidad en la sucesión de Estados

La formación de un nuevo Estado, la desaparición de un Estado existente o las transferencias territoriales de un Estado a otro tienen recaídas en la nacionalidad de los habitantes. En caso de unificación o incorporación, la solución normalmente adoptada es la extensión de la nacionalidad del nuevo Estado a todos los ciudadanos de los Estados predecesores. Mas problemáticos resultan los supuestos de aparición de nuevos Estados y de transferencia de territorios. El principio general que rige la disciplina examinada prescribe que el Estado sucesor otorga la propia nacionalidad a los habitantes del territorio que ha constituido objeto de sucesión. Sin embargo, en algunos casos se pueden adoptar soluciones diferentes, a fin de tutelar los intereses del nuevo Estado (por ejemplo evitando la adquisición de la ciudadanía por grupos hostiles) o los de las poblaciones pasadas bajo la soberanía del nuevo Estado (nacionales del Estado predecesor no residentes, o residentes de otra nacionalidad). En tal caso se puede adoptar como solución, en vez de la adquisición automática de la nacionalidad del Estado sucesor, el ofrecimiento a los interesados de la posibilidad de opción entre la nacionalidad del Estado predecesor (si es que subsiste) y la de los Estados sucesores.

El derecho de opción es más bien excepcional, ya que los individuos no tienen un derecho a la libre elección de su nacionalidad. Eso puede ser reconocido en situaciones peculiares, como la que resultó de la disolución de la ex Yugoslavia. Para garantizar los derechos de los varios grupos étnicos hallados en el territorio de los nuevos Estados, la Comisión Badinter de arbitraje para la ex Yugoslavia indicó como solución la facultad de elegir la ciudadanía (Opinión n. 2 de 1991).

La *Convención europea sobre la ciudadanía* de 1997 establece como criterios en caso de sucesión de Estados el vínculo efectivo entre individuo y Estado, la residencia habitual en el momento de la sucesión, la voluntad expresada por los interesados, y su origen territorial (artículos 18-20).

En el esfuerzo de codificar esta materia, la CDI aprobó en 1999 un proyecto de artículos sobre la *Nacionalidad de las personas físicas en relación con la sucesión de Estados*. En el proyecto se afirma el derecho a mantener la nacionalidad de al menos uno de los Estados implicados en la sucesión, y la presunción de que las personas que tengan la residencia habitual en el territorio objeto de sucesión adquieren la nacionalidad del Estado sucesor. Cabe notar que la forma final del proyecto de la CDI ha sido una declaración de la Asamblea General sin la perspectiva de convocar una conferencia para su conversión en tratado.

En ámbito europeo, el 19 de mayo de 2006 fue adoptada en el marco del Consejo de Europa el *Convenio sobre la prevención de los casos de apatridia en relación a la sucesión de Estados*.¹³ A tenor del artículo 2 de la Convención, los Estados implicados en la sucesión deben conferir la ciudadanía por lo menos de uno de ellos a las personas titulares de la ciudadanía del Estado predecesor.

La sucesión de los Estados constituye una excepción al requisito de la continuidad en la nacionalidad para el ejercicio de la protección diplomática.¹⁴ Dicha regla no se aplica cuando el cambio de nacionalidad no se derive de la voluntad del particular, sino de circunstancias objetivas, como la sucesión de Estados.

3. Prerrogativas del Estado respecto a personas distintas de sus nacionales

3.1. La condición jurídica del extranjero en derecho internacional

Los extranjeros que se encuentren, de forma temporánea o permanente, en el territorio de otro Estado, están sometidos a todas sus normas de aplicación territorial. Sin embargo, en el derecho consuetudinario se ha desarrollado muy temprano una norma que tutela la vida, la integridad personal y los bienes de los extranjeros. Cuando, con anterioridad a la afirmación universal de los derechos humanos, el tratamiento de los ciudadanos constituía objeto de la *domestic jurisdiction*, los extranjeros se beneficiaban ya de un tratamiento especial, comúnmente indicado como *estándar mínimo* internacional.

Sin embargo, todavía no existe un consenso absoluto respecto al contenido de dicho estándar. Eso incluye verosímelmente el derecho a la protección de la vida, a no ser detenidos arbitrariamente, a no ser sometidos a tortura o trato inhumano, el derecho de acceso al juez y a no ser discriminados por motivos de

¹³ El Convenio ha entrado en vigor el 1 de mayo de 2009, al haber obtenido las 3 ratificaciones necesarias a este efecto, mientras otros 2 Estados han firmado sin haber ratificado. España no ha firmado dicho Convenio.

