

## 2520.ª SESIÓN

Martes 28 de abril de 1998, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

*Miembros presentes:* Sr. Addo, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Bennouna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Operti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Thiam.

**Protección diplomática (A/CN.4/483, secc. E,  
A/CN.4/484<sup>1</sup>, A/CN.4/L.553)**

[Tema 6 del programa]

INFORME PRELIMINAR DEL RELATOR ESPECIAL

1. El PRESIDENTE dice que, como se señala en el párrafo 233 del informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 49.º período de sesiones<sup>2</sup>, la primera parte del presente período de sesiones se destinará al debate de los diversos informes en tanto que la segunda, que ha de celebrarse en Nueva York, se destinará a la aprobación de los proyectos de artículos con sus comentarios y del informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 50.º período de sesiones. Por consiguiente, invita a la Comisión a que comience el examen del tema de la protección diplomática y sugiere que se examinen por separado las cuestiones de que trata el informe preliminar sobre el tema (A/CN.4/484), procedimiento utilizado con buenos resultados en el período de sesiones anterior. Los miembros deberían examinar además qué medidas de seguimiento podría adoptar la Comisión sobre este tema.

2. La Comisión debería examinar si es conveniente que después del debate general se constituya nuevamente el Grupo de Trabajo sobre protección diplomática establecido en su 49.º período de sesiones<sup>3</sup> con el fin de que ayude al Relator Especial a delimitar los elementos que han de tratarse en su segundo informe.

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

<sup>2</sup> *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte).

<sup>3</sup> *Ibid.*, párr. 169.

3. El Sr. BENNOUNA (Relator Especial) dice que cuando la Comisión lo nombró Relator Especial recomendó que presentara su informe preliminar en el período de sesiones en curso y decidió que trataría de completar el examen del tema de la protección diplomática en primera lectura a fines del quinquenio. Este último objetivo bien podría reconsiderarse. Los trabajos preliminares son fundamentales para el éxito de cualquier empresa humana. Por ello, un informe preliminar es un escalón para el examen a fondo del tema y la posible incorporación en un tratado u otro instrumento de lo que se considere como la práctica establecida. Desde el momento mismo en que el Grupo de Trabajo comenzó a examinar el tema<sup>4</sup>, los miembros señalaron que el análisis preliminar es indispensable para poder hacer un estudio general de la protección diplomática. Por ejemplo, el Sr. Lukashuk opina que el Relator Especial tendría que examinar el concepto mismo de la protección diplomática, que en el derecho moderno se orienta cada vez más a los derechos de la persona; dado que existe un derecho a la protección diplomática, el Sr. Lukashuk considera que la protección diplomática no se basa en la jurisdicción *ratione personae* sobre las personas. Esta opinión ha recibido el apoyo de otros miembros de la Comisión.

4. El Sr. Pellet ha señalado a la atención de la Comisión la total falta de simetría en materia de protección diplomática. Un Estado cuyo nacional ha sido lesionado puede ejercer la protección diplomática y dirigirse contra el Estado causante del daño, pero no sucede lo mismo a la inversa: un Estado que ha sufrido daño como consecuencia del acto de un individuo no puede reclamar al Estado del que esa persona es nacional. El Sr. Pellet ha sugerido también que las posiciones de fuerza política y económica son la razón por la cual la protección diplomática es una institución unilateral. El Sr. Thiam ha señalado además que las empresas multinacionales suelen ser más poderosas que los Estados.

5. El Sr. Pellet también ha dicho que el hecho de que las personas sean consideradas cada vez más hoy en día como sujetos de derecho internacional es una dimensión que el Relator Especial deberá necesariamente tener en cuenta en su informe preliminar. El Sr. Ferrari Bravo, yendo todavía más lejos en este sentido, opina que el fallo de la CPJI en el asunto *Concessions Mavrommatis en Palestine* se basa en lo que hoy se considera una teoría obsoleta, la de que el Estado se considera como «amo» de sus ciudadanos. Por su parte, considera que la gran evolución de los últimos años hace que el tema deba enfocarse desde un ángulo nuevo y «más fresco».

6. En su opinión, su misión es señalar en el informe preliminar las diversas opciones posibles y no su propia concepción del tema. Aunque sigue siendo totalmente imparcial le parece claro que la concepción tradicional de la protección diplomática ya no es satisfactoria a menos de mantener la posición férreamente conservadora de la que se ha acusado a veces a la Comisión.

7. La concepción tradicional podría adaptarse a la realidad actual de diversas formas, y una sola construcción jurídica no es necesariamente la única solución. La Comisión ha abordado ya con dificultad la distinción

<sup>4</sup> Véase el informe del Grupo de Trabajo en *ibid.*, párrs. 172 a 189.

entre las normas primarias y secundarias y en su informe el Grupo de Trabajo ha sugerido que el tema se limite a las normas secundarias del derecho internacional, esto es, a las consecuencias de los actos internacionalmente ilícitos (por comisión u omisión) que hayan causado un daño indirecto al Estado, comúnmente por un daño a sus nacionales<sup>5</sup>. El Grupo de Trabajo ha dicho también que en este tema no debería señalarse el contenido específico de la obligación jurídica internacional que ha sido violada.

8. Sin embargo, el Sr. Pambou-Tchivounda y el Sr. Simma han hecho la advertencia de que la norma de «manos limpias» y el agotamiento de los recursos de la jurisdicción local entrañarían aventurarse en el ámbito de las normas primarias. Tal vez se deba también examinar las categorías generales de las obligaciones; dado que en el tema de la responsabilidad de los Estados se tendrá que hacer un examen análogo, la labor en ambos temas podría tal vez coordinarse.

