

## 2792.<sup>a</sup> SESIÓN

Martes 4 de mayo de 2004, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Teodor Viorel MELESCANU

*Miembros presentes:* Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kemicha, Sr. Kolodkin, Sr. Koskenniemi, Sr. Mansfield, Sr. Matheson, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Sepúlveda, Sra. Xue, Sr. Yamada.

### Elección de la Mesa (conclusión)

*El Sr. Rodríguez Cedeño queda elegido Presidente del Comité de Redacción por aclamación.*

**Protección diplomática<sup>1</sup> (continuación) (A/CN.4/537, secc. B, A/CN.4/5382, A/CN.4/L.647 y Add.1)**

[Tema 3 del programa]

#### QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. BROWNLIE dice que las «propuestas negativas» del Relator Especial, es decir, los temas que propone descartar, plantean problemas de superposición, de delimitación o de fronteras jurídicas, muy difíciles de resolver. El primero de esos temas es el de la protección ejercida por un Estado o una organización internacional que administra un territorio, que, como el Relator Especial recuerda acertadamente, ya en 2002 acordó la Comisión no examinar en el contexto de la ocupación militar. El Relator Especial cita en su informe (A/CN.4/538) ejemplos en casos de protección de esa índole (protectorados, territorios bajo mandato, territorios en fideicomiso), pero indica que esa práctica es limitada. Por consiguiente, no habría materia suficiente para una codificación o para un desarrollo progresivo del derecho. Por su parte, el orador está de acuerdo con el Sr. Pellet en que no basta decir que la práctica es limitada para descartar un tema. Cree entender que uno de los criterios de selección de los temas para ser estudiados en el futuro en el marco de un programa a largo plazo fue siempre que no debía haber una falta total de práctica. Sin embargo, no está seguro de que se trate de un principio de aplicación constante y no es el hecho de que la práctica sea limitada lo que le inquieta en particular. Su objeción a que se incluya este tema obedece a motivos exclusivamente de política que son contrarios a las propuestas de ejercicio de la protección diplomática por una Potencia administradora. El principal es que existe una gran variedad de regímenes de transición. Evidentemente algunos de ellos son necesarios y saludables. Otros, sin embargo, deliberadamente provisionales por su propia

<sup>1</sup> Véase el texto de los artículos 1 a 10 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática aprobados provisionalmente por la Comisión en sus períodos de sesiones 54.<sup>º</sup> y 55.<sup>º</sup> en *Anuario... 2003*, vol. II (segunda parte), párr. 152.

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario... 2004*, vol. II (primera parte).

índole, descansan en fundamentos jurídicos que pueden cuestionarse o que se ajustan a modalidades que pueden considerarse problemáticas. Conceder a las personas que viven bajo regímenes de ese tipo la protección diplomática por analogía, por decirlo de alguna manera, entrañaría el riesgo de conferir a algunos de esos regímenes un grado de legitimidad más elevado de lo que sería justificable. Sin contar con que es difícil, por no decir imposible, extraer factores comunes en esas situaciones dada la extrema diversidad de los regímenes de que se trata.

2. En cuanto a la segunda «propuesta negativa» del Relator Especial, es decir, la delegación del derecho de protección diplomática y la transferencia de reclamaciones, para el orador no presenta problemas particulares. Opina que podría abordarse y no ve ninguna zona gris, antes bien un corolario de los problemas que ya ha estudiado la Comisión.

3. La Sra. ESCARAMEIA considera que se han reunido demasiados temas bajo el epígrafe «Protección ejercida por una organización internacional o un Estado en calidad de administrador». Los motivos para incluirlos o excluirlos son en sí muy diversos. La distinción entre «administración», «control» y «ocupación» no está clara. Puede entenderse que la inclusión del derecho de protección diplomática en el contexto de la ocupación militar corresponde al ámbito del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV) y del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, pero, por otra parte, esos dos instrumentos no tratan directamente de la protección diplomática, y la jurisprudencia al respecto es muy escasa, citándose solamente dos asuntos. Ahora bien, por motivos políticos, la oradora suscribe también la idea de que es mejor no aventurarse en el terreno de los territorios bajo ocupación militar. Entiende a este respecto que el Relator Especial quiera concluir su trabajo antes del final del quinquenio, ya que el hecho de presentar un conjunto de artículos definitivos a la Sexta Comisión favorecería la imagen institucional de la CDI. Opina asimismo que se trata de una materia muy difícil en la que es mejor no entrar.

4. Por lo que se refiere a los territorios administrados, también en este caso las situaciones son muy distintas. El Relator Especial expone el caso de los territorios administrados por un Estado (protectorados, territorios bajo mandato o territorios en fideicomiso) como fruto lo más a menudo de situaciones históricas. Ahora bien, hay ejemplos bastante más recientes. Si un territorio está administrado por un Estado que concede su nacionalidad a los habitantes, es difícil decir que éstos no pueden beneficiarse de la protección diplomática de dicho Estado. Es el caso de los habitantes de Macao, que tenían la nacionalidad portuguesa, y Portugal consideraba que tenía el derecho de darles protección diplomática. Llegó incluso a defender a una ciudadana de Macao condenada a muerte por tráfico de droga, por Singapur. Aunque sus gestiones ante el Gobierno de Singapur no constituían protección diplomática propiamente dicha, el Gobierno portugués consideraba que, al ser los habitantes de Macao ciudadanos portugueses, tenía la obligación de defenderlos. La

situación de los habitantes de territorios administrados no es, pues, sólo una cuestión histórica. No obstante, la oradora no cree que haya que examinarla, ya que se trata de un asunto muy complicado y diverso.