¹⁴ En general, el individuo debe poseer la misma nacionalidad en el momento en el que sufre el daño y en el momento de la reclamación internacional. La razón de la regla es la de evitar que el perjudicado busque una nacionalidad de conveniencia que favorezca su reclamación.

nacionalidad. Las controversias atañen sobre todo al régimen de la propiedad privada extranjera y a las nacionalizaciones. Los países occidentales han insistido siempre en que se debe garantizar a los extranjeros un estándar mínimo internacional (compensación pronta, adecuada y efectiva), mientras los países menos desarrollados sostienen que al extranjero sólo le corresponde un tratamiento no inferior a aquél que se reconoce a los ciudadanos.

Ulteriores límites al tratamiento del extranjero se derivan del derecho internacional convencional. Los Estados pueden establecer mediante la celebración de tratados bilaterales o multilaterales un régimen particular para los nacionales de las partes contratantes. El ejemplo más sobresaliente hoy día es el régimen reservado a los nacionales de la Unión Europea por los Estados miembros.

Si bien el extranjero sea directamente objeto de normas internacionales, en caso de violación de sus derechos éste no tiene *locus standi* en el plano internacional (v. Tema 15). Una eventual reparación del daño puede ser obtenida por el Estado de nacionalidad, en el ejercicio discrecional de la protección diplomática. La diferencia y su arreglo conciernen exclusivamente el Estado autor del ilícito y el Estado de la nacionalidad.¹⁵ Asimismo, el Estado no actúa en representación de su nacional, sino que ejerce un derecho propio, el de “ver respetado el derecho internacional” (los estándares internacionales de trato de extranjeros) “en la persona de sus ciudadanos”, según la célebre formulación de la CPJI en el caso *Mavrommatis Palestine Concessions* (30 de agosto de 1924). El derecho a solicitar la reparación en caso de maltrato de nacionales es un derecho del Estado, no de los nacionales, y el Estado evalúa la oportunidad de ejercerlo a la luz de varias consideraciones de naturaleza política.

Sin embargo, esta postura tradicional está adquiriendo nuevos matices, ya que se reconoce que el derecho internacional reglamenta hoy día directamente algunas relaciones entre individuos y Estados (en los sectores de los derechos humanos y de la represión de los crímenes internacionales). Una importante contribución a esta reconsideración de la posición del individuo en derecho internacional tuvieron las sentencias de la CIJ en los asuntos *LaGrand* (21 de junio de 2001) y *Avena* (31 de marzo 2004).

La fragilidad del privado ante el poder discrecional de protección del Estado nacional y la parcialidad del derecho interno del Estado territorial explica la creación de mecanismos de protección autónomos, por ejemplo en materia de inversiones en el extranjero. Tales son los tratados de arbitraje entre Estados y particulares o el CIADI. Este último es una institución del Banco Mundial establecida por el *Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados* de 18 de marzo de 1965 (en vigor a partir de 14 de octubre de 1966). El CIADI pone en un plano de paridad el Estado territorial y el privado, sometiendo su relación no ya al ordenamiento interno del Estado, sino a procedimientos internacionales *super partes*.

Una regla consuetudinaria bien establecida prevé que no se puede invocar la responsabilidad internacional por daños a los ciudadanos y entablar una reclamación ante un órgano internacional de arreglo de controversias mientras subsisten remedios internos en el ordenamiento del Estado causante el daño. Dicha regla, cuyo fundamento se halla en el principio de igualdad soberana de los Estados, permite al Estado autor del ilícito sanar el daño a través de sus procedimientos internos. De ahí que la posibilidad de un Estado a ejercitar la protección diplomática surge sólo cuando el nacional haya sido víctima de una “denegación de justicia” en el Estado extranjero. Es decir que el Estado no puede reaccionar cuando las autoridades han cometido una injusticia,¹⁶ sino cuando el individuo haya intentado sin éxito todos los medios de recurso para obtener la reparación.

3.2. Límites derivados de la disciplina internacional de los derechos humanos

La emergencia de la disciplina internacional de los derechos humanos ha restado importancia a la distinción entre ciudadanos y extranjeros. Hoy día el derecho internacional impone a los Estados el respeto de los derechos humanos a favor de cualquier individuo que se encuentre en su territorio y esté sujeto a su jurisdicción. La obligación de respetar y proteger los derechos humanos de todo individuo, no solo de ciudadanos, está consagrada en todas las convenciones internacionales más importantes (art. 1 CEDH, art. 1 CIADH, art. 2 PIDCP). Esta obligación se basa en la condición humana de cada persona, con independencia de la nacionalidad. Asimismo, los sistemas convencionales de protección de los derechos humanos prevén la posibilidad para el perjudicado de entablar una reclamación internacional contra el Estado responsable. La CEDH, el PIDCP y la CIADH establecen la facultad para privados, personas físicas y jurídicas, de presentar recursos individuales delante de los órganos de vigilancia instituidos.

