sario distinguir entre derechos humanos y protección diplomática pues una mezcla de ambos conceptos puede provocar más problemas que aportar soluciones. El Sr. Tomka ya ha solicitado que se aclare qué se entiende por jus cogens en este contexto, pero, a su vez, desearía que también se precisase el sentido de las palabras «a menos que la persona pueda presentar» utilizadas al comienzo del párrafo 1. ¿Se trata de una posibilidad jurídica o material? Y si las violaciones cometidas son verdaderamente graves, ¿podría ponerse en marcha la protección diplomática aun si hay posibilidades de recurso ante un tribunal o corte internacional competente? Ciertamente todo esto podría tener repercusiones en la cuestión del agotamiento de los recursos internos, pero, en caso de violaciones graves, lo que realmente importa es poder reaccionar con rapidez. Fuera de este aspecto, que merecería una más amplia reflexión, el proyecto de artículo 4 no parece aportar elementos muy interesantes.

78. También comparte el parecer de quienes le precedieron en el uso de la palabra que preconizaron que sólo los proyectos de artículo 1 y 3 sean remitidos al Comité de Redacción.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2619.ª SESIÓN

Jueves 11 de mayo de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Maurice KAMTO

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Illueca, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Opertti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Tomka.

Protección diplomática (continuación) (A/CN.4/506 y Add.1[1])

[Tema 6 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. GALICKI señala que el primer problema que plantea el proyecto de artículos propuesto en el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/506 y Add.1) es su alcance, establecido en el artículo 1. Hay tres posibles criterios para abordar la noción de protección diplomática. El primero, descrito por el Sr. Simma (2617.ª sesión) como la «protección cotidiana» que ofrecen las misiones diplomáticas y las oficinas consulares, es demasiado limitado a efectos de la Comisión. El orador lo menciona, sin embargo, a causa de las observaciones del Relator Especial sobre las constituciones de ciertos países de Europa central y el este, incluida Polonia, que enuncian el derecho de los nacionales a recibir protección de sus Estados mientras se hallan en el extranjero. Sin embargo, dada la falta de otras normas internas sobre posibles «recursos locales» y en vista de la práctica preconstitucional existente, el orador teme que la convención constitucional sería interpretada de un modo excesivamente restrictivo, es decir, como aplicable exclusivamente a la mencionada «protección cotidiana».

2. El segundo criterio se describe en el proyecto de artículo 1, según el cual la protección diplomática se podría asociar, según ha recomendado el Sr. Brownlie (ibíd.), con un concepto más amplio de la admisibilidad de las reclamaciones. En ese caso sería necesario dar una interpretación adecuada a la palabra «medidas». Cabría mejorar el artículo armonizando el texto con el utilizado en el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados; la frase «un acto o una omisión internacionalmente ilícitos»[2] se ha mencionado ya en este contexto.

3. En el proyecto de artículo 2, el Relator Especial propone una definición y una aplicabilidad del proyecto mucho más amplias y arriesgadas, que comprenden entre las «medidas» «la amenaza o el uso de la fuerza». En su fallo sobre el asunto Mavrommatis, la CPJI señaló que la manera correcta para el Estado de proporcionar la protección diplomática consiste en recurrir a una acción diplomática o a una acción judicial internacional. En el párrafo 55 de su informe, el Relator Especial reconoce que la amenaza o el uso de la fuerza en el ejercicio de la protección diplomática sólo se puede justificar si cabe considerarla como legítima defensa. Sin embargo, como ha señalado el Sr. Economides (2617.ª sesión), la legítima defensa y el derecho a utilizar la fuerza en legítima defensa se enuncian en la Carta de las Naciones Unidas de una manera muy precisa y restrictiva. Dada la importancia predominante del principio de la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza en el derecho internacional moderno, no se deben contemplar otras excepciones. La cuestión de la amenaza o del uso de la fuerza en las situaciones previstas en el artículo 2 pertenece en realidad a otro tema complejo, el derecho de intervención humanitaria. A este respecto, el orador aprecia el intento del Relator Especial de avanzar hacia una evolución progresiva del derecho.

4. Sin embargo, el Sr. Tomka tiene razón en decir (ibíd.) que la Comisión debe centrarse primero en la codificación del derecho internacional existente y excluir del alcance de la protección diplomática todo lo relativo a la intervención humanitaria y a la posibilidad del uso de la fuerza. Tanto en la doctrina como en la práctica se sigue poniendo en tela de juicio el concepto de intervención humanitaria y el propio Relator Especial ha afirmado en el párrafo 60 de su informe que la cuestión de si el derecho internacional reconoce un derecho de intervención

[1] Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

[2] Véase el artículo 3 propuesto por el Comité de Redacción en segunda lectura (Anuario... 1998, vol. I, 2562.ª sesión, párrs. 72 y 74).

humanitaria que entrañe el uso de la fuerza queda fuera del ámbito del presente estudio.

5. En cuanto al proyecto de artículo 3, parece demasiado pronto para llegar a conclusiones definitivas sobre el alcance y la naturaleza de un derecho a la protección diplomática. El texto en relación con las facultades discrecionales del Estado en el ejercicio de la protección diplomática se podría extender más allá de los límites establecidos en el artículo 4, donde se las asocia exclusivamente con una grave violación del jus cogens. Este es el lugar adecuado para recoger el nuevo fenómeno a que se refiere el Sr. Pellet cuando habla de la justificación de la acción internacional por la invocación de los derechos humanos. Como la cuestión de la protección diplomática está estrechamente relacionada con la nacionalidad de las personas físicas, merece la pena tener en cuenta que el carácter jurídico de la nacionalidad ha cambiado considerablemente en los últimos decenios y ha dejado de ser una prerrogativa del Estado para ser ahora un derecho humano inherente a la persona. Esta evolución se reflejaba debidamente en el proyecto de artículos sobre la nacionalidad de las personas físicas en relación con la sucesión de los Estados, aprobado por la Comisión en segunda lectura en su 51.º período de sesiones[3]. Por consiguiente, la cuestión del derecho de los nacionales de un Estado determinado a recibir protección diplomática de éste se debe reexaminar con objeto de limitar quizás todavía más la discrecionalidad del Estado en el ejercicio de ese derecho. Por último, el orador está de acuerdo con el Sr. Hafner en que se debe conservar el título sin modificación.

6. El Sr. ROSENSTOCK acoge con satisfacción el hincapié que el Relator Especial hace en la intensificación del apoyo a los derechos humanos y en la creciente importancia de la persona en el plano internacional. El Relator Especial reconoce que, aunque se han efectuado considerables mejoras en el sector de los derechos humanos y en la importancia que se da internacionalmente a la persona física, se necesita ayuda de ese instrumento que constituye la protección diplomática. Naturalmente, el tema abarca también a las personas jurídicas. Además, la situación podría ser más delicada cuando la Comisión pase a examinar el artículo 4; el Estado que se halla en condiciones de ejercer la protección diplomática puede no ser el único Estado en condiciones de actuar.