5. Preocupa mucho más la cuestión de los territorios administrados por las organizaciones internacionales, situación que es cada vez más frecuente. El motivo por el que procede otorgar el derecho de protección diplomática a las organizaciones es, como ha señalado el Sr. Pellet, que así se responde en primer lugar a las necesidades reales de las personas en situación difícil, a menudo apátridas. Es el caso, por ejemplo, de los habitantes de Timor Oriental bajo la administración de las Naciones Unidas. Portugal les tenía concedida su nacionalidad durante todo el período de la ocupación por Indonesia, hecho impugnado por varios países, y, cuando el territorio pasó a estar bajo la administración de las Naciones Unidas, resultó todavía más difícil afirmar que Portugal ejercía protección diplomática en ese territorio. Por ello habría sido conveniente que sus habitantes hubieran podido beneficiarse de la protección diplomática de la Organización que efectivamente se ocupaba de ellos y administraba su territorio.

6. Por lo demás, es difícil admitir la idea de que es la insuficiencia de la práctica lo que impide el desarrollo progresivo del derecho internacional, ya que es precisamente en esta situación en la que se echa de ver la necesidad. Cuando la práctica establecida es abundante, no hay más que codificarla. Esa es precisamente la diferencia entre la codificación y el desarrollo progresivo. En cuanto al argumento dado al final del párrafo 6 del informe del Relator Especial según el cual se trata de una forma de protección funcional, no deja de ser sorprendente. Para la oradora, la protección diplomática y la protección funcional son dos cosas completamente distintas. La protección funcional se refiere a la reparación de los daños sufridos por los agentes de una organización internacional. Los habitantes de los territorios bajo la administración de las Naciones Unidas no son agentes de esa Organización. Fundamentalmente se trata de personas simplemente administradas por las Naciones Unidas, aunque pueda considerárselas como «ciudadanas» o «nacionales» de las Naciones Unidas, pero desde luego no como agentes de las Naciones Unidas. Otro argumento que se aduce es que este tema podría abordarse en el contexto de la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales. Pero no se trata de eso. Al contrario, hay que dar a la organización internacional el derecho de acción si otra entidad, un Estado, lesiona a un particular. En realidad, el tema se presta bien al desarrollo progresivo. Se trata de autorizar a las organizaciones que administran territorios a que en determinadas circunstancias representen a los habitantes de esos territorios a efectos de la protección diplomática.

7. En cuanto a la delegación del derecho de protección diplomática y a la transferencia de reclamaciones, la oradora está de acuerdo con el Relator Especial en que es preferible no codificar este campo tan difícil. También en esta ocasión por motivos políticos, porque el ejemplo de la Unión Europea resulta muy convincente y nos hallamos, en este caso, en presencia de una situación que evoluciona constantemente, de la que habrá que ocuparse sin duda alguna en el futuro pero que por el momento es

mejor dejar de lado. La transferencia de reclamaciones es asimismo un tema que es preferible no abordar en detalle, aunque sí podría preverse un proyecto de artículo en el que se destacase la necesidad de aplicar el principio de la continuidad de la nacionalidad.

8. El Sr. MATHESON considera que el Relator Especial tiene razón al decir en el informe que no deben escatimarse esfuerzos para terminar la primera lectura de los proyectos de artículo sobre la protección diplomática en el período de sesiones en curso a fin de poder concluir los trabajos sobre este tema antes del final del quinquenio. Por eso hay que tener cuidado de no ampliar el alcance de las cuestiones de que se ocupará la Comisión en la fase actual de los trabajos. Debería limitarse a las que claramente son pertinentes a la protección diplomática y con respecto a las cuales existe una práctica estatal lo bastante clara en la que apoyarse. El orador suscribe las conclusiones del Relator Especial de que la Comisión no debería tratar de abordar en el proyecto de artículos cuestiones tales como la protección ejercida por una organización internacional y la transferencia del derecho de protección diplomática porque no son cuestiones simples ni de las que exista una práctica estatal clara. Como ha subrayado el Sr. Brownlie, la Comisión tendría que examinar de qué forma puede ejercerse la protección diplomática en situaciones que son muy diversas. Es evidente que los derechos y funciones de una Potencia ocupante son distintos de los de un organismo administrativo internacional y los derechos y funciones de tal organismo administrativo dependerían mucho del mandato que se le diera en cada caso. Determinados regímenes no son más que estructuras provisionales para mantener un *statu quo* por un período breve. Otras tienen más envergadura y se conciben a largo plazo. La Comisión debería, pues, determinar si procede en cada caso la protección diplomática, por ejemplo, si la Potencia ocupante o la administración internacional están habilitadas para ejercer la protección en beneficio de los habitantes del territorio o para zanjar o abandonar sus reclamaciones sin su consentimiento. Al igual que el Relator Especial, el orador opina que sería más prudente, para resolver esas cuestiones, esperar a que sea más abundante la práctica de los Estados. De igual manera, la doctrina de las «manos limpias» es una cuestión que rebasa la de la protección diplomática y que no corresponde, por tanto, abordar en los trabajos actuales.