9. En 1996, la Asociación de Derecho Internacional estableció un Comité sobre Protección Diplomática de Personas y Bienes que está tratando de resolver las mismas cuestiones que la Comisión se propone abordar. El Presidente de ese Comité le envió una carta en octubre de 1997 señalándole que se proponían examinar cómo han cambiado en la práctica actual los principios tradicionales del derecho internacional relativos a la protección diplomática. En particular, el Comité examinaría qué actos de un Estado constituyen protección, si un Estado puede ejercer la protección diplomática aun cuando sus nacionales rechacen esa protección, si la protección priva a los reclamantes del derecho a presentar reclamaciones por cuenta propia y si los reclamantes particulares pueden pedir que se los excluya de las reclamaciones en nombre de grupos o por cantidades globales. Desde luego, el Comité se ha planteado varias preguntas que pueden todas resumirse en una pregunta básica: ¿cuál es la naturaleza de la protección diplomática y cómo se define esa protección?

10. Evidentemente la Comisión tendrá que encontrar una respuesta y para esto puede adoptar dos enfoques: el primero, latino o cartesiano, sería elaborar una definición y sólo entonces determinar el curso futuro de los trabajos sobre el tema. El segundo enfoque, que podría llamarse anglosajón o empírico, sería dejar abierta en un comienzo la cuestión de la definición y obtener ésta de un estudio de la práctica actual con miras a la codificación del tema. Ambos enfoques tienen sus ventajas e inconvenientes pero lo que parece fundamental en todo caso es hacer un análisis crítico de la concepción tradicional de la protección diplomática para establecer criterios que permitan evaluar la práctica corriente. Por su parte, considera que existe una relación dialéctica constante entre la teoría y la práctica y que en la práctica del derecho internacional nada impide a los expertos aprovechar ocasionalmente las diversas teorías.

11. Al presentar el informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 49.º período de sesiones, el entonces Presidente hizo hincapié en la necesidad de una evaluación preliminar de la naturaleza de la protección diplomática, en particular la deter-

minación de si se trata de un derecho de los particulares o si sólo se ejerce a discreción del Estado, y agregó que «cabe preguntarse si la ficción jurídica en que se basa la protección diplomática mantiene su razón de ser al término del siglo xx»<sup>6</sup>. Con esto, el Presidente lanzaba un reto: desempolvar y renovar la concepción tradicional de la protección diplomática como se ha enseñado en las escuelas de derecho durante generaciones.

12. Algunos podrán decir que es una pérdida de tiempo poner en duda la existencia de la protección diplomática: el principio de que todo daño infligido a un miembro de un grupo o tribu es una agresión al cacique o jefe de tribu es inmutable. El derecho está lleno de ficciones y sería una excelente novela si se escribiera como tal. Al igual que la novela, el derecho transforma un aspecto de la realidad en un elemento diferente. Por ejemplo, la persona jurídica o moral es una de las ficciones jurídicas más célebres. En su fallo sobre el asunto *Barcelona Traction* (véase pág. 39), la CIJ dijo que el derecho había reconocido que la existencia independiente de entidades jurídicas no podía considerarse como absoluta y que en ciertos casos estaba justificado y era equitativo «desvelar a la persona jurídica» o «no tener en cuenta la persona jurídica». Así, la Corte había deshecho la ficción que entraña el concepto de la personalidad jurídica de las sociedades (sociedad anónima), mostrando que una vuelta a la realidad subyacente es posible y aceptable y que las ficciones jurídicas no pueden considerarse inmutables. Esas ficciones se inventaron porque correspondían a ciertas necesidades pero la hora de la realidad llega cuando se adaptan para tener más en cuenta las situaciones actuales.

13. Lo mismo sucede ciertamente cuando se trata de la ficción jurídica de la protección diplomática. El derecho internacional ha logrado adelantos considerables desde mediados del siglo XIX. El enfoque dualista del derecho internacional que inspiraba el concepto de la protección diplomática hoy no está ya de moda. Las normas internacionales se orientan cada vez más directamente a las personas y esto es una evolución positiva que da a las personas un acceso cada vez más directo a los tribunales para defender sus derechos en el plano internacional. Los Estados y los tribunales tanto internacionales como nacionales se ven cada vez más obligados a tener en cuenta la situación de las personas al interpretar o aplicar las normas de derecho internacional. De ahí que haya más continuidad entre las instancias jurídicas internacionales y nacionales, aun cuando cada una mantenga su carácter específico.

14. Las razones por las que se inventó la protección diplomática como una ficción jurídica —para justificar la intervención de un Estado en favor de sus nacionales— han desaparecido gradualmente. Cuando se desvela la ficción jurídica, se ve que los derechos de las personas están desplazando cada vez más a los derechos de los Estados. El Convenio sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad (en adelante «Convenio de La Haya de 1930») ha ajustado la ficción de la protección diplomática al plantear la teoría de que el Estado no tiene la responsabilidad de ocuparse de ninguna persona que tenga doble nacionalidad. Sin embargo, hoy en día es un hecho generalmente reconocido que los Estados son

<sup>5</sup> *Ibid.*, párr. 180.

<sup>6</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión, 22.ª sesión, párr. 60.*

responsables en el plano internacional por el tratamiento que dan a sus nacionales. Esto es así aun en el caso de que una persona tenga doble nacionalidad, siempre que se satisfaga el criterio de la nacionalidad efectiva. En su decisión en el asunto A/18<sup>7</sup>, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos ha señalado que la tendencia a la modificación de la norma del Convenio de La Haya de 1930 no es nada sorprendente ya que está en armonía con el desarrollo actual del derecho internacional de acordar protección jurídica a las personas aun contra el Estado del que son nacionales.