7. La cuestión de si procede conservar el segundo párrafo del artículo 1 y de si se debe incluir la palabra «omisión» incumbe al Comité de Redacción. A juicio del orador, el término «medidas» no tiene por qué suscitar preocupaciones metafísicas.

8. El artículo 2 plantea dos problemas. El primero es si ese artículo abarca material que la Comisión deba incluir en su trabajo sobre la protección diplomática y el segundo guarda relación con el fondo del proyecto presentado. A este último respecto, el orador opina que el punto de vista del Relator Especial es correcto, tanto en derecho como en lo que respecta a la actitud que los Estados adoptarían si estuviesen en juego las vidas de sus nacionales. La referencia a misiones de rescate ejemplares, que se justificarían con un principio impreciso de renuncia, no es convincente. La defensa de dictadores implicados en el comercio de drogas y el hostigamiento del personal militar de un país legalmente presente en otro no es un argumento persuasivo en contra del artículo 2. Quizás sea más fácil llegar al acuerdo en que no es necesario ni útil que la Comisión determine el ámbito del derecho a utilizar la fuerza en el contexto del tema que se debate. El orador se suma a los partidarios de suprimir el artículo 2, porque escapa a la esfera de interés de la Comisión.

9. El artículo 3 no plantea ningún problema de fondo. El orador comprende lo que el Relator Especial trata de conseguir con el artículo 4, es decir, ejercer presión sobre los Estados para que éstos protejan más enérgicamente los derechos de sus nacionales; pero, cuando se suman todas las condiciones y, francamente, todas parecen necesarias, se llega a más o menos a una frase como «los Estados deben hacer esto o aquello». Quizás un preámbulo y una declaración o un tratado que impulsase a los Estados en la dirección oportuna sin crear más dificultades y confusión sería la forma adecuada de abordar el problema y de responder al admirable esfuerzo por incitar a los Estados a que hagan algo más. Entre las razones para que se dude en ir más allá de un enfoque tan modesto figuran los problemas que plantearía redactar una definición útil de la violación grave de una norma de jus cogens. El orador no se opone a que el artículo 4 se remita al Comité de Redacción o a un grupo de trabajo oficioso, pero tampoco insistirá en que se haga así.

10. El Sr. ADDO dice que, evidentemente, la lex lata en la parte del derecho que ahora se examina es en su mayor parte herencia de la comunidad internacional de tiempos pasados, cuando la comunidad internacional era mucho menor que hoy. Gran parte del derecho internacional que rige la protección diplomática nació cuando las ideas económicas, sociales y políticas de Europa y América del Norte se propagaban a otras partes del mundo.

11. El Relator Especial ha ido demasiado lejos en los artículos 2 y 4. Ambos contienen disposiciones que no corresponden al mandato de la Comisión y el orador no lamentaría su desaparición.

12. A su juicio, es necesario establecer normas que rijan la protección diplomática, tema tan importante como siempre. Este asunto está estrechamente relacionado con el de la responsabilidad del Estado y la Comisión sigue todavía debatiendo el concepto de Estado lesionado en relación con la responsabilidad del Estado. El Estado lesionado entra también en el asunto debatido. Asimismo, la nacionalidad es un aspecto predominante de la protección diplomática; en efecto, el otro nombre que se da a la protección diplomática es nacionalidad de las reclamaciones.

13. Cuando un acto ilegal va dirigido contra el Estado, la cuestión de la nacionalidad no se plantea. Por otra parte, cuando se comete un acto ilegal contra un nacional del Estado lesionado, la posición es que el Estado lesionado tiene derecho a dar «protección diplomática» a todos sus nacionales. Por lo tanto, cuando un nacional de un Estado es objeto en el extranjero de malos tratos contrarios al derecho internacional, el Estado puede defender su caso ante el Estado que ha cometido la violación. Hacerlo o no hacerlo es totalmente discrecional. En dere-

[3] Anuario... 1999, vol. II (segunda parte), párr. 47.

cho internacional no hay nada que obligue a ello al Estado lesionado. Por lo tanto, el orador se opone al artículo 4. A este respecto, también está en desacuerdo con las opiniones del Relator Especial expuestas en el párrafo 87 y con las de Orrego Vicuña recogidas en el párrafo 90[4]. Tratar de fundar el artículo 4 en estas opiniones es inaceptable.

14. Una vez que el Estado hace suyo el caso de su nacional, la reclamación pasa a ser una reclamación del Estado lesionado propiamente dicho y la razón es que, aunque empieza a observarse una tendencia en el derecho internacional a conceder acceso limitado al individuo, sobre todo en el sector de los derechos humanos internacionales, el principio general de que el individuo no puede iniciar ni mantener una reclamación internacional persiste todavía.

15. El derecho de «protección diplomática» del Estado en derecho internacional se limita a sus propios nacionales. El orador abriga pues dudas en cuanto al párrafo 2 del artículo 1: extender la protección diplomática a los no nacionales va en contra de ese principio básico. En virtud del párrafo 2 del artículo 1, ello sucedería en las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 8, disposición que generaría abundantes debates. Como el párrafo 2 del artículo 1 depende del artículo 8, el orador se opone a que se transmita ese párrafo al Comité de Redacción mientras no se haya examinado el artículo 8. Si este último se suprime, habría que suprimir también el párrafo 2 del artículo 1. Sin embargo, el párrafo 1 del artículo 1 se puede transmitir al Comité de Redacción.

16. Como la apatridia es la negación de la nacionalidad y la nacionalidad constituye la base de la protección diplomática, no está claro cómo se puede dar cabida en el proyecto a una disposición relativa a los apátridas o refugiados. Cabe preguntarse si un Estado puede tender el manto de la protección diplomática sobre un apátrida o un refugiado para abrazar la causa de esa persona y si un tribunal internacional concedería locus standi a un Estado en ese caso, o si la residencia legal y el vínculo efectivo bastan para compensar el requisito de la nacionalidad. Como el derecho de protección diplomática de un Estado está limitado a los propios nacionales, se plantea la cuestión de qué determina la nacionalidad. Este es un problema de derecho interno; el derecho internacional no tiene nada que ver en este asunto.

17. El orador no está de acuerdo con el Sr. Pellet (2618.ª sesión) en que no se deba enviar nada al Comité de Redacción ni en que se deba revisar la totalidad del informe.

18. A juicio del Sr. HE, no cabe duda de que a menudo se ha abusado de la protección diplomática ni de que los Estados más fuertes están en mejores condiciones para ejercerla pero, mientras no se encuentre una solución mejor, será preciso conservarla porque se la necesita enormemente. En todo caso, tiene más ventajas que desventajas.

19. Varios puntos de la introducción en el capítulo I del informe exigen aclaraciones. En primer lugar, se alega que los extranjeros, al igual que los nacionales, gozan de derechos sencillamente porque son seres humanos y no a causa de la nacionalidad. Ello es cierto cuando se trata al extranjero como un sujeto con derechos internacionales. Como la posición de la persona física en derecho internacional es discutible, los recursos individuales son limitados. Por otra parte, puesto que el Estado es el factor dominante en las relaciones internacionales, su recurso será necesariamente más eficaz.