9. El Sr. PELLET pregunta al Sr. Matheson y a los otros miembros de la Comisión por qué ésta debería abstenerse de abordar un problema so pretexto de que es difícil y por qué debería abstenerse de tratar un tema so pretexto de que la práctica es escasa y dudosa, cuando precisamente el trabajo de la Comisión consiste en desarrollar progresivamente el derecho internacional.

10. El Sr. Sreenivasa RAO dice que su reacción inicial a las observaciones introductorias del Relator Especial es la de sumarse a sus recomendaciones de que la Comisión se abstenga de examinar en la fase actual de sus trabajos determinadas cuestiones que no entran claramente en el marco del tema principal y con respecto a las cuales, por otra parte, los Estados apenas han manifestado entusiasmo. La Comisión, en efecto, corre el riesgo de perderse y terminar examinando un tema completamente distinto de las consideraciones que la ocupan actualmente. Por los

motivos ya expuestos por el Sr. Brownlie, el Sr. Matheson y la Sra. Escarameia, lo mejor es que la Comisión dé muestras de cautela y que no se aparte de la línea que se ha marcado. Respondiendo al Sr. Pellet, si en el marco de esta línea principal se plantean cuestiones difíciles, está claro que la Comisión no debe eludirlas. Pero apartarse de esa línea la llevaría a dedicar mucho más tiempo a sus trabajos y para ello debería quizá tener un mandato distinto. Por este motivo, el orador se fía de la intuición del Relator Especial y, en vista de la falta de práctica en la materia, suscribe sus recomendaciones.

11. El Sr. MATHESON responde al Sr. Pellet que no se trata de evitar siempre las cuestiones difíciles ni necesariamente de evitar los temas en los que los Estados no tienen una práctica establecida. Se trata simplemente en este caso de que la Comisión ya ha hecho mucho camino en la conclusión de sus trabajos y de que hay que llegar al final, al menos por lo que hace a la primera lectura de los proyectos de artículo, durante el presente período de sesiones y para ello no hay que abordar temas periféricos que pueden ser interesantes pero que no son esenciales para el tema que se examina. Y si no hay práctica establecida, tal vez sea más prudente esperar a que se desarrolle. Este es claramente el caso de los Estados o las organizaciones internacionales que podrían administrar territorios, aspecto en que la práctica de los Estados apenas ha empezado a desarrollarse.

12. El Sr. KOSKENNIEMI, refiriéndose a las dos cuestiones que según el Relator Especial hay que excluir del estudio, a saber, la protección de los habitantes de un territorio administrado y la delegación del derecho de protección diplomática, considera que la dificultad del problema o la falta de práctica de los Estados en la materia no son motivo suficiente para no examinarlos. Por lo que se refiere al primer aspecto, considera, al igual que la Sra. Escarameia, que la ocupación militar y la administración por una organización internacional son dos situaciones completamente distintas. El caso de la ocupación militar no debe incluirse en el estudio porque acarrearía dificultades, no ya de índole técnica, sino política, y haría que se estancaran los debates, sobre todo porque el carácter legítimo o ilegítimo de la ocupación no puede dejar de incidir en la existencia del derecho a la protección diplomática. Por el contrario, en el caso de la administración de un territorio por una organización internacional, no se plantea la cuestión de la legitimidad de dicha situación y por lo demás ese tipo de situación seguirá existiendo, y en determinados casos pueden lesionarse los derechos de los particulares.

13. Por lo que se refiere a la delegación del derecho de protección diplomática, el orador señala que se trata de una práctica real y cita el ejemplo de Finlandia, país al que se recurre a menudo para representar a países en conflicto con otros. Le parece justificado tener en cuenta esa práctica, que no plantea controversias, en el marco del estudio de la protección diplomática sin que por ello se prolongue excesivamente el debate. Sería bueno alentarla o, por lo menos, reconocer su legitimidad; si la Comisión se abstuviera de codificar esa práctica, colocaría en difícil situación a los países que aceptan ese tipo de delegación. También sería útil reafirmar la necesidad del consentimiento del Estado en cuyo territorio se ejerce la protección.

14. La Sra. XUE pregunta al Sr. Koskeniemi si, en los ejemplos de delegaciones que tiene presente a propósito de Finlandia, se trata de protección diplomática en el sentido en que se entiende en el informe o simplemente de la representación de un país, a fin de proteger sus intereses, por la misión diplomática de otro país, por ejemplo, tras la ruptura de relaciones diplomáticas con un tercero.

15. El Sr. KOSKENNIEMI responde que no podría así, improvisadamente, dar ejemplos concretos pero que le parece que determinados asuntos entrañan una protección diplomática auténtica.

