

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).

el Estado está facultado para proteger a sus nacionales, cuando son perjudicados por actos contrarios al derecho internacional que haya cometido otro Estado. Por tanto, es importante señalar que, para que surja una reclamación diplomática, debe existir primeramente la prueba de que se ha producido un perjuicio en contra de un nacional; que ese daño es contrario al derecho internacional; que ese daño es imputable al Estado en contra del cual se ha formulado la reclamación y que existe una relación de causalidad entre el daño producido y la imputación. Por tanto, son tres actores principales los que participan en un caso de reclamación internacional y de eventual protección diplomática: el sujeto lesionado en sus bienes, persona o derechos; el Estado que causa la lesión y, por último, el Estado que auspicia la reclamación. Pero, naturalmente, el Estado que ha causado el daño tiene prioridad para reparar el perjuicio antes de que se inicie el procedimiento de protección diplomática.

3. La segunda condición para el ejercicio de la protección diplomática mencionada en la sentencia de la CPIJ en el asunto *Concessions Mavrommatis en Palestine* es que los nacionales perjudicados no hayan podido obtener reparación por la vía ordinaria. Es decir, la regla que dispone la necesidad de acudir a los órganos de la jurisdicción interna para resolver controversias tiene como razón de ser la necesidad de permitir al Estado evitar una violación de sus obligaciones internacionales mediante la reparación oportuna.

4. El párrafo 11 del informe preliminar del Relator Especial señala también acertadamente que el Estado que defiende a sus nacionales no puede, en ejercicio de la protección diplomática, recurrir a la amenaza o el uso de la fuerza. Por tanto, una importante contribución que la Comisión podría hacer en el examen del tema es indicar los medios de que disponen los Estados para hacer valer sus derechos y los derechos de sus nacionales en el contexto de la protección diplomática.

5. También es importante determinar quién tiene interés jurídico directo inmediato y quién tiene las atribuciones y facultades para plantear una reclamación internacional. A su juicio, el Estado no tiene tal interés directo o inmediato. Si fuera así, los derechos de que se trate serían ineluctables y no podrían ejercerse a discreción del Estado. Por ejemplo, los acuerdos sobre la protección de inversiones extranjeras dan a las personas, ya sea naturales o jurídicas, la posibilidad de reclamar directamente la reparación, concediéndoles por tanto un estatuto similar al concedido a las Naciones Unidas en el asunto *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, según el cual tienen personalidad jurídica internacional por el hecho de estar facultadas a presentar una reclamación internacional. Lo mismo sucede en el caso de la cláusula Calvo³, según la cual el extranjero declina contractualmente la protección diplomática de su Estado de origen. En este caso también es evidente que sólo el individuo tiene un interés directo e inmediato en la reclamación. Por tanto, el debate sobre la ficción jurídica relativa al titular de esos derechos no lleva a ninguna parte, y la Comisión debería en cambio centrarse en los derechos y los intereses legítimos que se protegen. El orador ya ha

expresado la opinión de que el Estado ejerce sustitutoria-mente un derecho conferido originalmente al individuo.

6. Es de señalar que los inversores extranjeros se encuentran, por tanto, en una situación sumamente privilegiada frente a los nacionales, ya que tienen recurso a tres procedimientos para la protección de sus derechos: los recursos de la jurisdicción interna, la protección diplomática y el arbitraje internacional, en tanto que los nacionales sólo disponen de los recursos de la jurisdicción interna.

7. El orador desea también referirse a la inquietante cuestión de la presunta relación entre la protección diplomática y los derechos humanos. A su juicio, las dos cuestiones son totalmente distintas, y un examen más detenido de la cuestión revelaría que tradicionalmente la protección diplomática se ha referido estrictamente a los derechos patrimoniales, en tanto que los derechos humanos conciernen a la esencia misma de la libertad personal. Los derechos tradicionalmente comprendidos dentro de la protección diplomática comprenden el trato de la nación más favorecida y los requisitos de cumplimiento de los contratos impuestos a las empresas, cuestiones muy distintas de las preocupaciones tradicionales de derechos humanos.

8. El Sr. BROWNLIE señala a la atención el problema de tratar cuestiones del daño directo causado a los Estados que, aunque claramente no forman parte del mandato de la Comisión, suelen estar indisolublemente ligadas con las cuestiones de protección diplomática en el mundo real. A este respecto, bastarán tres ejemplos.

9. El incidente del *Rainbow Warrior*, relativo a la destrucción de un barco internacional de Greenpeace por una unidad de sabotaje de la marina francesa en el puerto de Auckland, condujo a reclamaciones en nombre del Estado de Nueva Zelandia relativas a violaciones de su soberanía y, en nombre de los Países Bajos, relativas a un fotógrafo que perdió la vida en el incidente y que fue considerado de nacionalidad neerlandesa a los efectos de la solución negociada por el Secretario General de las Naciones Unidas. Por tanto, el caso representaba un ejemplo velado de interés directo del Estado, de parte de Nueva Zelandia, y el interés de otro Estado en uno de los individuos involucrados en el episodio.

10. Un segundo ejemplo, el de Chernobyl, conllevó pérdidas económicas directas para personas en diversos Estados, así como la posibilidad para los propios Estados de reclamar por daños directos a su espacio aéreo, si lo hubieran deseado. El tercer ejemplo se refiere al satélite nuclear soviético *Cosmos 954*, que se desintegró en el espacio aéreo del Canadá en 1978, incidente que condujo a un arreglo diplomático entre el Canadá y la Unión Soviética⁴. La reclamación canadiense se refirió exclusivamente a los gastos efectuados por el Estado del Canadá para limpiar los desechos peligrosos que habían caído en territorio canadiense. Ahora bien, también en este caso intereses privados podían muy bien haber resultado dañados por la contaminación. La conclusión inevitable es que sería equivocado opinar que, porque se trate de daños directos, un episodio particular sea irrelevante a los efec-

³ Véase *Anuario... 1956*, vol. II, págs. 203 y 204, doc. A/CN.4/96.

