

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.4/484¹, 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

¹ Reproducido en *Anuario...* 1998, vol. II (primera parte).

preliminar (A/CN.4/484), cuestiones a las que deberá responder la Comisión si desea favorecer el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación. Para no perder el tiempo debatiendo los fundamentos teóricos del derecho de protección diplomática, le parece que es preciso determinar ante todo qué es la *lex lata*, y a partir de ahí avanzar en las esferas controvertidas e intentar definir el modo más adecuado de aportar al derecho los cambios necesarios, en el sentido de su aceptación o aplicación universal.

2. La materia que se examina se refiere tradicional y únicamente al trato que dan los Estados a los extranjeros que se encuentran en su territorio y no al que aplican a sus propios nacionales. Según los autores, especialmente Brierly², y según la CPJI, cuyo fallo en el asunto *Chemim de fer Panevezys-Saldutiskis* (véase pág. 16) hizo época, cuando un Estado, al ejercer su protección diplomática, toma partido por uno de sus nacionales, hace valer en realidad su propio derecho, que es el de hacer respetar las normas de derecho internacional en la persona de sus propios nacionales. Esa es la *lex lata*.

3. El único problema que se plantea, según el Sr. Addo, es el artificio en que se funda. Es cierto que un Estado tiene en general interés en que sus nacionales sean tratados justamente en el extranjero, pero sería un tanto exagerado, como observa Brierly, decir que cada vez que uno de sus nacionales sufre un perjuicio en el extranjero el Estado lo sufre también. Por otra parte, en la práctica esa teoría no se aplica de forma coherente. Así, exigiría que los daños se evaluaran con respecto al perjuicio sufrido por el Estado, que no es evidentemente el mismo que el sufrido por el individuo. Sin embargo, el derecho permite evaluar el daño en función de la pérdida sufrida por el individuo, como si fuera precisamente esa pérdida individual sobre la que se basara la acción.

4. Además de ese aspecto teórico artificial, el derecho de la protección diplomática no resulta tampoco totalmente satisfactorio en el plano del procedimiento. El individuo carece en realidad de recursos y el Estado del que es nacional puede no sentirse inclinado a asumir su causa, por razones que no tengan que ver nada con el fondo del asunto. ¿No se podría encontrar una solución que permitiera al individuo hacer valer sus derechos ante algún tribunal internacional? Hay pocas probabilidades de que los Estados acepten tal procedimiento, pero no resulta inútil estudiar el proyecto, aunque pueda quedar en letra muerta.

5. Las normas consuetudinarias de la protección diplomática —facultad discrecional del Estado, exigencia en cuanto a la continuidad de la nacionalidad, necesidad de que haya violación de derechos para basar una reclamación, etc.— no ofrecen necesariamente una protección perfecta para los derechos y los intereses de los extranjeros. Hay que tener en cuenta que la protección diplomática afecta a una esfera muy delicada de las relaciones internacionales, ya que el interés del Estado extranjero en proteger a sus nacionales se opone a la soberanía territorial de otro Estado, como señaló la CIJ en el asunto *Barcelona Traction*.

6. Por ello, hay que remitirse a la pregunta que formula el Relator Especial en el párrafo 54 de su informe preliminar: al interponer una reclamación internacional, el Estado ¿hace valer su propio derecho o el de su nacional perjudicado? Descartando ante todo el argumento del respeto a la antigüedad y el de la modernización obligatoria, el Sr. Addo explica que la estabilidad y el cambio son para él conceptos gemelos que animan el derecho de toda sociedad dinámica. Dicho esto, según la *lex lata*, el Estado que interpone una reclamación internacional hace valer su propio derecho en la medida en que el perjuicio sufrido por uno de sus nacionales se transpone, por el artificio jurídico ya mencionado, en perjuicio sufrido por él mismo.

7. Brierly explica que en contra de lo que a veces se piensa, no hay ninguna ficción jurídica y la teoría no se basa en nada tan intangible como la «injuria al honor nacional»³. Es interesante observar que, más adelante, Brierly parece haber modificado su posición hasta negar prácticamente su postulado anterior, que calificará de interpretación impuesta a los hechos con desprecio de la razón. Ese viraje ilustra el hecho de que esta rama del derecho se ha desarrollado un poco al azar. Ya es hora de que la teoría surja de la práctica. Ahora bien, ésta se limita en su aplicación a los Estados que la han hecho nacer o la han adoptado. No se puede negar que lo esencial de la *lex lata* en esa materia es la herencia de la comunidad internacional de otro tiempo, más limitada que la comunidad de hoy. Sea o no ficción, el derecho en esa esfera ha funcionado admirablemente para un gran número de Estados. Por otra parte, el Sr. Addo no ve por qué habría que lanzar un anatema sobre una ficción jurídica. Cita diversos artículos de diccionarios jurídicos de lengua inglesa que desarrollan el sentido de ese término y recuerda que el *common law* abunda en ficciones jurídicas. Así, sabido es que los jueces crean el derecho, pretendiendo únicamente declararlo. Sin embargo, el derecho así producido no padece en modo alguno la ficción de su origen.

8. Desde otro punto de vista, el Sr. Addo recuerda que, históricamente, una buena parte del derecho internacional de la protección diplomática se formó al mismo tiempo que se extendían por el mundo las ideas económicas, sociales y políticas de Europa y de América del Norte. Si se quiere desarrollar un derecho de aplicación universal, hace falta evitar, por lo tanto, basarse exageradamente en un material demasiado antiguo y, por el contrario, hay que modernizarlo constantemente y tomar en consideración las actitudes de los Estados más recientes, que son las del Tercer Mundo. También conviene no olvidar que ningún concepto tiene la condición de postulado universal intangible, y que todos los conceptos pueden reevaluarse a la luz de la evolución de los acontecimientos. La apariencia de universalidad del derecho no debe confundirse con su universalidad real.

