LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

[Tema 6 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/484

Informe preliminar sobre la protección diplomática, del Sr. Mohamed Bennouna, Relator Especial

[Original: francés]
[4 de febrero de 1998]

ÍNDICE

		Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		333
Obras citadas en el presente informe		334
	Párrafos	
INTRODUCCIÓN	1-13	335
Capítulo		
I. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA	14-54	336
A.—La concepción clásica	15-32	336
B.—El reconocimiento de los derechos del individuo en el plano internacional	33-44	338
C.—El derecho interno y la naturaleza jurídica de la protección diplomática	45-48	340
D.—¿Qué derechos están en juego en la protección diplomática?	49-54	340
II. EL CARÁCTER DE LAS NORMAS QUE RIGEN LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA	55-65	341

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

Acuerdo para la determinación de los montos que deben pagar Austria y Hungría para satisfacer sus obligaciones de acuerdo a los tratados concluidos por los Estados Unidos con Austria, el 24 de agosto de 1921, y con Hungría, el 29 de agosto de 1921 (Washington D.C., 26 de noviembre de 1924)	Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. XLVIII, pág. 69.
Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio europeo de derechos humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 213, pág. 221.
Protocolo n.º 9 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Roma, 6 de noviembre de 1990)	Consejo de Europa, Serie de tratados europeos, n.º 140, Estrasburgo, 1991.
Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 500, n.º 7310, pág. 162.
Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963)	Ibíd., vol. 596, pág. 392.

Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Washington D.C., 18 de marzo de 1965)	Ibíd., vol. 575, n.º 8359, pág. 206.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 993, n.º 14531, pág. 3.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, n.º 14668, pág. 241.
Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (Londres, Moscú y Washington D.C., 29 de marzo de 1972)	Ibíd., vol. 961, n.º 13810, pág. 212.

Obras citadas en el presente informe

BENNOUNA, Mohamed

«Le règlement des différends peut-il limiter le 'droit' de se faire justice à soi-même ?», *Journal européen de droit international* (Florencia), vol. 5, n.º 1, 1994.

BERLIA, Georges

«Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique», *Annuaire français de droit international, 1957* (París), vol. 3.

BERNHARDT, Rudolf (ed.)

«Diplomatic protection», *Encyclopedia of Public International Law,* Amsterdam, North-Holland, 1992, vol. I.

BORCHARD, Edwin M.

The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1919.

BRIGGS, Herbert W.

«La protection des individus en droit international: la nationalité des réclamations», Instituto de Derecho Internacional, *Yearbook,* vol. 51, parte I, septiembre de 1965, sesión de Varsovia.

BROWNLIE, Ian

«International law at the fiftieth anniversary of the United Nations: general course on public international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1995,* La Haya, Martinus Nijhoff, 1996, vol. 255.

CARREAU, Dominique

Droit international, 5.ª ed., París, Pedone, 1997.

COTTEREAU, Gilles

«Responsabilité de l'Iraq: aperçu sur les indemnisations urgentes des personnes physiques», *Annuaire français de droit international, 1995* (París), vol. 41.

DE VATTEL, E.

Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains, Londres, 1758, reimpresión Slatkin, Ginebra, 1983.

DE VISSCHER, Charles

Théories et réalités en droit international public, París, Pedone, 1953.

DOMINICÉ, Christian

«La réparation non contentieuse», *La responsabilité dans le système international,* París, Pedone, 1991.

DUBOUIS, Louis

«La distinction entre le droit de l'État réclamant et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique (à propos de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 juin 1977)», *Revue critique de droit international privé* (París), vol. 67, 1978.

DUPUY, Pierre-Marie

La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle, París, Pedone, 1976.

JESSUP, Philip C.

A Modern Law of Nations: An Introduction, Nueva York, Macmillan, 1949.

LAVIEC, Jean-Pierre

Protection et promotion des investissements : étude de droit international économique, París, Presses Universitaires de France, 1985.

LILLICH, Richard B.

«The diplomatic protection of nationals abroad: an elementary principle of international law under attack», *American Journal of International Law* (Washington D.C.), vol. 69, 1975.

PELLET, Alain

«Remarques sur une révolution inachevée : le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des États», *Annuaire français de droit international, 1996* (París), vol. 42.

REUTER, Paul

«Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en droit international public», *La technique et les principes du droit public: études en l'honneur de Georges Scelle,* París, LGDJ, 1950, vol. 2.

RIGAUX, François

«Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : cours général de droit international privé», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1989-I,* Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, vol. 213.

SCELLE, Georges

«Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1933-IV,* París, Sirey, 1934, vol. 46.

SIMMA, Bruno

«From bilateralism to community interest in international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1994-VI,* La Haya, Martinus Nijhoff, 1997, vol. 250, págs. 220 a 384.

SUDRE, Frédéric

Droit international et européen des droits de l'homme, 2.ª ed. rev., París, Presses Universitaires de France, 1995.

Introducción

1. Los debates que ha suscitado el informe del Grupo de Trabajo sobre la protección diplomática, tanto en la CDI como en la Sexta Comisión de la Asamblea General[1], han puesto de manifiesto los dos elementos determinantes del tema, que habrá que examinar a título preliminar a fin de que la CDI pueda dar al Relator Especial la orientación que necesita para realizar el estudio que le ha sido encomendado.

2. Se trata en primer lugar de la naturaleza jurídica de la protección diplomática o, en otras palabras, del titular del derecho subyacente. Se ha sostenido en efecto que, habida cuenta del desarrollo de los derechos de la persona, a la que se reconoce cada vez más la calidad de sujeto de derecho internacional, la Comisión tendría que reconsiderar el derecho clásico en la materia, establecido por la CPJI en el asunto *Concessions Mavrommatis en Palestine*[2].

3. Se señaló luego que la propuesta del Grupo de Trabajo de limitar el tema a la codificación de normas secundarias podría entrañar dificultades cuando se tratara de estudiar cuestiones tales como «el principio de las 'manos limpias' que se encuentra exactamente en la divisoria de las normas primarias con las normas secundarias»[3].