15. ¿Cómo podría aceptarse que los extranjeros puedan exigir el respeto de las normas de derecho internacional y obtener protección de su propio Estado pero denegar en cambio esa protección a los nacionales afectados por iguales violaciones del derecho internacional? La CIJ ha dado un primer paso en esta dirección al reconocer la posibilidad de todos los Estados de actuar en nombre de una persona cuyos derechos fundamentales han sido violados (asunto *Barcelona Traction*). Hoy en día se reconoce que un Estado puede actuar en el plano internacional para proteger ciertos derechos universales de las personas sin tener que probar ningún vínculo de nacionalidad.

16. El respeto de la soberanía del Estado de acogida que inspira el Convenio de La Haya de 1930 justifica también la norma del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna. En su proyecto sobre responsabilidad de los Estados<sup>8</sup> la Comisión ha incluido el artículo 22 (Agotamiento de los recursos internos) partiendo de la base de que esa norma es de carácter sustantivo y no procesal y que la violación de la obligación internacional y la responsabilidad internacional sólo entran en juego cuando se han agotado los procedimientos existentes a nivel nacional. La Comisión podrá observar también los efectos del dualismo que trata de defender la idea de que la aplicación del derecho interno es una cuestión de procedimiento interno y que la aplicación del derecho internacional es una cuestión de procedimiento internacional. En el Seminario sobre Derecho Internacional celebrado en Ginebra los días 21 y 22 de abril de 1998 para conmemorar el 50.º aniversario de la Comisión, el Sr. Dominicé ha destacado el hecho de que el acto inicial puede ser en sí mismo una violación de una obligación internacional en el caso de que en un procedimiento seguido ante un tribunal nacional una persona invoque las normas internacionales, haciendo valer desde un comienzo sus propios derechos en virtud del derecho internacional. Sólo una vez finalizados los procedimientos nacionales pasa a hacerse cargo del asunto el Estado de la nacionalidad. En esta etapa se plantea la cuestión de si al imputar responsabilidad internacional al Estado de acogida el Estado reclamante está actuando para asegurar el respeto de un derecho propio o como representante o agente de su nacional. Esta es la principal cuestión que debe examinarse y no se trata de una cuestión filosófica sino jurídica y práctica. En principio, nada impide argumentar que, al asumir la

causa de su nacional, el Estado está haciendo valer su derecho en el marco de las normas de derecho internacional por las que se rige.

17. Llevada a su extremo, la ficción jurídica de la protección diplomática lleva a la conclusión de que la reparación se debe al Estado aun cuando lo que proporciona la medida de esa reparación es el daño sufrido por la persona (asunto *Usine de Chorzów* [véase pág. 28]). Hoy en día existe un reconocimiento cada vez mayor del derecho de las personas a pedir indemnización al Estado de su nacionalidad en los tribunales nacionales y de su derecho a impugnar las condiciones en que se ha repartido la indemnización, en el caso de que haya diversas partes. La jurisprudencia interna tiende a considerar que la realidad del daño sufrido por la persona prima sobre la ficción del daño al Estado, y siempre habrá esta interacción.

18. La Comisión podría, pues, partir del supuesto de que la protección diplomática es la facultad discrecional del Estado de iniciar un procedimiento internacional no necesariamente para hacer valer su propio derecho sino para asegurar la observancia de las normas internacionales en favor de sus nacionales, e invocar la responsabilidad internacional del Estado de acogida. La Comisión debería entonces examinar este supuesto para comprender mejor la naturaleza jurídica de la protección diplomática; a la luz de ese debate el Relator Especial prepararía para el próximo año un informe sobre el contenido de fondo del tema. La Comisión tal vez se resista a abandonar el concepto tradicional de la protección diplomática pero debe reconocer que ese concepto ha quedado sobrepasado en gran medida por la evolución reciente del derecho internacional en materia de los derechos de la persona y que el Relator Especial tiene el deber de tener en cuenta este aspecto en su labor futura sobre el tema.

19. La ficción de la protección diplomática como expresión de un derecho del Estado ha desempeñado ciertamente un papel positivo en la época en que era el único medio de defender la causa de una persona en el ámbito internacional y de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado de acogida en sus relaciones con esa persona. Evidentemente, esa situación ya no es la misma y el mantenimiento rígido de esa ficción podría percibirse como una actitud retrógrada o aun reaccionaria a la luz de todas las consecuencias que entraña el concepto de mundialización.

20. En su informe preliminar ha planteado la cuestión de la relación entre el tema de la protección diplomática y el tema de la responsabilidad internacional y ha pedido una aclaración respecto de la limitación de los trabajos de la Comisión a las normas secundarias del derecho internacional. Su propósito no ha sido que la Comisión elija entre las normas primarias y las secundarias. Ciertamente, la protección diplomática queda comprendida en la categoría de las normas secundarias pero esto plantea la cuestión de la importancia de las normas secundarias en relación con las normas primarias. Al analizar la cuestión del derecho subyacente (cuestiones de nacionalidad y la norma de «manos limpias») la Comisión necesariamente tendrá que basarse en las categorías de las normas primarias para poder extraer algunas conclusiones sobre la cuestión de la protección diplomática.

<sup>7</sup> Irán-Estados Unidos, caso n.º A/18, decisión de 6 de abril de 1984, *Rapports du Tribunal des différends américain-iraniens*, vol. 5, bajo la dirección de S. R. Pirrie y J. S. Arnold, Cambridge (Reino Unido), Grotius Publications, 1985, vol. 5, pág. 251.

<sup>8</sup> Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), doc. A/51/10, cap. III, secc. D.

21. El Sr. BROWNLIE desea dejar en claro que no se opone a los conceptos e instituciones de derechos humanos. Su problema es la experiencia que tiene por haber prestado servicios a gobiernos y personas, y aun tribus, en sus intentos por aplicar en la práctica los principios y las instituciones de derechos humanos. La polaridad no se produce entre las opiniones conservadoras y liberales; sencillamente, el problema es cómo funcionan las cosas.