¹⁵ De hecho, la protección de los nacionales en el extranjero se ha desarrollado inicialmente en el marco de la responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos a daño de otros Estados. El primer relator sobre el tema, García Amador, incluyó un número de artículos sobre la protección diplomática en sus informes sobre la responsabilidad, presentados entre 1956 y 1961.

¹⁶ En doctrina se ha planteado la cuestión si la regla del previo agotamiento de los recursos internos tiene carácter sustantivo (el ilícito surge después del agotamiento de los recursos) o procedimental (el ilícito surge ya cuando se ha violado el derecho, pero el agotamiento es un requisito para poder ejercer la protección). El proyecto CDI sobre la protección diplomática de 2006 propende por la segunda postura.

El derecho convencional tiende a tutelar en particular modo algunas categorías vulnerables de extranjeros, como los trabajadores migrantes: la *Convención internacional para la protección de los trabajadores migrantes y sus familias* adoptada en ámbito ONU el 18 de diciembre de 1990,¹⁷ la *Convención sobre el estatus jurídico de los trabajadores migrantes* de 24 de noviembre de 1977 etc.¹⁸

Sin embargo, no existe una perfecta asimilación entre ciudadanos y extranjeros, debido a que la nacionalidad determina el diverso grado de participación en la vida del Estado. Tradicionalmente, el extranjero no tiene ciertos derechos políticos, como el derecho de votación activa y pasiva. Asimismo, una diferencia importante consiste en el hecho de que no se puede pretender del extranjero el cumplimiento de deberes públicos no justificados por el vínculo con la comunidad o que presuponen actuar contra de la obligación de fidelidad respecto al propio Estado nacional (como el servicio militar).

Cabe recordar, al mismo tiempo, que la tutela básica prevista en las normas sobre el tratamiento de los extranjeros sigue siendo aplicable, y coexiste con los derechos reconocidos a la persona humana. El desarrollo de las normas que protegen a los derechos humanos no rindió obsoletas las obligaciones en materia de tratamiento de los extranjeros, ya que los Estados son más propensos a reaccionar frente a violaciones de los derechos de los ciudadanos. Por esta misma razón la institución de la protección diplomática sigue teniendo mucha importancia. De hecho aún hoy las reclamaciones inter-estatales vienen consideradas con más seriedad por los Estados respecto a las reclamaciones individuales ante los órganos de control de los derechos humanos, puesto que afectan a las relaciones diplomáticas con otros países.

3.3. Inmigración, asilo y protección de los refugiados

Otro límite que el derecho internacional pone al ejercicio de la discreción del Estado en materia de tratamiento de los extranjeros se deriva de la disciplina internacional en materia de asilo y refugio.

En principio, los Estados tienen máxima libertad de reglamentación en cuanto a la admisión, permanencia y expulsión de extranjeros de su territorio. Como también confirmó el TEDH, órgano de vigilancia de la CEDH, el derecho internacional no pone vínculos en materia de inmigración; los Estados pueden decidir de forma soberana la negación de la entrada o la expulsión de un extranjero si con ello se persiguen fines lícitos relacionados al orden y a la seguridad pública o al bienestar de la sociedad (v. sentencia *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido* de 28 de mayo de 1985).

No obstante, el derecho internacional actual prohíbe a los Estados la discriminación a efectos de la admisión en el territorio entre los ciudadanos de varios países.¹⁹ Asimismo, las expulsiones arbitrarias, no conformes con las normas internas en la materia, pueden dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado. Un principio afirmado en derecho internacional general y acogido en convenciones internacionales (art. 4 del Protocolo n. 4 a la CEDH) es la prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros.

Un límite específico a la discrecionalidad del Estado derivan, asimismo, del derecho del reclamante de asilo a no ser expulsado hacia un país en el cual su vida o incolumidad están a riesgo. El asilo es la protección que un Estado presta a personas que no son nacionales suyos pero cuya vida, libertad o integridad física corren peligro por amenazas o persecuciones de las autoridades del Estado de procedencia, y que cruzan la frontera para solicitar amparo. Existen dos categorías de asilo: el asilo territorial (cuando el solicitante cruza la frontera geográfica del territorio) y el asilo diplomático (cuando se da la entrada en las dependencias diplomáticas del Estado extranjero).

