

favor la protección diplomática, mientras que el artículo 27 la autorizaría si esas personas fueran miembros de la tripulación de buques japoneses.

77. Más de la mitad de la flota mercante japonesa está matriculada en países extranjeros. El capitán, el jefe de máquinas y el piloto son normalmente japoneses, pero el resto de la tripulación suele proceder de otros países asiáticos. El artículo 27 no prejuzga el derecho del Japón a ejercer la protección diplomática en favor de los tripulantes japoneses de buques matriculados en otros países.

78. La Sra. XUE dice que las observaciones pertinentes del Sr. Yamada confirman todavía más que la Comisión no debería incluir el artículo 27 en el proyecto. Pero si se incluyera, la protección contemplada debería incluir también lógicamente a los residentes permanentes en países extranjeros, que también han vivido frecuentemente tanto tiempo en el extranjero que han sido olvidados por su propio Estado de nacionalidad. ¿Quién ejercerá la protección diplomática en favor de estas personas si sufren daños en un tercer país? ¿Cuál sería el vínculo efectivo? La Comisión está en peligro de socavar el fundamento mismo de la protección diplomática.

79. El Sr. CHEE desea saber qué jurisdicción se aplica a los delitos cometidos a bordo de un buque. Existe ahí un conflicto entre el derecho internacional público y el derecho marítimo nacional, según el cual el capitán de un buque tiene jurisdicción en tales hipótesis.

80. El Sr. MANSFIELD, en respuesta a las observaciones del Sr. Yamada y de la Sra. Xue, reitera que la tesis en favor de que el Estado del pabellón pueda ejercer la protección de los tripulantes de un buque no se basa solamente en la idea de hacer posible la protección de personas que en caso contrario quedarían privados de ella, sino también en consideraciones prácticas: el daño que sufren esas personas va asociado al daño del buque y es el Estado del pabellón el que está en condiciones de proporcionar información sobre lo realmente acaecido.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2796.ª SESIÓN

Martes 11 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. Kolodkin, Sr. Koskenniemi, Sr. Mansfield, Sr. Matheson, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Operti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Sepúlveda, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Protección diplomática¹ (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 (conclusión)

1. EL PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a que formulen sus observaciones al proyecto de artículo 27 que figura en el informe del Relator Especial (A/CN.4/538).

2. La Sra. ESCARAMEIA dice que se siente obligada a tomar la palabra por el cambio que se ha producido con respecto al artículo 27: aunque al principio la Comisión parecía estar a favor de su aprobación, las objeciones se han multiplicado y la mayoría de los miembros han cambiado de actitud. Las objeciones formuladas pertenecen a dos categorías: las que se refieren a la coherencia y la validez de la jurisprudencia y las que se basan en consideraciones de fondo.

3. Por lo que se refiere a la jurisprudencia, la Sra. Escarameia se asombra de que el asunto del *Saiga* y las dos opiniones disidentes en el asunto *Réparation* se hayan considerado no pertinentes, pero sobre todo le decepciona la interpretación de que el asunto del *Saiga* afecte exclusivamente al artículo 292 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. En su opinión, la cuestión que se planteaba con respecto a los miembros de la tripulación que no tenían la nacionalidad del Estado del pabellón tenía sentido únicamente en el contexto de la protección diplomática y no en el del artículo 292 de esa Convención. Si el TIDM se hubiera basado sólo en el artículo 292, ¿por qué habría planteado la cuestión de la nacionalidad? ¿Por qué habría establecido una distinción entre los daños directos (causados al Estado) y los indirectos (causados a las personas protegidas por el Estado)? De hecho, el asunto del *Saiga* afecta a la vez al artículo 292, por lo que respecta a la liberación del buque y la de su tripulación, y a la protección diplomática, en lo que se refiere a la protección de los miembros de ésta. El Tribunal reconoció claramente que cuando se causa un daño a los miembros de la tripulación en el contexto de un daño causado a un buque, la nacionalidad de los interesados no resulta pertinente. Si no abordó con más detenimiento la cuestión de la protección diplomática de los miembros de la tripulación fue porque sólo le interesaba el perjuicio sufrido a consecuencia del daño causado al buque, pero si, por ejemplo, hubiera maltratado a los miembros de la tripulación, se habría planteado la cuestión de la protección diplomática.