4. Tras hacer una reseña del desarrollo histórico de la institución de la protección diplomática, se procederá en el presente informe a un análisis del carácter de las normas que rigen en la materia.

5. El tema que se examina comprende un gran elemento de codificación; su origen consuetudinario está demostrado, como destacó el Grupo de Trabajo al referirse al fallo en el asunto *Mavrommatis*, según el cual «*un principio elemental de derecho internacional** autoriza al Estado a proteger a nacionales suyos lesionados por actos contrarios al derecho internacional que haya cometido otro Estado y por los cuales no hayan podido obtener reparación por la vía ordinaria»[4].

6. Este «principio» data de hace mucho tiempo ya que remite a los primeros teóricos del derecho internacional y, especialmente, a de Vattel que afirmaba: «Quien maltrata a un ciudadano injuria directamente al Estado. El soberano del Estado debe vengar esa injuria y, si puede, obligar al agresor a dar una reparación cabal o castigarlo porque, de otra manera, el ciudadano no tendría seguridad, que es el fin último de la sociedad civil»[5].

7. Puede verse en ello cierto atisbo de derecho feudal, en que el señor feudal daba su protección como contrapartida de la adhesión de sus sujetos (nacionalidad), o una prolongación de la teoría del «contrato social», que estaba en boga en la época para legitimar al Estado y que establecía un vínculo entre la paz social y el reconocimiento de la autoridad soberana.

8. Sin embargo, se empieza a esbozar en la cita de Vattel una de las críticas fundamentales que se hacen respecto de la institución, que sería en esencia discriminatoria ya que únicamente los Estados poderosos podrían llevarla a la práctica contra los más débiles. Sería profundamente desigual, porque la persona tendrá o no la posibilidad de que su agravio cobre carácter internacional según cual sea el Estado al que esté unida por el vínculo de nacionalidad. Además, la protección diplomática ha servido de pretexto para intervenir en los asuntos de algunos países. El magistrado Padilla Nervo denunció esta situación diciendo que:

> La historia de la responsabilidad de los Estados en materia del trato de los extranjeros es una serie de abusos, injerencias ilegales en el orden interno de los Estados débiles, reclamaciones injustificadas, amenazas e incluso agresiones militares so pretexto del ejercicio de los derechos de protección y de la imposición de sanciones para obligar a un gobierno a hacer las reparaciones exigidas[6].

9. Los países latinoamericanos, los primeros en sufrir los efectos de esta perversión de la protección diplomática, intentaron ponerle término con la llamada cláusula Calvo, nombre de un estadista argentino (1824-1906), en virtud de la cual el extranjero renuncia contractualmente a la protección diplomática de su Estado de origen. Más adelante se hará referencia a los debates que suscitó esta cláusula.

10. En todo caso, la protección diplomática fue concebida desde el principio como corolario de la competencia personal del Estado sobre su población cuando elementos de ésta que se encontraban en territorio extranjero sufrían un perjuicio en violación del derecho internacional[7]. Se trata en realidad de un mecanismo o de un procedimiento para hacer valer la responsabilidad internacional del Estado de acogida del extranjero, hasta tal punto que según algunos autores el estudio de esa responsabilidad incluía

---

[1] Para el debate en el 49.º período de sesiones de la Comisión, véase *Anuario… 1997*, vol. I, 2513.ª sesión, pág. 289, párr. 1. Para el debate en la Asamblea General, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, reuniones 16.ª a 25.ª (A/C.6/52/SR.16 a 25) y correcciones.

[2] Fallo, *1924 C.P.J.I., serie A n.º 2.* Véanse, en particular, las declaraciones de los Sres. Lukashuk y Pellet ante la Comisión (*Anuario… 1997*, vol. I, 2513.ª sesión, págs. 290 y 292, párrs. 7 y 27, respectivamente).

[3] Declaración del Sr. Simma en el 49.º período de sesiones de la Comisión (*Anuario… 1997*, vol. I, 2513.ª sesión, pág. 291, párr. 21).

[4] Asunto *Mavrommatis* (nota 2 *supra*), pág. 12. Véase también el informe del Grupo de Trabajo sobre la protección diplomática establecido por la Comisión en su 49.º período de sesiones (*Anuario… 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 61, párrs. 169 a 190).

[5] De Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, t. I, l. II, cap. VI, párr. 71, pág. 309.

[6] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1970*, pág. 246, opinión separada del magistrado Padilla Nervo; véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 104. De Visscher, por su parte, señalaba que «los imperialismos del siglo XIX hicieron ir de la mano a la empresa privada y la diplomacia» (*Théories et réalités en droit international public*, pág. 326).

[7] «Cuando el ciudadano sale del territorio de su país, entra en el ámbito del derecho internacional [...] [y] el Estado de residencia, al admitir al extranjero en su territorio, admite la soberanía del país de que es nacional y el vínculo que los liga» (Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, pág. 26).

la protección diplomática[8]. De todas maneras, en este caso la relación entre Estados presenta la característica especial de que tiene que ver con el perjuicio sufrido por nacionales de uno en el territorio del otro. Para conciliar las competencias personal y territorial que se contraponen, se da al segundo Estado prioridad para que repare el perjuicio (en virtud del principio del agotamiento de los recursos internos) antes de que el primero pueda presentar una reclamación internacional y hacer suya la causa de su súbdito.

11. El Estado conserva en principio la libertad de elegir el medio de que se valdrá para defender a sus nacionales, siempre que lo haga en un marco de respeto de sus obligaciones internacionales y de las normas imperativas del derecho internacional. Entre otras cosas, no puede en ejercicio de la protección diplomática recurrir a la amenaza o al empleo de la fuerza.

12. Sin embargo, como destacó el Grupo de Trabajo de la Comisión, la protección diplomática *stricto sensu* es muy distinta de las funciones diplomáticas o consulares que ejerce el Estado acreditante con miras a prestar asistencia a sus nacionales o proteger sus intereses en el país receptor[9], especialmente los actos que realiza consisten en obtener ciertas concesiones en materia de acceso a contratos o mercados, garantizar a sus nacionales el derecho a la defensa o incluso facilitarles algunos procedimientos. En este caso no cabe por ningún concepto reclamar contra otro Estado una vez cometida una violación del derecho internacional.