Según el artículo 14 párrafo 1 de la DUDH, toda persona que sufre de persecución tiene el derecho de asilo. Si originariamente el asilo aparece ligado a la comisión de delitos comunes, hoy día solo es conceso en caso de comisión de delitos políticos. Según el art. 14 párrafo 2 de la DUDH, el derecho de asilo “no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”. Sin embargo, mientras el asilo se considera como un derecho de la persona humana, no hay una correlativa obligación para el Estado de conceder el asilo, que sigue siendo una facultad del Estado en el ejercicio de la soberanía. La *Declaración sobre el asilo territorial* contenida en la resolución 2312 (XXII) de la Asamblea General de 14 de diciembre de 1967 ha reafirmado que el asilo es una concesión graciable del Estado. La materia no ha sido todavía objeto de codificación internacional, aunque figura desde 1949 en la agenda de la CDI.

La concesión graciable distingue el asilado de la figura, en gran medida semejante, del refugiado. La *Convención sobre el estatuto del refugiado*, aprobada en Ginebra el 28 de julio de 1951²⁰ y ampliada por el

¹⁷ Entrada en vigor el 1 de julio de 2003, la *Convención ONU sobre los trabajadores migrantes* tiene 41 Estados partes. España no figura entre ellos.

¹⁸ La *Convención sobre el estatus de los trabajadores migrantes* adoptada en el marco del Consejo de Europa y entrada en vigor el 1 de mayo de 1983 ha obtenido 9 ratificaciones y 5 firmas. España firmó la convención el 24 de noviembre de 1977 y la ratificó el 6 de mayo de 1980.

¹⁹ Es posible, sin embargo, que, en virtud de acuerdos particulares entre dos o más Estados, se facilite la entrada de los nacionales de algunos Estados (v. la supresión del visado de entrada entre los países de la UE, por ejemplo).

²⁰ La *Convención sobre los refugiados* entró en vigor el 22 de abril de 1954 y cuenta con 144 Estados partes, entre los cuales España a partir de 14 de agosto de 1978.

Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, define al refugiado en su primer artículo como “toda persona que debido a fundados temores a ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de la nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”. La Convención pone el así llamado principio de *non-refoulement* o “no devolución” (art. 33), según el cual el solicitante de refugio no puede ser devuelto al territorio del Estado en que sufre o teme sufrir persecución. A diferencia de la concesión del asilo, la no devolución no constituye, por lo tanto, una decisión discrecional del Estado. Sin embargo, un Estado podrá no acogerse a la protección los autores de delitos contra la paz, delitos de guerra o contra la humanidad, o bien grave delito común cometido fuera del país de refugio, o bien una persona que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.

Dicho principio de *non-refoulement* ha sido reforzado en derecho internacional por la interpretación dada por el TEDH de las obligaciones de los Estados en materia de tortura (art. 3 de la CEDH). Según el tribunal, un Estado viola sus obligaciones convencionales si expulsa a un individuo hacia un país donde puede ser sometido a tortura. La obligación de no expulsar se aplica también en el caso de que el extranjero haya cometido delitos graves en el territorio del Estado receptor (v. *Chahal c. Reino Unido*, sentencia de 15 de noviembre de 1996).

Tanto el refugiado como el asilado son categorías caracterizadas por la condición de persecución en razones ideológicas o políticas. Una tendencia reciente, también manifestada en España, incluye además la persecución debida a la orientación sexual de la persona. Quedan excluidos como motivos para solicitar el asilo o reclamar la no devolución las dificultades económicas, la crisis social, la existencia de un conflicto bélico en acto. En caso de conflicto puede ser concedida, sin embargo, una protección temporánea de índole humanitaria.

3.4. Competencia excepcional del Estado sobre extranjeros por actos realizados fuera de las fronteras

En materia penal, se reconoce generalmente una competencia personal activa del Estado, fundada en la nacionalidad del autor de la infracción en el extranjero, y una competencia personal pasiva, fundada en la nacionalidad de la víctima de una infracción cometida por extranjeros en territorio extranjero. Sin embargo, no se requiere ninguno de estos dos criterios de conexión por algunas categorías de ilícitos de particular gravedad, que amenazan el orden internacional, de modo que todos los Estados tienen interés en su represión. Se trata de los denominados *crimina juris gentium*, que incluyen la piratería,²¹ los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el genocidio.²² (v. Tema 15).