16. El Sr. Sreenivasa RAO dice que la representación de los intereses de un Estado por otro en el caso de ruptura de relaciones diplomáticas es una práctica habitual, aunque distinta del ejercicio de la protección diplomática, por la cual un Estado asume la reclamación de un particular, llegando en caso necesario a seguir procedimientos de solución de controversias. En este caso, no existe la práctica de la delegación, y por tanto no debe incluirse esta cuestión en el estudio de la Comisión.

17. El Sr. MANSFIELD recuerda que en el momento de examinarse los primeros informes sobre el tema él fue favorable, en interés de los Estados pequeños, a la idea de la delegación del derecho de protección diplomática. Sin embargo, pensándolo bien, no sabe de ningún caso en que un Estado haya presentado una reclamación oficial en nombre de otro Estado en virtud de una delegación. Por ello es favorable a una cláusula de salvaguardia en la que se mencione la posibilidad de la protección diplomática por delegación y se afirme la necesidad del consentimiento del Estado contra el que se ejerce ese derecho, aunque sigue convencido de que la cuestión de la delegación no entra en el ámbito del presente estudio.

18. El Sr. CHEE subraya la importancia de distinguir entre la protección diplomática que da un Estado y la que ejerce una organización. Desde el punto de vista histórico, cuando se crearon las organizaciones internacionales, se les dio el mandato de administrar determinados territorios; en la actualidad, dichas organizaciones cumplen distintas funciones en virtud de las cuales podrían ejercer la protección diplomática, por ejemplo, en calidad de autoridades transitorias o cuando se llevan a cabo operaciones de mantenimiento de la paz. En cualquier caso, hay que establecer una distinción entre las situaciones de ocupación militar de un territorio y las situaciones de administración de un territorio por una organización internacional.

19. El Sr. CANDIOTI se declara favorable a la exclusión del ámbito del estudio de los dos temas mencionados, pues tenerlos en cuenta podría llevar a la Comisión a apartarse de la definición de la protección diplomática enunciada en el artículo 1 del proyecto de artículos y adoptada a título provisional, a saber: «[...] el recurso a la acción diplomática u otros medios de solución pacífica por un Estado que asume, por derecho propio, la causa de uno de sus nacionales en razón de un perjuicio sufrido por éste dimanante de un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado»<sup>3</sup>. La protección diplomática no puede ejercerse con respecto a no nacionales más que en los casos

<sup>3</sup> Véase la nota 1 *supra*.

previstos en el párrafo 2 del artículo 1, y que se refiere a los apátridas y refugiados. Para poder ejercer la protección por un Estado o una organización que administren un territorio y que evidentemente iría en beneficio de no nacionales, habría que modificar asimismo ese párrafo. Por lo que se refiere a la delegación del derecho de protección diplomática, es esta una situación que puede darse, aunque es distinta de aquella en la que un Estado representa a otro tras la ruptura de relaciones diplomáticas. Un Estado puede delegar en otro determinados derechos, pero se trata de una cuestión aneja que podría ser objeto de una cláusula «sin perjuicio» o de una cláusula final. El orador apoya la postura del Relator Especial a este respecto.

20. El Sr. KOSKENNIEMI, contestando a la pregunta de la Sra. Xue, explica que por motivos financieros y prácticos, los países nórdicos tienen costumbre de combinar sus representaciones, con sujeción al consentimiento del Estado en cuyo territorio se ejercen. Considera que en el marco de esta cooperación oficiosa no cabe excluir en modo alguno la posibilidad de una reclamación oficial invocando la protección diplomática en el caso de un acto ilícito por parte de un Estado. Esta gestión, de conformidad con los principios de la protección diplomática, corresponde al ámbito discrecional del Estado en que se ha delegado. Debería reconocerse la existencia de esa posibilidad con una cláusula en que se afirmase la necesidad del consentimiento del Estado en cuyo territorio se ejerce la protección.

21. El Sr. GALICKI apoya la postura del Relator Especial y del Sr. Candioti. Recuerda que el artículo 1 del proyecto de artículos define claramente las bases de la protección diplomática al establecer la necesidad de un lazo entre el Estado y su nacional. Hay excepciones, pero se limitan a aquellos casos en que no pueda ejercerse esa facultad del Estado de nacionalidad, es decir en el caso de los refugiados o los apátridas. La eventualidad de la delegación parece poco probable, ya que hace falta el consentimiento de tres Estados, a saber, el Estado de nacionalidad del lesionado, el Estado que lo debe representar y, sobre todo, el Estado en el que deberá ejercerse la protección diplomática. El consentimiento de este último será muy difícil de obtener, y a este respecto parece poco realista el artículo 8 c del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht). Por todo ello el orador considera preferible no incluir en el estudio la cuestión de la delegación.

22. El Sr. KABATSI dice que, tras escuchar a los distintos oradores, se ha preguntado si convendría incluir en los estudios determinados aspectos que el Relator Especial ha considerado ajenos al tema. Por lo que se refiere a la situación de la ocupación militar, le parece legítimo dejar de lado la cuestión, aun cuando en el caso de una ocupación muy larga y poco conflictiva podría preverse el ejercicio de la protección diplomática por la Potencia ocupante. También le parece que podría preverse la protección diplomática por una organización internacional, ya que cabe imaginar que la organización encargada de administrar un territorio asuma todas las cargas que entraña la administración. Sin embargo, el orador considera, lo mismo que los Sres. Sreenivasa Rao y Candioti, que esos aspectos no entran en el ámbito del tema principal de estudio.