13. Por más que en el ejercicio mismo de la protección diplomática el Estado conserve la libertad de elegir los medios, cabe de todas maneras preguntarse en qué derecho fundamenta su acción, el suyo propio o el del particular. La respuesta a este interrogante determinará la naturaleza jurídica de la protección diplomática (véase el capítulo I *infra*), y luego (en el capítulo II) habrá que preguntarse cuál es el carácter de las normas que tienen que ver con la protección diplomática, entre la condición de los extranjeros en derecho internacional (normas primarias) y los mecanismos para protegerlos en las relaciones interestatales (normas secundarias).

[8] Véase Jessup, *A Modern Law of Nations: An Introduction*, pág. 97, y Briggs «La protection des individus en droit international : la nationalité des réclamations», pág. 9.

[9] El artículo 3 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas enumera «[l]as funciones de una misión diplomática». El artículo 5 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares define las «funciones consulares».

CAPÍTULO I

La naturaleza jurídica de la protección diplomática

14. En primer lugar se presentará la concepción clásica de la protección diplomática y las críticas que ha suscitado, y posteriormente se planteará el interrogante de si a raíz de esas críticas se han formulado nuevas propuestas en el contexto de la evolución de los derechos de la persona y el aumento de sus prerrogativas en el plano internacional, teniendo presente en todo caso el derecho interno.

A.—La concepción clásica

15. La CPJI, en el asunto *Mavrommatis*, estableció claramente esta concepción en los siguientes términos:

> Al asumir la causa de uno de sus súbditos y poner en marcha en su favor una acción diplomática o una acción judicial internacional, en realidad este Estado hace valer su propio derecho, el derecho que tiene de hacer respetar el derecho internacional respecto de la persona de sus nacionales.
>
> Según este punto de vista, no procede preguntarse si el litigio tiene su origen en un interés privado, cosa que por lo demás ocurre en un gran número de controversias entre Estados. El Estado, desde el momento en que asume la causa de uno de sus nacionales ante una jurisdicción internacional, es el único demandante ante esta jurisdicción[10].

16. Es cierto que todo empezó con una controversia entre el Estado receptor y un nacional extranjero al que no se reconocieron sus derechos y que, a fin de cuentas, sufrió una denegación de justicia al exigir la reparación de un daño material o moral. Si, como hipótesis, esta persona no tuviera la posibilidad de internacionalizar la controversia y sacarla del ámbito del derecho interno, el Estado de que es nacional, en cambio, podrá hacer suya la reclamación operando tanto en ella como en el litigio una verdadera «novación». En efecto, en la medida en que únicamente un Estado puede hacer valer la responsabilidad de otro (ya que el individuo no tiene la calidad de sujeto de derecho internacional), el endoso de la reclamación permite al demandante, sobre la base del vínculo de nacionalidad, reivindicar el respeto de un derecho que le corresponde.

17. La concepción clásica, inspirándose en un enfoque dualista de las relaciones de derecho internacional y de derecho interno, pone en escena al Estado y oculta la reclamación original del particular. Se contraponen así el perjuicio inmediato sufrido por el Estado en calidad de tal (su territorio o sus agentes, por ejemplo) y el perjuicio mediato que sufre uno de sus nacionales en territorio extranjero y pone en juego su competencia personal. Ya en 1950 Reuter se había preguntado si esta distinción seguía siendo pertinente en una época en que los bienes de los nacionales solían contabilizarse en el patrimonio del Estado de su nacionalidad[11] y la cuestión se plantea aún más

[10] Asunto *Mavrommatis* (nota 2 *supra*), pág. 12.

[11] Reuter: «Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en droit international public», págs. 540 y 541.

en esta época de privatización acelerada de los medios de producción y de globalización. Sin embargo, la respuesta no es tan sencilla como parece porque plantea el difícil problema del vínculo de los bienes a un país, que se analizará más adelante en relación con la protección de las personas jurídicas y sus accionistas.

18. La Comisión, al enunciar el principio del agotamiento de los recursos internos[12], tuvo en cuenta en el proyecto relativo a la responsabilidad internacional el debate teórico entre quienes consideran que el principio es una simple norma de procedimiento y quienes, por el contrario, sostienen que se trata de una norma de fondo. En la segunda hipótesis, por la cual optó la Comisión, la responsabilidad del Estado receptor aparece únicamente una vez que el particular ha agotado los recursos internos. El particular, «beneficiario directo de la obligación de resultado» en relación con el trato que le reconoce el derecho internacional, hace valer primero su derecho ante la jurisdicción interna. Lo que no consta expresamente en los comentarios de la Comisión es cómo, una vez agotados los procedimientos internos, ese derecho se convierte en derecho del Estado del que es nacional y se llega al ámbito de la protección diplomática.

19. En la concepción clásica, la posibilidad de asumir la causa de su nacional es parte de la competencia discrecional del Estado, que tiene absoluta latitud para hacerlo o no «sin tener que justificarse en ninguno de los dos casos y sin que tenga que aducir, por ejemplo, la falta de fundamento de la solicitud o los intereses de su política exterior»[13].

20. El Estado de la nacionalidad del perjudicado, si decide presentar una reclamación, puede elegir el medio de solución de la controversia que lo opone al Estado del territorio, incluida la amigable composición, aceptando el pago por éste de una suma de dinero a título de reparación. En última instancia, desde el punto de vista del derecho internacional no tiene mayor importancia saber qué indemnización recibe al final el perjudicado.