⁴ *ILM*, vol. 18, 1979, pág. 899.

tos de la Comisión. Todos esos ejemplos conciernen a la protección diplomática real o potencial respecto de intereses privados. El hecho de que no conciernan exclusivamente a intereses privados no debe ponerlos fuera del ámbito competencial de la Comisión.

11. El Sr. BENNOUNA (Relator Especial) dice que cree recordar que la protección diplomática no es aplicable en los casos relativos a vehículos espaciales, en los que se invoca la responsabilidad estricta del Estado que lanzó el vehículo respecto de otros Estados. En cuanto a los demás casos mencionados por el Sr. Brownlie, convendría ciertamente tener presente que la distinción entre daño directo a los Estados y daño sufrido por los nacionales no siempre es tajante en la práctica.

12. Desea dar las gracias al Sr. Sepúlveda por destacar la distinción, como el propio Relator Especial ha tratado de hacer, entre la facultad discrecional del Estado de ejercer la protección diplomática, cuestión en la que están de acuerdo los miembros de la Comisión, y los derechos (y tal vez las obligaciones) involucradas, que dependen de las circunstancias particulares y del análisis a fondo requerido. Por tanto, a la luz de la reciente evolución en esferas tales como los derechos humanos y patrimoniales y las inversiones, el derecho en cuestión sería a veces el derecho del individuo, y la obligación del Estado de acogida sería a veces una obligación internacional asumida directamente respecto de la persona. La Comisión debería destacar la distinción entre el ejercicio de la protección diplomática, que sigue siendo un derecho del Estado, y los derechos y obligaciones en juego, que pueden ser un derecho del Estado o un derecho de la persona, con la posibilidad de cierta superposición entre ambos.

13. Agradece que se le recuerde que el Estado no ejerce invariablemente su derecho, y la prueba de ello es que el derecho a veces se transmite a la persona, la cual tiene acceso a los órganos internacionales. El Sr. Sepúlveda ha comparado acertadamente la protección conferida a las Naciones Unidas en el asunto *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* con el derecho a plantear una reclamación conferida a los inversores individuales. En ambos casos esa facultad es conferida por los Estados.

14. Esas contribuciones son una respuesta que agradece a sus peticiones de orientación y contribuyen a despejar el terreno a nivel conceptual y técnico, lo que permite a la Comisión abordar el fondo del problema. A su juicio, es prematuro decir que la protección diplomática no está relacionada con los derechos humanos y tiene que ver sólo con los derechos patrimoniales. Es cierto que en el pasado ha versado principalmente sobre cuestiones de propiedad, nacionalización e inversiones, pero el procedimiento incoado ante la CIJ en el asunto *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique)* por un Estado a raíz de la reciente ejecución de uno de sus nacionales en los Estados Unidos es un caso claro de relación con los derechos humanos.

15. Los miembros han planteado otro problema que merece consideración. Antes de que la coacción y la amenaza o el uso de la fuerza pueda eliminarse en el ejercicio de la protección diplomática, se necesitarían mecanismos apropiados para garantizar que la persona o el Estado pue-

dan defender los derechos de la persona. ¿Debería ser la gama de esos mecanismos tan amplia como sea posible o debería comprender sólo los recursos judiciales? ¿Deberían utilizarse los mecanismos de la diplomacia con preferencia a las reclamaciones ante los tribunales? Se ha convenido en que los privilegios e inmunidades diplomáticos, definidos en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (denominada en adelante «Convención de Viena de 1961») y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (denominada en adelante «Convención de Viena de 1963»), no se contemplarán en el futuro proyecto de artículos. Pero la intervención diplomática y los recursos judiciales reúnen muchos elementos en común, entre ellos el uso de la negociación, y el orador considera que ambos planteamientos deberían considerarse posibles elementos de la protección diplomática.

16. El Sr. ECONOMIDES dice que el Sr. Sepúlveda ha tenido razón en mencionar, en el contexto de la protección diplomática, el principio que prohíbe la amenaza o el uso de la fuerza, principio que pertenece ahora al ámbito del *jus cogens*. Debería estudiarse la idea de dedicar un artículo sobre ello en el futuro instrumento.

17. Está de acuerdo con los comentarios del Relator Especial sobre la protección diplomática de los derechos de propiedad. En efecto, la protección diplomática se invoca más frecuentemente en los casos en que se violan esos derechos, pero igualmente puede invocarse en otros casos. Por tanto, sería demasiado restrictivo suponer que la protección diplomática trata exclusivamente de los daños a los bienes. Cree también que la distinción entre derechos humanos y protección diplomática es menos tajante de lo que ha insinuado el Sr. Sepúlveda; debería considerarse más esa cuestión.

18. En cuanto al arbitraje internacional, mencionado por el Sr. Sepúlveda, señala que cuando un Estado presenta una denuncia, generalmente sucede una de las dos cosas siguientes: o bien el Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito reconoce el hecho ilícito y hay un arreglo amigable, o bien el Estado se niega a admitir el hecho ilícito y se produce una controversia internacional centrada en un caso de protección diplomática. Esas controversias tienen que resolverse por los procedimientos correspondientes a todas las controversias internacionales, que comprenden la negociación, el arbitraje y la solución judicial. En todos esos casos el Estado ejerce su protección diplomática respecto de sus nacionales.