El derecho internacional prohíbe la comisión de tales actos con independencia de que sean considerados delitos en los ordenamientos internos. Asimismo, el derecho internacional prevé que la comisión de estos delitos da lugar a la responsabilidad penal internacional. Para la represión de los crímenes internacionales, cualquier Estado puede ejercitar la llamada “*jurisdicción universal*”. No obstante, aparece controvertido en doctrina si los Estados tienen una obligación o sólo la facultad de perseguir tales

²¹ A tenor del art. 101 de la *Convención sobre el derecho del mar* de 1982 (que reafirma la definición brindada en el art. 15 del *Convención de Ginebra sobre la alta mar* de 1958), “Constituye piratería cualquiera de los actos siguientes: a) Todo acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada y dirigidos: i) Contra un buque o una aeronave en la alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos; ii) Contra un buque o una aeronave, personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado; b) Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo realice tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata; c) Todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos en el apartado a) o en el apartado b) o facilitarlos intencionalmente”.

²² Los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad fueron tipificados por primera vez en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 y sucesivamente en el Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado por la CDI en 1996 y en el Estatuto de Roma de la CPI de 17 de julio de 1998. Los crímenes de lesa humanidad consisten en actos inhumanos que causan intencionalmente grandes sufrimientos o atentan gravemente contra la integridad física o la salud mental o física – asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelación arbitraria, tortura, violación o esclavitud sexual, desaparición forzada etc. – cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Los crímenes de guerra consisten en violaciones graves de las normas internacionales aplicables en los conflictos armados, en particular las llamadas “infracciones graves” de los Convenios de Ginebra de 1949 (v. *infra*). El crimen de genocidio, inicialmente afirmado como crimen contra la humanidad, ha conseguido su autonomía conceptual con la adopción de la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Genocidio* en 1948, y constituye una categoría delictiva separada en los últimos dos textos mencionados. El genocidio consiste en actos inhumanos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: matanza de miembros del grupo, lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que acarreen su destrucción física, medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo, traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

crímenes según el derecho internacional general.²³ Lo que se puede afirmar con certidumbre es que el principio *aut dedere aut iudicare* (“o extraditar o juzgar”) resulta aplicable cuando hay un Estado, distinto del Estado donde se halla el reo, interesado a procesarlo y que solicita su extradición.

Según el art. 105 de la *Convención sobre el derecho del mar* de 1982, los Estados *pueden* juzgar al pirata apresado en *terra nullius*: “Todo Estado puede apresar, en la alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, un buque o aeronave pirata [...]. Los tribunales del Estado que haya efectuado el apresamiento podrán decidir las penas que deban imponerse y las medidas que deban tomarse respecto de los buques [...]”.

Al contrario, en caso de “infracciones graves” de los *Convenios de Ginebra* de 12 de agosto de 1949 *para la protección de las víctimas de la guerra*,²⁴ se prevé la *obligación* para los Estados de procesar o extraditar a otro Estado dispuesto a hacerlo: “Cada una de las Altas Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes” (art. 49 *Convenio I relativo a los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña*, art. 50 *Convenio II relativo a los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar*, art. 129 *Convenio III relativo al trato debido a los prisioneros de guerra*, art. 146 *Convenio IV relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra*).

También resulta significativa la disposición contenida en el art. 9 del *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad* aprobado por la CDI en 1996, la cual establece que el Estado en cuyo territorio se halla el autor de uno de tales crímenes deberá juzgarlo o extraditarlo.

Cabe recordad también que algunos regímenes convencionales sectoriales, por ejemplo en materia de tortura o de terrorismo, prevén una obligación para las partes contratantes de punir o extraditar a los presuntos culpables de determinados delitos.²⁵

4. La protección de los nacionales en el extranjero

Un problema que se plantea respecto a los nacionales de un Estado que se encuentren en el territorio de otro Estado es el de la facultad del primero de exigir que el segundo respete los derechos de sus nacionales según el derecho internacional.

Por lo que respecta a las modalidades previstas en derecho internacional a tal fin, la doctrina suele distinguir entre varios institutos: a) *protección diplomática stricto sensu*: recurso a procedimientos formales de arreglo judicial o arbitral de la controversia, ante un órgano internacional; b) *asistencia diplomática*: gestiones efectuadas por el Estado (Ministerio de los asuntos exteriores o misiones diplomáticas) para proteger derechos e intereses de los ciudadanos (no necesariamente como consecuencia de un hecho ilícito, sino también de otros acontecimientos que los ponen en peligro, como accidentes o catástrofes naturales); c) *protección consular*: reclamación presentada no ya ante el gobierno del Estado territorial sino ante el órgano local autor del ilícito; d) *asistencia consular*: ayuda prestada en cualquier situación de necesidad de un nacional (emergencias, catástrofes, representación ante los tribunales del estado receptor). En el Tema 19 se abordará en detalle la cuestión de los orígenes y las condiciones para el ejercicio de la protección diplomática.