21. En realidad, la concepción clásica se funda en gran medida en una ficción jurídica. Si se considera que el Estado de la nacionalidad del perjudicado reclama en el plano internacional que se respete su «propio derecho» (por remisión a la famosa «norma mínima» de trato reconocida por el derecho internacional a los extranjeros), este derecho suele ser exactamente igual que el que se reconoce al perjudicado en el plano interno, como recordó la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction*[14]:

> En este caso, es fundamental determinar si las pérdidas que habrían sufrido los accionistas belgas de la Barcelona Traction tenían como causal la transgresión de obligaciones de las que eran beneficiarios. En otras palabras, por el hecho de vulnerar derechos de los que eran titulares nacionales belgas y accionistas de una sociedad que no tenía nacionalidad belga, ¿se ha violado un derecho de Bélgica?

22. Por otra parte, es el daño causado al nacional extranjero lo que sirve para evaluar la responsabilidad del Estado receptor y la reparación debida al Estado de la nacionalidad. La CPJI precisó esa relación en los términos siguientes:

> La reparación que se deba a un Estado no cambia de naturaleza por el hecho de que revista la forma de una indemnización cuyo monto se determinará en razón del daño sufrido por el particular. El daño sufrido por el particular jamás es idéntico en el fondo al que ha de sufrir el Estado; lo único que hace es servir de medida conveniente de la reparación debida al Estado[15].

23. La ficción es evidente cuando la Corte se siente obligada a declarar la falta de identidad entre los dos perjuicios al tiempo de reconocer que uno (el sufrido por el particular) servirá para medir el otro (que sigue siendo ficticio), y, por lo tanto, la reparación debida al Estado de la nacionalidad del perjudicado. Dubouis señaló que «[e]ste *dictum* célebre del fallo dictado en el asunto *Chorzów* no es más que la hábil maniobra de un ilusionista talentoso»[16].

24. Cabe preguntarse además cómo se puede justificar en la concepción clásica la exigencia de la continuidad de la nacionalidad del individuo una vez sobrevenido el daño y hasta la presentación de la demanda o incluso el fallo definitivo. De Visscher destacó que «[s]i el trato infligido al nacional de un Estado constituía en sí una injuria a este último, el derecho a intervenir que adquiere en ese mismo momento el Estado no podría perderse si el particular perjudicado cambiara posteriormente de nacionalidad»[17].

25. En el mismo orden de ideas, el comportamiento del particular se tiene en cuenta en la determinación de la responsabilidad del Estado de acogida; así, se puede hacer valer la culpa de la víctima (real) como circunstancia atenuante y como circunstancia eximente (el principio de las «manos limpias»).

26. Scelle llega a calificar la protección diplomática de «novación ficticia [...] insustancial e ilusoria», y agrega que «no sólo la personalidad ficticia del Estado eclipsa la personalidad real del individuo sino que, como resultado

---

[12] El artículo 22 del capítulo III (La violación de una obligación internacional) del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, titulado «Agotamiento de los recursos internos», tiene el texto siguiente:

> «Cuando el comportamiento de un Estado ha creado una situación que no está en conformidad con el resultado que de él exige una obligación internacional relativa al trato que se ha de otorgar a particulares extranjeros, personas físicas o jurídicas, pero la obligación permita que ese resultado o un resultado equivalente pueda no obstante lograrse mediante un comportamiento ulterior del Estado, sólo hay violación de la obligación si los particulares interesados han agotado los recursos internos efectivos que tienen a su disposición sin obtener el trato previsto por la obligación o, si esto no fuera posible, un trato equivalente.»

(Anuario... 1977, vol. II (segunda parte), pág. 12. Para el comentario del artículo, véase ibíd., págs. 32 a 53.)

[13] Berlia, «Contribution a l'étude de la nature de la protection diplomatique», págs. 63 y 64.

[14] *Barcelona Traction* (véase la nota 6 *supra*), págs. 32 y 33. Según el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (artículo XII). La reparación de los daños debe ser tal que «se reponga a la persona [...] en la condición que habría existido de no haber ocurrido los daños». Véase Dupuy, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, págs. 51 a 55.

[15] *Usine de Chorzów, 1928 C.P.J.I., série A n.º 17*, fallo n.º 13, pág. 28.

[16] Dubouis, «La distinction entre le droit de l'Etat réclamant et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique (à propos de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 juin 1977)», pág. 624.

[17] De Visscher, *op. cit*., pág. 331.

de esta prestidigitación, el sujeto de derecho original y verdadero desaparece por completo y la relación jurídica inicial es reemplazada por una relación política»[18].

27. La crítica de Scelle, por más que parta de una concepción del derecho internacional que rechaza el derecho subjetivo del Estado sobre la base del vínculo de nacionalidad y propicia un derecho objetivo de intervención por remisión a la «colectividad interestatal»[19], no deja de ser pertinente porque revela todos los artificios de la construcción jurídica a que este informe se está refiriendo.

28. En relación con la cláusula Calvo, la doctrina latinoamericana calificó de inadmisible que una persona «titular del interés o derecho lesionado»[20] no pudiera renunciar voluntariamente a la protección del Estado de que era nacional. Al hacerlo, aceptaría quedar sometida al principio de igualdad con los nacionales que sólo pueden recurrir a los tribunales de su propio país. Sin embargo, el debate no quedó en el plano teórico porque la legislación de algunos países ha llegado a hacer de esa cláusula una condición para la validez de los contratos concertados con extranjeros. En realidad, toda la controversia en torno a la cláusula Calvo lleva a la cuestión central de la naturaleza del derecho (y por lo tanto de su titular) en el contexto del ejercicio por el Estado de la protección diplomática.

29. Habida cuenta de que el objetivo consiste en limitar los abusos de los países poderosos, que son además los principales exportadores de capital, no es sorprendente que la cláusula Calvo haya reaparecido con otra forma y en otros términos en el decenio de 1970 cuando los países en desarrollo reivindicaban un nuevo orden económico internacional. La idea era que las controversias relativas a la condición de la propiedad extranjera quedasen reservadas exclusivamente a la jurisdicción nacional del país receptor[21].

30. Hay que destacar, en todo caso, que eran numerosos los Estados que sostenían esta tesis en los foros internacionales y, al mismo tiempo, concertaban acuerdos de promoción y fomento de la inversión que reconocían al Estado el derecho de tomar medidas, incluso ante un órgano arbitral, para hacer respetar los derechos reconocidos en el tratado en favor de los inversionistas de su nacionalidad.