19. El Sr. ROSENSTOCK dice que apoya la observación del Sr. Brownlie sobre la complejidad de ciertos casos relativos a la protección diplomática y la dificultad de trazar una distinción clara entre la protección diplomática y los derechos humanos. En el asunto sobre la *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique)*, esencialmente el Paraguay ejercitaba también una acción por violación de la Convención de Viena de 1963. El caso entraña ciertamente una obligación debida directamente al Estado del Paraguay, pero la cuestión de si concierne también a los derechos humanos es una cuestión sutil y compleja, y la respuesta no se proporcionaría hasta que la CIJ adoptara su decisión. En lo referente al tema que se trata, mostrar una mayor sensibilidad hacia los derechos humanos sería

hacer hincapié en la necesidad de evitar la apatridia, tal y como hizo la Comisión en el tratamiento del tema de la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados tras la decisión correspondiente al asunto *Nottebohm*. El razonamiento seguido en este caso no fue, *grosso modo*, erróneo, pero el resultado sí lo fue.

20. El Sr. SIMMA dice que, si el daño causado a un nacional extranjero entraña una violación de un derecho reconocido como derecho humano, nada puede impedir que el Estado de origen del nacional extranjero auspicie su reclamación. La práctica de la República Federal de Alemania, por ejemplo, ha destacado este planteamiento. Si el daño causado a extranjeros en forma de violaciones de los derechos humanos se excluyera de la aplicación de la protección diplomática, no se dispondría de recurso eficaz en los casos en que un extranjero no tenga acceso a procedimiento ante un órgano internacional de derechos humanos. Si en un contrato se prevé el arbitraje *ad hoc*, en ese caso el extranjero tendría que agotar los recursos de la jurisdicción interna y probablemente los recursos internacionales. En la mayoría de los casos de violaciones de los derechos humanos de extranjeros, sin embargo, tales como el encarcelamiento injusto o los malos tratos, esos procedimientos internacionales no están disponibles, y por tanto es vital confirmar el derecho del Estado de origen a ejercer la protección diplomática.

21. El Sr. SEPÚLVEDA dice que está de acuerdo con el Sr. Simma en que la protección diplomática y la protección de los derechos humanos pueden efectivamente coincidir en los casos en que se violan los derechos humanos. Sin embargo, sería ir demasiado lejos sugerir que ambos coinciden en todos los casos. Por ejemplo en el capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)⁵ se indica que ninguna Parte podrá requerir que una empresa de esa Parte que sea una inversión de un inversor de otra Parte nombre para los puestos de la administración superior a individuos de ninguna nacionalidad determinada. Si una de las Partes formula tal requerimiento en violación del Tratado, difícilmente cabría decir que se ha violado un derecho humano fundamental. Por tanto, cree que una de las primeras medidas debe ser definir la naturaleza del derecho que ha de protegerse.

22. El Sr. HERDOCIA SACASA dice que es esencial distinguir entre protección diplomática y protección de los derechos humanos, pero no cabe duda en absoluto de que la protección de los derechos humanos cae dentro de la categoría de protección diplomática, que no debe limitarse a la intervención en caso de daños a los bienes. La Convención americana sobre derechos humanos: «Pacto de San José de Costa Rica» (denominada en adelante «Pacto de San José») y otros instrumentos internacionales, por ejemplo, establecen el principio de que nadie puede ser privado arbitrariamente de sus bienes, pero ese principio está íntimamente relacionado con el derecho humano a un proceso con las debidas garantías.

⁵ *Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre el Gobierno del Canadá, el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*, México, M. A. Porrua, SECOFI, 1993.

23. El Sr. CANDIOTI dice que el informe preliminar y la exposición oral del Relator Especial han suscitado un provechoso debate en torno a los aspectos fundamentales de la protección diplomática que requieren mayor precisión a fin de sentar una sólida base conceptual para un examen detallado del tema. La protección diplomática, como ha revelado el análisis histórico del Relator Especial, en principio fue virtualmente el único medio de que disponían los Estados para proteger los derechos e intereses de sus nacionales en el extranjero, pero ahora existe junto con otros mecanismos e instituciones elaborados por la comunidad internacional a nivel regional e internacional, especialmente respecto de los derechos humanos. Sin embargo, la protección diplomática es a veces, de hecho, la única o la mejor opción para tratar un problema determinado.

24. Respecto de la cuestión de saber si, al ejercitar la protección diplomática, el Estado está haciendo valer su propio derecho o el derecho de un nacional perjudicado, cuestión planteada en el párrafo 54 del informe preliminar, una persona ligada por nacionalidad a un Estado forma parte de su población y, por tanto, es uno de los elementos constitutivos del Estado. Como ha señalado el Sr. Pambou-Tchivounda (2521.ª sesión), la protección de sus nacionales es un derecho fundamental del Estado, en el mismo plano que la preservación de su territorio y la salvaguardia de su soberanía. La protección diplomática por un Estado de sus nacionales y de sus intereses equivale a la defensa por el Estado de uno de sus elementos constitutivos, es decir, de sus propios derechos e intereses jurídicos. Sin embargo, al mismo tiempo, el Estado está defendiendo los derechos e intereses específicos del nacional perjudicado por otro Estado.

25. Como ha señalado el Sr. Herdocia Sacasa, no cabe trazar una distinción rígida entre los derechos del Estado y los derechos de sus nacionales; ambas series de derechos son complementarias y pueden defenderse conjuntamente. Por tanto, en la actual fase de desarrollo del derecho internacional en la que se reconocen ampliamente los derechos de la persona, no hay necesidad de calificar el mecanismo de la protección diplomática de ficción u otra creación artificial, lo que tal vez fuera apropiado en otros contextos históricos.

