

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).

3. En primer lugar, en el marco de los mecanismos de protección de los derechos humanos que ofrecen recursos a los individuos, la acción ejercida por éstos se dirige casi siempre contra el Estado del que son nacionales. Por consiguiente, los Estados apenas tienen ocasión de ejercer la protección diplomática en materia de derechos humanos. En segundo lugar, la institución del recurso individual se creó precisamente para sustituir a la protección diplomática, a fin de permitir al individuo hacer valer directamente sus derechos: no se trata en modo alguno de una evolución de la protección diplomática. En tercer lugar, hay una diferencia muy clara entre las dos instituciones, porque la protección diplomática se deriva del derecho consuetudinario, mientras que el ejercicio de un recurso individual en materia de derechos humanos tiene siempre una base convencional. En cuarto lugar, hay diferencias tan marcadas entre el sistema internacional de protección de los derechos humanos y los sistemas regionales —y en particular el más desarrollado de éstos, que es el europeo— que sería sumamente difícil encontrar un denominador común que pudiera integrarse en el marco de la protección diplomática. En consecuencia, para el Sr. Melescanu la protección diplomática es una institución fundamental que debe codificarse con arreglo a su concepción clásica, sin dejar de tener en cuenta la evolución del derecho.

4. El Sr. SIMMA señala que la diferencia entre los recursos individuales en materia de derechos humanos y la protección diplomática no es tan marcada como parece. En algunos casos, un elemento de protección diplomática puede completar un recurso en materia de derechos humanos. Así, en el asunto *Soering*², el Gobierno alemán intervino en nombre de un nacional suyo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La doctrina reconoce además que existe un vínculo, al menos teórico, entre las dos instituciones.

5. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA se pregunta si el hecho de que Alemania interviniera en el asunto *Soering*, mencionado por el Sr. Simma, permite llegar a la conclusión de que ejerciera efectivamente su protección diplomática. En su opinión, para responder a esa pregunta habría que estudiar previamente la relación entre los recursos individuales en materia de derechos humanos y la protección diplomática.

6. El Sr. BENNOUNA (Relator Especial) dice que es evidente que el ejercicio de la protección diplomática y el ejercicio de recursos en materia de derechos humanos deben distinguirse, y nadie ha pretendido nunca lo contrario. La protección diplomática se basa en normas secundarias, mientras que los derechos humanos constituyen normas primarias. Sin embargo, no deja de ser cierto que el derecho ha evolucionado, aunque sólo sea con la adopción de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos³, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que los nuevos derechos así conferidos al indivi-

duo quedan comprendidos sin duda en el campo de la protección diplomática.

7. El Sr. ECONOMIDES observa que la relación entre la protección diplomática y los mecanismos de recurso individuales no es tan sencilla. Hay que distinguir tres casos. En primer lugar, un recurso puede ejercerse por un individuo contra el Estado del que es nacional; ese caso no afecta en nada a la protección diplomática. En segundo lugar, un individuo puede ejercer un recurso contra un Estado extranjero, en cuyo caso hay un paralelismo, ya que el Estado puede ejercer su protección en beneficio de su nacional. Sin embargo, en la práctica, un gobierno no lo hará nunca y dejará que el interesado interponga su recurso. En tercer lugar, un Estado puede ejercer un recurso estatal en la esfera de los derechos humanos contra otro Estado, en un caso en que podría ejercer también su protección diplomática. Corresponde al Estado elegir la vía que desea utilizar, y la Comisión no debe examinar tal situación. Por ello, resulta demasiado sencillo decir que se trata simplemente de una oposición entre normas secundarias y normas primarias; la cuestión debe analizarse a fondo.

8. El Sr. KABATSI pregunta al Sr. Simma si, en el caso *Soering*, el Estado no ejerce su propio derecho y no los del individuo al que se subroga.

9. El Sr. SIMMA dice que ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pueden intervenir tres Estados: el Estado objeto de la demanda, el Estado que la presenta y el Estado cuya nacionalidad tiene la persona que presenta la demanda. Si, como en el asunto mencionado, se trata de este último Estado, cabe decir que hay un elemento de protección diplomática, porque se trata también de proteger derechos que se derivan para el individuo del Convenio europeo de derechos humanos.