20. En segundo lugar se plantea una cuestión conexa, es decir, si el extranjero, que goza de ciertos derechos en virtud del derecho internacional, puede defenderse solo fuera de su país. La respuesta es que, si su posibilidad de acción se ve limitada, el Estado de que sea nacional habrá de asumir sus derechos y actuar en su nombre.

21. En tercer lugar, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven[5], citadas en los párrafos 27 y 28, son excelentes ejemplos de una dura realidad, a saber, que los Estados no desean reconocer derechos a los trabajadores migratorios. En cuanto a los extranjeros, aunque en virtud del derecho internacional puedan gozar de derechos porque son seres humanos, no disponen de recursos eficaces en virtud de ese mismo derecho internacional. La única solución que se les ofrece es pedir la intervención de su propio Estado. Por todas estas razones, la protección diplomática sigue siendo un instrumento importante para la protección de los nacionales en el extranjero.

22. En cuanto al artículo 1 y al significado del término «medidas», sorprende descubrir en el párrafo 43 que la «protección diplomática» abarca el «uso de la fuerza». El Relator Especial precedente había destacado por el contrario en el párrafo 11 de su informe preliminar[6] que los Estados no pueden recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en el ejercicio de la protección diplomática.

23. En cuanto al artículo 2, el orador comparte la opinión de otros miembros de que conceder legitimidad al uso de la fuerza en el ejercicio de la protección diplomática es contrario a los principios de la Carta de las Naciones Unidas. El asunto escapa al mandato de la Comisión en relación con este tema. En cuanto al artículo 4, en vista de las incertidumbres y de los raros casos de actuación estatal, sería mejor no abordar el problema, que no está estrechamente relacionado con el tema examinado.

24. El orador está de acuerdo en que los artículos 1 y 3 se pueden remitir al Comité de Redacción. El término «protección diplomática» tiene una larga tradición y no se debe pues modificar el título. Parece sin embargo necesario explicar la diferencia entre la protección diplomática y ciertas formas de protección de los agentes diplomáticos y consulares previstas en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, ya sea en la introducción, ya sea en una nota de pie de página.

[4] Véase 2617.ª sesión, nota 14.

[5] Ibíd., nota 18.

[6] Ibíd., nota 2.

25. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA opina que el primer informe del Relator Especial es impresionante por su dimensión, aunque cabe legítimamente preguntarse si consigue combinar los criterios contrapuestos de cantidad y calidad. En lo que respecta a la estructura, sorprende observar que el informe comienza, no con una, sino con dos introducciones. La mayor parte del informe está dedicada a ocho proyectos de artículo y a un extenso comentario de los mismos, que tiene teóricamente por objeto examinar el fondo del tema pero que a menudo se limita a diluirlo. En el apartado a del párrafo 9 del informe se promete una introducción en la que se examinarán los antecedentes y el alcance del tema, pero el análisis histórico se limita al período entre las dos guerras mundiales. Se parte del supuesto de que todos están familiarizados con el tema —supuesto altamente discutible dadas las dificultades con que han tropezado algunos Estados para distinguir la protección diplomática de la protección del personal diplomático—. Es dudoso que el informe haga más accesible el tema y ayude así a la Sexta Comisión.

26. A diferencia de su predecesor, el actual Relator Especial ha tratado de ofrecer una panorámica de la protección diplomática, de la cual queda excluida la protección funcional, al igual que la abundante jurisprudencia en relación con los agentes y los funcionarios de las organizaciones internacionales a los que procede ciertamente aplicar la protección diplomática. La reseña no arroja tampoco luz alguna sobre la justificación para tratar de un modo idéntico los regímenes en los que la víctima inicial era una persona física y aquellos en que dicha víctima era una persona jurídica.

27. Plantea otra dificultad el hecho de que, a diferencia de su predecesor y alejándose de la concepción clásica, el Relator Especial propone fundar el concepto sobre nuevas bases, es decir, considerarlo una institución para la protección de los derechos humanos. La violación de un derecho humano fundamental o de una libertad individual podría ser ciertamente uno de los casos en los que el Estado asuma la causa de un individuo, pero la violación debe constituir además un acto internacionalmente ilícito atribuible a otro Estado. Parece hasta cierto punto irreflexivo asimilar dos categorías, la primera de las cuales —un sujeto de derecho internacional— es una entidad, mientras que la segunda —los derechos humanos— es un régimen o un grupo de regímenes.

28. El tema de la protección diplomática seguirá siendo inaccesible porque, como el orador ha señalado ya, la reseña histórica del tema se limita al período entre las dos guerras. La ausencia de un análisis de la evolución después de la segunda guerra mundial parece dar por supuesto que después de 1945 la protección diplomática había quedado superada. En realidad, la jurisprudencia ulterior es considerable: los casos Nottebohm, Interhandel, Barcelona Traction y ELSI, por no citar otros, como el caso Ahmadou Sadio Diallo, que se halla actualmente ante la CIJ. Cabe preguntarse por qué no se mencionan en el informe estos casos, que han contribuido considerablemente a la consolidación del concepto tradicional de la protección diplomática. En vista de su continua actualidad, se debe aclarar la fenomenología del tema desde dos puntos de vista: en primer lugar como sistema y en segundo lugar como régimen.

29. Considerada como sistema, la protección diplomática comprende la intervención de, por lo menos, tres categorías principales de actores: los Estados y las organizaciones internacionales; las personas físicas y los agentes económicos, y los jueces y los árbitros internacionales. Esta última categoría pone de relieve la función tradicional de la protección diplomática como mecanismo para la solución pacífica de controversias entre naciones. De ahí que exista un conflicto entre la protección diplomática y el uso de la fuerza, dos nociones mutuamente incompatibles. Difícilmente se puede poner al servicio de la paz un instrumento diametralmente opuesto a la paz. Se debe, pues, descartar el artículo 2, cuestión sobre la que el orador volverá más tarde.

30. Cabría decir también que la presencia de intereses económicos, que dan su contenido a la pretensión y permiten evaluar los daños reclamados por el Estado, influyen también grandemente en la protección diplomática. A este respecto, la protección diplomática es consustancial con la responsabilidad internacional de los Estados.

31. Considerada como régimen, la protección diplomática es universalmente reconocida como un instrumento útil, que funciona sobre la base de normas ya establecidas y que requiere, pues, codificación, es decir, normas que rijan el proceso a través del cual un asunto interno adquiere la categoría de controversia internacional. Estas normas guardan también relación con la finalidad de la protección diplomática, a saber, el restablecimiento del imperio de la ley en el orden jurídico internacional. Ambas categorías de normas están también relacionadas con los procedimientos para alcanzar ese fin. Es preciso saber si se trata solamente de normas secundarias, normas de procedimiento. Ello plantea la cuestión del interés de la distinción que el Relator Especial hace entre las normas primarias y las normas secundarias en el proyecto de artículos que propone.