23. El Sr. ECONOMIDES dice que, desde su punto de vista, hay que tener cuidado de no confundir la protección diplomática que ejercen a diario las embajadas y consulados, prevista en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, y la protección diplomática que se rige por el derecho internacional consuetudinario. Está claro que es la segunda la que interesa a la Comisión en el presente caso. Ahora bien, la práctica de los Estados escandinavos descrita por el Sr. Koskeniemi se refiere a la protección de la primera categoría. En efecto, no ve muy bien cómo Finlandia, por ejemplo, podría asumir la causa de un noruego y llevar el asunto ante la CIJ. La disposición del Tratado de Maastricht citada por el Relator Especial en su informe corresponde también a esta categoría de protección. Según el orador, hay que evitar la confusión entre los dos tipos de protección diplomática.

24. El Sr. SEPÚLVEDA dice que tiene dos preguntas para el Relator Especial. La primera se refiere al caso de los habitantes de territorios sometidos a ocupación militar, de que se habla en el párrafo 5 del informe. El orador piensa, por ejemplo, en el caso de los detenidos de Guantánamo, donde una de las Potencias ocupantes ejerce la protección diplomática en beneficio de sus nacionales detenidos por otra Potencia ocupante. En ese contexto también puede suceder que las Potencias no ocupantes emprendan una acción de protección diplomática en beneficio de sus nacionales. Cabría preguntarse tal vez si esta cuestión, dada su actualidad, no debería figurar en el estudio.

25. La segunda cuestión se refiere a la transferencia de reclamaciones, objeto del párrafo 10 del informe. El Relator Especial insiste mucho en el concepto de nacionalidad. Indica por lo demás en el párrafo 13 de su informe que la transferencia de reclamaciones se rige por la norma de la continuidad de la nacionalidad y que, por tanto, no hay ninguna necesidad de pensar en codificar más el tema. Ahora bien, en opinión del orador, esa norma no basta para fundamentar jurídicamente la transferencia de reclamaciones. Aunque la Comisión haya decidido no incluir esta cuestión en el estudio, de todas maneras habría que intentar dar con una explicación que se funde en un elemento jurídico más firme que el mero concepto de nacionalidad continua.

26. El Sr. DUGARD (Relator Especial), contestando a la primera pregunta del Sr. Sepúlveda, dice que la situación de los detenidos de Guantánamo se rige por el derecho consuetudinario de la protección diplomática. Está claro que, en ese caso, los Estados tienen la competencia necesaria para ejercer su protección diplomática con respecto a sus nacionales y que no hay ninguna necesidad de nuevas disposiciones a ese efecto.

27. En cuanto a la segunda pregunta, sostiene que la norma aplicable es efectivamente la de la nacionalidad continua. Dicho esto, reconoce que si hubiera decidido dedicar una disposición a ese caso, habría habido que justificarlo con otros criterios; como eso no ha ocurrido, no le parece necesario ahondar en el debate.

28. El Sr. SEPÚLVEDA da las gracias al Relator Especial, pero señala a pesar de todo que, según el párrafo 5,

el derecho de protección diplomática en el contexto de la ocupación militar corresponde al ámbito del derecho internacional humanitario, lo que no encaja enteramente con la respuesta que ha recibido del Relator Especial. Por consiguiente, tal vez sería útil precisar si un caso como el de los detenidos de Guantánamo corresponde a la protección diplomática o al derecho internacional humanitario.

29. El Sr. PELLET señala, a propósito de los detenidos de Guantánamo, que el hecho de que el Reino Unido (solo por nombrar un ejemplo) sea una de las Potencias ocupantes no influye para nada en el ejercicio de la protección diplomática. Por su parte, Francia ejerce también su protección diplomática en beneficio de sus nacionales detenidos en Guantánamo.

30. El orador reconoce, por otra parte, que la idea expresada por el Sr. Economides de que un Estado pueda transferir su derecho de hacer reclamaciones y que el asunto pueda de esta manera terminar ante la CIJ es algo inquietante. Dicho eso, expresa su profundo desacuerdo con la afirmación de que hay distintos tipos de protección diplomática. A su parecer, más bien se trata de distintas formas de ejercerla, a saber, por la vía diplomática o por la vía judicial. Cabe imaginar que los Estados puedan transferir la modalidad diplomática sin hacer otro tanto con la judicial.

31. Por lo que se refiere a la ocupación militar, también rechaza la idea de que algunas ocupaciones sean legítimas y otras no. Esto se basa en una confusión entre *ius ad bellum* y *ius in bello*.

32. Sea como fuere, como la Comisión decidió no incluir en el estudio el caso de los habitantes de territorios ocupados, carece de importancia la cuestión de la legitimidad de la ocupación.

33. El Sr. DUGARD (Relator Especial) presenta los artículos 23 a 25 que figuran en el párrafo 14 de su informe y que se refieren a las cuestiones derivadas de la relación entre la protección ejercida por una organización internacional y la protección diplomática.