9. Por otra parte, la institución de la protección diplomática ha tropezado con resistencias en algunas regiones, como América Latina. Así, los dos juristas mexicanos Padilla Nervo y Castañeda criticaron un régimen que,

² J. L. Brierly, *The Law of Nations*, 6ª ed rev por H. Waldock, Oxford, Clarendon Press, 1963.

³ J. L. Brierly, «The theory of implied state complicity in international claims», *The Basis of Obligation in International Law and Other Papers*, bajo la dirección de H. Lauterpacht y H. Waldock, Oxford, Clarendon Press, 1958, pag. 158.

según ellos, se edificó sobre unas relaciones de desigualdad entre las grandes Potencias y los pequeños Estados. Se ha disertado mucho sobre la cuestión de saber si ese régimen se inspiraba en las ideas de justicia e igualdad de trato de los Estados europeos, pero es indudable que las grandes Potencias derogaron en ese caso los principios de fondo y abusaron del procedimiento de la protección diplomática, como ilustra la diplomacia de la cañonera.

10. El Sr. Addo concluye, por consiguiente, que, cualquiera que sea el régimen de protección diplomática, son necesarias normas que lo rijan, dado que todos los Estados tienen nacionales que viajan o intereses en otros Estados. En conjunto, se puede decir que el derecho consuetudinario en la materia, a pesar de todos sus defectos, ha sido relativamente satisfactorio, ya que ha logrado establecer un equilibrio entre los intereses de los extranjeros y los de los países de acogida, en beneficio de unos y de otros. Sin duda, la Comisión deberá dar muestras de imaginación en la elección que habrá de realizar entre el derecho antiguo y el derecho actual y en la integración de posibles innovaciones.

11. El Sr. HERDOCIA SACASA señala que, habiendo sacudido el árbol de una antigua institución, el Relator Especial ha hecho caer frutos que podrá aprovechar la Comisión. Ha devuelto la institución de la protección diplomática a la perspectiva del desarrollo del derecho internacional y, de pasada, ha derribado mitos anticuados, construyendo quizá ficciones nuevas. Sin embargo, su mérito más insigne es haber situado a la persona en la esfera de la protección diplomática y haberle dado una nueva función.

12. El punto central que ha hecho surgir el debate es saber en qué medida la protección diplomática sigue siendo pertinente, cuando algunos llegan a decir que se trata de una institución superada. Por el contrario, la Comisión debe reafirmar que esa institución conserva toda su validez, aunque sea necesario desplazar el acento hacia el individuo e iniciar una dinámica de modernización de la materia, sobre todo, quizá, en el plano del procedimiento de definición y la distribución de los resultados de la reclamación.

13. El hecho de haber reafirmado la calidad de sujeto internacional reconocida a la persona humana y haber abierto al individuo acceso a determinados organismos o tribunales no disminuye en nada la protección diplomática ni le priva de su eficacia. Es verdad que quedan lagunas en el régimen de la protección internacional de los individuos, pero diversas instituciones contribuyen a salvaguardar el mecanismo general de protección ya existente.

14. A este respecto, hay que recordar que el principio de la protección diplomática pertenece al derecho internacional consuetudinario y no es de origen convencional. En cambio, no ocurre lo mismo con los derechos humanos, que se basan a menudo en una base convencional.

15. El Sr. Herdocia Sacasa cree también que el ejercicio de la protección diplomática corresponde de manera general al poder discrecional del Estado. Sin embargo, reconoce que los legisladores nacionales han elaborado poco a poco normas de protección imperativas. Por ello, sería necesario sin duda revisar la observación que figura

en el párrafo 48 del informe preliminar, según la cual, por más que en algunos textos constitucionales se enuncie una obligación de esa índole [de protección], en realidad ésta es más moral que jurídica, ya que, en principio, una persona que disfrutara constitucionalmente de la protección de su Estado podría exigirla de éste.

16. Por lo que se refiere a la pregunta formulada en el párrafo 54 (véase párr. 6 *supra*), el Sr. Herdocia Sacasa estima que no supone un dilema para la Comisión. En efecto, no se trata en ese caso de dos derechos contrapuestos sino, por el contrario, de dos derechos complementarios. Si, en la práctica, es indudable que es el Estado quien dispone del poder discrecional de ejercer la protección diplomática, esta protección no puede ejercerse si no ha habido un perjuicio o si no ha habido reparación, y la reparación, a su vez, sólo puede ser efectiva si no interviene la protección diplomática.

17. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA se felicita por la valentía de que ha dado pruebas el Relator Especial al elaborar su informe preliminar que, por su fondo, su fin y hasta su forma, tenía por objeto alertar a sus destinatarios. Si era esa su intención, ha logrado su objetivo. Pasado ese primer efecto, sólo contará la continuación de los acontecimientos, tanto más cuanto que en esa materia habrá que realizar una evaluación positiva de una concepción tradicional, es decir, tener en cuenta la constante relación dialéctica entre la teoría y la práctica.

18. Limitando su intervención a la cuestión de la naturaleza jurídica de la protección diplomática, tratada en el capítulo I del informe preliminar, el Sr. Pambou-Tchivounda recuerda para comenzar una serie de cosas evidentes.

19. En primer lugar, la esfera material del derecho internacional es tributaria de la estructura de la sociedad internacional. En segundo lugar, esa estructura comprende una diversidad de sujetos que se encuentran en situación desigual en función de sus atributos jurídicos: a ese respecto hay que remitirse a la opinión consultiva de la CIJ en el asunto *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*. En tercer lugar, la atribución de derechos o la imposición de obligaciones por el derecho internacional no confiere por sí misma personalidad jurídica a aquellos a que se refieren: la personalidad jurídica no es inherente a la calidad de sujeto de derecho, ni en derecho interno ni en derecho internacional. En cuarto lugar, ya sea bajo el imperio de la jurisprudencia del fallo de la CPJI en el asunto *Concessions Mavrommatis en Palestine* o del de la jurisprudencia de la opinión consultiva mencionada anteriormente, la atribución de derechos específicos a las personas o a agentes oficiales procede de la voluntad de los Estados o de las organizaciones internacionales (por vía convencional o por vía consuetudinaria), sin que suponga un reconocimiento de la personalidad jurídica internacional. Por último, el acceso directo de la persona a ciertas instituciones internacionales para hacer valer ante ellas una reclamación se inscribe en el marco de la aplicación del derecho internacional convencional o consuetudinario, en cuyo nacimiento el individuo no habrá participado, al no estar habilitado para ello por el derecho internacional, es decir, al no tener personalidad jurídica internacional.