22. El Relator Especial tiene una clara preferencia por las opiniones expuestas por el Presidente del Comité sobre Protección Diplomática de Personas y Bienes de la Asociación de Derecho Internacional y otras personas que desean asimilar la institución de la protección diplomática y los principios de derechos humanos. Sin embargo, la asimilación no es asociación sino una vía de sentido único y la Comisión podría terminar en esa vía si rechaza el sistema de la protección diplomática.

23. El sistema de derechos humanos funciona de manera análoga a los principios de la protección diplomática: una condición para la admisibilidad es que el reclamante haya agotado cualquier recurso existente en la jurisdicción interna, y los Estados tienen la facultad discrecional de asumir una reclamación en nombre de una persona o empresa. La práctica de la Comisión Europea de Derechos Humanos es muy parecida: en algunos importantes casos de principio que se han planteado en los que la persona había decidido retirar su reclamación la Comisión Europea no ha aceptado considerar como retirada la reclamación porque tiene un interés objetivo en mantener las normas de orden público europeas. La Comisión debe, pues, tener cuidado en no establecer falsas polaridades entre derechos humanos y protección diplomática. Cabe observar también que aun en Europa la protección de los derechos humanos es muy fragmentaria. Nada aconseja desechar la institución de la protección diplomática cuando todavía no se dispone de ningún sustituto eficaz. La manera práctica de avanzar es mantener los diversos instrumentos en juego.

24. En sus comentarios sobre las opiniones del Relator Especial lo que más le preocupa es la cuestión de los métodos de trabajo. Desde luego, se pueden discutir ciertas teorías o conceptos como la distinción entre las normas primarias y secundarias, pero no es útil que antes de examinar las instituciones y normas de la protección diplomática se insista en un debate teórico previo, por ejemplo, si la protección diplomática es o no una ficción jurídica. Esos aspectos podrán debatirse a medida que se planteen en un contexto determinado. La Comisión no es una academia y su labor es de orden práctico. Por ello, prefiere que se avance en el sentido señalado en el informe del Grupo de Trabajo sobre la protección diplomática en el 49.<sup>o</sup> período de sesiones. El sentido general de la protección diplomática es claro: las cuestiones importantes son la admisibilidad de las reclamaciones y las normas relativas a las condiciones que han de satisfacerse para poder presentar reclamaciones. Las propias reclamaciones son parte del derecho sustantivo de la responsabilidad de los Estados, los tratados, los actos unilaterales y otros temas.

25. Por su parte, está de acuerdo en que la Comisión está examinando normas secundarias. Ciertamente sería un motivo de confusión si su objetivo fuera otro, pero la

distinción entre normas primarias y secundarias no debe considerarse como un criterio absoluto. La clasificación de una norma como primaria o secundaria dependerá de la naturaleza de la cuestión en cada caso determinado. No cabe duda de que existen problemas de clasificación. Sin embargo, la cuestión no es de superposición sino de una doble función de la admisibilidad y el fondo con respecto, por ejemplo, a las normas de «manos limpias», a ciertas cuestiones relativas a la nacionalidad y a toda la esfera de consentimiento y demora.

26. No puede comprender por qué el interés jurídico de un Estado en la suerte de sus nacionales entraña una ficción jurídica. Nada hay de extraño en la noción de que una tribu pueda tener ese interés. La Comisión no debe caer en la tentación de parecer muy modernista.

27. Evidentemente, la protección diplomática es una construcción jurídica al igual que los conceptos de posesión, propiedad y matrimonio. La base para el agotamiento previo de los recursos de la jurisdicción interna es empírica y es discutible que exista un principio de riesgo implícito, esto es, de que no es necesario agotar los recursos de la jurisdicción interna a falta de toda relación voluntaria previa con la jurisdicción de que se trate. Este fue el argumento esgrimido por Israel en el caso contra Bulgaria por haber derribado un avión civil israelí: las víctimas no tenían el deber de agotar los recursos de la jurisdicción interna por no existir ninguna relación voluntaria previa con la jurisdicción de Bulgaria<sup>9</sup>. No se trata de una ficción jurídica sino de un buen argumento.

28. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que los argumentos del Sr. Brownlie con respecto a la ficción jurídica no lo convencen. La mayoría de los ejemplos mencionados en el informe preliminar son parte de un razonamiento jurídico y desde luego humano; nada hay en ello de retrógrado ni de extraño. Si ha entendido bien, esos ejemplos tampoco se limitan exclusivamente al siglo XIX. Como señalaba el jurista romano Ulpiano, a los fines de la ley, se debe considerar a ciertas ciudades y municipalidades como si fueran menores. El concepto mismo de fideicomiso, y de la relación entre el rey y su reino, se basa en esta analogía. Análogamente, en la época medieval el Rey Enrique VIII de Inglaterra afirmó que *Rex in regnum sui est imperator*, lo que tuvo muchas repercusiones en el desarrollo del derecho. Por ende, le parece que en esa cuestión hay una dosis mucho mayor de realidad que la que se ha sugerido.

29. El Sr. ECONOMIDES dice que en los párrafos 33 a 44 del informe preliminar queda de manifiesto que la institución de la protección diplomática ha ido perdiendo terreno desde hace algún tiempo; esto se debe al impresionante desarrollo de los derechos humanos, en particular en Europa. En muchos casos, las personas pueden ahora defender esos derechos en el plano internacional sin necesidad de pedir la intervención de su propio Estado. Sin embargo, la codificación de la protección diplomática habría debido hacerse probablemente en el contexto de la responsabilidad de los Estados y no de manera autónoma. La Comisión deberá sin duda volver a examinar esta cuestión en una etapa posterior.