34. Por lo que se refiere al artículo 23, comienza por establecer una distinción entre la protección funcional que brindan las organizaciones internacionales a sus agentes y la protección diplomática propiamente dicha. En efecto, aun cuando esos dos tipos de protección guardan semejanzas, también hay diferencias. La protección diplomática es un mecanismo concebido para obtener reparación por daños sufridos por el nacional de un Estado en base al principio de que un daño a un nacional es un daño que se causa al propio Estado. La protección funcional por su parte es un medio de promover el buen funcionamiento de una organización internacional garantizando el respeto a sus representantes. La protección de sus agentes por una organización internacional es pues distinta, por su índole, de la protección diplomática. Además, las incertidumbres son tan numerosas en cuanto a esta modalidad de protección que es difícil extraer normas consuetudinarias claras al respecto. Por ello parece preferible excluir este tema del estudio y que quede claro en una cláusula de salvaguardia como la que figura en el artículo 23. Tal vez la Comisión quiera dar su opinión sobre si la protección funcional

debe formar parte del estudio sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales.

35. El proyecto de artículo 24 se refiere al derecho del Estado a ejercer la protección diplomática contra una organización internacional. Se trata a todas luces de un tema ligado a la protección diplomática, pero que parece más bien corresponder al estudio de la responsabilidad de las organizaciones internacionales, ya que se plantean fundamentalmente cuestiones de atribución, responsabilidad y reparación. De ahí que el orador esté de acuerdo en omitir esa disposición.

36. El proyecto de artículo 25, que se refiere al derecho del Estado a ejercer la protección diplomática respecto de un nacional que sea también agente de una organización internacional corresponde evidentemente al ámbito del presente estudio. Se trata en esencia de mantener el derecho del Estado a ejercer su propia protección diplomática, derecho que puede estar en pugna con el derecho de protección funcional de las organizaciones internacionales. La CIJ se interesó por la cuestión en el asunto *Réparation*, pero no dictó directrices claras en cuanto a los medios de conciliar el ejercicio de la protección funcional y de la protección diplomática. No obstante, recordó que importaba que el Estado demandado no se viera obligado a pagar dos veces la reparación debida por los daños causados.

37. En el párrafo 25 del informe, el Relator Especial plantea cuatro cuestiones que merece la pena examinar en este contexto, a saber, la posibilidad de reclamaciones múltiples; el derecho de las Naciones Unidas a entablar una reclamación en nombre de un agente contra el Estado del que es nacional ese agente; la cuestión de si se puede distinguir claramente entre protección funcional y protección diplomática; y la prioridad de las reclamaciones. Los dos primeros aspectos no plantean ningún problema grave y no hay necesidad, pues, de mencionarlos en un proyecto de artículos sobre la protección diplomática. El tercero plantea la cuestión de las funciones que ejercen los agentes de una organización internacional y que dan derecho a la protección funcional. Según la Corte, las Naciones Unidas gozan de tal derecho cuando el funcionario sufre perjuicio en el ejercicio de sus funciones oficiales, pero no en el ejercicio de una actividad particular. Ahora bien, la cuestión de saber los actos que corresponden al ejercicio de funciones oficiales es de las más controvertidas. Dadas las incertidumbres que rodean el término «agente» y el alcance y las funciones oficiales, parece poco prudente elaborar una disposición en la que se disponga que una organización internacional podrá ejercer la protección funcional respecto de los daños causados a sus agentes en el ejercicio de sus funciones oficiales.

38. Por lo que se refiere a la necesidad de conciliar posibles reclamaciones concurrentes, algunos autores, como Eagleton, consideran que debe darse prioridad a la protección funcional cuando entra en conflicto con la protección diplomática<sup>4</sup>. Los motivos que aduce son convincentes, pero no está seguro de que ese razonamiento pueda aplicarse a otras organizaciones distintas de las Naciones

<sup>4</sup> Véase C. Eagleton, «International organization and the law of responsibility», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1950-I*, págs. 361 a 363.

Unidas. Además, no hay nada en la práctica que permita sostener esa postura, con lo que al Estado sólo le quedaría un derecho subsidiario. La Comisión debe, pues, pronunciarse en primer lugar sobre la oportunidad de incluir una disposición relativa a la prioridad de las reclamaciones. En caso afirmativo, debe decidir si conviene mantener el texto entre corchetes que figura en el proyecto de artículo 25, en cuyo caso correspondería a las partes interesadas hallar soluciones guiadas por la buena voluntad y el sentido común, o si, por el contrario, hay que incluir el texto entre corchetes, lo que indicaría que la organización internacional tiene derecho prioritario y al Estado de nacionalidad del agente le asiste sólo un derecho subsidiario.

39. El artículo 26 que figura a continuación consiste en una cláusula general de salvaguardia sobre el derecho de un Estado distinto del de nacionalidad de la persona lesionada de ejercer su protección diplomática en beneficio de dicha persona, o el derecho de una persona lesionada de presentar por sí misma una reclamación. Ese derecho se reconoce en el artículo 48 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión en su 53.º período de sesiones<sup>5</sup>.