31. De todas maneras, se trata de acuerdos que se inscriben en el marco del conjunto de las relaciones bilaterales entre los Estados y que en la mayoría de los casos preveían, como se verá más adelante, la posibilidad de acceso de los propios particulares al arbitraje internacional.

32. La protección diplomática conllevaba una gran carga emocional y política y sobre ella pesaba la sospecha de que no se tratara más que de un subterfugio para manipular propiedades y acciones de extranjeros reducidos a la condición de «caballos de Troya». Sin embargo, fue el reconocimiento en favor del individuo de un cierto grado de personalidad jurídica internacional en calidad de destinatario directo de normas internacionales y de titular del derecho a interponer reclamaciones respecto de esas normas lo que hizo que la doctrina comenzara a plantearse con mayor precisión la cuestión de la pertinencia de la concepción clásica de la protección diplomática.

B.—El reconocimiento de los derechos del individuo en el plano internacional

33. Este reconocimiento ha sobrevenido en ciertos ámbitos en que la estructura estatal resultó inadecuada porque había dejado de corresponder a las necesidades de la sociedad humana; lo mismo ha ocurrido en lo que respecta a los derechos inherentes a la persona, cualquiera que sea su nacionalidad, en el de los derechos de los inversionistas extranjeros o incluso en relación con la solución de algunos contenciosos internacionales.

Derechos inherentes a la persona

34. Desde la adopción de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de Derechos Humanos se ha registrado un movimiento en pro del reconocimiento de los derechos de la persona[22] mediante una serie de grandes convenciones multilaterales de carácter general[23]. De ello han dimanado diversas consecuencias jurídicas que salen por completo del marco fijado por la concepción clásica de la protección diplomática.

35. El Estado ya no puede pretender que el individuo quede encerrado en el ámbito exclusivo de su competencia nacional porque el orden internacional le confiere directamente derechos e impone a todos los Estados la obligación de respetarlos. En ciertas condiciones, el propio individuo puede hacerse oír y defender sus derechos ante organismos internacionales o comités establecidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos (derecho de petición). El enfoque dualista en que se inspiraron los primeros promotores de la protección diplomática no se aplica ya, porque se observa más bien una continuidad entre los mecanismos interestatales y la legislación interna en materia de derechos humanos.

---

[18] Scelle, «Règles générales du droit de la paix», págs. 660 y 661.

[19] En el caso de la *Barcelona Traction* (nota 6 *supra*), pág. 32, la CIJ establece una distinción entre «las obligaciones de los Estados respecto de la comunidad internacional en su conjunto y las que surgen respecto de otro Estado en el marco de la protección diplomática».

[20] *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 191, documento A/CN.4/96, párr. 106. Informe sobre la responsabilidad del Estado del Sr. García Amador, Relator Especial.

[21] Lillich, «The diplomatic protection of national abroad: an elementary principle of international law under attack», págs. 359 a 365. El autor se refiere en particular a la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, aprobada el 12 de diciembre de 1974 por la Asamblea General en su resolución 3281 (XXIX), que dispone (art. 2, párr. 2, apdo. *c*) que:

> «[…][e]n cualquier caso en que la cuestión de la compensación sea motivo de controversia, ésta será resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, a menos que todos los Estados interesados acuerden libre y mutuamente que se recurra a otros medios pacíficos sobre la base de la igualdad soberana de los Estados y de acuerdo con el principio de libre elección de los medios».

[22] Véase la resolución 217 A (III) de la Asamblea General de 10 de diciembre de 1948.

[23] Como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

36. Por otra parte, el Estado, cuando interviene en favor de una persona, no lo hace necesariamente animado de un interés subjetivo y basado en el vínculo de la nacionalidad; se supone que actúa en pro del respeto de la legalidad internacional objetiva. La CIJ, en su *obiter dictum* en el caso de la *Barcelona Traction*, ha señalado que «las normas relativas a los derechos fundamentales del ser humano» constituyen «obligaciones *erga omnes*» que crea para todos los Estados un interés en actuar[24].

37. En el contexto de las normas convencionales sobre derechos humanos y en el de la posibilidad abierta a los Estados de exigir su absoluto respeto, se ha dicho que «en el plano teórico hay que evaluar la innovación que constituye este procedimiento en relación con el procedimiento diplomático tradicional». En efecto, lo que está en juego es el interés de la comunidad en proteger «los valores comunes que consagra el sistema»[25]. El individuo puede intervenir en el procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos e incluso tiene la oportunidad de recurrir directamente a éste[26].

Derechos de los inversores extranjeros

38. En el decenio de 1960 se multiplicaron los convenios bilaterales sobre fomento y protección de la inversión y existen actualmente más de 300 concertados entre países exportadores y países importadores de capital a partir de modelos preparados en su mayor parte por los primeros (esencialmente Alemania, los Estados Unidos, Francia y el Reino Unido)[27]. Según Laviec «estas formas recientes de protección aparecen también como alternativas para evitar los escollos de la protección diplomática, cuyo ocaso anuncian»[28].

39. En la práctica, la inversión se define como tal, al igual que los derechos que garantizan su seguridad, y el derecho consuetudinario es preciso y cabal (transferencia de utilidades y de capital, indemnización en caso de expropiación). Según un gran número de estos convenios bilaterales, en caso de controversia entre el inversionista y el Estado receptor, uno u otro pueden recurrir para resolverla al CIADI[29]. El inversionista extranjero puede recurrir directamente a un tribunal arbitral en una controversia contra el Estado receptor y, en este contexto y como consecuencia, cabe considerar que tiene personalidad jurídica internacional.

40. Las partes en la controversia, al aceptar el arbitraje, renuncian a cualquier otro recurso. Quedan descartados así tanto el requisito de que el Estado receptor agote los recursos internos como el ejercicio de la protección diplomática por el Estado de la nacionalidad del inversionista. En otras palabras, esta «ficción» únicamente tiene lugar cuando el derecho internacional (los convenios bilaterales antes mencionados) reconoce directamente el derecho del particular y él mismo puede hacerlo respetar en ese plano.