32. En términos generales, los artículos 1 a 4 tienen tres defectos principales. En primer lugar, combinan categorías. El artículo 1 lleva un título que no refleja su contenido, mientras que los artículos 2 a 4 dejan al lector desorientado en medio de una serie confusa de categorías. En segundo lugar, desde el punto de vista estructural, las nociones de «alcance» y «definición» no proceden. Los artículos 2 a 4 se fundan en la noción no definida de «medidas», hecho que contribuye en cierto modo a su incompatibilidad con el derecho internacional general y con la naturaleza y el espíritu de la protección diplomática.

33. En tercer lugar, el proyecto de artículos sufre las consecuencias de un deseo elogiable pero erróneo de innovación. El mandato de la Comisión consiste en procurar el desarrollo progresivo del derecho internacional y no una evolución excesiva de ese derecho, lo que equivaldría a dar un paso atrás y adentraría el orden jurídico internacional en un terreno desconocido. El artículo 2 ilustra perfectamente ese riesgo y, por razones que ya han adelantado otros oradores, es enteramente inaceptable. Específicamente, el artículo 1, además de la confusión entre definición y alcance, es igualmente difícil de aceptar porque pone en pie de igualdad los daños causados a las personas y a los bienes. En lo que respecta a la movilización de la protección diplomática, unos daños podrían entrar en juego independientemente de los otros, lo que

privaría a la protección de su carácter diplomático. Los artículos 3 y 4 se contradicen fundamentalmente porque, si la protección diplomática es un derecho del Estado o del individuo, no puede ser un derecho de la comunidad internacional ni se la puede utilizar en favor de la comunidad internacional.

34. Por todas estas razones, el orador opina que ninguno de los cuatro primeros artículos propuestos está en condiciones de ser remitido al Comité de Redacción. Es prematuro que el Relator Especial haya presentado un proyecto de artículos sobre un tema teóricamente familiar, pero cuyos parámetros no están todavía definidos. La delimitación del tema exige consultas oficiosas. Sólo después podría ser oportuno redactar un informe preliminar.

35. El Sr. CANDIOTI estima que el primer informe del Relator Especial y el proyecto de artículos que contiene ofrecen una base estimulante para el debate. Al examinar la protección diplomática, la Comisión debe tener en cuenta ciertas premisas ya establecidas en los debates anteriores de la Comisión y de sus grupos de trabajo, a saber: se ha de mantener un enfoque basado en el derecho consuetudinario; es preciso codificar las normas secundarias de derecho internacional referentes a la protección diplomática, sin perjuicio de examinar las normas primarias en la medida en que sean útiles para dilucidar algunos aspectos del tema; hay que considerar esencialmente la protección diplomática como un derecho discrecional del Estado; y, por último, habrá que tener en cuenta el creciente reconocimiento y la creciente protección de los derechos del individuo en el orden jurídico internacional contemporáneo.

36. En cuanto a la introducción en el capítulo I del informe, el orador está de acuerdo con el Relator Especial en que la ficción en que se funda el derecho del Estado a ejercer la protección diplomática cuando considera que el perjuicio inferido a uno de sus nacionales es un perjuicio inferido al propio Estado, lo que le permite hacer suya la reclamación, así como la ficción formulada por la CPJI en el caso Mavrommatis, son un recurso jurídico útil y valioso que no merece las críticas de que ha sido objeto.

37. Está también de acuerdo con el Relator Especial en que, aunque el derecho internacional contemporáneo ha creado otras instituciones eficaces regionales o de otra clase para salvaguardar los derechos e intereses del individuo, la protección diplomática no está ni con mucho superada. Por el contrario, sigue constituyendo un recurso general y conveniente a disposición de los Estados para la tutela de los derechos e intereses de sus nacionales en el extranjero.

38. En el artículo 1 es fundamental empezar por describir, y más precisamente por definir, la institución de la protección diplomática para distinguirla de otras, como la protección del personal diplomático o la asistencia consular a los nacionales en el extranjero y evitar así confusiones desde el primer momento.

39. En este sentido estrictamente técnico, la protección diplomática es uno de los medios de hacer efectiva la responsabilidad internacional de los Estados. El artículo 1 contiene ya una definición de sus elementos, aunque cabría quizá mejorar la redacción. Se trata de un procedimiento que un Estado inicia ante otro y en virtud del cual la reclamación de una persona física o jurídica se transforma en una relación jurídica internacional. En cuanto a la extensión de la protección diplomática a los no nacionales, el Sr. Addo ha formulado algunas observaciones interesantes que habría que tener en cuenta cuando se examine el artículo 8.

40. El orador comparte las objeciones de varios miembros acerca de la formulación del artículo 2 propuesta por el Relator Especial y añade que la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza en el ejercicio de la protección diplomática debe ser clara y terminante. Los proyectos de artículo no deben contener ninguna excepción que pueda arrojar dudas sobre esa prohibición. Las circunstancias que eximirían de responsabilidad a un Estado por un acto de fuerza podrían quizá comprender el peligro inminente o el estado de necesidad, temas que se habrán de regular en el proyecto relativo a la responsabilidad de los Estados. Sin embargo, en el contexto de la protección diplomática, toda norma que permita, justifique o legitime el uso de la fuerza es peligrosa e inaceptable.

41. Como ha señalado el Relator Especial, desde la formulación de la doctrina Drago[7] en 1902 y la Convención Porter, la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza son una de las características más notables de la evolución del derecho de protección diplomática, que ha contribuido ciertamente a la evolución del derecho internacional general y ha culminado en la norma consagrada en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas.

42. Por tales motivos, el orador no es partidario de una supresión total del artículo 2. El principio general contenido en el primer párrafo se debe mantener en algún lugar del proyecto, porque es un elemento importante en la evolución del derecho internacional consuetudinario de la protección diplomática. El resto del texto propuesto por el Relator Especial, a partir de «excepto en caso de», debería sin embargo desaparecer, como han indicado la mayoría de los miembros de la Comisión. Conviene recordar que el apartado a del artículo 50 (Contramedidas prohibidas) del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados prohíbe expresamente que un Estado recurra por la vía de las contramedidas a la amenaza o al uso de la fuerza en violación de la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, el intento de suprimir la primera parte de la primera frase del artículo 2 redactado por el Relator Especial podría ser mal interpretado en un momento en que se observa una tendencia creciente al uso de la fuerza en casos límite.

43. La caracterización en el artículo 3 de la protección diplomática como un derecho del Estado corresponde a una norma internacional consuetudinaria reconocida en la doctrina y la jurisprudencia, aunque el texto se podría probablemente mejorar en el sentido indicado por el Sr. Hafner, el Sr. Pellet (2618.ª sesión) y el Sr. Tomka (2617.ª sesión).

44. Por otra parte, es preciso obrar con cautela en relación con el artículo 4, en el que el Relator Especial propone que ese derecho discrecional se transforme en

[7] Véase 2618.ª sesión, nota 12.

obligación si el daño obedece a una violación grave del jus cogens. El Relator Especial alega que la inclusión de esa obligación sería un ejercicio de desarrollo progresivo que reflejaría la tendencia reciente a reconocer el derecho de un nacional a la protección diplomática. Aunque la preocupación por promover la defensa y la protección de los derechos humanos es válida, parecería desaconsejable establecer tal obligación para los Estados, puesto que muchos consideran discutibles e imprecisos el alcance y el concepto de jus cogens y hay pocas referencias a esta obligación en la doctrina y en la jurisprudencia internacionales.