20. Una vez recordados estos hechos, el Sr. Pambou-Tchivounda desea desmarcarse de la idea, muy difundida en cierta doctrina y enunciada en el párrafo 32 del informe preliminar, según la cual se ha reconocido al individuo cierto grado de personalidad jurídica internacional. Por su parte, considera por el contrario la personalidad jurídica, interna o internacional, como un bloque uniforme no susceptible de fragmentación. Por ello, tampoco suscribe las implicaciones de esa idea, a saber, que los individuos serían los determinantes del marco de las reclamaciones que puede hacer valer en el plano internacional. De hecho, los individuos se sirven de los procedimientos existentes dentro de los límites de éstos y para pretender la satisfacción de intereses muy limitados. Considerar que a ese respecto los individuos se han convertido en competidores de los Estados o de las organizaciones internacionales sería recurrir a una ficción, y sería un error conferir a los derechos humanos un papel y una influencia excesivos en relación con instituciones o técnicas establecidas como la protección diplomática, que padece la dialéctica entre estabilidad y cambio, pero sobrevive a ella. En cambio, nadie sabe cuál será la suerte que la fuerza de la evolución del derecho internacional reservará a los derechos humanos, dado que los Estados, en torno a los cuales se constituyó la institución de la protección diplomática, podrían lógicamente retractarse con respecto a las derivaciones a que podría exponerles el gran movimiento en favor de los derechos humanos, ya que nada les prohíbe volver a examinar este o aquel instrumento del que son los autores. El Sr. Brownlie afirma con razón (2520.ª sesión), basándose en la anterioridad cronológica de la protección diplomática con respecto a los derechos humanos y en la jurisprudencia, tanto judicial como arbitral, que los derechos humanos han utilizado los recursos de la protección diplomática.

21. El Sr. Pambou-Tchivounda concede que la configuración del derecho relativo al ejercicio de la protección diplomática debería incluir, para su beneficio y modernización, los progresos que le ha hecho conocer el registro de los derechos humanos. Sin embargo, no puede adherirse por completo a la tesis de Lavieć⁴, que hace suya el Relator Especial en el párrafo 38 de su informe preliminar y según la cual estas formas recientes de protección anuncian el ocaso de la protección diplomática. Sostener la pertinencia de esa idea equivaldría en efecto a respaldar el llamamiento que hace el Relator Especial en favor de una reinterpretación del fallo de la CPJI en el asunto *Concessions Mavrommatis en Palestine*, para decir, como se hace en el párrafo 53 del informe, que el Estado, al tomar la representación de sus nacionales, hace valer su derecho a que se respeten las obligaciones internacionales. Desde la perspectiva de una respuesta a la pregunta formulada en el párrafo 54 del informe, el Relator Especial intenta así corregir lo que, con razón o sin ella, califica de «ficción», es decir, el derecho del Estado con respecto al derecho internacional, haciendo valer que el Estado sería mandado por sus nacionales, cuyos intereses representaría en el plano internacional.

22. A este respecto, el Sr. Pambou-Tchivounda observa en primer lugar que salvo algunos casos, por lo demás

⁴ J. P. Lavieć, *Protection et promotion des investissements: Étude de droit international économique*, París, Presses universitaires de France, 1985, pág. 5.

limitados, recogidos en los párrafos 33 a 44 del informe preliminar, la esencia de la protección diplomática sigue intacta en sus tres componentes: es una técnica de defensa de derechos e intereses que se despliega en el marco de un procedimiento contencioso internacional que opone a Estados. Por lo tanto, mientras haya Estados y salvo que se los considere como ficciones, la protección diplomática seguirá siendo una técnica de utilización general, con independencia de las condiciones de su aplicación. Es un derecho del Estado, es ante todo un derecho de procedimiento y sólo accesoriamente es un derecho de fondo.

23. En segundo lugar, el Sr. Pambou-Tchivounda ve una contradicción en la idea de que el derecho internacional hecho por los Estados haya conferido una dosis de personalidad jurídica al individuo, pero limitaría la plena expresión de ésta en la esfera del derecho internacional. Tal contradicción echa abajo toda tentativa de transponer del derecho interno al derecho internacional la teoría del mandato, privando de todo fundamento a la sustitución del individuo por el Estado y a la representación.

24. En tercer lugar, el Sr. Pambou-Tchivounda propone que se deduzca de la relación de inherencia entre el individuo, como elemento de la población, y el Estado, el fundamento del derecho de sustitución y el carácter propio del derecho del Estado a ejercer la protección diplomática. En efecto, desde un punto de vista jurídico las relaciones entre el individuo y el Estado son de tipo ontológico, ya que el individuo existe como elemento de la población sin la cual no hay Estado, y el Estado existe como creación del derecho. Ahora bien, la inherencia entre el individuo y el Estado se valoriza y se encarna en la condición de nacionalidad. Desde este punto de vista, la nacionalidad es una norma de derecho internacional cuya aplicación corresponde sólo al Estado en cuanto a sus modalidades de atribución y pérdida; al ser una norma de derecho internacional, su oponibilidad a terceros se ve sancionada por el derecho internacional. Tal es el sentido de la decisión tomada en el asunto *Nottebohm* que dio un impulso renovado, sin modificación alguna, a la técnica consuetudinaria de la protección diplomática. En esa exigencia del vínculo de la nacionalidad está la premisa implícita y en cierto modo abreviada de la proclamación en el asunto *Concessions Mavrommatis en Palestine* que, si se tiene en cuenta, suprime el artificio de la construcción jurídica que señala el Relator Especial en el párrafo 27 de su informe preliminar. A este respecto, las jurisprudencias respectivas de los asuntos *Concessions Mavrommatis en Palestine* y *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* se aclaran mutuamente.