Solución de controversias internacionales

41. Los Estados han instituido tribunales internacionales especiales para poder resolver controversias entre uno de ellos y nacionales de otro. Se encuentran en primer lugar las comisiones mixtas del siglo XIX, la primera de las cuales fue creada por el tratado anglo-americano de 8 de febrero de 1853[30]. Al terminar la primera guerra mundial, un acuerdo entre los Estados Unidos, por una parte, y Austria y Hungría, por la otra, permitió designar un comisionado encargado de dirimir las reclamaciones presentadas por los Estados Unidos en nombre de ciudadanos estadounidenses que habían sufrido perjuicios imputables a esos países en el curso de esa guerra.

42. Más recientemente, el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán, establecido por la Declaración del Gobierno de la República Argelina Democrática y Popular para el arreglo de las controversias entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República Islámica del Irán, de 19 de enero de 1981[31], ha dictado ya más de 4.000 fallos sobre cuestiones en que son partes esencialmente nacionales extranjeros de uno u otro de los países receptores. También se encuentra aquí un caso de renuncia a los recursos internos y a la protección diplomática y los particulares están autorizados para hacer valer sus derechos directamente ante una instancia internacional.

43. Conviene, por último, recordar las condiciones en las cuales el Consejo de Seguridad decidió regular las consecuencias de la responsabilidad ante «los gobiernos, los nacionales y las empresas extranjeras, […] por toda pérdida directa y daño directo […] resultante de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait»[32]. Para materializar esta responsabilidad se estableció un Fondo y una Comisión de Indemnización subordinados a un Consejo de Administración integrado por los mismos miembros del Consejo de Seguridad y con sede en Ginebra[33]. En todo caso, el procedimiento es híbrido porque entraña garantías de índole judicial; hay comisiones tripartitas, integradas por miembros independientes, que están encargadas de estudiar las solicitudes y formular propuestas al Con-

[24] *Barcelona Traction* (nota 6 *supra*), pág. 32, párrs. 33 y 34.

[25] Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, pág. 74. Según el artículo 24 del Convenio europeo de derechos humanos, el Estado contratante podrá someter a la Comisión Europea cualquier caso de incumplimiento del Convenio cometido por otro Estado parte. Según la Comisión, «no cabe considerar que el Estado que interviene en virtud del artículo 24 actúe para hacer respetar sus propios derechos; en realidad, lo que somete a la Comisión es una cuestión que tiene que ver con el orden público en Europa» (decisión de 11 de enero de 1961, *Autriche* c. *Italie*, citada por Sudre, *op. cit.*, pág. 281).

[26] Protocolo n.º 9 del Convenio europeo de derechos humanos.

[27] Según un estudio del Centro de las Naciones Unidas sobre las Empresas Transnacionales, preparado en 1988 con el título de *Bilateral investment treaties* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta E.88.II.A.1), ese número era de 265.

[28] Laviec, *Protection et promotion des investissements : étude de droit international économique*, pág. 5.

[29] El CIADI fue establecido en virtud del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, bajo los auspicios del Banco Mundial.

[30] Rigaux, «Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : cours général de droit international privé», pág. 120.

[31] ILM, vol. XX, n.º 1 (enero de 1981), págs. 230 a 233.

[32] Resolución 687 (1991), de 3 de abril de 1991, párr. 16.

[33] Resolución 692 (1991), de 20 de mayo de 1991, párr. 3.

sejo de Administración, que tiene que aprobarlas en todos los casos.

44. Las reclamaciones pueden ser presentadas a esa Comisión por Estados o por organizaciones internacionales en nombre de las personas naturales o jurídicas de que se trate y la indemnización que se decida pagar es luego liquidada por conducto de esas organizaciones. De alguna manera, en este caso se considera que los Estados son agentes del particular ante el organismo encargado de dirimir el litigio con el país responsable del perjuicio. Algunos Estados ofrecen incluso a sus nacionales anticipos, en espera de la indemnización, «[…] confirmación, si aún fuese necesaria, de la distancia que separa las fórmulas adoptadas en este conflicto y los mecanismos tradicionales de la protección diplomática»[34].

C.—El derecho interno y la naturaleza jurídica de la protección diplomática

45. No procede en esta etapa pasar revista a todos los sistemas jurídicos y su relación con la protección diplomática, sino simplemente recordar las grandes líneas y discernir algunas señales de evolución.

46. El derecho interno ha reconocido el poder discrecional del Estado para ejercer la protección diplomática y ha extraído de ello la consecuencia de que la decisión de presentar o no la reclamación, la elección de la vía de recurso, la aceptación de una indemnización alzada y las modalidades de distribución de la indemnización no están sujetas a control jurisdiccional. Acerca de este último punto, sin embargo, en el decenio de 1950 se constató una evolución en la práctica hacia el establecimiento de un control jurisdiccional de la distribución de la indemnización percibida por el Estado. Así, los Estados Unidos, Francia y el Reino Unido constituyeron comisiones de carácter jurisdiccional para repartir las sumas alzadas recibidas de algunos países de Europa oriental después de la segunda guerra mundial.

47. Sería demasiado prematuro concluir de esa práctica que la competencia del Estado ha dejado de ser «discrecional» para convertirse en una competencia «vinculada»[35], pero en todo caso esta evolución ilustra «el carácter poco estable y poco satisfactorio, incluso arcaico, de la protección diplomática»[36].

48. En la actualidad, la mayor parte de los ordenamientos internos autoriza el recurso ante los tribunales nacionales para garantizar la transferencia de la indemnización percibida por el gobierno y controlar su distribución. Sin embargo, rara vez se plantea la cuestión del derecho del particular a obtener la protección diplomática del Estado del que es nacional y, en consecuencia, la cuestión de la obligación o el deber que éste tendría en este contexto. Por más que en algunos textos constitucionales[37] se enuncie una obligación de esa índole, en realidad ésta es más moral que jurídica; la intervención del Estado depende evidentemente de consideraciones políticas y de oportunidad según las relaciones diplomáticas de que se trate y, por lo menos, deberá conciliarse con sus intereses superiores[38].