10. El Sr. BROWNLIE señala que, aunque se admita que el sistema de recursos establecido en el marco del Convenio europeo de derechos humanos se inspira en gran parte en la protección diplomática, el Estado que interviene ante el Tribunal no se subroga al individuo de que se trate sino que interviene de una forma paralela, lo que explica que Estado e individuo tengan una representación distinta ante el Tribunal, como en el asunto *Loizidou c. Turquie*.

11. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que la cuestión de los trabajos sobre el tema depende en gran medida del equilibrio que la Comisión sepa encontrar entre el realismo y el idealismo que han caracterizado al derecho de la protección diplomática, cuyo desarrollo se ha hecho en diferentes épocas y siguiendo diferentes tendencias.

12. En un principio hubo una concepción clásica de un derecho bilateral, discrecional, que hacía del Estado el sujeto de derecho internacional a expensas de la parte realmente lesionada. Para limitar los abusos derivados de las desigualdades entre Estados, surgieron entonces la cláusula Calvo⁴ y, más recientemente, las tentativas realizadas para dar a esa restricción una formulación nueva en los años setenta, en el marco de lo que se llamó el nuevo orden económico internacional. Sin embargo, se pudo

² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Série A: arrêts et décisions*, vol. 161, decisión de 26 de enero de 1989 y fallo de 7 de julio de 1989, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1989.

³ Resolución 217 A (III) de la Asamblea General.

⁴ Véase 2522.ª sesión, nota 3.

comprobar en tercer lugar el hecho curioso de que los mismos Estados que luchaban contra los abusos de la protección diplomática ante las instancias internacionales concertaban paralelamente acuerdos de fomento de las inversiones, dando al Estado del inversor el derecho a recurrir al arbitraje internacional o reconociendo ese mismo derecho a personas físicas o morales, es decir, haciendo a éstas sujetos de derecho internacional. Esta es la realidad que habrá de tomar en consideración si se quiere que la labor de la Comisión no sea puramente teórica.

13. Por otra parte, como se recuerda en el párrafo 34 del informe preliminar, se dispone ahora de una serie de grandes convenciones multilaterales en materia de derechos humanos que hacen del daño causado a un extranjero una violación de esos derechos. Sin embargo, al revés de lo que ha ocurrido con las inversiones, los medios de que disponen los individuos para obtener reparación han seguido siendo rudimentarios, lo que ofrece un contraste sorprendente entre la amplitud de los derechos humanos y el pequeño número de sujetos que pueden ejercerlos. Y ello no cambia mucho por el hecho de que se trate de obligaciones *erga omnes*. Se observa también que la práctica reciente de los Estados suele considerar las reclamaciones de los individuos desde el ángulo de las violaciones de derechos humanos más que en términos de protección diplomática, por lo menos si no se trata de inversiones. En realidad, los Estados no consideran que haya dos esferas que se excluyan mutuamente, sino más bien dos terrenos complementarios.

14. El Sr. Al-Khasawneh concluye diciendo que el trabajo emprendido por la Comisión debe orientarse esencialmente a codificar el derecho de la protección diplomática en su sentido tradicional. Los notables progresos realizados en la esfera de los derechos humanos no deben sustituir a esa concepción clásica como punto de partida de la reflexión. Ese trabajo debe proponerse también codificar y desarrollar progresivamente las normas secundarias, en el entendido de que la distinción entre normas primarias y normas secundarias no siempre es muy clara, como se ve en el caso de la norma de «manos limpias». El antiguo régimen de la protección diplomática ha superado la prueba del tiempo y su jurisprudencia es abundante, pero está en decadencia por el hecho de la aparición de normas de inversión más rigurosas y del desarrollo de los derechos humanos. Es precisamente la tensión entre esas tendencias la que da interés al tema.

15. El Sr. PELLET se felicita de que el Relator Especial haya planteado desde el principio en su informe preliminar muchas cuestiones importantes, que en su opinión corresponden a dos grandes problemáticas que va a tratar sucesivamente: la de las circunstancias históricas del nacimiento de la protección diplomática, de la ficción jurídica que es el origen de esa institución, y las relaciones de ésta con los derechos humanos, por una parte, y la de la naturaleza primaria o secundaria de las normas que la Comisión debe codificar y las relaciones del tema considerado con el de la responsabilidad de los Estados, por otra.