25. El Sr. Pambou-Tchivounda concluye, apoyándose en la nacionalidad del Estado, que la protección diplomática es evidentemente un derecho del Estado.

26. El Sr. BENNOUNA (Relator Especial) dice que, al ser la doctrina clásica algo adquirido, la Comisión debe interrogarse sobre la oportunidad de tener en cuenta acontecimientos recientes, con plena conciencia de que, al hacerlo, enriquecerá necesariamente el proyecto sobre responsabilidad internacional. Éste, en efecto, sólo ha previsto dos situaciones, como la nacida de hechos ilícitos y la derivada de actividades no prohibidas, situaciones que se refieren ambas a la responsabilidad de un Estado hacia otro. Sin embargo, la responsabilidad de los Estados

con respecto a las personas privadas es ya algo evidente admitido por la jurisprudencia internacional. En este caso, o bien el individuo hace valer esa responsabilidad directamente por los procedimientos que le estén abiertos, o el Estado interviene para hacer valer la responsabilidad del otro Estado con respecto a las personas privadas de que se trate.

27. Por otra parte, es incompatible con el estado del derecho internacional contemporáneo afirmar que la personalidad jurídica es un bloque uniforme. Indudablemente, la primera personalidad es el Estado, y son los Estados los que determinan la dosis de personalidad jurídica reconocida tanto a las organizaciones no gubernamentales como a los individuos, pero no existe un modelo uniforme. Así, en el marco del CIADI, al consentir en el arbitraje, el Estado concierta un acuerdo internacional y se obliga con un inversor privado como si lo hiciera con otro Estado.

28. La posición estricta adoptada por el Sr. Pambou-Tchivounda muestra que la Comisión está dividida y es necesario el debate. Por lo que se refiere a la interrogante formulada en el párrafo 54 del informe, la situación quizá no es tan clara como lo era en los años veinte y la solución deberá buscarse por el camino de la complementariedad: probablemente existe un derecho procesal del Estado en el plano jurídico, que se caracteriza por la protección diplomática, pero, al actuar, el Estado hace valer su propio derecho y a veces también el derecho de los particulares.

29. El Sr. ECONOMIDES está de acuerdo en que, junto a la relación entre Estados creada por la protección diplomática y la responsabilidad internacional, hay también en el derecho reciente una relación, igualmente de derecho internacional, entre el Estado y el individuo. Cuando esa relación muy concreta de Estado a individuo no existe aún, no puede haber otra solución que la concepción tradicional, en la que el Estado hace valer el derecho del individuo en nombre de éste. Crear la posibilidad de que la persona ejercite por sí misma su protección diplomática requeriría elaborar una convención universal que trastornaría no sólo la institución de la protección diplomática sino todo el derecho internacional.

30. El Sr. BENNOUNA (Relator Especial) puntualiza que su intención no ha sido nunca que la protección diplomática sea ejercida por el individuo. Es siempre el Estado quien ejerce esa protección pero, hoy en día, cuando el Estado interviene, a veces ejerce su propio derecho y a veces un derecho que se reconoce como propio de los individuos. Por consiguiente, se está en una fase de transición y de evolución que obliga a la Comisión a decir a la Asamblea General que va a tratar de la protección diplomática en la *lex lata* y a tener en cuenta la evolución reciente para codificar esa materia, lo que debe revestir la forma de una adaptación y no de una revolución.

31. El Sr. MELESCANU hace notar que, en realidad, hay acuerdo general en que es preciso realizar una codificación de la institución de la protección diplomática teniendo en cuenta la evolución reciente. Por ello, la tarea, partiendo del tronco común sobre el que hay acuerdo, consiste en definir bien esa evolución y el lugar que es preciso asignarle.

32. El Sr. BROWNLIE no está seguro de que los actuales debates teóricos presenten mucho interés si se considera que el eje esencial del trabajo de la Comisión debe ser determinar cómo ayudar a los individuos perjudicados por los actos de Estados extranjeros. Por razones tanto económicas como políticas, la catástrofe de Chernobyl no dio lugar a reclamaciones contra la antigua Unión Soviética, pero, según el punto de vista clásico, hubiera debido aplicarse la norma del agotamiento de los recursos internos, y asociaciones de demandantes extranjeros habrían presentado solicitudes ante los tribunales de Ucrania. Si esa norma se aplica siempre tanto por los países desarrollados como por los países en desarrollo, no se trata ya de debates teóricos o históricos, sino de saber lo que se puede hacer, mediante un desarrollo progresivo del derecho, para ayudar no a las multinacionales, que disponen de medios, sino a los particulares que se ven obligados a acudir a jurisdicciones extranjeras.

33. El Sr. DUGARD está dispuesto a aceptar que el tema se basa en una ficción jurídica: la que hace de la reclamación del individuo una reclamación del Estado. La evolución del derecho internacional, en particular en la esfera de los derechos humanos, así como la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven⁵, tienden a hacer todavía más vaga la distinción entre derechos humanos y protección diplomática, pero la cuestión es saber si, en el caso que se examina, la ficción jurídica es útil y cuáles son sus consecuencias. El Relator Especial no sugiere que el hecho de que la reclamación sea del individuo y no del Estado deba inducir al individuo a hacer valer sus propios derechos en derecho internacional, pero esa idea parece deducirse implícitamente de la sugerencia de que debería revisarse el conjunto del tema de la protección diplomática porque se basa en una ficción jurídica. Hay que comprender que, a falta de tratados o de otros mecanismos que den al individuo el derecho a hacer una reclamación internacional, el individuo carece de recursos. Se podría, mediante un desarrollo progresivo del derecho internacional, recomendar que éste diera un recurso de esa índole al individuo, pero hay razones fundadas para dudar de que ello tenga cualquier efecto en los Estados. En la mayoría de los casos, es la concepción tradicional de la protección diplomática, es decir, aquella en que el Estado considera que la reclamación es suya y no del individuo, la que proporciona a éste la mejor protección.