<sup>9</sup> C.I.J. *Mémoires, Incident aérien du 27 juillet 1955*, págs. 531 y ss.

30. La Comisión no debería ocuparse de la cuestión de la ficción en que, según el Relator Especial, se basa la institución de la protección diplomática. Independientemente de cómo se la llame —ficción, novación, sustitución— se trata de una concepción teórica que no es pertinente para el desarrollo normativo del tema. La principal cuestión, como ha destacado con razón el Relator Especial, es la de quién es el titular del derecho que se ejerce por la vía de la protección diplomática: ¿el Estado de la nacionalidad o las víctimas lesionadas de ese Estado? Evidentemente, la respuesta debe ser siempre el Estado y, en principio, sus facultades a este respecto son discrecionales. La protección diplomática ha sido siempre una prerrogativa soberana del Estado como sujeto de derecho internacional. De no haber sido así, no se habría concertado ningún acuerdo después de la segunda guerra mundial para indemnizar a los dueños de bienes nacionalizados, en particular por los ex Estados comunistas. Desde luego, la persona puede ser ahora sujeto de derecho internacional y por ello puede presentar por sí misma una reclamación internacional. En esos casos, la protección diplomática no tiene ya razón de ser. Pero cuando la persona no puede ser sujeto de derecho internacional —lo cual suele suceder en la práctica actual— la protección diplomática puede ser muy útil. Así pues, se deben hacer todos los esfuerzos posibles por no desechar esta institución.

31. Está de acuerdo en que la distinción entre normas primarias y secundarias debe abordarse con flexibilidad. La Comisión debe ocuparse más de la sustancia de esta cuestión y menos de ciertas distinciones artificiales. La norma del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, así como sus excepciones tradicionales, y las demás condiciones para el ejercicio de la protección diplomática, en particular en lo que respecta a la nacionalidad del reclamante, son fundamentales a los efectos de la protección diplomática. ¿Se propone el Relator Especial abordar esas cuestiones en su segundo informe? Indudablemente hay cabida para un desarrollo progresivo y una modernización apreciable de las disposiciones sobre protección diplomática. Aun si se toma como punto de partida el derecho de los Estados, a los fines del desarrollo progresivo del derecho se debería poder dar un lugar más importante a la persona en el contexto de la protección diplomática, especialmente en lo que respecta a la indemnización.

32. El título del proyecto podría ser tal vez más preciso pero ello podrá decidirse más adelante a la luz del texto que se prepare.

33. Es hora también de hacer extensiva la protección diplomática a los nacionales de un Estado que resultan perjudicados no cuando se encuentran en el extranjero sino en su propio Estado como consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito de una misión diplomática extranjera o de sus funcionarios que disfrutaban de inmunidad jurisdiccional y, por consiguiente, no pueden ser enjuiciados por los tribunales nacionales. No hay ninguna razón por la cual un Estado que protege a sus nacionales cuando resultan perjudicados en el extranjero como consecuencia de la violación de una norma de derecho internacional no deba hacer lo mismo en el caso de que resulten perjudicados siendo residentes del territorio nacional. Se trata de un aspecto nuevo e importante que la Comisión debería examinar.

34. El Sr. LUKASHUK dice que el informe preliminar trata de una cuestión que es a la vez compleja y de gran importancia práctica para la protección de los derechos humanos. Aunque está de acuerdo en que la institución de la protección diplomática desempeñará un importante papel en los años venideros a los efectos de asegurar el respeto de esos derechos, algunos aspectos del informe le plantean dudas.

35. Habida cuenta de la complejidad del tema no conviene recargarlo con conceptos teóricos. Por ejemplo, la cuestión del reconocimiento de que la persona tiene la condición de sujeto de derecho internacional es muy controvertida. De ahí que no tenga mucho sentido plantearla en este contexto particular. Mejor sería sumarse a la práctica —especialmente la práctica judicial— de que el individuo es considerado como beneficiario del derecho internacional. La afirmación de Scelle<sup>10</sup>, a la que hace referencia el Relator Especial en su informe preliminar, no es del todo convincente porque, como es bien sabido, Scelle se opone a la tendencia general al rechazar la idea de que el Estado puede tener la condición de sujeto de derecho internacional y sostener que sólo la persona disfruta de esa condición. Por consiguiente, está de acuerdo en que nada justifica por ahora el rechazo total de la concepción tradicional que se refleja en la decisión adoptada en el asunto *Concessions Mavrommatis en Palestine*, gran parte de la cual sigue siendo valedera.

36. Sin embargo, el Relator Especial tiene razón en señalar a la atención de los miembros ciertas insuficiencias de la concepción tradicional, sobre todo que el Estado considera su derecho a la protección diplomática como una cuestión de facultades discrecionales, en que la persona no tiene ningún derecho a la protección diplomática en cuanto tal. La Comisión tal vez desee seguir examinando ese problema.

37. Le preocupa en cierto modo la propuesta del Relator Especial de que la persona debería renunciar al derecho a proteger sus propios bienes. Es difícil imaginar cómo podría aplicarse esta idea en la práctica, especialmente cuando se trata de inversiones extranjeras. La tendencia es más bien a aumentar las garantías para la inversión extranjera, como muestra la creación del CIADI, que el Relator Especial toma como fundamento para considerar que los inversionistas extranjeros tienen una personalidad jurídica internacional. Pero las controversias en materia de inversión han tenido desde hace tiempo solución mediante el arbitraje comercial internacional y nadie ha pretendido nunca que la persona que somete esa controversia a arbitraje adquiere por ello personalidad jurídica internacional.