16. El Relator Especial ha hecho bien en recordar que la institución de la protección diplomática es inseparable de las dos grandes ideas antiguas en que se basa el derecho

internacional contemporáneo: la soberanía del Estado y la responsabilidad internacional. Por ello, se remite con acierto, en el párrafo 6 de su informe preliminar, a Vattel⁵, campeón de la soberanía triunfante del Estado. Esa idea de que el derecho internacional es ante todo un asunto entre Estados soberanos fue reafirmada con vigor en la decisión por la que concluyó el asunto «Lotus»⁶, resuelto tres años después del asunto *Concessions Mavrommatis en Palestine*, que había dado ocasión para expresar brillantemente la teoría «tradicional» de la protección diplomática.

17. Sin embargo, la indignación que manifiesta el Relator Especial ante la institución de la protección diplomática no está totalmente justificada. En primer lugar, se trataba de paliar los inconvenientes y las injusticias que padecían las personas físicas o morales. Lejos de ser una institución opresiva, la protección diplomática permitió corregir, al menos parcialmente, las injusticias de un sistema que reducía a la persona privada, tanto individuos como personas morales, no a la condición de sujeto de derecho internacional sino a la de objeto de violaciones de ese derecho. La protección diplomática no es tampoco en esencia discriminatoria, como se dice en el párrafo 8 del informe. Lo es en su ejercicio, que, por la naturaleza de las cosas, se reserva prácticamente a los Estados más poderosos. El Sr. Brownlie ha recordado al respecto que no hay que caricaturizar: la institución está a disposición de todos los Estados; sin embargo, hay que admitir que hay Estados «más iguales» que otros. En este sentido, es por otra parte un elemento del derecho de la responsabilidad —que, según Jessup, se deriva de la «diplomacia del dólar»— cristalizado esencialmente a finales del siglo XIX y principios del XX en las relaciones, muy desiguales, que mantenían Europa y América del Norte por una parte y América Latina por otra, es decir el tercer mundo de aquella época. Por otro lado, América Latina reaccionó ante las normas que se le imponían, como prueban la cláusula Calvo y la doctrina Drago⁷.

18. Por último, la institución de la protección diplomática no supone tampoco, por sí misma, una amenaza para los derechos humanos. Al contrario, es un medio de garantizar su protección, aunque no sea ese su propósito principal y, cuando los derechos humanos han sido violados por un Estado en la persona del nacional de otro Estado, permite a éste intervenir a falta de otros mecanismos de protección. Por lo demás, el Relator Especial tal vez no tenga razón en situarse exclusivamente en el terreno de los derechos humanos, terreno que se encuentra a un nivel conceptual y práctico diferente. En efecto, la protección diplomática sirve también en otras esferas que no tienen nada que ver con los derechos humanos fundamentales, como la de la protección de intereses económicos privados, en donde coexiste con otros mecanismos que dan acceso directo a las personas privadas a la esfera del derecho internacional, por ejemplo el CIADI.

19. Esta aparición de la persona privada y, más ampliamente, del individuo en la esfera del derecho internacio-

⁵ E. de Vattel, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle* (1758), *The Classics of International Law*, vol. III, Washington, D. C., Carnegie Institution of Washington, 1916.

⁶ Fallo n.º 9, 1927, *C.P.J.I., série A, n.º 10*.

⁷ Véase *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 213, párr. 228.

nal no tiene mucho que ver con el dualismo entre órdenes jurídicos al que ataca el Relator Especial. Lo único que demuestran los ejemplos que cita en materia de derechos humanos —hubiera podido encontrar otros en la de las relaciones económicas internacionales— es que el individuo se ha convertido en sujeto de derecho internacional, opinión que comparte el Sr. Pellet, y que ello parece añadir un aspecto fundamental, sumamente pertinente, a la materia considerada.

20. Sin embargo, si el individuo se convierte así en sujeto de derecho internacional, cabe preguntarse si conviene conservar la «ficción jurídica» creada a finales del siglo XIX y principios del XX, y notablemente formulada por la CPJI en el asunto *Concessions Mavrommatis en Palestine*. Esa ficción no tenía otra finalidad que proteger los intereses de las personas privadas, que era necesario admitir carecían de derechos en el plano internacional: se hacía «como si» el Estado, al subrogarse a sus nacionales, ejerciera un derecho propio. Cabe interrogarse sobre la pertinencia de esa ficción. En primer lugar, no se comprende por qué la expresión misma ha suscitado tantas pasiones, en la medida en que se sabe muy bien que el derecho está hecho de ficciones, es decir, de reconstrucciones normativas de la realidad. En ese caso concreto, la protección diplomática es una ficción porque el factor que la desencadena, es decir, la lesión de los intereses de una persona privada, se disfraza de otra cosa: la lesión de un derecho bastante inasible del Estado, que es el de hacer respetar el derecho internacional en la persona de su nacional. Aunque los juristas en el ámbito del derecho internacional estén acostumbrados a ella, la lógica del sistema parece bastante forzada, tanto más cuanto que el derecho no saca todas las consecuencias de ese postulado: aun dejando de lado la cláusula Calvo, de licitud dudosa y, en cualquier caso, totalmente incompatible con la ficción fundamental, e incluso dejando de lado también la exigencia del agotamiento de los recursos internos por la persona privada lesionada y no por el Estado, queda aún el ejemplo elocuente de la indemnización. Esto se evalúa en función del perjuicio sufrido por el particular y no por el Estado.