4. Pasando a las consideraciones de fondo, la Sra. Escarameia señala que las objeciones son de dos tipos: las que aducen que no se cumplen los criterios propios de la protección diplomática, es decir, la nacionalidad y el agotamiento de los recursos internos, y las que consideran que, si se admite el caso de las tripulaciones de buque, se

¹ 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.

² Reproducido en *Anuario... 2004*, vol. II (primera parte).

abrirá la puerta a muchos otros casos y la situación puede resultar incontrolable.

5. Por lo que se refiere al criterio de la nacionalidad, algunos estiman que no se puede asimilar el caso de los miembros de una tripulación al de los apátridas o los refugiados. Por su parte, la Sra. Escarameia opina que los miembros de una tripulación se encuentran en una situación semejante a la de los refugiados, ya que han perdido el contacto con su gobierno y se encuentran indefensos para reclamar la protección de su país. Como han observado algunos miembros de la Comisión, los Estados nacionales no son necesariamente débiles y pueden tener medios para defender a sus nacionales. Sin embargo, los miembros de la tripulación no tienen por lo general ni los medios ni el nivel de instrucción necesarios para hacer valer sus derechos. Se ha aducido también que, si se autorizara al Estado del pabellón a ejercer su protección, los otros Estados perderían automáticamente su derecho a hacerlo. Según la Sra. Escarameia, la cuestión de la exclusividad no se plantea, como tampoco la regla del agotamiento de los recursos internos, puesto que, por ejemplo en el caso de malos tratos infligidos a la tripulación, no se respetaría.

6. Otra serie de argumentos se basa en la idea de que, si se admite el caso de las tripulaciones, habría que admitir también otros casos, como el de los residentes permanentes. Para la oradora, esto no plantea dificultad alguna y no entiende por qué no se podría conceder también protección a los residentes permanentes. Para terminar, se pronuncia firmemente a favor del mantenimiento del artículo 27, basándose tanto en la jurisprudencia como en cuestiones de fondo.

7. El Sr. BROWNLIE dice que la Comisión debe cuidar de no basar su razonamiento en premisas erróneas. Así, la idea de que los Estados nacionales de los miembros de la tripulación son forzosamente débiles y pobres no corresponde siempre a la realidad. Además, al querer traspasar el derecho de ejercer la protección diplomática del Estado nacional al Estado del pabellón sólo se desplaza el problema, porque los Estados del pabellón son con frecuencia pequeños países. El Sr. Brownlie rechaza igualmente la idea de que los pequeños Estados no sean capaces de hacer valer sus derechos. El poder de los Estados en materia de protección diplomática no depende de su tamaño ni de sus recursos económicos, sino más bien de su organización interna.

8. Al haber moderado su entusiasmo a favor de la inclusión del artículo 27 las intervenciones de la Sra. Xue y de otros miembros de la Comisión, se ha inclinado a cambiar de opinión durante el debate. Como ha dicho la Sra. Xue, hay que guardar el sentido de las proporciones: si se estima que el Estado no puede ejercer su protección diplomática con respecto a los residentes permanentes, cuando, según el criterio del nexo genuino, se justificaría, no debería poder ejercer esa protección a favor de los miembros de la tripulación de un buque. Según el Sr. Brownlie, habría que interesarse sobre todo por un problema conexo, que es el de la prioridad en caso de reclamaciones concurrentes.

9. El Sr. MANSFIELD reconoce que los Estados, incluso pequeños, pueden ejercer su protección diplomática si

están bien administrados. Sin embargo, le parece que la verdadera cuestión es saber si vale la pena. En efecto, en la práctica es muy raro que un pequeño Estado juzgue un asunto suficientemente importante para ejercer la protección de sus nacionales miembros de una tripulación. A menudo, el Estado del pabellón es el único que puede intervenir a favor de ésta, y no siempre lo hace.