45. En todo caso, como han indicado otros oradores, al codificar este tema la Comisión debe limitarse al concepto estrictamente técnico de la institución. La ambigüedad de los términos «protección» y «diplomática» no debe inducirla a confundir nociones ni a aventurarse más allá de su mandato. Se debe suprimir pues el artículo 4.

46. El Sr. GOCO pide aclaraciones y pregunta si el Sr. Candioti propone que se conserve la primera parte del artículo 2, es decir, sin las excepciones.

47. El Sr. CANDIOTI confirma esta interpretación. Hay que defender el principio establecido en la primera frase, que figura también en el apartado a del artículo 50 del proyecto relativo a la responsabilidad de los Estados. Es importante pues incorporar dicho principio al proyecto sobre la protección diplomática.

48. El Sr. PELLET señala que el principio en cuestión es mucho más general y se aplica no sólo a la protección diplomática en particular, sino también a las contramedidas. Se pregunta si es prudente recargar el proyecto sobre la protección diplomática con normas generales relativas a la responsabilidad.

49. Aunque el orador está en gran parte de acuerdo con el texto del primer párrafo del artículo 2, la inclusión de estas normas significaría que la Comisión se adentra en un terreno problemático diferente del que parecía tener en mente el Relator Especial. Ello equivaldría a decir que está prohibido recurrir a ciertos métodos para ejercer la protección diplomática; al redactar el texto en términos negativos sería también lógico compensar esa declaración con una especificación de los medios admisibles para ejercer la protección diplomática.

50. Si se acepta la propuesta del Sr. Candioti, el proyecto de artículos podría quedar desequilibrado. El orador es personalmente partidario del fondo del texto, pero se pregunta si es necesario introducir normas generales sobre la responsabilidad internacional en el proyecto relativo a la protección diplomática. Si se hace así, habrá que especificar los medios legítimos para el ejercicio de la protección diplomática, en otras palabras, por vía diplomática o judicial, o por todos los medios utilizados para la solución de controversias.

51. El Sr. BROWNLIE señala que la propuesta aparentemente lógica del Sr. Candioti le había seducido inicialmente, pero después de reflexionar se pronuncia en contra de la inclusión de la primera frase del artículo 2 en cualquier forma que sea. La Comisión debe adoptar la norma categórica de que el uso de la fuerza no entra en el marco de la protección diplomática. La aceptación de la sencilla propuesta del Sr. Candioti seguiría entrañando toda una serie de dificultades y conclusiones y se pasaría mucho tiempo tratando en vano de solventarlas. El orador está pues de acuerdo con el Sr. Pellet.

52. Además, la declaración de que se prohíbe la amenaza o el uso de la fuerza como medio para la protección diplomática induce a confusión porque, en términos descriptivos o prácticos, la utilización de la fuerza para proteger a los nacionales o reivindicar derechos es una forma de legítima defensa y no una forma de protección diplomática de cualquier nivel que sea, jurídico o práctico. Por esta razón, incluso una versión truncada del artículo 2 crearía problemas.

53. El Sr. ECONOMIDES está en desacuerdo con el Sr. Brownlie y el Sr. Pellet en relación con la propuesta del Sr. Candioti. Personalmente no ve ningún motivo para que haya confusión si las disposiciones se redactan claramente en el sentido de que el uso de la fuerza a efectos de protección diplomática queda totalmente prohibido. En ausencia de tal disposición, podría existir una ambigüedad eventualmente peligrosa a este respecto. Una pequeña minoría de autores mantienen que la fuerza puede ser admisible para rescatar a nacionales en peligro. Ya es hora de poner fin a esta teoría. En el proyecto se necesita ciertamente una disposición como la que ha propuesto el Sr. Candioti. Quizás convendría redactarla de otra manera para que quede más clara. No tiene necesariamente que adoptar la forma del artículo 2, pero se la podría incluir en el preámbulo o en algún otro lugar del texto. Además, el primer Relator Especial sobre el tema de la responsabilidad de los Estados, García Amador[8], y el anterior Relator Especial, Sr. Bennouna, en su informe preliminar[9], habían expresado ambos su opinión en este sentido. El orador apoya, pues, firmemente la propuesta del Sr. Candioti.

54. Como ha señalado enérgicamente el Sr. Pambou-Tchivounda, la noción de protección diplomática no es compatible con la idea del uso de la fuerza. La protección diplomática es una institución pacífica, que ha sido creada para evitar posibles conflictos. Es fundamental por lo tanto exponer con toda claridad este hecho.

55. El Sr. GALICKI se halla en un dilema en relación con la propuesta del Sr. Candioti. En lo que respecta al fondo, es totalmente partidario del texto. Sin embargo, dadas las opiniones expresadas por algunos oradores, quizás no sería prudente incluir una declaración tan categórica en el proyecto de artículos, porque ello escapa al mandato de la Comisión. Podría quizás seguirse el precedente sentado en el asunto Mavrommatis declarando, cuando se definan el alcance y el concepto de la protección diplomática, que las «medidas» a que se refiere el artículo 1 consisten en una acción diplomática o en procedimientos judiciales internacionales. El Comité de Redacción podría estudiar esta posibilidad. Para evitar las dificultades a que se han referido algunos miembros, se debería excluir el uso de la fuerza especificando los medios aceptables para el ejercicio de la protección diplomática.

---

[8] Véase 2617.ª sesión, nota 7.

[9] Anuario... 1998, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/484, párr. 11.

56. El Sr. LUKASHUK entiende los sentimientos que han inspirado la propuesta del Sr. Candioti, sentimientos que comparte sin reservas, pero opina que la construcción jurídica resultante sería sumamente extraña. La protección diplomática, como todo acto internacional de un Estado, debe respetar las normas del derecho internacional. El artículo 2 versa sobre un principio solamente y cabe preguntarse por qué no es posible decir que la protección diplomática no debe violar el principio de la no injerencia en los asuntos internos. Con ello se tendría en cuenta ese principio. La propuesta del Sr. Pellet parece pues perfectamente lógica. Si se hace referencia a medios inaceptables, habrá que enumerar también los métodos aceptables. En los debates ulteriores sobre la protección diplomática quizá sea posible reexaminar este asunto. Como las opiniones divergen en relación con el artículo 2, se debe suprimir enteramente.

57. El Sr. GOCO señala que la inclusión de un texto en el que se excluye la amenaza o el uso de la fuerza obedece probablemente a hechos pasados y dice que un texto que verse sobre la protección diplomática debe contener ciertamente una exposición clara de ese principio.

58. El Sr. DUGARD (Relator Especial) explica que el artículo 2 se ha incluido a causa de las dificultades que plantea la utilización del término «medidas» en el artículo 1. Los autores clásicos consideraban que el término abarcaba todos los medios, comprendido el uso de la fuerza, pero naturalmente las opiniones de Borchard son anteriores al Tratado general de renuncia a la guerra como instrumento de política nacional (Pacto Kellogg-Briand) y a la prohibición contenida en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas.