26. Conviene con otros oradores en la necesidad de actualizar la institución de la protección diplomática a la luz de la reciente evolución de la protección internacional de los derechos humanos. Se han hecho propuestas interesantes de innovación como contribución al desarrollo progresivo del derecho, algo que merece un análisis más detallado. Pero importa recordar que la protección diplomática es sólo una parte del inmenso ámbito de la responsabilidad internacional. Para dar efecto a la responsabilidad del Estado, crea una relación entre dos Estados: el Estado «protector» y el Estado contra el que se ejercita la acción, que se considera responsable de un hecho internacionalmente ilícito que ha causado un daño a un nacional del Estado «protector». El actual hincapié en la protección de los derechos humanos, hincapié que el orador aprueba totalmente, no debe hacer olvidar el hecho de que la relación de Estado a Estado es un elemento esencial para determinar la naturaleza de la protección diplomática.

27. El respeto de la independencia y de los demás derechos, entre ellos los poderes jurisdiccionales, del Estado contra el que se ejerce la protección diplomática y, en particular, la observancia del principio del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, son esenciales para regular la protección diplomática. Las observaciones del Sr. Sepúlveda son particularmente pertinentes a este respecto.

28. En materia de normas primarias y secundarias, ha surgido un consenso a favor de dejar de lado las normas primarias que establecen el contenido material de las obligaciones de los Estados en el trato de extranjeros y de inversiones extranjeras, y de centrarse en las normas secundarias que definen el fundamento, los términos, las modalidades y las consecuencias de la protección diplomática, aunque algunas de las normas primarias de carácter general podrían tenerse en cuenta. A este respecto apoya las propuestas hechas por el Relator Especial en los párrafos 59 a 62 y 64 del informe preliminar. Como se ha señalado en el debate, el estudio de la protección diplomática debe incluir el estudio de los medios para ejercerla. Ciertamente, han de excluirse la amenaza o el uso de la fuerza: los mecanismos tradicionales de arreglo pacífico de controversias, en particular la negociación pero también la mediación, los buenos oficios y el arbitraje, son mucho más apropiados y productivos. También debería tenerse debidamente en cuenta la cuestión de las contramedidas en el contexto de la protección diplomática.

29. A su juicio, el debate ha aclarado el punto de partida de los trabajos futuros y aporta material suficiente para formular conclusiones sobre las que sentar los futuros esfuerzos.

30. El Sr. BENNOUNA (Relator Especial) recuerda que, en la labor de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados, se convino en que el uso de las contramedidas no debería entrañar ninguna violación de los derechos humanos. La práctica internacional establecida confirma esa posición. La amenaza o el uso de la fuerza se consideran igualmente inaceptables en el ejercicio de la protección diplomática. No obstante, piensa que debería dejarse claro que las normas imperativas —*ius cogens*— han de respetarse al ejercer la protección diplomática.

31. Los miembros de la Comisión han declarado que la protección diplomática conlleva la protección de uno de los elementos constitutivos del Estado: la población. Esto es cierto según el principio de la jurisdicción del Estado en virtud de la relación con las personas, no con el territorio. Ahora bien, gracias a los progresos realizados en la esfera de los derechos humanos, la interpretación de la jurisdicción del Estado *ratione personae* es mucho más restrictiva hoy, y afortunadamente los Estados ya no tienen el derecho a hacer lo que deseen con su población.

32. El Sr. HAFNER dice que, en todo intento de comparar la protección de los derechos humanos con la protección diplomática, deben distinguirse los aspectos específicos de ambos. Por ejemplo, el contenido de los derechos humanos no debe confundirse con los medios de hacer valer esos derechos. Si se mantiene clara la distinción, podría responderse a las siguientes preguntas: ¿es la protección diplomática un derecho humano? No. ¿Puede una violación de los derechos humanos dar lugar a la protec-

ción diplomática? Sí. En virtud del efecto *erga omnes* de los derechos humanos, cualquier Estado podría presentar una queja contra otro Estado, pero debe trazarse una distinción clara acerca de si esa queja se plantea como consecuencia de la protección diplomática o de un derecho particular a presentar una queja en virtud de un régimen determinado, en cuyo caso la queja claramente no cae dentro del ámbito de la protección diplomática. No ve la necesidad de invocar las normas imperativas o las normas generales de derecho internacional en relación con la protección diplomática, ya que huelga decir que son aplicables.

33. La mención del Sr. Sepúlveda del capítulo XI del TLCAN plantea una cuestión muy interesante. Si un Estado plantea una reclamación en relación con el incumplimiento de una norma que no tiene efecto inmediato que no ha sido incorporada al derecho interno, se plantea la cuestión de saber si conlleva o no la protección diplomática, y el orador considera que no: el Estado está formulando una reclamación basada en su propio derecho. Lo mismo puede decirse del caso relativo a la *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique)*, en el que el Paraguay planteaba claramente una reclamación basada en su propio derecho, no en ejercicio de la protección diplomática.

34. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA, respondiendo a una observación hecha por el Relator Especial, dice que no son simplemente las normas imperativas sino la totalidad del derecho internacional lo que constituye una limitación al uso de la protección diplomática. Una vez aceptada la protección diplomática como institución del derecho internacional y una vez aceptado su uso como facultad discrecional del Estado, el Estado tiene la obligación primordial de ejercer esa facultad de conformidad con el derecho internacional en su conjunto.

35. El Sr. ECONOMIDES dice que la observación del Sr. Candioti de que la protección diplomática siempre existió paralelamente con otras posibilidades disponibles a los individuos plantea la difícil cuestión de la relación entre la protección diplomática y todos los demás recursos disponibles de carácter interno o internacional. Todo el mundo está de acuerdo en que el derecho interno tiene precedencia en todos los casos y que la protección diplomática es algo excepcional, ya que entraña la intervención de un Estado como especie de último recurso. Pero no está claro si todos los recursos internacionales tienen precedencia o sólo aquellos que conducen a un arreglo obligatorio. Su opinión es que todos los recursos internacionales tienen precedencia sobre la protección diplomática y que un Estado sólo puede intervenir si el arreglo a que dieron lugar esos recursos no se respeta.