D.—¿Qué derechos están en juego en la protección diplomática?

49. Está establecido que el Estado tiene un derecho «de procedimiento» para interponer una reclamación internacional a fin de proteger a sus nacionales que hayan sufrido un perjuicio en violación del derecho internacional. El Estado, en su práctica convencional con otros países, puede aceptar que se limite ese derecho e incluso renunciar a él.

50. Cabe preguntarse, como se hace en la concepción clásica, si al actuar de esa manera el Estado «hace valer su propio derecho» o, por el contrario, no es más que un mandatario o representante de un nacional suyo que es titular «de un interés jurídicamente protegido» en el plano internacional y, por lo tanto, de un derecho[39]. Según se opte por el derecho del Estado o el derecho del nacional, se dará preferencia a una costumbre muy antigua y que venía muy bien a la soberanía, aunque se tratara de una ficción, o al desarrollo progresivo y la costumbre teniendo en cuenta la realidad del reconocimiento internacional de los derechos de la persona.

51. La opción no es puramente teórica y tiene consecuencias en el régimen jurídico de la protección diplomática. En efecto, cuando un Estado hace valer un derecho del que es titular un nacional suyo, de una manera u otra queda obligado a asociarse a él en cuanto al procedimiento y a una posible transacción. En este caso, cabría imaginarse que el Estado no puede interponer una reclamación internacional contra la voluntad del nacional interesado. Así, al renunciar a la protección diplomática de su Estado, el nacional no usurpa un derecho de éste y no hace más que ejercer un derecho que le incumbe.

52. El Relator Especial ha indicado en qué forma la atribución de derechos a particulares por la vía convencional puede llegar hasta el punto de permitirles que tengan acceso directo a mecanismos y tribunales internacionales para garantizar el respeto de esos derechos. Cabe preguntarse, sin embargo, si es posible considerar desde el punto de vista del derecho internacional general que se trata de los titulares de derechos que los Estados simplemente pueden llevar a la práctica interponiendo una reclamación internacional. Esto es lo que está en juego en el actual de-

---

[34] Cottereau, «Responsabilité del'Iraq : aperçu sur les indemnisations urgentes des personnes physiques», pág. 166. Más de 2.800.000 particulares han presentado reclamaciones.

[35] Berlia, *loc. cit.*, pág. 66. El autor cita los acuerdos concertados por los tres países con Yugoslavia y Checoslovaquia entre 1948 y 1951.

[36] Carreau, *Droit international*, pág. 467.

[37] Por ejemplo, en las constituciones de China, la Federación de Rusia y algunos países de Europa oriental.

[38] La jurisprudencia de los tribunales alemanes reconoce, con esa reserva, el deber de protección de los nacionales. Véase Bernhardt (ed.), «Diplomatic protection», pág. 1052.

[39] Expresión empleada por la CIJ en el caso *Barcelona Traction* (nota 6 *supra*), pág. 32, párr. 35.

bate jurídico sobre la protección diplomática, en relación con el cual el Relator Especial espera recibir orientación para preparar los informes futuros sobre la cuestión.

53. Así, si se transpone el fallo en el asunto *Mavrommatis*[40], se podrá decir que el Estado, al tomar la representación de sus nacionales, hace valer su derecho a que se respeten las obligaciones internacionales relativas al trato que debe darse a los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas. En contra de esa formulación, más compatible con la evolución reciente del derecho internacional, se podría aducir el fundamento de la responsabilidad internacional, en que se asocia la violación de una obligación internacional por un Estado a la existencia de un derecho subjetivo en beneficio de otro Estado. El Relator Especial sabe, sin embargo, que se acepta cada vez más que un Estado pueda tener obligaciones respecto de particulares titulares de derechos que les son reconocidos por el derecho internacional. En estas condiciones no se ve qué obstaría para que el Estado, que tiene el deber de proteger a sus nacionales, pudiese tomar la representación de éstos e interponer en su nombre una reclamación internacional. Al tiempo de admitir que «esta cuestión merece un estudio a fondo», Dominicé agrega que «no parece haber obstáculos de principio a esa tesis»[41].

54. El Relator Especial espera, pues, que la Comisión pueda responder al interrogante siguiente: al interponer una reclamación internacional, el Estado, ¿hace valer su propio derecho o el de su nacional perjudicado?

[40] Véase la nota 2 *supra*.

[41] Dominicé, «La réparation non contentieuse», pág. 221. El autor menciona acuerdos de indemnización alzada «que se refieren a la relación entre las reclamaciones de los nacionales del Estado que obtienen una indemnización». En ese caso el Estado sería responsable respecto del titular de pretensiones fundadas en el derecho internacional.

Capítulo II

El carácter de las normas que rigen la protección diplomática

55. ¿Deberíamos, como sostiene el Grupo de Trabajo de la Comisión, limitarnos a la codificación de las normas secundarias en la materia? La misma limitación permitió, por iniciativa de Roberto Ago, «desbloquear»[42] el proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados y ponerle término. Sin embargo, la distinción entre las obligaciones del Estado en uno u otro ámbito de sus relaciones (normas primarias) y las que dimanan del incumplimiento de esas normas, como el derecho a una reparación (normas secundarias) no es tan estricta como parece. La Comisión, para extraer ciertas conclusiones en materia de responsabilidad del Estado, procedió a clasificar las obligaciones primarias en obligaciones de comportamiento y obligaciones de resultado, e incluso en las destinadas a asegurar un determinado trato a los particulares extranjeros, si bien se limitó a categorías generales y no entró en el examen del contenido del derecho material de que se trataba. En ningún momento desmintió en el curso de su trabajo esta línea de conducta:

> por las razones tantas veces expuestas por la Comisión, que la consideración en el proyecto del principio del agotamiento de los recursos internos y de sus diferentes aspectos desemboque en el examen del contenido de las normas «primarias» del derecho internacional, tales como, por ejemplo, las relativas al trato de los extranjeros, pues el intento de definirlas ha sido fatal para los pasados ensayos de codificación en materia de responsabilidad internacional[43].