40. El Relator Especial recuerda finalmente que en el período de sesiones anterior propuso una cláusula de salvaguardia del derecho de las sociedades a hacer valer los derechos y recursos previstos en los tratados bilaterales de inversión y se le invitó a redactar una cláusula general que permitiera asimismo a las personas invocar los tratados de derechos humanos, de ahí la variante propuesta para el artículo 21 en los párrafos 41 y 43 del informe. Si los miembros prefieren efectivamente ese nuevo texto, podría remitirse tal cual al Comité de Redacción, que se encargará de examinar el artículo 21 en el período de sesiones actual.

41. El Sr. GAJA dice que para estudiar las cuatro cláusulas sin perjuicio propuestas por el Relator Especial sería necesario examinar su relación con el alcance del proyecto de artículos. Recuerda que conforme al artículo 1 del proyecto, la protección diplomática consiste en el recurso a la acción diplomática o a otros medios de solución pacífica por un Estado que asume, por derecho propio, la causa de uno de sus nacionales en razón de un perjuicio sufrido por éste como resultado de un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado. En resumen, la protección diplomática corresponde a la acción entablada por un Estado en relación con un acto ilícito cometido por otro. Ahora bien, las dos primeras cláusulas sin perjuicio se refieren a casos en que la protección diplomática se ejerce por una organización internacional (art. 23) o contra una organización internacional (art. 24). Puesto que no modifican el alcance del proyecto de artículos tal y como se define en el artículo 1, esas cláusulas no son indispensables.

42. Por lo demás, la relación entre la protección diplomática ejercida por un Estado y la protección diplomática ejercida por una organización internacional no debería ser objeto de una cláusula sin perjuicio como la que figura en el proyecto de artículo 25. El orador comparte la opinión del Relator Especial de que podría omitirse el texto del

pasaje entre corchetes, aunque subraya que, si se suprime, el texto consistiría en aplicar la norma general y ya no podría considerarse como una cláusula sin perjuicio. El proyecto de artículo 25 no tendría entonces razón de ser y habría que suprimirlo. El orador preferiría esta solución aunque, si debe conservarse el proyecto de artículo, habría que reformularlo de manera que dijera más o menos lo siguiente: «Los Estados podrán ejercer la protección diplomática respecto de un nacional independientemente del derecho que pueda asistirle a una organización internacional de proteger a esa misma persona por ser agente suyo.»

43. Aunque el orador preferiría suprimir el proyecto de artículo 25, en el caso contrario insiste en que se suprima la expresión «sin perjuicio» y se reformule el texto de manera positiva de modo que derive naturalmente del resto del proyecto de artículos.

44. En cambio, la cláusula sin perjuicio en el proyecto de artículo 26 aporta una aclaración importante. El conjunto del proyecto de artículos y, en gran medida, la práctica actual, parecen abarcar igualmente los casos en que el Estado de nacionalidad presenta una reclamación en nombre de un nacional por violación de los derechos humanos. En cualquier caso, el artículo 1 no parece excluir esa posibilidad. Ahora bien, como un Estado distinto del Estado de nacionalidad también puede invocar los derechos humanos que habría violado otro Estado, hay que reconocer que la protección diplomática no es la única que entra en juego, ya que cualquier otro Estado podrá hacer otro tanto y, además, podría afectar a otros derechos distintos de los derechos humanos.

45. No obstante, el texto del proyecto de artículo 26 no resulta enteramente satisfactorio, ya que habría que formular más claramente que el hecho de que un Estado pueda ejercer la protección diplomática no excluye que otros Estados, e incluso particulares, puedan presentar una reclamación con otros fundamentos en derecho internacional. Ahora bien, si es esa la idea que se desea transmitir, la variante del artículo 21 no es la solución, ya que se refiere a los tratados de derechos humanos o, en su caso, a determinados tratados de inversiones y no refleja el carácter no exclusivo de la protección diplomática.

46. El Sr. PELLET dice que las explicaciones dadas la víspera por el Relator Especial en respuesta a su intervención espontánea lo convencieron muy poco. Le impresionó en particular la reflexión sobre la protección ejercida por una organización internacional o un Estado administrador de un territorio. Es cierto que si se excluyen las cuestiones ligadas a ese tipo de situación, el problema parece en gran medida superado: ya no hay ni mandatos ni territorios en fideicomiso ni, oficialmente al menos, protectorados. En cuanto al caso de la ocupación militar, el orador está de acuerdo en que esa hipótesis queda en el ámbito de los conflictos armados y que, por ese motivo, no cabe incluirla en el proyecto de artículos. Dicho eso, los territorios no autónomos —expresión con la que se designa púdicamente a las colonias—, siguen desgraciadamente siendo una hipótesis que, por más que sea limitada, no deja de ser concreta. Ahora bien, esos territorios, y no solamente Hong Kong o Macao hasta un período reciente, tienen, en virtud de la Carta de las Naciones

<sup>5</sup> *Anuario...* 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 76.

Unidas, un estatuto aparte y distinto del del Estado que los administra, y no es totalmente superfluo indicar que en esos casos la Potencia administradora puede ejercer la protección diplomática en favor de los nacionales de esos territorios. Por el contrario, hay que descartar los territorios bajo control de las organizaciones internacionales, no porque, como se ha dicho, se trate de situaciones muy distintas o provisionales o porque no haya una práctica suficiente —y aunque sólo hubiera Kosovo y Timor Oriental, con eso bastaría— sino porque ahí entran en juego las organizaciones internacionales y resulta más prudente limitar el proyecto a los Estados.