36. El Sr. Hafner tiene razón al decir que, en principio, la Comisión no tiene que tratar las cuestiones generales de derecho internacional. Pero existe el problema de que la protección diplomática es una relación que puede crear una controversia o un clima de conflicto entre Estados. En consecuencia, convendría hacer referencia expresa a las normas imperativas de derecho internacional, en particular el principio de no utilización de la fuerza y también el principio de que las contramedidas no son aplicables en la esfera de los derechos humanos.

37. Por último, refiriéndose a una cuestión técnica, debe recordarse que la población de un Estado consiste no sólo en los nacionales sino también en los extranjeros y los apátridas, que no gozan de protección diplomática.

38. El Sr. MIKULKA dice que en líneas generales está de acuerdo con el contenido del informe preliminar del Relator Especial. Sin embargo, si la observación que acaba de hacer el Relator Especial sobre las normas imperativas se interpreta a contrario, la Comisión puede encontrarse en la situación de celebrar un debate parecido al de las contramedidas. Las contramedidas dan a un Estado el derecho a hacer caso omiso de ciertas normas de derecho internacional pero no de las normas imperativas. La protección diplomática, sin embargo, debe ejercitarse pura y simplemente de conformidad con todas las normas de derecho internacional, no solo con las de *jus cogens*.

39. La cuestión planteada por el Sr. Economides respecto de si los recursos de carácter internacional tienen preferencia sobre la protección diplomática requiere un estudio más detallado. No está claro si un Estado puede ejercer la protección diplomática paralelamente con un recurso internacional entablado directamente por la persona perjudicada o si el Estado tiene el derecho a ejercer la protección diplomática cuando trate de hacer revocar una decisión dictada contra la persona por el órgano internacional de que se trate.

40. Comparte las dudas del Relator Especial sobre si debería mantenerse una distinción rígida entre normas primarias y secundarias. La posición del Relator Especial suscita la cuestión de saber si la Comisión no debería examinar, bajo el tema en estudio, algunas de las cuestiones que no caen dentro de la categoría de las normas secundarias, por ejemplo la cuestión de la nacionalidad.

41. El Sr. GOCO, respondiendo a una cuestión planteada por el Sr. Hafner, dice que la cuestión consiste en saber si el derecho del Estado existe independientemente del daño sufrido por la persona o de la acción que pueda ejercitar. El párrafo 51 del informe preliminar dice que es concebible que el Estado no pueda plantear una reclamación internacional contra la voluntad del nacional de que se trate. Esta es también la doctrina Calvo, relativa al rechazo contractual del individuo de la protección diplomática de su Estado de origen. ¿Podría un Estado invocar la protección diplomática en esas circunstancias y proceder, por ejemplo, en base a un tratado contra la voluntad expresa de la persona perjudicada? Si pudiera, en ese caso la persona se convertiría simplemente en un aspecto procedimental del caso. Esta parece ser la verdadera cuestión que ha de resolver la Comisión.

42. El Sr. SEPÚLVEDA dice que el caso de la *North American Dredging Company*, tratado por la Comisión General de Reclamaciones entre México y los Estados Unidos de América, es relevante respecto de la observación hecha por el Sr. Goco acerca de la cláusula Calvo. En su contrato con el Gobierno mexicano, la empresa había acordado no recurrir a la protección diplomática de los Estados Unidos. La Comisión de Reclamaciones había decidido que el contrato era válido y que, por tanto, la reclamación presentada por el Gobierno de los Estados

Unidos no era admisible⁶. El caso suele citarse como reafirmación de la cláusula Calvo.

43. El Sr. SIMMA dice que siempre ha entendido que el caso de la *North American Dredging Company* sostenía el principio de que una persona natural o jurídica no puede renunciar a un derecho que no sea suyo.

44. El Sr. SEPÚLVEDA dice que lo esencial es que la Comisión General de Reclamaciones entre México y los Estados Unidos rechazó la reclamación presentada por el Gobierno de los Estados Unidos basándose en que el contrato era válido.

45. El Sr. BENNOUNA (Relator Especial) dice que el Sr. Simma está equivocado respecto de la cuestión específica que se debate. El caso de la *North American Dredging Company* se cita en la doctrina como convalidación de la doctrina Calvo, pero las cosas no son tan sencillas. Hay también una doctrina occidental específica, como ha señalado el Sr. Simma, según la cual la persona no puede renunciar a un derecho que no sea suyo. Pero la jurisprudencia no sigue esa línea. El debate que él, como Relator Especial, ha planteado a la Comisión no es artificial y debe seguir abierto. El orador desea proponer que, aunque no haya problema respecto del ejercicio de la facultad discrecional del Estado, la Comisión debe examinar más detenidamente los derechos y obligaciones afectados. En efecto, el propósito de su informe preliminar era ahondar en los matices de la doctrina tradicional.

46. El Sr. KABATSI dice que la posición del Relator Especial es que, a la luz de la evolución de los derechos de la persona a nivel internacional, la Comisión debería reconsiderar el derecho tradicional expresado en el caso *Concessions Mavrommatis en Palestine*. Al Relator Especial no le gusta la «ficción» de los intereses del Estado, para diferenciarlos de los de la persona, en relación con la asunción de reclamaciones. Ha argüido acertadamente que si ahora es cierto que en los casos de derechos humanos la persona pueda utilizar recursos distintos de la protección diplomática, la Comisión debería abandonar la «ficción» estricta de que el Estado está asumiendo o auspiciando su propio derecho y no el derecho de la persona. El Relator Especial pide orientación a la Comisión sobre esta cuestión.