34. El pronunciamiento de la CIJ sobre las obligaciones *erga omnes* en el asunto *Barcelona Traction* tenía por objeto indicar claramente que, en algunos casos, los Estados pueden proteger a no nacionales en interés superior de la humanidad, pero también en ese caso hace falta que haya una base convencional para que el Estado inicie un procedimiento en nombre de una persona no nacional. En cualquier caso, cualquiera que sea la finalidad de la opinión de la Corte, hay toda clase de razones para pensar que, en la mayoría de los casos, los Estados no estarían dispuestos a iniciar un procedimiento en nombre de no nacionales. Incluso en el sistema europeo de protección de los derechos humanos, las reclamaciones entre Estados en nombre de no nacionales son raras y contienen siempre

⁵ Resolución 40/144 de la Asamblea General, anexo

un elemento de vinculación lingüística o étnica. La adopción de las obligaciones *erga omnes* en el asunto *Barcelona Traction* puede examinarse en el marco del artículo 40 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados⁶, pero no en el del estudio de la protección diplomática. La comunidad internacional ha cambiado, y el derecho internacional también, pero no lo suficiente para cambiar por completo la institución de la protección diplomática a riesgo de llegar a una situación en que los individuos estarían menos protegidos. La providencia de la CIJ en el asunto sobre la *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique)* muestra que los Estados siguen estando dispuestos a proteger a sus nacionales y a considerar que los daños sufridos por ellos son un daño sufrido por el Estado.

35. Las normas tradicionales relativas al estudio del tema de la protección diplomática figuran en el informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 49.º período de sesiones⁷. El Relator Especial debería partir de esa base, introduciendo las modificaciones que puedan ser necesarias por la evolución reciente que ha señalado a la atención de la Comisión. El mejor medio de promover los intereses de los individuos en el mundo moderno es codificar las normas tradicionales del derecho internacional en la materia y, en su caso, recomendar a los Estados que consideren que el derecho a la protección diplomática forma parte de los derechos humanos y que deberían incluirlo en su sistema jurídico interno.

36. El Sr. GOCO observa que, en el párrafo 48 de su informe preliminar, el Relator Especial insiste en el carácter discrecional del ejercicio por el Estado de la protección diplomática, pero menciona también elementos que podrían hacer de ella una obligación. Se pregunta, por ejemplo, si en caso de denegación de justicia, comportamiento arbitrario de los tribunales o cualquier otra violación de derechos fundamentales de la persona humana, no podría haber normas básicas que obligaran al Estado a conceder su protección diplomática cuando se sintiera tentado a no hacerlo por razones políticas.

37. El Sr. DUGARD dice que, en derecho internacional, no puede haber un ejercicio obligatorio de la protección diplomática. Lo único que la Comisión puede hacer es recomendar a los Estados que modifiquen su derecho interno.

38. El Sr. BENNOUNA opina también que el individuo no podría en ningún caso obligar a un Estado a actuar contra otro Estado.

39. El Sr. SIMMA considera que si el derecho a la protección diplomática se convierte en un derecho humano, esa evolución tendría necesariamente consecuencias en las facultades discrecionales del Estado en el plano internacional. En efecto, sería mucho más difícil para el Estado aducir consideraciones políticas o diplomáticas para no hacer la reclamación.

⁶ Véase 2520.ª sesión, nota 8.

⁷ *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párr. 189.

40. El Sr. HAFNER opina que el enfoque más teórico y deductivo adoptado por el Relator Especial y el enfoque más pragmático e inductivo, que algunos hubieran preferido, habrían llevado de todas formas a los mismos resultados, ya que, en definitiva, habría habido que responder a las mismas preguntas sobre el tema de la protección diplomática, que es uno de los últimos elementos de las relaciones entre Estados que quedan por codificar.

41. La Comisión ha sido casi unánime en considerar que el tema se refiere sólo a las normas secundarias, pero cabe preguntarse si una norma determinada es secundaria o primaria. En realidad, la condición de una norma depende de la función que ejerce en la situación de que se trate. Una norma de derecho de los tratados puede pertenecer en un caso a la categoría de normas secundarias y en otro a la de normas primarias. Por ello, no resulta útil continuar al respecto un debate que sólo puede enredar más las cosas. Siendo así, la Comisión no tiene en modo alguno la intención de codificar los derechos individuales que deban violarse para dar lugar a la protección diplomática. Sin duda será difícil en ocasiones encontrar una formulación que regule esa cuestión sin dejar de ser general pero, como los comentarios de los Estados indican con mucha claridad, la Comisión no debe sentirse por ello obligada a emprender un estudio de las normas de fondo de la responsabilidad internacional.

42. Por consiguiente, se trata sólo de los derechos de los Estados en lo que se refiere a ejercer la protección diplomática y de las condiciones de ese ejercicio. La práctica actual de los Estados muestra que se trata de un derecho y no de un deber. Por ello, parece difícil aceptar que ese derecho forme parte de los derechos humanos, ya que entonces habría una obligación del Estado de dar su protección diplomática. Sin embargo, no es así. Por poner sólo un ejemplo, en el marco de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, cuando se negó que los Estados pudieran ser llevados a los tribunales por empresas privadas, se propuso que el Estado que patrocinara a la empresa demandante quedara obligado a presentarse ante el Tribunal del Derecho del Mar y a representar a esa empresa contra el otro Estado, propuesta que equivalía a una protección diplomática obligatoria. Sin embargo, la propuesta fue rechazada casi unánimemente, precisamente por esa razón, y la solución adoptada finalmente en el artículo 190 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar fue en sentido contrario.