En el marco de la llamada ciudadanía de la Unión Europea, establecida por el art. 17 del Tratado de Maastricht de 1992 como estatuto complementario y no sustitutivo de la ciudadanía nacional, se prevé que “Todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del cual sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado” (art. 20). La norma se refiere más bien a la asistencia diplomática y consular, en circunstancias de tipo humanitario (fallecimiento, accidente, detención, enfermedad etc.).

Una parte de la doctrina ha sostenido el derecho de los Estados a valerse de medidas coercitivas para salvaguardar la vida y la integridad física de los propios ciudadanos en el extranjero. Por lo general, se trataría de un supuesto excepcional de uso de la fuerza (v. Tema 26). Sin embargo, esta terminología no

²³ Tampoco se puede afirmar tajantemente si la jurisdicción universal es ejercitable *in absentia* o un Estado sólo puede ejercitarla cuando el autor del crimen se halla en su poder.

²⁴ Las “infracciones graves” son los siguientes actos cometidos contra personas protegidas por los Convenios (civiles, heridos, prisioneros): el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos (incluidos los experimentos biológicos), el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación ilegal, la detención ilegal, el hecho de privar a una persona de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente, la destrucción y apropiación de bienes de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala y arbitrariamente etc.

²⁵ El art. 7, párr. 1, de la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, adoptada el 10 de diciembre de 1984, y entrada en vigor el 26 de junio de 1987, prevé: “El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido [cualquier acto de tortura] si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento”. España es parte de la Convención a partir de 21 de octubre de 1987. Otro ejemplo concierne los delitos relacionados con la navegación aérea internacional. Los tratados más importantes son el *Convenio de Tokio* de 14 de septiembre de 1963 *sobre infracciones y otros actos cometidos a bordo de aeronaves*, el *Convenio de La Haya* de 16 de diciembre de 1970 *para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves* y el *Convenio de Montreal* de 23 de septiembre de 1973 *para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil*.

aparece adecuada cuando las operaciones no son llevadas a cabo contra las autoridades del Estado territorial, sino en el territorio de un Estado incapaz de ofrecer protección contra acciones perjudiciales de actores no estatales (por ejemplo, el secuestro por un grupo terrorista). En este caso es más correcto hablar de medidas policiales extraterritoriales y no de acciones militares contra el otro Estado. Tales medidas son, en cualquier caso, incompatibles con la inviolabilidad territorial de los Estados y la no injerencia en los asuntos internos, y por lo tanto carecen, en principio, de legitimidad, a no ser que se pueda invocar una causa excluyente de la ilicitud (v. Tema 18).

Varios fundamentos jurídicos han sido aducidos a favor de la legalidad internacional de las operaciones de rescate de ciudadanos en el extranjero:

a) La prohibición del uso de la fuerza en el artículo 2 párrafo 4 de la Carta de las NN.UU. no es absoluta, sino que sólo se prohíbe el uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de otros Estados, o de otra forma incompatible con los propósitos de las NN.UU. Las operaciones de rescate no afectan la integridad del Estado y no son incompatibles con los propósitos de las NN.UU., puesto que son finalizadas al amparo de derechos humanos. Los opositores de esta tesis sostienen, sin embargo, que el artículo 2 párr. 4 prohíbe no sólo la agresión armada sino todo uso de la fuerza en violación de la soberanía de otro Estado que no sea justificable como legítima defensa.