47. Pide también orientación acerca de si la Comisión debería reexaminar la propuesta del Grupo de Trabajo formulada en el 49.º período de sesiones de limitar el tema a la codificación de las normas secundarias⁷. La posición del Relator Especial que, siempre que sea apropiado, la Comisión debería examinar también las normas primarias con miras a codificar debidamente las normas secundarias. El Relator Especial acepta, en el párrafo 5 de su informe preliminar, que el tema esté maduro para la codificación, es decir, acepta la posición del Grupo de Trabajo y el hecho de que el origen consuetudinario del principio en el asunto *Concessions Mavrommatis en Palestine* está bien establecido en derecho internacional. Aun cuando lo califica de ficción jurídica, en realidad el Relator Especial

⁶ *Opinions of Commissioners under the Convention concluded 8 September 1923 between the United States and Mexico — 4 February 1926 to 23 July 1927*, Washington, D. C. United States Government Printing Office, 1927, págs. 31 y 32.

⁷ *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párrs. 180 y 181.

no está poniendo en duda el derecho del Estado a proteger a sus nacionales cuando los recursos de la jurisdicción interna no lo hayan hecho. El debate de la Comisión ha aportado la orientación pedida por el Relator Especial: los conceptos de intereses del Estado y de intereses de la persona deberían por el momento permanecer separados, aunque sean complementarios. En la mayoría de los casos el ejercicio de la protección diplomática conlleva la aplicación de derechos humanos y además aún quedan casos en que la persona no dispone directamente de un recurso.

48. En la fase actual, la Comisión no tiene por qué preocuparse de las vías disponibles para hacer valer las reclamaciones de las personas por medio del mecanismo establecido en los tratados de derechos humanos. La Comisión tiene que seguir el esquema del Grupo de Trabajo y responder a las distintas cuestiones suscitadas en los epígrafes de los cuatro capítulos. La mayoría de los detalles de las cuestiones se enuncian en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 49.º período de sesiones⁸. La tarea de la Comisión es aclarar esas cuestiones.

49. Tiende a estar de acuerdo con el Relator Especial en que la labor de codificación debería limitarse a las normas secundarias pero que, siempre que sea necesario, también podrían considerarse incidentalmente las normas primarias.

50. El Sr. KUSUMA-ATMADJA dice que, en lo que se refiere a la posición de las personas, la cuestión consiste en saber si un Estado puede ejercer el derecho a proteger a sus nacionales aun cuando el nacional afectado haya indicado que no desea ampararse en ese derecho. Es una cuestión importante, ya que la situación variará naturalmente según se trate de personas naturales o de personas jurídicas. Por tanto, el orador considera también que la cuestión debería tratarse con la máxima cautela.

51. El Sr. GOCO dice que desea saber si, en el supuesto de una presunta violación de los derechos humanos fundamentales, el Estado de la víctima podría, en ejercicio de su facultad discrecional, negarse a conceder la protección diplomática.

52. El Sr. KABATSI dice que, si la persona no tiene acceso a diversos recursos en virtud de los mecanismos previstos por un tratado, el Estado podría ejercer la protección diplomática y, a su juicio, incluso si se hubiera violado un derecho humano fundamental, esa seguiría siendo la posición. Sin embargo, el Estado, por diversas razones, podría desear declinar la asunción de la cuestión.

53. El Sr. HE dice que la protección diplomática, que ha tenido una historia desafortunada, podría considerarse una extensión del poder colonial o una institución impuesta por los Estados poderosos a los débiles. Sigue causando gran preocupación a los países pequeños y en desarrollo. Por tanto, ha llegado el momento de reevaluar los principios en que se basa.

54. La sentencia de la CPJI en el asunto *Concessions Mavrommatis en Palestine* proclamó como principio elemental del derecho internacional que el Estado está facultado para proteger a sus nacionales cuando resulten lesionados por actos contrarios al derecho internacional

cometidos por otro Estado y respecto de los cuales los nacionales no hayan podido obtener satisfacción por las vías ordinarias. Merece la pena señalar que en algunos países tanto las personas naturales como las personas jurídicas pueden sufrir un daño en derecho interno que constituya una violación de principios de derecho internacional. Esto sucede a causa de los diferentes grados de desarrollo, la diferencia de sistemas jurídicos y los diferentes grados en que los principios de derecho internacional se han incorporado al derecho interno. Por ejemplo, actos tales como la nacionalización o la requisita, que son legítimos en derecho interno, pueden ser contrarios al derecho internacional, en tanto que actos tales como la rebelión y la acción armada, que son contrarios al derecho interno, no tienen por qué ser necesariamente contrarios al derecho internacional.

55. Por tanto, hay un enfrentamiento y un nexo entre el derecho interno y el derecho internacional, y es importante adaptar el primero a los principios del segundo. En su informe preliminar el Relator Especial señala que la institución de la protección diplomática ha evolucionado con el tiempo y reseña dos factores en particular: la evolución de los derechos de las personas, por una parte, y de los derechos de las personas jurídicas como inversores extranjeros, por la otra. La tendencia a reconocer los derechos de la persona, a permitir a los individuos que tengan cada vez más acceso a los órganos internacionales y a ser parte en procedimientos ante los tribunales internacionales, y también la tendencia que permite a las personas jurídicas extranjeras tener acceso directo al CIADI, tendrían un efecto importante sobre la función tradicional de la protección diplomática.

56. Ahora bien, no puede estar de acuerdo en que esa función esté anticuada, dada la necesidad de recurrir a la protección diplomática para proteger al nacional de un Estado perjudicado por actos de otro Estado que sean contrarios al derecho internacional. No obstante, dada la evolución que ha mencionado, el marco cambiante de la protección diplomática permitiría a los Estados plantear reclamaciones en nombre de sus nacionales lesionados. Además, la estructura cada vez más compleja de las personas jurídicas, como se manifiesta en el caso *Barcelona Traction*—ya que una empresa puede tener una nacionalidad y sus accionistas diversas otras nacionalidades—, haría aún más difícil para el Estado de la nacionalidad de la persona jurídica adoptar medidas. El problema es si el Estado cuya nacionalidad posea la empresa tiene un interés real en plantear el caso ante un tribunal internacional.