43. De esa forma se llega a la cuestión de la función del individuo en las relaciones internacionales. Es evidente que hoy hay más acceso a las instituciones internacionales para hacer valer sus derechos contra el Estado. El individuo se ha emancipado en cierta medida con respecto al Estado del que es nacional, y la importancia de la soberanía resulta disminuida. Ello plantea de nuevo necesariamente la cuestión de los derechos humanos y de la protección diplomática, y de sus relaciones mutuas. No hay que olvidar que existen diferencias fundamentales en tanto que los derechos humanos se dirigen sobre todo contra los Estados, mientras que la protección diplomática utiliza a los Estados. Los derechos humanos son independientes de la nacionalidad, en la medida en que los Estados deben respetar los derechos fundamentales de todas las personas situadas bajo su jurisdicción. Por ello, si se basara en los

derechos humanos la obligación de ejercer la protección diplomática, no se comprende por qué no debería extenderse el beneficio a todas las personas que dependen de la jurisdicción del Estado de que se trate. Ahora bien, por ejemplo, ni el artículo 6 del Convenio europeo de derechos humanos ni el artículo 1 de su Protocolo pueden interpretarse en el sentido de que creen tal obligación. Es verdad que se podría concebir un derecho político otorgado únicamente a los nacionales en su calidad de ciudadanos, pero el derecho internacional no da indicación alguna que justifique la formulación de tal norma, ni siquiera de *lege ferenda*. Esa ampliación del acceso del individuo a las instituciones internacionales afecta por consiguiente a la protección diplomática, en la medida en que ésta no es ya el único medio de hacer valer los derechos del individuo frente a Estados extranjeros. Sin embargo, como ese acceso directo no es universal ni está generalizado sino que, de hecho, es raro, los individuos siguen necesitando la institución de la protección diplomática para gozar de cierta protección.

44. En esa perspectiva, cabe preguntarse si una obligación de ejercer la protección diplomática no sería útil a los intereses del individuo: sin embargo, además de que nada prueba que sea así, esa obligación no parece justificarse siempre, ya que el Estado no debe defender sólo los intereses de uno de sus nacionales sino los de todos, y se puede concebir muy bien que los intereses de un individuo estén en conflicto con los de la colectividad nacional. Por otra parte, cuando se planteó la cuestión en Austria con respecto a un acuerdo que preveía una indemnización global, concertado con la ex Checoslovaquia, se indicó claramente que el Estado que no ejerce la protección diplomática no puede ser demandado por no actuar o por enajenamiento ante los tribunales por el nacional de que se trate. No puede ser de otra forma, salvo si el Estado acepta tal obligación en su propia legislación.

45. Por ello, hay que llegar a la conclusión, que confirma la jurisprudencia, de que la protección diplomática es un derecho del Estado y no del individuo. De ello se deducen diversas consecuencias: en primer lugar, existe sin duda cierto elemento de ficción en ese derecho, en el sentido de que considera cierto algo que puede no serlo. El daño se causa al individuo y no al Estado, pero se considera que se ha causado al Estado, como si los bienes de los nacionales y quizá los propios nacionales fueran de propiedad del Estado. Para evitar esa conclusión, vale más aceptar la existencia de cierto elemento de ficción. No obstante, esas cuestiones no deben ocupar la atención de la Comisión, ya que hay otras que resolver y la doctrina está muy dividida al respecto.

46. Otra consecuencia es que, en la medida en que no se den las condiciones de nacionalidad o de agotamiento de los recursos internos, no se habrá infringido ningún derecho con respecto al derecho internacional y la protección diplomática no podrá ejercerse. Existirá únicamente una violación del derecho del individuo con respecto al derecho nacional. Se puede demostrar *a contrario*, suponiendo por ejemplo que un tratado bilateral dé a los nacionales de las dos partes derecho a cierto trato, pero que este tratado se establezca claramente en una disposición que no sea directamente aplicable y no se haya introducido en la legislación nacional. En tal caso, no se habrá conferido al individuo ningún derecho subjetivo que pueda ser invo-

cado, ya que no podrá recurrir a la disposición de que se trate ante la jurisdicción nacional. Si el Estado de que es nacional pide que se respete esa disposición convencional, no ejerce la protección diplomática sino su propio derecho a exigir que el otro Estado Parte en el tratado lo respete. Sin embargo, hay que distinguir este caso del caso en que el individuo puede invocar una disposición directamente aplicable pero en el que la norma del agotamiento de los recursos internos no juega porque no existe recurso o debido a excepciones bien conocidas. Por consiguiente, hay que determinar muy claramente a partir de qué momento entra en juego el derecho internacional de la protección diplomática. A este respecto, no es necesario examinar la cuestión de si el individuo es sujeto de derecho internacional. En efecto, esa condición jurídica no es más que una consecuencia de la existencia de ciertos derechos y obligaciones y no una condición para conceder ciertos derechos y obligaciones.

47. Por consiguiente, esa norma general tiene otra consecuencia en lo que se refiere a la naturaleza de la norma del agotamiento de los recursos internos: no puede significar que el incumplimiento de la obligación internacional o la responsabilidad del Estado que incumple no existen más que si se agotan esos recursos, a reserva de diferentes excepciones. Las razones para ello pueden ser de naturaleza diferente, pero el artículo 22 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados debe entenderse en ese sentido. No puede interpretarse en el sentido de que solo impida una reclamación internacional. Esto indica también la importancia de la concepción que inspira esa norma.

48. Esa concepción significa también que el modelo de la subrogación no puede aplicarse a la protección diplomática, ya que existe una modificación fundamental de la naturaleza del derecho. No obstante, se podría prever una solución diferente en lo que se refiere a las obligaciones *erga omnes* enunciadas en beneficio de los individuos, como en la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos a que se refiere la primera nota del párrafo 37 del informe preliminar⁸. Sin embargo, para el Sr. Hafner, esos casos, en los que un Estado pretende que se respeten los derechos humanos interponiendo una demanda, no corresponden necesariamente a la protección diplomática y deben distinguirse de ella.