21. Para terminar su análisis de la ficción jurídica, el Sr. Pellet manifiesta tener una opinión dividida. El ideal sería sin duda reconocer que las personas privadas son sujetos de derecho internacional que tienen no sólo la capacidad sino también la posibilidad concreta de hacer valer directamente sus derechos en el plano internacional. Para ello habría que crear mecanismos internacionales eficaces y efectivos. Existen algunos mecanismos, especialmente en materia de derechos humanos o de protección de las inversiones, pero son excepciones. Por lo demás, puede pensarse que la antigua institución de la protección diplomática prestará grandes servicios aún y que hay que pensarlos dos veces antes de ponerla en tela de juicio. El Relator Especial, por su parte, propone levantar decididamente el velo. El Sr. Pellet aconseja prudencia: la Comisión haría mejor en distinguir claramente los dos aspectos de la materia, es decir el ejercicio del derecho protegido, por una parte, y el derecho mismo, por otra. Por consiguiente, debería ante todo reconocer claramente que el titular del derecho a ejercer la protección diplomática es indiscutiblemente el Estado cuya nacionalidad tiene la persona privada lesionada, quedando entendido que si existe un mecanismo internacional accesible a ésta

el problema no se plantea. Luego tendría que reconocer que los derechos protegidos no son los del Estado sino los de la persona lesionada, persona que habrá que definir más exactamente en un informe próximo. Sin embargo, de todas maneras habría que reconocer firmemente que el Estado tiene el derecho discrecional a ejercer o no su protección.

22. El Relator Especial parece pensar en esa disociación. Se podría ser más claro todavía y declarar, en primer lugar, que la ficción en que reposa la fórmula del asunto *Concessions Mavrommatis en Palestine* no tiene ya razón de ser y que, cuando ejerce su protección diplomática en favor de uno de los suyos, es el derecho de éste el que intenta hacer valer el Estado; en segundo lugar, que, a falta de instituciones que permitan a las personas protegidas actuar directamente en la esfera internacional, el Estado tiene el poder discrecional de ejercer o no su protección diplomática; y en tercer lugar, que la Comisión reflexionará *de lege ferenda* sobre los medios de alentar al Estado a ejercer su protección. Sin embargo, en este último aspecto, no podrá hacer más que formular deseos y recomendaciones, ya que está encargada de codificar el derecho internacional y desarrollarlo progresivamente, y no de revolucionarlo. En cuanto al movimiento orientado a reconocer a la persona privada la calidad de sujeto de derecho internacional, ha comenzado ya en gran parte. La idea de convertir la protección diplomática en derecho humano parece sin embargo prematura y, por lo demás, discutible, sobre todo por razones técnicas y jurídicas imperiosas, algunas de las cuales expuso el Sr. Hafner (2522.ª sesión).

23. Por lo que se refiere a las relaciones entre la protección diplomática y la responsabilidad de los Estados, la primera cuestión que se plantea es la de la necesidad de atenerse a las normas secundarias o de invadir también las normas primarias. Recordando que la distinción entre unas y otras no es evidente, el Sr. Pellet dice estar seguro de que sería mucho más conveniente atenerse muy estrictamente al enfoque general adoptado por el antiguo Relator Especial, Sr. Ago, para el estudio de la responsabilidad de los Estados. En primer lugar, como señaló el Relator Especial, Sr. Crawford, en la sección B.1 del capítulo II de su primer informe sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/490 y Add.1 a 7)⁸, el artículo primero del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, redactado por el Sr. Ago⁹, fue un rasgo de genio, ya que eliminaba de la definición de la responsabilidad internacional el daño. El Sr. Ago tuvo también otro rasgo de genio, consistente precisamente en pasar de las normas llamadas «primarias» a las normas «secundarias», en interesarse no por las violaciones del derecho por sí mismas, sino únicamente por sus consecuencias; es decir, en definitiva, por el tema que había que examinar, ya que esas consecuencias constituyen la responsabilidad internacional: poco importa la norma infringida, la consecuencia es siempre que el infractor es responsable. Con respecto a la protección diplomática habría que adoptar ese mismo método.