b) El uso de la fuerza para proteger la vida de los ciudadanos en el extranjero es una forma de *legítima defensa*, autorizada a tenor del artículo 51 de la Carta de las NN.UU., pero también como instituto consuetudinario de auto-tutela. En esta perspectiva, los nacionales son una extensión del Estado, un elemento esencial del mismo, que tiene la misma importancia que el territorio. Por consiguiente, la defensa de los miembros de la comunidad estatal constituye una forma de defensa del Estado al igual que la defensa de una porción del territorio o de la independencia política. Sin embargo, esta reconstrucción es sujeta a varias críticas: la legítima defensa es reservada al supuesto extremo de un ataque armado contra el Estado, mientras es dudoso que un acto aislado contra nacionales cumpla con el requisito de la gravedad; debe tratarse además de un ataque contra el Estado, lo cual es difícil de sostener cuando objeto del ataque no son órganos del Estado (por ejemplo, miembros de las misiones diplomáticas y consulares) sino privados; asimismo, el ataque debe ser atribuible a un sujeto de derecho internacional, mientras muy a menudo las autoridades estatales no son responsables del hecho; por último, ya que es controvertido si el alcance del artículo 51 abarca los ataques inminentes pero no en curso contra el Estado, a mayor abundamiento las situaciones de peligro para ciudadanos privados no aparecen calificables como ataque armado.

c) Puesto que no hay posibilidad alguna de remedios sucesivos en caso de pérdida de vidas humanas o de daños graves a la integridad física, la intervención es justificada como reacción a un *estado de necesidad*. Eso comporta la violación de una obligación internacional (abstención del uso de la fuerza) con el objetivo de preservar un interés jurídico esencial del Estado (amparo de la vida de los nacionales) ante un peligro inminente. Otra figura justificativa que se suele invocar, afín al estado de necesidad, es el extremo peligro (*distress*). Desde esta perspectiva, la acción de rescate es motivada por la ausencia de otros medios razonables para salvaguardar la vida de las personas encomendadas a la protección del Estado. No obstante, se trataría de la violación de una obligación internacional particularmente calificada, en cuanto dispuesta por una norma perentoria (*ius cogens*). Por lo tanto, la invocación de causas excluyentes la ilicitud no es suficiente. Se tendría que demostrar que el estado de necesidad o el extremo peligro constituyen, al igual que la legítima defensa, una deroga generalmente aceptada a la prohibición imperativa del uso de la fuerza. El estado actual del derecho internacional no parece avalar plenamente esta tesis, a no ser que se considere que sólo la prohibición de la agresión (y no cualquier uso de la fuerza) tiene carácter imperativo, una posición sostenida por parte de la doctrina.

La teoría del derecho de intervención a favor de nacionales en peligro encuentra cierto sustento en la práctica de los Estados. Entre los casos más significativos destaca la incursión israelí en Entebbe (Uganda) en 1976, debida a la inacción de las autoridades locales ante el secuestro de un avión por terroristas, los cuales habían tomado rehenes a 96 pasajeros israelíes; frente al CdS de las NN.UU., Israel justificó la intervención en virtud del derecho de tomar medidas militares para proteger a ciudadanos en peligro de muerte. Otro ejemplo emblemático es la incursión de Egipto en Larnaca (Chipre) en 1978, siempre en el contexto de un secuestro de nacionales por parte de terroristas. En fin, es sumamente representativa de esta tendencia la incursión de los EE.UU. en Tabas (Irán) en 1980, en la tentativa – fracasada – de liberar a los miembros de la misión diplomática y consular tomados rehenes en Teherán por los estudiantes islámicos, con la aprobación de las autoridades iraníes. Esa intervención, llevada a cabo después de varias tentativas de arreglo pacífico, recibió el soporte de numerosos países.

El artículo 2 del *Primer informe sobre la protección diplomática* del relator John Dugard de la CDI contemplaba el supuesto de la “intervención a favor de nacionales en el extranjero”, si bien como situación excepcional y rodeada de garantías contra los abusos.

El artículo 2 de la primera versión del proyecto de codificación de la protección diplomática tenía una formulación negativa, lo cual indica el carácter excepcional del uso de la fuerza como modalidad de protección de los nacionales:

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

- a) El Estado que concede la protección no ha conseguido por medios pacíficos que se garantice la seguridad de sus nacionales;
- b) El Estado que ha causado el perjuicio no quiere o no puede garantizar la seguridad de los nacionales del Estado que concede la protección;
- c) Los nacionales del Estado que concede la protección están expuestos a un peligro inmediato a sus personas;
- d) El uso de la fuerza es proporcionado a las circunstancias de la situación;
- e) Se pone fin al uso de la fuerza, y el Estado que concede la protección retira sus fuerzas, tan pronto como se rescata a los nacionales”.

Dicha disposición fue abandonada en la fase sucesiva de la elaboración del proyecto, y en la versión definitiva adoptada en 2006 no hay mención alguna de la posibilidad de recurrir a medidas coercitivas para rescatar a los nacionales en el extranjero. Por lo demás, la invocación de tal posibilidad de intervención como pretexto para la violación de la integridad territorial de Estados más débiles había sido objeto de muchas críticas.