49. En cuanto a la idea sugerida por el Sr. Economides de examinar si la norma del agotamiento de los recursos internos es aplicable en caso de violación por un Estado extranjero de los derechos de los individuos en el territorio del Estado del que son nacionales, pueden hacerse varias observaciones. En algunos casos, esa norma no se aplica, sobre todo, como ha señalado el Sr. Brownlie (2520.ª sesión), citando el asunto *Incident aérien du 27 juillet 1955*⁹, cuando no existe vínculo con la jurisdicción de que se trate. Esto será especialmente cierto, por ejemplo, en el caso de que alguien posea unos terrenos cerca

⁸ Consejo de Europa, decisión de la Comisión sobre la admisibilidad de la demanda n.º 788/60 presentada por el Gobierno de la República Federal de Austria contra el Gobierno de la República Italiana (11 de enero de 1961), *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1961, vol. 4, La Haya, Martinus Nijhoff, 1962, págs. 117 a 183, en particular pág. 141.

⁹ Véase 2520.ª sesión, nota 9.

de una frontera y el disfrute de esos terrenos se vea perturbado por un daño transfronterizo causado por el Estado vecino, como en el asunto de la *Fonderie de Trail*. En tal caso sería indudablemente injusto exigir el agotamiento de los recursos internos en el Estado de origen, y podría concederse la protección diplomática aunque no se hubieran interpuesto esos recursos. Una situación distinta es aquella en que un diplomático no hace honor a sus compromisos con respecto al Estado que lo acoge, por ejemplo si no paga sus deudas. En un caso así, la obligación prevista en el artículo 6 del Convenio europeo de derechos humanos entra en conflicto con la inmunidad diplomática. Sea como fuere, cabe preguntarse si la persona privada que ha sufrido un perjuicio debería agotar los recursos internos en el Estado de remisión porque ello sea teóricamente posible. No obstante, se puede imaginar que esta prescripción no se considere como condición para el ejercicio de la protección diplomática. La solución puede deducirse también de la teoría general elaborada con ocasión del asunto relativo al *Incident aérien du 27 juillet 1955*. Queda por saber si en tal situación se satisface debidamente una de las condiciones tradicionales del ejercicio de la protección diplomática, a saber, la de que no se haya observado una norma internacionalmente reconocida. En efecto, la protección diplomática es un instrumento que debe utilizarse contra un Estado extranjero, pero si un diplomático no hace honor a sus deudas, la responsabilidad del Estado de envío no queda comprometida, porque no se le puede imputar ningún acto. Sin lugar a dudas, sería difícil determinar la existencia de una implicación directa del Estado de envío que hiciera nacer un crédito a favor de la persona privada interesada. Si, por otra parte, el acto es directamente imputable al Estado, se trata esencialmente de un acto *jure gestionis*, en virtud del cual el Estado no disfruta de inmunidad y por el cual puede ser llevado ante los tribunales internos.

50. Por último, hay que mencionar también una cuestión que plantea Zemanek en su curso general, que es la de si el recurso a un órgano internacional para proteger los derechos humanos debe considerarse como un «recurso interno»¹⁰. La simple interpretación literal no permite responder afirmativamente, pero es indudable que la Comisión debe ocuparse de esas cuestiones.

51. Todavía queda mucho por hacer y en el porvenir se plantearán y habrá que examinar muchas cuestiones tan importantes como las tratadas en el informe. Cabe imaginar por ejemplo un nutrido debate sobre la cuestión de si la protección diplomática puede ejercerse a favor de no nacionales, en particular si se considera que, como en la esfera de los derechos humanos, el vínculo de la nacionalidad está perdiendo importancia en beneficio del vínculo de la residencia.

52. En consecuencia, aunque se pueda comprender que algunos deseen llegar a una solución concreta a partir de una posición general y abstracta, la Comisión no debe escatimar esfuerzos para elaborar en cuanto sea posible normas concretas, a fin de dar a los Estados la seguridad de que los trabajos están bien orientados. La labor rea-

lizada por el Grupo de Trabajo sobre la protección diplomática¹¹ ha permitido ya a los Estados hacerse una idea clara, que parecen haber aprobado, del plan de trabajo. Por consiguiente, hay que proseguir los trabajos en ese plano, teniendo en cuenta el debate que ha suscitado el informe que se examina.

53. El Sr. LUKASHUK, refiriéndose a la intervención del Sr. Brownlie, estima que los daños transfronterizos no deberían incluirse en una primera fase en el estudio de la protección diplomática. Esos daños pertenecen a una esfera diferente, y sería preferible limitarse al caso de que el daño se hubiera causado en la jurisdicción de un Estado extranjero. Además, parece indudable que la existencia de un derecho del individuo a la protección diplomática será cada vez más ampliamente reconocido, lo mismo que la responsabilidad del Estado en la materia.

54. El Sr. HAFNER dice que puede aceptar que se excluyan los daños transfronterizos del examen del tema, aunque puedan dar lugar efectivamente al ejercicio de la protección diplomática, pero que en tal caso hay que decirlo claramente.

55. El Sr. ROSENSTOCK cree, como el Sr. Dugard y el Sr. Hafner, que el tema que se examina se presta eminentemente a la codificación, lo que no significa que quede excluido todo elemento de desarrollo progresivo; el hecho de que ese tema no sea nuevo resulta a ese respecto totalmente indiferente.

56. En su informe preliminar, el Relator Especial ha resumido brevemente la historia de la institución de la protección diplomática, añadiendo ciertos comentarios, y el Sr. Rosenstock reconoce la utilidad de ese método. Por lo que se refiere a los comentarios mencionados, no habría que pensar que «el que calla otorga». Volver a abrir un debate sobre los problemas bilaterales Norte-Sur no sería fructífero.