59. Le preocupan las opiniones concordantes en virtud de las cuales el derecho a la legítima defensa comprende la defensa de los nacionales. En el debate se ha prestado escasa atención a esta escuela de pensamiento, a la que pertenecen dos antiguos y distinguidos miembros de la Comisión. Parecería que el resultado del debate sea que el término «protección diplomática» no abarca el uso de la fuerza en ninguna circunstancia y escapa al mandato de la Comisión. Quizá convenga aclarar en el comentario que el término «medidas diplomáticas» no se extiende al uso de la fuerza. La Comisión ha hablado con cierta autoridad sobre este asunto. El consenso es claramente que no se puede considerar el uso de la fuerza como una forma de protección diplomática de los nacionales.

60. El Sr. LUKASHUK hace suya la propuesta del Relator Especial, que considera sumamente constructiva.

61. El PRESIDENTE señala que se han formulado diversas propuestas en relación con la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza. La primera es que la finalidad de la protección diplomática es precisamente evitar el uso de la fuerza, aunque ésta se utilizaba frecuentemente antes de la adopción de la Carta de las Naciones Unidas. La relación entre la protección diplomática y la responsabilidad del Estado parece residir en el ejercicio de la responsabilidad del Estado. La protección diplomática forma lógicamente parte de la responsabilidad del Estado. Siendo así, se ha aceptado que, por lo menos en lo que respecta a las contramedidas, queda prohibido el uso de la fuerza. La propuesta del Sr. Candioti parece pues pertinente.

62. Cuando se estudia una institución tradicional como la protección diplomática, es preciso recordar que la hostilidad que despierta obedece al uso abusivo de la fuerza en el pasado. Quizá la solución sea adoptar la vía propuesta por el Sr. Galicki y aclarar que la protección diplomática es el comienzo de un procedimiento para la solución pacífica de una controversia y tiene por objeto proteger los derechos o los bienes de un nacional que ha sido amenazado o ha sufrido un perjuicio en otro Estado. De esta manera, se excluye la fuerza sin recurrir al texto de la primera frase del proyecto de artículo 2. La cuestión de si el uso de la fuerza para proteger a un nacional constituye legítima defensa es un asunto que se podría debatir largamente. Una solución constructiva que valdría la pena examinar puede ser la supresión del término «medidas» en el artículo 1 y explicar en su lugar que por protección diplomática se entiende la iniciación de un procedimiento para la solución pacífica de un conflicto.

63. El Sr. Sreenivasa RAO opina que, al situar la cuestión de la protección diplomática en el contexto de los derechos humanos, el Relator Especial ha ampliado la perspectiva de la Comisión en relación con el tema que ha de estudiar. El Relator Especial ha demostrado su conocimiento de los abusos pasados pero, a juicio del orador, aunque la consolidación de los derechos humanos ha mejorado gradualmente la protección del individuo, las lagunas que subsisten en este sector significan que la institución de la protección diplomática tiene utilidad y se la debe reforzar. Es una opinión que merece un examen detenido. El Sr. Baena Soares ha sostenido acertadamente que se necesita un instrumento equilibrado de protección diplomática.

64. El tema que la Comisión tiene ante sí había sido detenidamente estudiado por el Grupo de Trabajo establecido en el 50.º período de sesiones que llegó a ciertas conclusiones[10]. El orador se pregunta si el Relator Especial no debe continuar su estudio de la cuestión en el ámbito de dichas conclusiones o no debe limitarse al derecho internacional consuetudinario. Hay muchas zonas grises en este contexto tan tradicional, que plantearían a la Comisión numerosas ocasiones de aportar una contribución.

65. La segunda conclusión a que llegó el Grupo de Trabajo, a saber, que la Comisión debe ocuparse solamente de las normas secundarias, es una teoría muy interesante, que también se ha formulado en relación con el tema de la responsabilidad del Estado. Cabe preguntarse cuál es la norma secundaria cuando se habla de la limitación del ejercicio de la protección diplomática. Es imposible clasificar esas limitaciones como normas secundarias. No es pues enteramente posible trazar una línea divisoria estricta entre las normas primarias y secundarias. A veces esta división sirve solamente de excusa para no responder a preguntas difíciles. Es necesario sin embargo abordar las cuestiones espinosas y no hay ciertamente ningún margen para la flexibilidad.

[10] Véase la 2617.ª sesión, nota 22.

66. Es poco práctico tratar de concluir el examen del tema en el presente quinquenio, porque el Relator Especial propiamente dicho y todos los miembros de la CDI deberán reflexionar más detenidamente sobre estas cuestiones. Los debates habidos en la Sexta Comisión sobre este asunto indican que se encontrarían dificultades en tratar de adoptar precipitadamente un proyecto sobre la protección diplomática. Lo que se necesita no es reforzar el mecanismo de protección diplomática, sino estructurar cuidadosamente un instrumento equilibrado.

67. En el párrafo 25 del informe se dice que sugerir que las convenciones universales de derechos humanos, particularmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ofrecen a la persona recursos eficaces para la protección de sus derechos humanos es fantasioso, y la fantasía, a diferencia de la ficción, no tiene lugar en el razonamiento jurídico. El Relator Especial dice que la regulación de los derechos humanos sigue evolucionando, que subsisten muchas lagunas y que la clase de protección que la persona necesita no se proporciona. Es un argumento válido, pero habrá que abordarlo en el ámbito de la protección de los derechos humanos y no con los limitados medios de la protección diplomática, que es solo un instrumento para ejercer derechos establecidos. Como han dicho otros oradores, la Comisión tiene suficiente quehacer en el ámbito de la protección diplomática sin tratar de resolver problemas que se plantean en el sector de los derechos humanos. Estos problemas son mucho más complejos y fundamentales y es mejor dejárselos a foros que quieran examinarlos. Otra cuestión distinta es que cuando se niegan las debidas garantías procesales y no se ofrece un recurso eficaz, se necesita la protección diplomática.

68. En el artículo 1 se dice que «se entenderá por protección diplomática las medidas que adopte…». El orador habría pensado que se trataba ante todo y sobre todo de un derecho y, en efecto, en el artículo 3 se la designa como tal. Como las medidas son una consecuencia del derecho, se debe mencionar primero el derecho y no al contrario. La protección diplomática se debe concebir como un derecho y no como una obligación, porque el ejercicio de un derecho es discrecional, mientras que las obligaciones se tienen que cumplir y la discrecionalidad no entra en absoluto en juego.

69. Se alega que los daños causados por un acto ilícito en el plano nacional no dan lugar a responsabilidad internacional. Si una dicotomía existiese efectivamente entre perjuicios nacionales e internacionales, extender la protección diplomática a los daños causados en el plano internacional solamente equivaldría a limitar el funcionamiento del mecanismo a la reparación del perjuicio. El orador se pregunta si las debidas garantías procesales son un problema de responsabilidad internacional o de aplicación del derecho interno. Desearía aclaraciones a este respecto. También habrá que estudiar la cuestión de si el daño propiamente dicho se puede calificar de legal o ilegal.