56. Efectivamente, en el marco del estudio del tema de la responsabilidad internacional, la Comisión había decidido comenzar por la codificación del aspecto que, según ella, más se prestaba, esto es, la «responsabilidad de los Estados por daños causados en sus territorios a la persona o bienes de los extranjeros»[44].

57. De hecho, el Relator Especial, Sr. García Amador, optó por examinar en primer lugar las normas primarias, «los principios y normas de carácter sustantivo, es decir, solamente los *actos y omisiones* que originan la responsabilidad del Estado por daños causados a los extranjeros» y dejar de lado en un principio todos los que (normas secundarias):

> tienen un carácter procesal, así como los que se relacionan estrechamente con ellos, [...] los relativos a la omisión de los recursos internos, la renuncia a la protección diplomática por el Estado de la nacionalidad o por el particular extranjero, los métodos y procedimiento de arreglo (inclusive el principio de la nacionalidad de la reclamación y otros concernientes a la capacidad para presentar reclamaciones internacionales), la prescripción y otras causas o circunstancias eximentes, atenuantes o agravantes de responsabilidad, y las formas y extensión de la reparación[45].

58. El Grupo de Trabajo, precisamente teniendo en cuenta esta primera experiencia, propuso que la codificación de la protección diplomática no abarcase más que las normas secundarias, esto es, el segundo aspecto del plan propuesto por el Relator Especial, a reserva de los elementos que dimanaran del proyecto de artículos

[42] Pellet, «Remarques sur une révolution inachevée : le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des États», pág. 8.

[43] *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 51, párr. 52 del comentario del artículo 22 (Agotamiento de los recursos internos).

[44] *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 217, documento A/CN.4/96, apéndice 1.

[45] *Anuario... 1957*, vol. II, pág. 114, documento A/CN.4/106, párr. 3.

sobre el derecho de la responsabilidad internacional. En la práctica, el planteamiento más general por el que había optado el Relator Especial lo dejó en una situación de estancamiento porque había propuesto que se codificasen materias enteras y muy vastas del derecho internacional, más allá de la responsabilidad *stricto sensu*, que comprenden el comportamiento de los órganos del Estado, los derechos de la persona, la deuda pública, los actos de expropiación, los contratos entre Estados y particulares, los derechos adquiridos, etc.

59. Es posible, pues, convenir en que es perfectamente apropiado limitar el examen del tema de la protección diplomática a las «normas secundarias» para soslayar el inevitable «desborde» que entraña el análisis de las cuestiones de responsabilidad internacional[46].

60. Una vez tomada esta precaución, la Comisión podrá remitirse a las «normas primarias» en el plano de las categorías generales y cuando resulte necesario para codificar útilmente las «normas secundarias» que entran directamente en el ámbito del tema. Así ocurrirá especialmente cuando se trate de definir el vínculo de nacionalidad de las personas físicas o jurídicas que permita interponer una reclamación internacional o las causales de exoneración de la responsabilidad vinculadas con el comportamiento de los particulares. La «norma primaria» no se estudia en sí misma sino en su relación con la «norma secundaria». En este caso lo que estaría en juego no es la concesión de la nacionalidad, sino las condiciones de su oponibilidad a otro Estado y tampoco se estudiará en este caso el respeto por el particular del derecho del país receptor, sino las condiciones en las cuales el comportamiento del primero podría exonerar de responsabilidad al segundo.

61. Brownlie, tras haber citado la decisión del Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán en la causa A/18 («en los casos en que el Tribunal determine que es competente sobre la base de la nacionalidad dominante y efectiva del demandante, la otra nacionalidad seguirá siendo válida a los efectos de la demanda»), destaca esta relación entre las normas primarias y las secundarias y agrega: «esta cláusula se refiere evidentemente a las situaciones en que el hecho de hacer valer otra nacionalidad entrañaría elementos de fraude o impedimentos o consideraciones fundamentales de equidad, como el principio de las manos limpias»[47]. Todas ellas son ocasiones para examinar normas primarias con miras a determinar el derecho de un Estado a interponer una reclamación para proteger a sus nacionales y, sobre todo, para evaluar su responsabilidad.

62. A juicio del Relator Especial, ha pasado la época de las categorías estrictas y los planteamientos maniqueos. Es una época de continuidad, tanto entre el derecho interno y el internacional como entre el derecho interestatal y el comunitario[48], con distinta predominancia según la materia de que se trate.

63. El Relator Especial querría recibir, también desde este punto de vista, orientación de la Comisión en cuanto a la limitación del tema de la protección diplomática a las normas secundarias de derecho internacional y se pregunta si esta limitación significaría que la referencia a ellas sería a título exclusivo o principal.

64. Si se opta por la segunda posibilidad, no se trata de repetir los errores del primer planteamiento propuesto a la Comisión por el Sr. García Amador, no se trata de codificar ni la condición de los extranjeros ni el derecho a las inversiones; en todo caso, hay que tener presente la necesidad que pueda tener la Comisión de examinar como categorías generales ciertas normas primarias de manera de definir la nacionalidad de las personas físicas y jurídicas y su oponibilidad y de evaluar el comportamiento de éstas respecto del país receptor con miras a determinar su responsabilidad.

65. La cuestión consiste, pues, en saber si la Comisión adoptará una concepción rígida o flexible de las normas secundarias en relación con la protección diplomática.

---

[46] Bennouna: «Le règlement des différends peut-il-limiter le ‘droit’ de se faire justice à soi-même?», págs. 63 y 64.

[47] Brownlie, «International Law at the fiftieth anniversary of the United Nations: general course of public international law», págs. 109 y 110. Para la causa A/18 véase ILR, vol. 75, 1987, págs. 176 a 194.

[48] Simma, «From bilateralism to community interest in international law».