38. Por otra parte, en el párrafo 50 de su informe preliminar, el Relator Especial se pregunta 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 nacional y, por lo tanto, de un derecho. Esto plantea un dilema que, sin embargo, debería resolverse no por contraposición sino más bien por armo-

<sup>10</sup> G. Scelle, «Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1933-IV, Paris, Sirey, 1934, vol. 46, en particular pág. 661.

nización de los derechos del Estado y de la persona. De más está decir que uno de los principales derechos de los Estados es el derecho a proteger los derechos de sus ciudadanos, pero se trata de un derecho que debe ejercerse de manera no arbitraria y que debe regirse tanto por el derecho interno como por el derecho internacional.

39. El derecho a la protección diplomática está consagrado en muchas de las nuevas constituciones como un derecho de la persona. En el plano internacional, debería considerarse como un derecho humano fundamental y se deberían establecer los mecanismos apropiados para que pueda hacerse efectivo.

40. Al postular la existencia de un vínculo entre la protección diplomática y la responsabilidad internacional, el Relator Especial justifica su posición señalando que las primeras discusiones de la Comisión sobre el tema de la responsabilidad internacional se centraban en la responsabilidad de los Estados por los daños causados a las personas y bienes extranjeros. Pero la responsabilidad internacional sigue siendo todavía sólo un tema de debate y no una división reconocida del derecho internacional. Sólo a comienzos de siglo tratadistas de Francia e Italia comenzaron a referirse a la responsabilidad por el daño causado a extranjeros y sus bienes. La Sociedad de las Naciones, en sus esfuerzos de codificación de esta cuestión, enfocó con el mismo criterio estrecho. Así fue también en los primeros esfuerzos de la Comisión: sólo más adelante ésta decidió examinar la responsabilidad internacional en general.

41. Por su parte, está totalmente de acuerdo en la necesidad de enfocar tanto las normas primarias como las secundarias. En su conjunto, el informe preliminar facilita la buena marcha de los trabajos del Relator Especial de conformidad con el calendario establecido.

42. El Sr. HAFNER dice que la última cuestión señalada por el Sr. Economides se presta a muchas interpretaciones. Sería útil para los trabajos futuros de la Comisión que esta cuestión se aclarara en relación con casos específicos.

43. El Sr. ECONOMIDES dice que ha deseado plantear la cuestión de las víctimas de violaciones del derecho internacional que tienen lugar en el territorio del Estado de su nacionalidad porque la protección diplomática se aplica al daño sufrido por los nacionales de un Estado que viven en el extranjero. Cuando esas violaciones se cometen en el territorio de un Estado por otro Estado o sus agentes, que disfrutan de inmunidad de jurisdicción, los nacionales del primero de esos Estados no tienen ninguna posibilidad de pedir reparación a sus propios tribunales. Por ejemplo, esta situación puede plantearse si una misión diplomática o los agentes diplomáticos o consulares causan daño a un nacional del Estado receptor. El Estado no debe permanecer indiferente a las legítimas reclamaciones de sus propios nacionales ante un daño causado por violaciones del derecho internacional. Antes bien, debe tratar de atender a esas reclamaciones por la vía de la protección diplomática. En su opinión, existe una perfecta simetría entre la protección diplomática en su concepción clásica y el daño causado en el territorio del Estado de la nacionalidad. Esta cuestión merece ser examinada por la Comisión.

44. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que en su opinión lo importante es decidir si la cuestión planteada por el Sr. Economides queda comprendida en el ámbito de la protección diplomática propiamente tal o del derecho de la responsabilidad internacional por hechos ilícitos. A primera vista, parecería quedar comprendida en el primero de esos temas, pero tras una reflexión se plantea la cuestión de si el acto cometido por un agente diplomático en el territorio de otro Estado en violación del derecho internacional pero en el ejercicio de las funciones oficiales de ese Estado no es imputable al Estado al que representa.

45. El Sr. SIMMA dice que difícilmente ningún otro tema está tan maduro para la codificación como la protección diplomática y a su respecto existe un cuerpo relativamente sólido de derecho positivo. El debate teórico es bueno y conveniente cuando se empieza a examinar un tema pero es hora de olvidar los prolegómenos y tratar el fondo.

46. Aunque el informe preliminar se refiere sólo ocasionalmente al concepto de «ficción jurídica», toda la presentación oral del informe hecha por el Relator Especial gira en torno a ese concepto. De conformidad con la definición de ficción que figura en el diccionario Robert, una ficción jurídica consiste en postular un hecho o una situación que difieren de la realidad jurídica. Sin embargo, a juzgar por la afirmación del Relator Especial de que la definición de ficción es precisamente aplicable en el fallo del asunto *Mavrommatis*, parecería que su percepción de la realidad jurídica es distinta de la de otros miembros de la Comisión.

47. Por el contrario, nada hay de artificial en considerar que el Estado de la nacionalidad tiene el derecho de asegurar que se trate a sus nacionales de conformidad con las normas internacionales o con las normas de derechos humanos. En su opinión, es manifiesto que la Comisión no está tratando de una ficción. En el contexto de la protección diplomática llamar ficción a la construcción jurídica del asunto *Mavrommatis* es dar una visión peyorativa del derecho internacional; el Relator Especial al oponer la «ficción» a los derechos humanos insinúa así que el derecho «antiguo» es mera ficción en tanto que el «nuevo» derecho basado en los derechos humanos tiene fundamentos morales más elevados.

48. En cuanto a la terminología, no es en absoluto partidario de calificar a esos enfoques como «antiguo» y «nuevo» respectivamente. Si bien es cierto que el derecho a la protección diplomática ha existido durante decenios o aun siglos antes de que surgieran los derechos humanos como un vocablo técnico en los círculos jurídicos internacionales, ambos enfoques son paralelos y sus potenciales respectivos se superponen sólo parcialmente como ha dejado en claro, entre otros, el Sr. Brownlie. En ciertos casos, desechar la protección diplomática en favor de los derechos humanos sería privar a las personas de una protección de que antes disfrutaban. Desde luego, los derechos humanos pueden servir en la actualidad para reforzar la protección diplomática que ejercen los Estados: por ejemplo, siempre que puede, la República Federal de Alemania invoca argumentos de derechos humanos al ejercer su protección diplomática, dado que una reclamación basada en los derechos humanos es claramente más pode-

rosa para muchos Estados que la basada en la norma mínima internacional que ha sido un motivo de controversias durante todo el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX.