70. En el artículo 4 se dice que el Estado tiene «el deber jurídico» de ejercer la protección diplomática, pero que ese derecho sólo se puede ejercer a solicitud de la persona perjudicada. El orador ve una contradicción: si el Estado tiene un deber, tendrá que cumplirlo; de lo contrario estará cometiendo un acto ilícito. En el informe se cita a Orrego Vicuña[11] para indicar que debe haber un recurso interno disponible para la persona afectada cuando el Estado de la nacionalidad no elige ejercer la protección diplomática. Pero si es un problema de responsabilidad del Estado, habría que determinar si la no actuación es también un acto ilícito y, por lo tanto, plantea un problema internacional. De ahí la necesidad de prever la protección diplomática como un derecho que se ha de ejercer discrecionalmente y contra cuyo incumplimiento por su propio Estado podría recurrir el interesado ante los tribunales nacionales. Ir más lejos exigiría un examen de las condiciones que pueden desencadenar una acción internacional si el Estado no defiende los derechos de sus propios nacionales.

71. En el artículo 4, la «petición» del perjudicado está vinculada exclusivamente con una grave violación del jus cogens, pero esta formulación disminuye radicalmente el alcance del derecho a la protección diplomática. Significa que un Estado sólo puede intervenir cuando está en juego el jus cogens. Quizá la intención es que, cuando se viola una norma de jus cogens, el Estado debe intervenir independientemente de las circunstancias y, por cierto, más eficaz y voluntariamente que en otras situaciones. La formulación también requiere ser contrastada con los principios de la responsabilidad del Estado en virtud de los cuales, si se viola el jus cogens, no sólo el Estado de nacionalidad sino todos los Estados tienen el derecho y la obligación de proteger a la persona.

72. En el párrafo 3 del artículo 4 se estipula que «los Estados están obligados a incluir en su derecho interno disposiciones para hacer respetar» el derecho de la persona. También en este caso el Relator Especial aborda la cuestión desde el punto de vista de los derechos humanos, es decir, del deber del Estado y el derecho del individuo. Sin embargo, el asunto se debe abordar desde el punto de vista de la protección diplomática: el derecho del Estado, que entraña la discrecionalidad, a proteger a sus nacionales cuando se les causa un perjuicio.

73. El informe suscita tantas ideas interesantes que el orador no puede referirse a todas ellas. La mención misma del jus cogens en el contexto de la protección diplomática es tan intrigante que frustra hallar sólo un breve pasaje al respecto (párr. 89) y ninguna explicación en cuanto a la clase de derechos de que se trata dentro del jus cogens. Si se ha de mantener el artículo 4, será necesario justificar y aclarar mucho más este asunto.

74. Otra cuestión interesante es la medida en que el individuo puede llevar adelante su propia reclamación mientras ejerce simultáneamente el derecho a la protección diplomática. Es necesario prestar decididamente más atención al punto preciso en que el Estado debe ejercer el derecho de protección diplomática y, si lo hace, la medida en que el individuo seguirá interviniendo. En el proyecto de convención sobre responsabilidad internacional del Estado por daños causados a extranjeros elaborado por la Facultad de Derecho de Harvard[12] se sugiere

[11] Ibíd., nota 14.

[12] Reproducido en L. B. Sohn y R. R. Baxter, «Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens», American Journal of International Law (Washington D.C.), vol. 55 (julio de 1961), pág. 548.

que se debe dar prioridad a la reclamación del Estado. El orador se pregunta si ello significa que no se examinará ya la reclamación del nacional o que, si se examina, no será ya el elemento esencial de la resolución de las reclamaciones en cuestión. Tampoco se aclara la relación entre dos reclamaciones que pueden coexistir en el tiempo, en particular en el caso del Estado que debe abordar y solucionar esas reclamaciones. Es preciso establecer los principios aplicables en estos asuntos, que forman legítimamente parte del ejercicio de la protección diplomática.

75. El orador se siente tentado por la propuesta del Sr. Candioti en relación con el artículo 2, pero comparte el sentimiento general de que convendría suprimirlo y opina que el artículo 4 debe también desaparecer. No se pronuncia sobre si el resto del proyecto se debe remitir al Comité de Redacción o si ha de quedar pendiente en espera de los futuros trabajos del Relator Especial. Desea dar las gracias al Relator Especial por la oportunidad que ha brindado para reflexionar acerca de un problema a menudo tácitamente reconocido, pero que nunca se examina a fondo.

76. El Sr. LUKASHUK dice que hay un solo punto de la intervención del Sr. Sreenivasa Rao que desea discutir, aunque no está expresado categóricamente sino en forma de pregunta. En el proyecto de artículos se dice que solamente los actos internacionalmente ilícitos sirven de base para la protección diplomática, pero el Sr. Sreenivasa Rao sugiere que también podrían servir de base las violaciones del derecho nacional. A juicio del orador, a menos que se violen las normas del derecho internacional, no existe base alguna para la protección diplomática. Lo contrario sería poco práctico e inaceptable: los gobiernos podrían en ese caso vigilar el cumplimiento de la ley en otros Estados. Por ejemplo, un gobierno podría intervenir si la policía de otro país impone una sanción económica excesiva.

77. El Sr. Sreenivasa Rao ha preguntado también cuál es la distinción entre daños legales e ilegales. Es muy sencillo: si se extirpa el apéndice al Sr. Sreenivasa Rao, hay daño legal, mientras que si un bellaco le da una puñalada, el daño es ilegal.

78. El Sr. HAFNER tratará de responder al Sr. Sreenivasa Rao, aunque personalmente se considera como alguien que hace, y no que contesta, preguntas complejas. En cuanto a la definición de daño, parece haber acuerdo general en que se debe redactar mejor el artículo 1, porque se trata claramente de daños en derecho internacional y no de daños en derecho interno. En cuanto a si la violación del derecho interno puede autorizar a un Estado a ejercer el derecho a la protección diplomática, el orador se manifiesta de acuerdo con el Sr. Lukashuk, pero opina que podría adoptarse una solución intermedia de modo que tal violación podría llevar consigo la denegación de las debidas garantías procesales. Si se viola el derecho nacional en relación con un extranjero, por ejemplo, y no se ofrece la reparación en los tribunales nacionales, existiría perjuicio en derecho internacional. Duda, sin embargo, en abordar en el contexto de la protección diplomática la definición de daño en derecho internacional, porque es algo que se podría discutir ad infinitum.

79. El Sr. Sreenivasa Rao ha dicho que la protección diplomática se debe establecer como derecho en el artículo 1, opinión que comparte el orador. El Sr. Sreenivasa Rao ha añadido sin embargo que el elemento de discrecionalidad debe estar presente, pero si la protección diplomática se considera un derecho, la consecuencia automática sería la discrecionalidad. No es necesario insistir en el carácter discrecional del derecho.