24. A ese respecto, la manera en que están redactados los párrafos 60 a 64 del informe preliminar es más bien

⁸ Véase nota 1 *supra*.

⁹ *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 176, doc. A/9010/Rev.1, párr. 58.

inquietante. Así, el Relator Especial remite a la decisión del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos en el asunto A/18¹⁰, decisión que parece claramente indefendible en relación con el derecho actual. El «método Ago» resulta tanto más indispensable porque la casi totalidad de la doctrina en lenguas románicas hace del tema de la protección diplomática la prolongación del de la responsabilidad. Para el Sr. Pellet, sería incluso parte integrante de él y hubiera debido constituir un elemento de la tercera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados¹¹. En efecto, la protección diplomática es uno de los medios de hacer efectiva esa responsabilidad. Incluso es el único cuando no hay convención que permita a la persona privada ejercer directamente sus derechos en el plano internacional en caso de perjuicio resultante de un hecho internacionalmente ilícito, acontecimiento que —conviene recordar— compromete siempre la responsabilidad del Estado autor.

25. Para terminar, el Sr. Pellet explica cómo se articulan en su opinión los temas de la protección diplomática y de la responsabilidad de los Estados. En primer lugar, se relacionan en el plano del razonamiento: el Estado es responsable de toda violación del derecho internacional que cometa o que pueda atribuírsele, como se dice en la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Si se cumple esa primera condición, se produce cierto número de consecuencias (segunda parte del proyecto), de las que la principal es la obligación de reparar. La reparación no plantea problemas si el hecho internacionalmente ilícito del Estado responsable ha causado un daño a otro Estado (dejando de lado la hipótesis del crimen internacional), caso en que se sigue estando en la esfera de las relaciones entre Estados. Sin embargo, plantea un problema cuando la parte lesionada no es otro Estado sino una persona privada que, salvo excepciones todavía raras, no tiene capacidad para actuar en el plano internacional. Precisamente a ese nivel interviene la protección diplomática, que por lo tanto aparece como una prolongación, una consecuencia, un elemento particular del derecho de la responsabilidad de los Estados. Siendo así, sería prudente no rechazar los dos rasgos de genio que caracterizan el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados elaborado por el antiguo Relator Especial, Sr. Ago, como parecerían sugerir algunas formulaciones que figuran al final del informe que se examina.

26. El Sr. HAFNER señala dos puntos delicados que el debate ulterior debería precisar. En primer lugar, si, después de concertar dos Estados un tratado que prevea la obligación del Estado A de adoptar una legislación relativa a los nacionales del Estado B, el Estado A incumple su obligación, la reclamación del Estado B ¿corresponde al ejercicio de la protección diplomática o a un derecho propio del Estado? En esta última hipótesis, el tratado no habría conferido ningún derecho inmediatamente aplicable a los individuos interesados, y la protección diplomática sólo podría ejercerse cuando hubiera habido infracción de un derecho que les reconociera la legislación interna del Estado A. En segundo lugar, este punto influirá en la cuestión de si la medida de la reparación corresponde al derecho de la responsabilidad o al de la protección diplomática. En su opinión, convendría tratar

la situación que se ha descrito *supra* en el contexto de la responsabilidad, quedando entendido que se debería tener en cuenta la relación entre ambas esferas.

27. El Sr. PELLET observa sobre el primer punto que el análisis basado en la jurisprudencia de la CPJI, según la cual un tratado relativo al trato de los extranjeros sólo daría derecho a los Estados contratantes, es inexacto en la época contemporánea. En el plano de las relaciones entre Estados, cada Estado parte en el acuerdo tiene derecho a que los otros Estados contratantes cumplan las condiciones previstas en él, pero, en las relaciones entre el Estado A y los nacionales del Estado B, ese tratado, en la medida en que se refiera al trato de extranjeros, da a éstos derechos que justifican el ejercicio de la protección diplomática a falta de un mecanismo internacional adecuado. Sobre este segundo aspecto, es verdad que la protección diplomática es un medio de aplicar las normas relativas a la responsabilidad de los Estados en caso de daños mediatos y que establece el vínculo entre el hecho internacionalmente ilícito y sus consecuencias, es decir, primero la obligación de reparar. El cálculo de la reparación, por su parte, es una ilustración sorprendente de la ficción en que se basa la institución, ya que la reparación debida al Estado por derechos que, se supone, le pertenecen se mide en función del daño sufrido por sus nacionales.