49. El enfoque tradicional de la protección diplomática que se refleja en el asunto *Mavrommatis* tiene, pues, sus puntos fuertes y no debe desecharse sin un examen cuidadoso de lo que se requiere para que el enfoque de los derechos de la persona sea efectivo. No tiene ningún inconveniente en que el enfoque de los derechos humanos impregne los futuros debates casuísticos de la Comisión sobre el tema pero al adoptar ese enfoque la Comisión no debe seguir poniendo en duda el fundamento mismo de la protección diplomática.

50. El Sr. BENNOUNA (Relator Especial) dice que a medida que el debate avanza se convence cada vez más de la necesidad de que éste tenga lugar pese a las opiniones en contrario. Por su parte, habría deseado también poder desechar el concepto de ficción, que es básicamente una construcción jurídica. Sin embargo, en el caso de la protección diplomática el daño lo sufre directamente la persona y sólo indirectamente el Estado del cual la persona es nacional. Por eso ha sido necesario recurrir a una construcción algo artificial para vincular el daño sufrido por la persona al sufrido por el Estado. Sin embargo, el Sr. Brownlie y el Sr. Simma se equivocan al suponer que utiliza el término «ficción» en un sentido peyorativo. El derecho es una construcción intelectual hecha de ficciones y nada hay de peyorativo en el uso de ese término. El problema es básicamente de terminología y de percepciones culturales diferentes.

51. Al igual que el Sr. Brownlie y el Sr. Simma, considera muy natural que un Estado asegure que sus nacionales sean tratados de conformidad con el derecho internacional y desea que esa práctica continúe. La Comisión está de acuerdo en que los Estados tienen facultades discrecionales a nivel procesal para defender a sus nacionales. Sin embargo, la situación no puede quedar así. ¿Debe la Comisión adoptar el enfoque *Mavrommatis*, de que al defender los derechos de sus nacionales el Estado está afirmando sus propios derechos o debe adoptar el enfoque de las facultades discrecionales, en que al actuar en favor de uno de sus nacionales el Estado ejerce un derecho propio de ese nacional? La Comisión debe reflexionar cuidadosamente sobre esta cuestión, que no es meramente teórica. Es cierto que en esta esfera existe un derecho positivo pero éste ha quedado obsoleto y por su parte se opondrá a todo intento de la Comisión de mantener a este respecto una posición muy conservadora.

52. Por último, desea subrayar que, pese a lo señalado por el Sr. Simma, no ha tratado de oponer la protección diplomática a los derechos humanos. Ciertamente, por así decirlo, no desca aserrar la rama en la que espera apoyarse demoliendo el tema mismo para el cual ha sido nombrado Relator Especial. Sólo ha querido afirmar que el concepto de la protección diplomática, que es anterior al concepto de derechos humanos, no puede examinarse sin tener cuidadosamente en cuenta la evolución de los derechos humanos en los últimos años. Los países que se encuentran en el proceso de transición a la democracia, entre otros el suyo propio, son los que tienen el mayor interés

en fortalecer los derechos humanos y asegurar así que la acción del Estado tenga en cuenta a la persona.

53. El Sr. FERRARI BRAVO dice que el enfoque sugerido por el Relator Especial es ciertamente atractivo, a condición de que se pueda lograr un equilibrio entre la protección diplomática y las exigencias de los derechos humanos. Su impresión es que todo dependerá de la cuestión de las personas jurídicas, zona gris que ni la Comisión ni otros órganos han explorado a fondo contentándose en cambio con citar el *obiter dictum* algo oscuro de la CIJ en el asunto *Barcelona Traction*. No es casualidad que a nivel del sistema europeo de protección de los derechos humanos los derechos que están más cercanos a los de las personas jurídicas, esto es, los derechos de propiedad, no se traten en el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (en adelante «Convenio europeo de derechos humanos») sino en un Protocolo de dicho Convenio. Un nuevo enfoque parece estar ganando terreno y éste será el aspecto esencial del estudio que debe hacer el Relator Especial.

54. El Sr. ROSENSTOCK dice que tanto en su informe preliminar como en su presentación oral el Relator Especial parece sugerir que hay un conflicto entre la concepción tradicional de la protección diplomática y el enfoque basado en los derechos humanos mientras que ahora dice que no es esa su opinión. Tal vez el Relator Especial deba aclarar su posición a este respecto. A su juicio, nada hay de incompatible entre ambos enfoques.

55. El Sr. BENNOUNA (Relator Especial) dice que es alentador ver que las dudas comienzan a infiltrarse en el debate, pues la duda es el comienzo de la sabiduría. En cuanto a la cuestión planteada por el Sr. Rosenstock, señala que no es su propósito oponer la protección diplomática a los derechos humanos. Ambos enfoques no son excluyentes y, ciertamente, son complementarios. En cambio, desea contrastar una cierta concepción tradicional de la protección diplomática y los derechos humanos. La evolución de estos derechos hace necesario replantearse la naturaleza jurídica de la protección diplomática. En la concepción adoptada en el asunto *Mavrommatis*, se ignoraba a la persona y sólo se tenía en cuenta el daño al Estado. Ese enfoque no es defendible en la actualidad. Además del Estado, que tiene el derecho procesal de presentar una reclamación, se debe tener en cuenta el derecho de las personas, que hoy en día no «desaparecen» detrás del Estado.