80. El Sr. PELLET se refiere a las observaciones formuladas por el Sr. Hafner y dice que el problema general en la protección diplomática no es la denegación de las debidas garantías procesales, que constituye claramente un acto internacionalmente ilícito que podría dar origen a la protección diplomática, sino el agotamiento de los recursos internos, que es una cuestión más amplia. La protección diplomática se puede desencadenar incluso cuando no se han denegado las debidas garantías procesales, y centrarse en la denegación de justicia equivaldría a invocar las normas primarias.

81. El elemento «discrecional» en el derecho de protección diplomática puede plantear algunos problemas en el contexto del derecho francés. La discreción es diferente del poder arbitrario. La discreción supone normalmente la elección entre una gran variedad de alternativas, pero esa elección se ha de efectuar de conformidad con la ley. Ahí radica la diferencia entre un Estado de derecho y un Estado dictatorial. En derecho francés, sin embargo, como último vestigio del poder absoluto de que disponía el monarca, el Estado tiene poder arbitrario y no discrecional en toda las decisiones relacionadas con el ejercicio de la protección diplomática. Sus decisiones no están en absoluto sujetas a control judicial y el Estado no está obligado por absolutamente ninguna norma. El orador no está orgulloso de este hecho, porque pone a Francia en el extremo opuesto de los países de Europa oriental, donde, aparentemente, el ejercicio de la protección diplomática es más o menos obligatorio.

82. El Sr. GAJA observa que algunos miembros han citado la necesidad de una relación entre la responsabilidad internacional y la protección diplomática. No se debe entender necesariamente que esta relación consiste en hacer de la comisión de un acto ilícito la condición para la protección diplomática. Por el contrario, la protección diplomática guarda relación con un acto internacionalmente ilícito y se puede también utilizar para evitar que se produzca un acto de esta clase. Si nacionales suyos corren el riesgo de ser sometidos a tortura en un país extranjero, el Estado tiene el máximo interés en tomar medidas diplomáticas y formular una reclamación para evitar la tortura e impedir que se viole una obligación.

83. El Sr. GOCO se refiere al término «discrecionales» y señala que en el fallo dictado por la CPJI en el asunto Mavrommatis figuran las palabras «autoriza a un Estado», lo que significa que el derecho existe pero que se puede renunciar a ese derecho o que el Estado puede elegir no hacerlo valer. En otras palabras, en el asunto citado se concedía al Estado discreción para el ejercicio o no ejercicio del derecho a la protección diplomática.

84. El Sr. Sreenivasa RAO acoge con satisfacción la respuesta del Sr. Hafner a la pregunta formulada por el Sr. Lukashuk sobre el perjuicio. Ciertamente, cuando se

habla de perjuicio en el plano nacional no se hace referencia a sanciones económicas de pequeña cuantía. En derecho interno se conceden ciertos derechos a los extranjeros y la imposibilidad de defender esos derechos en el derecho interno constituye una denegación de las debidas garantías procesales. El Sr. Gaja ha reforzado el razonamiento del orador sobre la necesidad de no vincular el ejercicio de la protección diplomática tan total y exclusivamente a la responsabilidad del Estado porque la protección diplomática es un instrumento que los Estados utilizan a menudo para cerciorarse de que no se producen actos ilícitos. En términos generales, los Estados se relacionan entre sí de diversas maneras en el plano oficioso antes de formular una reclamación oficial. El proceso de protección diplomática es pues una cosa en el plano oficial y otra en el plano oficioso.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2620.ª SESIÓN

Viernes 12 de mayo de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Maurice KAMTO

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Illueca, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Opertti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Protección diplomática (continuación) (A/CN.4/506 y Add.1[1])

[Tema 6 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. OPERTTI BADAN dice que el principio de la protección diplomática tiene indudablemente un sólido fundamento, pero cuando se trata de desarrollarlo o de definir las condiciones en que puede ejercerse la protección, las cosas son más delicadas; no obstante, es preciso establecer normas que prevengan o reduzcan al mínimo la utilización abusiva de ese mecanismo.

2. Una cuestión abusiva particularmente espinosa es la del recurso a la fuerza, de lo cual se encuentran por desgracia demasiados ejemplos en el mundo contemporáneo, fuera de los casos previstos en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. No se trata de volver a abrir el debate sobre lo que se llaman las «intervenciones humanitarias» llevadas a cabo por las Naciones Unidas o por fuerzas armadas regionales en el marco de la defensa de los derechos humanos, pero si sólo se tiene en cuenta la esfera de la protección diplomática en sentido estricto, es inevitable comprobar que a ese respecto el recurso a la fuerza podría representar graves peligros para las relaciones internacionales. La protección diplomática debe inscribirse más bien, a juicio del orador, en el marco de la solución pacífica de las diferencias y excluir categóricamente toda posibilidad de recurso a la fuerza. Ello no quiere, sin embargo, decir que la cuestión no se deba abordar con el pretexto de que la prohibición del recurso a la fuerza estaría implícita o sería evidente: dado que ese aspecto figuraba en el proyecto inicial, este silencio podría interpretarse como una laguna en una cuestión de tanta importancia.

3. Otra cuestión que la Comisión debe resolver es la de cuál podría ser el alcance de una convención sobre la protección diplomática: en la base de ese mecanismo se encuentran el principio de la igualdad soberana de los Estados y su deber de proteger los derechos y bienes de sus nacionales. La cuestión de la «protección funcional» ejercida por las organizaciones internacionales en beneficio de sus agentes es un problema distinto que no debe tratarse en el marco de esa convención.

4. La protección diplomática en tanto que medio que permite evitar los abusos cometidos respecto de bienes o de personas es un mecanismo que se debe conservar, pues no se le puede confundir con los mecanismos de defensa de los derechos humanos, incluso si el elemento «derechos de las personas» ocupa en los mismos un lugar importante. En la protección de los derechos humanos, el procedimiento está directamente al servicio de la persona, mientras que en la protección diplomática el derecho de intervenir corresponde al Estado de la nacionalidad y está subordinado a la voluntad de ese Estado. La idea de que la nacionalidad constituye «el punto de conexión» que permite el ejercicio de ese derecho tal vez sea por otra parte un concepto algo rebasado en la hora actual. Hoy en día es sobre todo el lugar de residencia el que cuenta. Un Estado puede sentirse tan obligado respecto de una persona que haya elegido domicilio en su territorio como respecto de uno de sus propios nacionales. En el caso contrario, ¿no se le acusaría de discriminación? Es una lástima que este punto no se haya abordado en el primer informe (A/CN.4/506 y Add.1).

5. La Sexta Comisión ha apoyado en general la idea de que la decisión de ejercer o no la protección diplomática constituía una prerrogativa de cada Estado soberano. Para el orador, la obligación de protección del Estado existe desde el momento en que una persona está vinculada a ese Estado y no solamente en el interior del territorio nacional sino también en el exterior. Desearía que en la futura convención se incluyese una cláusula muy clara en ese sentido. Reconoce también la necesidad de establecer un equilibrio conceptual entre los fundamentos del ejercicio de la protección diplomática y los de la protección de los derechos humanos.

6. Piensa que sería mejor no prejuzgar, en los proyectos de artículos, el carácter lícito o ilícito del hecho imputa-

[1] Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).