28. El Sr. ECONOMIDES señala que, en la época contemporánea, la protección diplomática puede ser utilizada todavía por los Estados poderosos, pero éstos consiguen arreglar la cuestión de una manera diplomática sin tener que recurrir a instancias internacionales, a las que, por el contrario, acuden los pequeños Estados; los dos asuntos célebres, *Concessions Mavrommatis en Palestine y Ambatielos*¹², fueron suscitados por Grecia, parte demandante. Por otro lado, piensa que la importancia dada al concepto de ficción es excesiva. La protección diplomática apareció concretamente después de la conclusión de los primeros acuerdos de establecimiento que daban por escrito derechos a los particulares. En caso de lesión de esos derechos, el individuo, objeto del derecho internacional, no tenía otro recurso que dirigirse a los tribunales del Estado de acogida, pero el Estado de envío, directamente lesionado por la violación del tratado, consideraba que, al haber sufrido un daño, tenía interés por actuar. Mucho más tarde vino la construcción teórica de la ficción.

29. El Sr. ELARABY, recordando los abusos de las grandes Potencias que han caracterizado la historia de la protección diplomática, dice que, cualquiera que sea el resultado de sus trabajos, la Comisión deberá dedicarse a colmar algunas lagunas para no dejar a los Estados poderosos la posibilidad de emprender determinadas acciones contra Estados más débiles. Además, tendrá que prestar atención al desarrollo desigual, en el tiempo y según los países, de las normas en materia de derechos humanos, a fin de no crear una mayor necesidad de intervención.

30. El Sr. BENNOUNA (Relator Especial) admite que algunos abusos del ejercicio de la protección diplomática han marcado históricamente a la institución, pero que la

¹⁰ Véase 2520.ª sesión, nota 7.

¹¹ *Ibid.*, nota 8.

¹² Fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1953*, pág. 10. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 37.

finalidad de ésta no es criticable en sí misma. Por otra parte, si ha mencionado los derechos humanos es para mostrar que, paralelamente a la cuestión de las inversiones, la persona humana es cada vez más destinataria directa de algunas normas de derecho internacional. Sin embargo, el estudio de la protección diplomática no tiene por objeto definir los derechos de que se trata.

31. El Sr. Sreenivasa RAO observa ante todo que la Comisión debería tener en cuenta la evolución histórica experimentada por la institución de la protección diplomática y tratar de apartarse de la ficción, reconociendo a la persona un papel tan directo como sea posible en la relación estudiada, ya que los Estados pueden actuar esencialmente en el marco de la responsabilidad de los Estados, a reserva de condiciones y parámetros propios de esta esfera. La consideración de la evolución histórica le lleva por otra parte a preguntarse por la posibilidad de que la Comisión se atenga efectivamente al estudio de las normas secundarias de la protección diplomática. A ese respecto, espera nuevas orientaciones del Relator Especial. Por último, desearía, a propósito del vínculo de nacionalidad, que el Relator Especial puntualizara el sentido de la última frase del párrafo 60 del informe preliminar, al menos en su versión inglesa.

32. El Sr. ROSENSTOCK hace suyas las reservas expresadas por el Sr. Pellet sobre los párrafos 60 a 64 del informe preliminar. Subraya además que el concepto de protección diplomática debe entenderse como la formulación por el Estado de sus reclamaciones, ya que la aparición progresiva de nuevos instrumentos y mecanismos no ha transformado fundamentalmente su naturaleza. Estudiar el tema desde una perspectiva contemporánea puede suponer, por ejemplo, releer el asunto *Nottebohm* fijándose más en los derechos humanos y en la necesidad de evitar la apatridia, y llevar quizá a la elaboración de criterios diferentes. En cambio, sería inoportuno que los miembros de la Comisión reabrieran el debate sobre puntos de desacuerdo destacados que, por lo demás, sólo tienen un carácter accesorio en relación con la cuestión de la protección diplomática en sentido estricto. Tal fue, por otra parte, el sentido de la decisión adoptada en el 49.º período de sesiones de limitar el tema a la codificación de las normas secundarias.