5. Conclusiones

La adquisición y la pérdida de la nacionalidad son competencia exclusiva de cada Estado. El derecho internacional impone pocos vínculos en esta materia. En derecho general, el único límite es el del ligamen efectivo, necesario para legitimar la atribución de la nacionalidad ante la comunidad internacional de los Estados. Sin embargo, la incidencia del principio de efectividad, que requiere la correspondencia entre la realidad social y la realidad jurídica, no afecta la validez sino sólo la oponibilidad internacional de la decisión de atribución de la nacionalidad (CIJ, asunto *Nottebohm*, 1955). Otros límites se derivan de la necesidad de evitar la apatridia (por ejemplo en el supuesto de una sucesión de Estados), pero se trata de límites convencionales, que proceden de la misma voluntad de los Estados.

La discrecionalidad de los Estados en la atribución de la nacionalidad puede generar casos de nacionalidad doble o múltiple y problemas de índole práctica, que se tienden a resolver mediante tratados internacionales, como el *Convenio de la Haya de 1930 sobre conflicto de leyes en materia de nacionalidad* o el *Convenio europeo sobre nacionalidad* de 1997.

Los Estados tienen amplia libertad por lo que respecta el trato de los propios ciudadanos, con los límites que proceden en los últimos decenios de la afirmación universal de los derechos humanos. Por lo que atañe a los extranjeros, desde hace mucho tiempo se han formado normas consuetudinarias que requieren un estándar mínimo de protección. Además la disciplina de los derechos humanos también se aplica a los extranjeros que se encuentren en el territorio y bajo la jurisdicción del Estado. Los derechos de los extranjeros no incluyen el derecho de entrada y permanencia en otro Estado, ya que corresponde a cada Estado fijar autónomamente según sus propias políticas la disciplina de la inmigración. Una categoría peculiar de extranjeros son los reclamantes de asilo y los refugiados. Estos últimos son tutelados por la norma consuetudinaria, codificada en la *Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatus de refugiado*, que establece la obligación de “no devolución” hacia un país donde temen persecuciones.

La importancia de la ciudadanía en el marco de las relaciones internacionales es debida en gran parte al instituto de la protección diplomática. Sólo el Estado nacional se ve reconocido el título para actuar en el plano internacional, incluso a través de reclamaciones ante órganos judiciales o arbitrales, para obtener la reparación en caso de daños a personas físicas o jurídicas. Mientras la protección diplomática supone el empleo de medios pacíficos, se plantea la cuestión de si los Estados pueden recurrir a medidas coercitivas (incluido el uso de la fuerza) para proteger a los nacionales en el extranjero. Queda controvertida la facultad de los Estados de llevar a cabo operaciones de rescate de nacionales en el extranjero, justificada como supuesto de legítima defensa o estado de necesidad o extremo peligro, excluyente de la ilicitud de la medida. En cualquier caso la intervención es admisible sólo como recurso excepcional y debe respetar la proporcionalidad.

6. Otras lecturas

DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 16ª ed. Madrid: Tecnos, 2007, pp. 606-619, 622-643.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 2006, pp. 347-370.

FERNÁNDEZ TOMÁS, A.; SÁNCHEZ LEGIDO, Á.; ORTEGA TEROL, J.M. *Manual de derecho internacional público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 379-404.

PASTOR RIDRUEJO, J.A. Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales, Editorial Tecnos, Madrid, 2007, pp. 245-256.

SHAW, M. International Law. 5ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 572-620.

MONACO, R.; CURTI GIALDINO, C. Manuale di diritto internazionale público, 3ª ed. Torino: UTET, 2009, pp. 441-445, 577-579, 541-542.

PANELLA, L. La cittadinanza e le cittadinanze nel diritto internazionale, Napoli: Editoriale Scientifica, 2008.

RONZITTI, N. Rescuing nationals abroad through military coercion and intervention on grounds of humanity. Dordrecht etc.: Martinus Nijhoff, 1985.

AMERASINGHE, C. Diplomatic Protection, Oxford University Press, Oxford, 2008.

MARÍN LÓPEZ, A. Sucesión de estados y cambio de nacionalidad. Las transformaciones territoriales en Europa en los años noventa, in Anuario de derecho internacional, 2002, pp. 125-170.

Martín-Ortega, O. - Palau, J. "Preserving Spain's Universal Jurisdiction Law in the Common Interest", in JURIST (Legal News & Research) (2009) <http://jurist.law.pitt.edu/forumy/2009/06/protecting-spains-universal.php>