57. Tampoco sirve de nada entablar un debate sobre la cuestión de saber si la protección diplomática se basa en una ficción jurídica. Por las razones expuestas, el Sr. Rosenstock prefiere abstenerse de explicar por qué considera el párrafo 47 del informe preliminar que se examina sorprendente, superfluo y potencialmente inquietante, ya que los debates teóricos de ese tipo son inútiles. Por otra parte, intencionadamente o no, el Relator Especial parece oponer la doctrina tradicional a las doctrinas progresistas, y la concepción tradicional de la protección diplomática a una concepción que reconoce, aprueba, favorece y refuerza el papel de los derechos humanos. Esa dicotomía no corresponde a la realidad, y el Sr. Rosenstock opina, como el Sr. Dugard y el Sr. Brownlie, que es inútil, y contrario a los intereses del individuo, marginar la protección diplomática. Efectivamente, sin duda es al Estado al que corresponde ejercer esa protección, pero los derechos del individuo no se ven por ello amenazados. Las observaciones del Sr. Herdocia Sacasa y las del Sr. Addo fueron especialmente pertinentes a ese respecto.

58. Tampoco parece indispensable regular las demás cuestiones teóricas que pueden plantearse antes de abordar algunos aspectos del agotamiento de los recursos

¹⁰ K. Zemanek, «The legal foundations of the international system», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1997, La Haya, Martinus Nijhoff, 1998, vol. 266, págs. 9 a 336, en particular pág. 266

¹¹ Véase 2520ª sesión, nota 4

internos. Ya en 1834, el que entonces era Secretario de Estado de los Estados Unidos de América, Sr. McLane, declaraba al respecto que «obligar a las naciones a investigar toda infracción cometida por los ciudadanos de una nación contra la persona de los ciudadanos de otra, equivaldría a depositar una carga irrazonablemente pesada sobre las relaciones entre las naciones»¹². Casi 150 años después, el Sr. Brownlie, un jurista y práctico británico, miembro de la Comisión, que no tiene la reputación de ser conservador, describe la norma del agotamiento de los recursos internos como «justificada por consideraciones prácticas y políticas y no por ninguna necesidad lógica derivada del derecho internacional en su conjunto»¹³.

59. La decisión adoptada el pasado año por el Grupo de Trabajo, aprobada por la Comisión, aceptada por el Relator Especial y apoyada también por los Estados en sus observaciones, a saber, que los trabajos deben basarse en las normas secundarias, era juiciosa. Nada se ha dicho que justifique que sea reconsiderada, ni mucho menos modificada. A este respecto, los resultados a que ha llegado la Comisión cuando se ha apartado de las normas secundarias en el estudio de la responsabilidad de los Estados no son animadores. Dicho esto, sería útil constituir un grupo consultivo para apoyar al Relator Especial de conformidad con la recomendación que figura en el informe del Grupo de Planificación en el 48.º período de sesiones¹⁴.

60. El Sr. BENNOUNA (Relator Especial) dice que no quiere poner en duda las conclusiones a que llegó el Grupo de Trabajo en el anterior período de sesiones. Sin embargo, la realidad es que el Grupo de Trabajo dejó cuestiones en suspenso y que precisamente para profundizar en esas cuestiones se ha elaborado el informe preliminar.

61. El Sr. ROSENSTOCK se alegra de que no se reabra el debate sobre las cuestiones resueltas en el período de sesiones anterior y lee un párrafo en el que se dice que «el tema se limitará a la codificación de las normas secundarias»¹⁵.

62. El Sr. BENNOUNA (Relator Especial) puntualiza que quería decir que hay que tener en cuenta el carácter relativo de la distinción entre normas secundarias y normas primarias, y el hecho de que no existe una separación infranqueable entre esas dos categorías de normas.

63. El Sr. ROSENSTOCK conviene en que no existe una separación infranqueable pero en que tampoco hay dudas en cuanto a la decisión adoptada, las razones que la motivaron y lo que esa decisión supone.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

¹² Moore, *Digest* (1906), vol. VI, pág. 658.

¹³ I Brownlie, *Principles of Public International Law*, 3ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1979, pág. 496

¹⁴ *Anuario...* 1996, vol. II (segunda parte), doc. A/51/10, párr. 148 g y párrs. 191 a 195, respectivamente.

¹⁵ *Anuario...* 1997, vol. II (segunda parte), párr. 181.

2522.^a SESIÓN

Jueves 30 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. Elaraby, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Thiam.

Protección diplomática (continuación) (A/CN.4/483, secc. E, A/CN.4/484¹, A/CN.4/L.553)

[Tema 6 del programa]

INFORME PRELIMINAR DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. SEPÚLVEDA dice que el informe preliminar del Relator Especial sobre la protección diplomática (A/CN.4/484), aunque es de carácter preliminar, proporciona valioso material para el debate, como lo hicieron la bibliografía y la lista de casos relativos a la protección diplomática que ha distribuido la secretaría. Sin embargo, de este último documento se desprende que desde 1981 sólo se han resuelto nueve casos relativos a la protección diplomática: cinco a nivel interno y cuatro por tribunales internacionales; y que desde 1980 sólo se han publicado media docena de libros sobre el tema, junto con un número considerable de artículos en revistas especializadas. Por tanto, se necesita un instrumento eficaz para reunir información sobre la práctica de los Estados en la esfera de la protección diplomática y sobre los temas conexos, tales como los acuerdos entre los Estados que permiten a los individuos recurrir al arbitraje internacional, obviando así la necesidad de la protección diplomática. El informe sobre las inversiones en el mundo publicado por la UNCTAD ofrece una valiosa fuente de información al respecto².

2. En cuanto al informe preliminar, es esencial comenzar el estudio del tema estableciendo las hipótesis jurídicas básicas sin las cuales no puede producirse la protección diplomática. Las condiciones necesarias se establecieron en el pasaje de la sentencia de la CPJI en el asunto *Concessions Mavrommatis en Palestine* citada en el párrafo 5. La primera condición para tal ejercicio es que

¹ Reproducido en *Anuario...* 1998, vol. II (primera parte).

² Por ejemplo, *World Investment Report 1997* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: E.97.II.D.10).