33. El Sr. BENNOUNA (Relator Especial) considera por el contrario muy útil, en el primer período de sesiones dedicado al examen del tema de la protección diplomática con miras a su codificación, recordar su historia, incluidos los posibles abusos a que pudo dar lugar su ejercicio, así como sus límites. No hay que temer el debate teórico, ni las oposiciones doctrinales expresadas en la fase de examen preliminar, ya que ello evitará tropezar ulteriormente con oposiciones de fondo.

34. Pasando a hacer el resumen del debate sobre el tema de la protección diplomática, el Sr. Bennouna señala que la mayoría de los oradores ha reconocido que esta institución se desarrolló en una época dada de la historia y que la construcción jurídica en que se basa tuvo en cuenta la situación del derecho internacional tal como era antes de la adopción de la Carta de las Naciones Unidas. Las perversiones y abusos de que fue objeto la institución reflejan el carácter profundamente desigual de las relaciones internacionales de la época y, sobre todo, la ausencia, al lado

de la soberanía de los Estados, de contrapesos como los derechos de los pueblos o los de las personas privadas.

35. Todos los que han intervenido han subrayado la importancia de la protección diplomática y su actualidad como medio de defensa de las personas víctimas de una denegación de justicia en algún orden jurídico nacional, y de ahí la necesidad de reforzar su función en la garantía de los derechos de los particulares. Desde ese punto de vista, la protección diplomática y los mecanismos de protección de los derechos humanos son complementarios en la promoción del predominio del derecho y en el trato que se da a las personas privadas. Hoy se asiste ya a un proceso de modernización de la protección diplomática conforme con la evolución del derecho internacional, desde la adopción de la Carta de las Naciones Unidas. Por lo tanto, se trata de codificar un tema que está maduro para ello, pero también de situarlo en el contexto histórico contemporáneo.

36. En efecto, en nuestros días, algunos derechos se reconocen directamente a las personas privadas en el plano internacional. Esos derechos, la persona privada los tiene en su origen y los conserva intactos, pero pueden ser defendidos por el Estado nacional por medio de la institución de la protección diplomática. Por ello, del debate se deduce que hay que considerar que, de conformidad con la jurisprudencia y la doctrina tradicionales, el Estado nacional tiene una competencia discrecional en virtud del vínculo de nacionalidad, pero teniendo en cuenta esos derechos nuevos de la persona, al ejercer la protección diplomática el Estado no defiende automáticamente y en todos los casos imaginables su propio derecho. Por ello, se ha propuesto responder a la pregunta hecha en el párrafo 54 del informe preliminar con una distinción entre, por una parte, el derecho que corresponde a la persona privada, cuando es la destinataria directa de determinadas normas de derecho internacional, o al Estado, y por otra, el ejercicio de ese derecho, que corresponde en todos los casos imaginables a la competencia discrecional del Estado nacional. Sin duda comienza a surgir, en el nivel de las constituciones nacionales, cierto derecho de la persona a gozar de la protección de su Estado nacional, pero hay que reconocer que esa obligación no existe todavía en derecho internacional. Con asistencia de la secretaría, la Comisión procurará pedir a los Estados que le informen sobre el estado de su legislación al respecto.

37. La persona privada dispone además de la posibilidad de acceder a instancias internacionales, incluidos los tribunales arbitrales, y el Estado puede siempre tomar la defensa de esa persona y hacer valer sus derechos a través de los procedimientos de que disponga con respecto al país de acogida. El Relator Especial tratará de puntualizar en el futuro las relaciones que existen entre esos recursos diferentes. Se ha observado a este respecto que las fronteras entre algunas categorías jurídicas utilizadas para delimitar el tema en el 49.º período de sesiones de la Comisión no son herméticas ni rígidas, sobre todo en lo que se refiere a las distinciones entre daño directo y daño indirecto y entre normas primarias y normas secundarias. En lo que se refiere a esta segunda distinción, y para responder a la pregunta formulada en el párrafo 65 del informe preliminar, la tendencia dominante en la Comisión es considerar que la referencia, por necesidades del tema, está integrada sólo por las normas secundarias, pero que debe tratarse el tema teniendo presentes las interfe-

rencias inevitables con las normas primarias, que es preciso tener en cuenta para responder a preguntas relativas, por ejemplo, a los derechos afectados, la nacionalidad o los nacionales interesados, la norma de las «manos limpias», etc. Del debate se deduce que la prudencia no consiste en reproducir el pasado sino en leerlo desde la perspectiva actual.