56. Los interesantes comentarios del Sr. Ferrari Bravo son también tema de reflexión. Se podría criticar el informe preliminar por haberse referido sólo a las personas y es cierto que todavía se tropezará con muchas más zonas grises en el caso de las personas jurídicas, a las que algunos Estados no tienen el menor interés en defender y a las cuales la jurisprudencia del asunto *Barcelona Traction* no es aplicable.

57. El Sr. GOCO dice que el informe preliminar del Relator Especial trata extensamente de la distinción entre las normas primarias y secundarias. Sin embargo, en su opinión la Comisión no puede examinar las normas secundarias consideradas aisladamente. La Comisión debe también abordar de manera sustancial las normas primarias dado que, por ser de carácter procesal, las normas secundarias son el medio para hacer valer derechos

reconocidos. El propio Relator Especial parece conceder que ambos tipos de normas están tan estrechamente relacionadas que su división tal vez no sea práctica. Por su parte, considera que no se podrá comprender el tema de la protección diplomática sin una referencia directa a los principios y normas de carácter sustantivo.

58. El informe preliminar parece plantear dudas en cuanto a la concepción tradicional de la protección diplomática de que, al recurrir a la protección diplomática o a procedimientos judiciales internacionales en nombre de sus nacionales, el Estado está en realidad haciendo valer sus propios derechos. Pese a las nuevas posibilidades de acceso de las personas a los órganos o tribunales internacionales, esto sigue siendo de la esencia misma de la protección diplomática. No está muy de acuerdo con la opinión de que en el ejercicio de la protección diplomática el sujeto real de derecho, esto es, la persona, quede completamente eliminada. Aunque es el Estado el que presenta la reclamación de la persona lesionada, esta última sigue siendo el actor principal en el proceso judicial. Esto es equivalente a la regla de la subrogación, según la cual una parte sustituye a otra parte asumiendo todos los derechos y reclamaciones de esta última, sin negarle por ello el derecho a participar en el proceso. Respecto a la ficción, no está en desacuerdo. La facultad discrecional que se da al Estado permite a éste ejercer, o no, la protección diplomática. Análogamente, existe en el derecho de las sociedades la doctrina que, en caso de fraude, consiste en develar la ficción de la empresa que tiene personalidad jurídica autónoma y distinta a la de sus miembros o accionistas.

59. Del párrafo 18 del informe preliminar se desprende que la responsabilidad del Estado de acogida aparece únicamente una vez que el particular ha agotado los recursos internos. ¿Es esto así aun en el caso de que el Estado de la nacionalidad asuma desde un comienzo la reclamación de la persona en aplicación de la concepción tradicional de que cualquiera que maltrata a uno de sus ciudadanos ofende directamente al Estado? Cuando un Estado invoca la protección diplomática en favor de sus ciudadanos y elige los medios para hacerla valer, ¿por qué sería necesario determinar en qué derecho fundamenta el Estado su acción (párr. 13 del informe preliminar)? El fallo de la CPJI en el asunto *Concessions Mavrommatis en Palestine* ilustra la cuestión de que la lesión a un interés privado no es pertinente una vez que el Estado plantea el asunto ante un tribunal internacional en nombre de sus sujetos dado que el Estado es considerado entonces como el único reclamante.

60. En cuanto a la norma mínima de trato reconocida por el derecho internacional a los extranjeros de la que se trata en el párrafo 21 del informe preliminar, se plantea la cuestión de si esa debe ser la única norma. ¿Debe la norma mínima de trato definirse en referencia a la ley interna, a fin de no otorgar una condición de privilegio a los extranjeros? El Sr. Goco se pregunta si el derecho internacional no exige que la norma de trato se defina en términos de igualdad en el derecho interno. Seguramente la aplicación de cualquiera de estas normas daría lugar a controversias, habida cuenta de las diferencias culturales, sociales, económicas y jurídicas entre el Estado de acogida y el otro Estado. Un factor que hace todavía más difícil esta cuestión es el surgimiento de los derechos humanos y de los principios que rigen el trato de los extran-

jeros. El Relator Especial debería explorar más a fondo esta difícil cuestión.

61. Según el párrafo 40 del informe preliminar, las partes en una controversia, al aceptar el arbitraje, renuncian a cualquier otro recurso. ¿Esto impediría también a otros Estados que no son partes en el arbitraje hacer valer la protección diplomática? Si el derecho de la persona es reconocido en el plano internacional, ¿obstaría eso a que el Estado le otorgue su protección diplomática?

62. En lo que respecta al párrafo 24 del informe preliminar, las bases para la protección diplomática son probablemente los vínculos de la ciudadanía, la lealtad, etc. ¿Por qué, entonces, se mantendría el derecho de acción que adquiere el Estado si se produce un cambio posterior en la nacionalidad del particular lesionado? Tal vez sea apropiado establecer directrices o normas —como la nacionalidad, la justificación de la reclamación, la denegación de justicia o la violación de los derechos humanos fundamentales— para impedir todo abuso en el ejercicio de las facultades discrecionales de los Estados de ejercer la protección diplomática.

*Se levanta la sesión a las 13.05 horas.*

## 2521.ª SESIÓN

*Miércoles 29 de abril de 1998, a las 10.05 horas*

*Presidente:* Sr. João BAENA SOARES

*Miembros presentes:* Sr. Addo, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Bennouna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Thiam.

### Protección diplomática (*continuación*) (A/CN.4/483, secc. E, A/CN.4/484<sup>1</sup>, A/CN.4/L.553)

[Tema 6 del programa]

#### INFORME PRELIMINAR DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

1. El Sr. ADDO estima legítimas y pertinentes las cuestiones planteadas por el Relator Especial en su informe

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario...* 1998, vol. II (primera parte).