57. A la vista de todos esos factores, la teoría, el marco y la función tradicionales de la protección diplomática deberían revalorizarse.

58. Aunque el Grupo de Trabajo ha decidido que el tema debería limitarse a las normas secundarias, centrarse exclusivamente en esas normas sólo haría la labor más difícil, dado que la Comisión tendría que estudiar las condiciones en que se ha ejercido la protección diplomática. Esas condiciones comprenderían la norma de las «manos limpias»—un caso extremo, como ya se ha señalado, entre las normas primarias y las normas secundarias— y también el agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna. Las dos cuestiones son complicadas y no cabe descartar en ellas la posibilidad de entrar en el ámbito de las normas primarias.

⁸ *Ibíd.*, párr. 189.

59. El Sr. BROWNLIE dice que, en cierta medida, es cierto que la institución de la protección diplomática ha tenido una historia desafortunada y que se ha abusado y podría seguirse abusando de ella. Pero hay una distinción evidente entre la esencia de algo y el abuso de ello. Por ejemplo, un vehículo automóvil puede utilizarse para llevar personas al hospital pero también para ayudar a un robo a mano armada, y no ha sido abolido por esa razón. No es cierto que la protección diplomática sea utilizada sólo por los Estados fuertes contra los débiles. Frecuentemente se utiliza entre Estados de igual posición y a menudo dentro de la misma región. Cuando determinados judíos en la Rusia zarista que habían adquirido la nacionalidad de los Estados Unidos fueron perseguidos, las protestas de los Estados Unidos se dirigieron contra el Gobierno ruso de la época⁹. En el decenio de 1960, China dirigió protestas contra Indonesia¹⁰ y contra Mongolia¹¹ por el trato de nacionales suyos residentes en esos territorios; y, de nuevo, a finales del siglo XIX y principios del XX, hubo protestas de China por el hecho de que los Estados Unidos no protegieran a los residentes chinos en los Estados Unidos contra los disturbios¹² y también por Italia respecto de los daños sufridos por los nacionales italianos en disturbios en Nueva Orleans¹³. Es importante no generalizar indebidamente.

60. El Sr. GALICKI dice que, a la vista del informe preliminar y del debate en la Comisión, la creación de un grupo de trabajo sobre la protección diplomática sería beneficiosa para el ulterior desarrollo del tema.

61. No es fácil responder a la cuestión planteada en el párrafo 54 del informe preliminar, a saber, al interponer una reclamación internacional, el Estado ¿hace valer su propio derecho o el de su nacional perjudicado? Según el criterio internacional, el derecho a ejercer la protección diplomática es un derecho discrecional del Estado de la nacionalidad. Según esto, la posición de la persona perjudicada es muy débil y depende totalmente de la voluntad del Estado de su nacionalidad. Sin embargo, como acertadamente se dice en el párrafo 52, la atribución de derechos a particulares por la vía convencional puede llegar hasta el punto de permitirles que tengan acceso directo a mecanismos y tribunales internacionales para garantizar el respeto de esos derechos. A este respecto, los ejemplos citados en la sección B del capítulo I del informe parecen indicar que, en el caso particular de los derechos inherentes de las personas hasta ahora comprendidos en la normativa internacional de los derechos humanos, cabría sustituir a los Estados por personas o al menos permitir a las personas que actúen paralelamente con los Estados en las esferas hasta ahora confinadas a la protección diplomática ejercida exclusivamente por los Estados.

62. No debería olvidarse que el concepto mismo de nacionalidad —fundamento del ejercicio de la protección diplomática— ha experimentado cambios importantes. Ya no puede definirse la nacionalidad —como se hacía en el apartado a del artículo 1 del proyecto de convención

sobre la nacionalidad preparado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard¹⁴— como «la situación de la persona natural relacionada con un Estado por el vínculo de fidelidad». Dado que se ha desarrollado el fenómeno de la subjetivización de las personas, el «vínculo jurídico» de la nacionalidad se ha convertido menos en un «vínculo de fidelidad» y más en una cuestión de derechos y obligaciones recíprocos entre la persona y el Estado. La existencia de esos derechos y obligaciones como elemento de la nacionalidad ha sido destacada por la CIJ en el caso *Nottebohm*. Además, el derecho a la nacionalidad se reconoce en un número creciente de tratados internacionales como uno de los derechos humanos que han de ser disfrutados por todas las personas.

63. Aunque el concepto de nacionalidad como «vínculo de fidelidad» entre el Estado y la persona coincide con el planteamiento tradicional de la protección diplomática, el concepto del derecho a la nacionalidad como derecho humano prepara el camino para ciertas consideraciones ulteriores relativas a la protección diplomática como institución íntimamente relacionada con la nacionalidad. Ya se están produciendo algunos cambios muy interesantes en la actitud de los Estados respecto de la cuestión de la protección que conceden a sus nacionales. Algunas constituciones nuevas, entre ellas la Constitución polaca¹⁵, disponen que un nacional en el extranjero tiene derecho a la protección de su Gobierno. Por tanto, el orador está totalmente de acuerdo en que hay claros indicios de que al menos algunos Estados son partidarios de considerar el derecho a la protección diplomática como un derecho humano que puede ser invocado por las personas y que no depende exclusivamente de la discreción de los Estados.

64. El derecho a la protección del Estado enunciado en la Constitución polaca figura en el capítulo II, que trata de los derechos humanos y civiles, y está garantizado por recursos judiciales. Por tanto, es posible reconocer que, al menos en la práctica constitucional, pudiera estar apareciendo un nuevo derecho humano a la protección diplomática.