38. Para terminar, el Relator Especial desea puntualizar que las observaciones que ha hecho sobre la secretaría de la Comisión no deben interpretarse como críticas sino, por el contrario, como un llamamiento dirigido al Secretario General para que refuerce los medios de la División de Codificación a fin de permitirle hacer frente a la excesiva carga de trabajo que tiene que asumir, por cuenta, sobre todo, de la Comisión.

39. El Sr. PELLET opina que las expresiones «daño directo» y «daño indirecto» son peligrosas en el marco de la responsabilidad de los Estados y que se trata, en el tema que se examina, de la dicotomía daño mediato-daño inmediato. Por otra parte, aun estando firmemente convencido de que no existe en derecho internacional un derecho a la protección diplomática, se pregunta sin embargo si, en caso de violación grave de los derechos humanos, el Estado que no ejerciera su protección diplomática no infringiría no obstante una norma de derecho internacional general.

40. El Sr. MELESCANU opina que la noción de denegación de justicia empleada por el Relator Especial debe comprenderse en el sentido general de esa expresión. Piensa además que, si existe en algunas constituciones nacionales la obligación de conceder la protección diplomática, es muy dudoso que sea una obligación de derecho internacional, y de ahí la necesidad de redactar cuidadosamente al respecto el cuestionario que se dirija a los Estados.

41. El Sr. KUSUMA-ATMADJA manifiesta estar de acuerdo en conjunto con las conclusiones del Relator Especial, siempre que se incorporen los puntos planteados por otros oradores, especialmente el Sr. Pellet. Por otra parte, desearía que se aclarasen los conceptos de construcción o ficción jurídica y la distinción entre «individuo» y «persona». Por último, citando tres asuntos en que Indonesia ha concedido el pasado año su protección diplomática a nacionales indonesios, subraya que un «derecho blando» (*soft law*) puede resultar más eficaz en algunos casos.

42. El Sr. BENNOUNA (Relator Especial) puntualiza que, en lo que se refiere a la continuación de los trabajos de la Comisión sobre el tema, las conclusiones que ha presentado son las que deduce personalmente del debate. Ahora es preciso que la CDI, quizá en el marco de la elaboración de su informe a la Asamblea General, deduzca algunas conclusiones preliminares propias, oriente los debates de la Sexta Comisión con respecto a algunas cuestiones y prepare el cuestionario que deberá dirigirse a los Estados Miembros.

43. El PRESIDENTE insiste en la necesidad de que la Comisión respete el programa de trabajo que ha presentado a la Asamblea General.

Se levanta la sesión a las 13.15 horas.

2524.ª SESIÓN

Martes 5 de mayo de 1998, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Brownlie, Sr. Candiotti, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Thiam, Sr. Yamada.

Actos unilaterales de los Estados (A/CN.4/483, secc. F, A/CN.4/486¹, A/CN.4/L.558)

[Tema 7 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial para el tema de los actos unilaterales de los Estados a que presente su primer informe (A/CN.4/486).

2. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial) dice que la Comisión tiene ante sí, en cumplimiento de la petición que hizo en el 49.º período de sesiones², su primer informe sobre los actos unilaterales de los Estados. Espera recibir de los miembros comentarios y observaciones que le sirvan en la futura preparación de un informe de fondo para el próximo período de sesiones.

3. El primer informe, que tiene carácter de introducción al tema, refleja gran parte de la doctrina, la jurisprudencia y la práctica de los Estados ya expuestas en la Sexta Comisión (A/CN.4/483, secc. F). Se basa en la labor anterior de la CDI y, en especial, en las conclusiones incluidas en el informe del Grupo de Trabajo establecido en el 49.º período de sesiones de la CDI³. Hay muchos trabajos doctrinales sobre los actos unilaterales de los Estados en general y los actos unilaterales jurídicos en particular, pero no son necesariamente coincidentes en cuanto a su enfoque. Por consiguiente, el primer informe tiene por finalidad principal la sistematización del estudio de esos actos, conforme a la metodología propuesta.

4. La CPJI y la CIJ, que en varias ocasiones han examinado declaraciones unilaterales de los Estados, han lle-

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

² *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párr. 213.

³ *Ibíd.*, cap. IX, secc. B.