47. En cuanto a la segunda de las propuestas de omisión que hace el Relator Especial, lo mismo que el Sr. Gaja, el Sr. Brownlie y la Sra. Escarameia, el orador sostiene que valdría la pena tratarla en el proyecto, aunque sólo fuera recordando las normas fijadas en el apartado *c* del artículo 45 y en el artículo 46 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. Por otra parte, si se trata de la transferencia de reclamaciones y de la subrogación, el orador no tiene objeción en principio a lo que ha escrito el Relator Especial en los párrafos 10 a 13 del informe. Le parece simplemente que todo ello guarda relación con problemas muy concretos que se plantean a menudo en la práctica interestatal y que por ese motivo, «las evidencias» enunciadas por el Relator Especial deberían quedar reflejadas en el proyecto y, tal vez, concretadas. Se pregunta a este respecto acerca de un problema determinado. El Relator Especial se refiere a la norma de la continuidad de la nacionalidad, es decir, al proyecto de artículo 4 que la Comisión aprobó en su 54.º período de sesiones, en 2002º. Ahora bien, el párrafo 2 del artículo 4 incorpora una importante disposición atenuante en el principio de la continuidad de la nacionalidad. El orador se pregunta si no cabría prever la posibilidad de aplicar esa disposición atenuante cuando «la reclamación» pasa a un nuevo titular. No está totalmente seguro de que haya que exigir en todos los casos la continuidad de la reclamación y no ve *a priori* ningún motivo para hacerlo si el cambio de nacionalidad de la reclamación a raíz de una transferencia es «por una razón no relacionada con la presentación de la reclamación», por emplear los términos del párrafo 2 del proyecto de artículo 4. En cualquier caso, se trata de cuestiones importantes y complejas que no pueden descartarse a la ligera.

48. El orador trata a continuación de dos aspectos en los que tiene especial interés, a saber, las «manos limpias» y las consecuencias de la protección diplomática. La idea en que se funda la norma de las manos limpias es que cuando un sujeto de derecho internacional pretende determinar responsabilidad internacional de otro sujeto de derecho internacional en tanto que él mismo ha cometido, en el mismo contexto, una violación del derecho, se siguen determinadas consecuencias. No obstante y eso es lo que importa aquí, esas consecuencias son muy distintas según que uno se sitúe en el marco de las relaciones de Estado a Estado, es decir, en la terminología habitual de la doctrina francófona, en el contexto de un daño «inmediato», o en el marco de la protección diplomática, que entraña un daño «mediato». En el primer caso, por una parte, las violaciones cruzadas del derecho no pueden ser sino

violaciones del derecho internacional y, por otra parte, si un Estado viola una norma de derecho internacional con respecto a otro, que a su entender ha incurrido en responsabilidad con respecto a él, no por eso se ve impedido de formular su reclamación. Su propia violación no es ni causa de inadmisibilidad de la reclamación ni circunstancia que excluya la ilicitud.

### Organización de los trabajos del período de sesiones (continuación)

[Tema 1 del programa]

49. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Presidente del Comité de Redacción) anuncia que el Comité de Redacción sobre el tema de la protección diplomática estará formado por los siguientes miembros: Sra. Escarameia, Sra. Xue, Sr. Brownlie, Sr. Addo, Sr. Candiotti, Sr. Chee, Sr. Gaja, Sr. Kabatsi, Sr. Kolodkin, Sr. Mansfield, Sr. Matheson, Sr. Niehaus y Sr. Sepúlveda.

*Se levanta la sesión a las 13.00 horas.*

## 2793.ª SESIÓN

*Miércoles 5 de mayo de 2004, a las 10.00 horas*

*Presidente:* Sr. Teodor Viorel MELESCANU

*Miembros presentes:* Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candiotti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kemicha, Sr. Kolodkin, Sr. Koskenniemi, Sr. Mansfield, Sr. Matheson, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Sepúlveda, Sra. Xue, Sr. Yamada.

### Protección diplomática<sup>1</sup> (continuación) (A/CN.4/537, secc. B, A/CN.4/538<sup>2</sup>, A/CN.4/L.647 y Add.1)

[Tema 3 del programa]

#### QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. PELLET dice que, si bien el Relator Especial ha dado a entender que la Comisión no debería ocuparse, en relación con la protección diplomática, de la doctrina de las «manos limpias» ni de las consecuencias de la protección diplomática, opina, por su parte, que esas cuestiones merecen ser estudiadas más a fondo.
2. En lo que concierne a la doctrina de las «manos limpias», el orador ya señaló en la sesión anterior que si el

<sup>1</sup> Véase el texto de los artículos 1 a 10 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática aprobados provisionalmente por la Comisión en sus períodos de sesiones 54.º y 55.º en *Anuario... 2003*, vol. II (segunda parte), párr. 152.

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario... 2004*, vol. II (primera parte).

<sup>6</sup> Véase la nota 1 *supra*.