65. En suma, primero, la subjetivización de las personas, que ha tenido un fuerte efecto sobre el concepto tradicional de protección diplomática, debería considerarse cuando la Comisión elabore los principios apropiados. Incluso si no hay acuerdo general sobre la cuestión de las personas como sujetos de derecho internacional, las personas están adquiriendo gradualmente un número cada vez mayor de derechos subjetivos en virtud del derecho internacional. Segundo, la relación entre la nueva normativa internacional de los derechos humanos y las normas tradicionales de la protección diplomática debería analizarse a fondo. Tercero, la cuestión de un derecho humano a la protección diplomática debe considerarse con miras a que ese derecho lo ejerza el Estado de la nacionalidad. Y por último, a la luz de las crecientes posibilidades de que las personas tengan acceso directo a los órganos y tribunales internacionales, debería examinarse cuidadosamente el ejercicio paralelo, por los Estados y por las per-

⁹ Moore, *Digest* (1906), vol. II, págs. 8 y ss.

¹⁰ «Chronique», *RGDIP*, vol. 70 (1966), págs. 1013 y ss.

¹¹ *Ibid.*, vol. 71 (1967), págs. 1067 y 1068.

¹² Moore, *Digest* (1906), vol. VI, págs. 820 y ss.

¹³ *Ibid.*, págs. 837 y ss.

¹⁴ *Research in International Law: I. Nationality*, Cambridge (Massachusetts), Harvard Law School, 1929, pág. 13.

¹⁵ Polonia, Constitución aprobada el 2 de abril de 1997, cap. II, art. 36.

sonas, de los derechos tradicionalmente comprendidos dentro de la protección diplomática.

66. El Sr. BENNOUNA (Relator Especial) dice que está de acuerdo en que una evaluación de los distintos derechos internos y de los principios constitucionales sobre la protección diplomática sería útil y confía en que la secretaría ayude en la cuestión.

67. Le interesaría ver las disposiciones correspondientes de la Constitución polaca con arreglo a las cuales, según el Sr. Galicki, la protección diplomática se eleva a la categoría de derecho humano. Además, el Sr. He ha hablado de la necesidad de determinar en qué medida la protección diplomática se rige por el derecho interno y en qué medida cae dentro del derecho internacional. Podría haber un problema en el derecho interno en el caso de un recurso ejercitado por la persona frente a su Estado cuando no la haya protegido. Por otra parte, a nivel internacional, el derecho a actuar o no actuar queda a discreción del Estado; pero discrecionalidad no significa arbitrariedad. En derecho interno pueden existir los derechos establecidos a la protección diplomática pero, a su juicio, tales derechos no existen a nivel internacional. En cualquier caso, el derecho internacional aún no ha llegado a esa fase. Por ello, sería de gran interés una evaluación de los distintos derechos nacionales. Se ha sugerido que podría pedirse la asistencia de los Estados en esta materia, pero el problema es que, en general, los Estados no responden. Por tanto, preferiría que la secretaría hiciera la investigación correspondiente.

68. El Sr. GOCO dice que es evidente que discrecionalidad no es lo mismo que arbitrariedad. El Estado protege naturalmente sus intereses pero, en el caso de la protección diplomática, no hay normas firmes y concretas. Al mismo tiempo, no debe desconocerse la función de los medios internacionales de comunicación, dada la imagen que podría darse de un Estado extranjero que no prestara protección diplomática a una víctima determinada, aunque cabe suponer que un Estado extranjero que decidiera discrecionalmente no conceder la protección diplomática habría sopesado todas las consecuencias.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2523.ª SESIÓN

Viernes 1.º de mayo de 1998, a las 10.00 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. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sree-

nivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Thiam, Sr. Yamada.

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 (conclusión)

1. El Sr. MELESCANU dice que con ocasión del debate actual sobre el informe preliminar del Relator Especial (A/CN.4/484), se han planteado ya todas las cuestiones teóricas principales, especialmente la de la relación entre el derecho del Estado a ejercer la protección diplomática y los derechos del individuo, y la de la relación entre las normas primarias y las normas secundarias. Sin embargo, desde un punto de vista práctico, parece necesario hacer dos observaciones importantes. La primera es que la institución de la protección diplomática merece ser codificada, aunque en los últimos tiempos los asuntos de protección diplomática hayan sido escasos en la práctica de los Estados. En efecto, la protección diplomática representa la última garantía para todo nacional. Esa codificación debe basarse además en la concepción clásica de la institución; de otro modo, los Estados no la aceptarían, precisamente porque la única práctica de los Estados se basa en esa concepción. Sin embargo, ha habido en ella una evolución que naturalmente es preciso tener en cuenta. Habrá que estudiar, por ejemplo, la cuestión de si un Estado que ha obtenido un resarcimiento en el ejercicio de la protección diplomática puede negarse a resarcir al nacional en cuyo nombre haya ejercido esa protección, aduciendo que el derecho ejercido es suyo. Para el Sr. Melescanu, la Comisión debe responder a esa pregunta negativamente e imponer al Estado la obligación pertinente. Igualmente por razón de la evolución ocurrida no se podrá limitar el ejercicio de la protección diplomática a los derechos patrimoniales.

2. La segunda observación se refiere a la relación entre la protección diplomática y el ejercicio de los recursos de que actualmente disponen los individuos, especialmente en materia de derechos humanos. Para el Sr. Melescanu, hay que distinguir claramente el ejercicio de la protección diplomática del ejercicio de esos derechos de recurso, pero hay que determinar también la relación entre ambas instituciones. Habrá que preguntarse, por ejemplo, si un Estado puede ejercer su protección diplomática de forma paralela a un recurso individual o después de que haya recaído una decisión desfavorable con respecto a su nacional. Sin embargo, la distinción sigue siendo muy clara y ello por cuatro razones.

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