10. El Sr. CHEE dice que, puesto que los Estados pueden ejercer una protección funcional de los refugiados y apátridas, no entiende por qué no podrían dar esa protección a los miembros de una tripulación, que en la antigüedad eran considerados como esclavos y que, todavía hoy, necesitan ser protegidos. Por ello, es partidario de que se incluya el artículo 27 en el proyecto de artículos.

11. El PRESIDENTE, hablando en calidad de miembro de la Comisión, dice haber observado que, en su convincente alegato sobre la necesidad de proteger a los miembros de una tripulación, la Sra. Escarameia ha utilizado a menudo el término «protección» sin añadir «diplomática». Sin duda pensaba en la protección ejercida por los consulados y las embajadas, y no en la institución consuetudinaria que se examina.

12. Por lo que se refiere al asunto del *Saiga*, es evidente que no corresponde a la protección diplomática. La tripulación era ucraniana y el Estado del pabellón, San Vicente y las Granadinas. No hay común denominador entre esos dos países, no sólo desde el punto de vista del tamaño sino tampoco desde el de la experiencia y la capacidad para movilizar los recursos jurídicos necesarios.

13. La Comisión no puede aprobar un artículo dedicado a la protección de las tripulaciones si no se respetan los principios fundamentales en la materia, es decir el criterio de la nacionalidad y el del agotamiento de los recursos internos. Ahora bien, es evidente que los marinos tienen necesidad de una asistencia urgente, que no se puede garantizar si se respeta la regla del agotamiento de los recursos internos. De hecho, al incluir la protección de los marinos en el tema, se corre el riesgo de privarlos de una ayuda eficaz, porque si el Estado decide ejercer su protección diplomática quedarán excluidos otros tipos de protección. La protección de las tripulaciones es un problema real, pero no hay que buscar su solución en la protección diplomática. El Comité de Redacción se ha puesto de acuerdo sobre el texto propuesto por la Sra. Xue, que debería adoptar la fórmula de una cláusula «sin perjuicio». Es en esa dirección en la que habría que avanzar.

14. La Sra. ESCARAMEIA mantiene que el asunto del *Saiga* se refiere a la protección diplomática. Rechaza luego el argumento de la inobservancia de la regla de la nacionalidad, observando que hay ya excepciones, concretamente en el caso de los apátridas y los refugiados.

15. En cuanto al perjuicio que se causaría a los marinos, porque lo que necesitan es una ayuda urgente, considera que esa asistencia puede prestárseles efectivamente en aplicación del artículo 292 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, pero señala que los marinos pueden necesitar también otro tipo de protección en caso de malos tratos. Es verdad que si el

Estado ejerce su protección diplomática, ésta precederá a las otras pero, en su opinión, la cuestión de la exclusividad no se plantea en el plano jurídico.

16. Por último, en lo que se refiere a los trabajos del Comité de Redacción, puntualiza que las disposiciones sobre las que éste se ha puesto de acuerdo se refieren a los mecanismos de protección de los derechos humanos y los tratados bilaterales sobre inversiones.

17. El PRESIDENTE, interviniendo nuevamente en calidad de miembro de la Comisión, observa que la protección diplomática es una facultad discrecional del Estado, que éste, por consiguiente, no está obligado a ejercer. Si se quiere proteger realmente a los marinos, no se debe buscar en esa dirección. En efecto, en la práctica, el Estado sólo interviene cuando considera afectados su honor, su dignidad o sus instituciones fundamentales. El hecho de que dos Estados, el nacional y el del pabellón, puedan ejercer su protección diplomática plantea enormes dificultades.

18. El Sr. ECONOMIDES dice que, en primer lugar, suscribe por completo las observaciones de la Sra. Escarameia. En segundo lugar, cree que la Comisión necesitará una cláusula «sin perjuicio» que indique que su proyecto de artículo sobre la protección diplomática no afecta en nada a la protección diplomática «clásica» ni a la protección consular garantizadas por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y por el derecho internacional consuetudinario, aunque a menudo se confunda la protección diplomática como derecho soberano del Estado y la dada por una embajada o un consulado. Por otra parte, estima que el hecho de que puedan intervenir dos Estados no plantea ningún problema.

19. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que, en efecto, ese tipo de situación se da ya en el caso de la doble nacionalidad. Añade que no comprende la observación hecha por el Presidente como miembro de la Comisión, en el sentido de que todo el mundo puede comprender la situación considerando, en el asunto del *Saiga*, las reclamaciones concurrentes de la tripulación ucraniana y del Estado del pabellón, San Vicente y las Granadinas. El Presidente parece estimar que Ucrania era un Estado poderoso, a diferencia de San Vicente, pero la cuestión no es ésta: San Vicente, que dista mucho de ser el Estado más poderoso del mundo, era el que estaba dispuesto a proteger a los nacionales de Ucrania, que es un Estado poderoso. El asunto muestra sencillamente que, con gran frecuencia, el Estado de nacionalidad de los miembros de la tripulación no se preocupa en absoluto de ellos.

20. El Sr. MOMTAZ dice que quiere destacar ante todo la calidad del trabajo realizado por el Relator Especial para justificar la necesidad de dar protección a los marinos en el mundo contemporáneo. Por su parte, no se detendrá en la práctica de los Estados Unidos en materia de protección diplomática de los miembros de la tripulación de un buque, dado que el propio Relator Especial reconoce no estar seguro de que constituya una prueba de la existencia de una norma consuetudinaria en la materia. No cree que la jurisprudencia de los tribunales británicos, en que se apoya el Relator Especial para construir su tesis,

pueda aceptarse. El fallo que cita, dictado en el asunto *R. c. Carr* por la Queen's Bench Division, parece basarse en una ficción jurídica bien asentada en el siglo XIX, que es la asimilación del buque al territorio del Estado cuyo pabellón enarbola, asimilación que no tiene ya lugar en el derecho del mar. La ley del pabellón a que ese texto se refiere implícitamente se justifica ahora por la necesidad de respetar el orden en los espacios marinos no sometidos a la soberanía de los Estados. Por ello, de conformidad con esa ley, corresponde al Estado cuyo pabellón enarbole el buque ejercer su jurisdicción sobre éste y sobre las personas que se encuentren en él. De ello se deduce que éstas deberán respetar las leyes dictadas por el Estado del pabellón aplicables en el buque y, en contrapartida, podrán beneficiarse igual que los nacionales del Estado del pabellón de los derechos que esas leyes establecen. Es en ese sentido en el que haría falta interpretar el derecho a la protección de la ley a que se refiere la decisión del tribunal británico. En opinión del Sr. Momtaz, no se trata en absoluto del reconocimiento de un pretendido derecho a la protección diplomática de los miembros de la tripulación de un buque con independencia de su nacionalidad.

21. Por lo que refiere al artículo 292 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, así como a la jurisprudencia del TIDM conexas, agradece al Relator Especial que haya consultado, artículo por artículo, el excelente comentario de esa Convención realizado bajo los auspicios de la Universidad de Virginia³. Ese comentario no deja duda alguna en cuanto a la voluntad de los redactores del artículo. Éste tiene por objeto únicamente garantizar la pronta liberación del buque extranjero retenido por las autoridades portuarias a consecuencia de una supuesta infracción de la Convención. Por consiguiente, trata de evitar, en lo posible, las pérdidas económicas que causa al propietario del buque esa retención. No se trata en absoluto de ofrecer protección diplomática a los miembros de la tripulación del buque perjudicados por la retención. Es verdad que el campo de aplicación del artículo 292 no se limita únicamente al buque propiamente dicho y que la aplicación de ese artículo, evidentemente, no dejará de tener consecuencias favorables para los miembros de la tripulación privados de libertad o perjudicados por un hecho internacionalmente ilícito a causa de la retención del buque. En otras palabras, como no deja de señalar el Relator Especial, el artículo 292 no abarca todas las situaciones en que los miembros de la tripulación de un buque pueden resultar perjudicados por un hecho internacionalmente ilícito. Así ocurre cuando lo son por una colisión en alta mar o por otro hecho internacionalmente ilícito cometido por otro buque en los espacios marítimos. El Sr. Momtaz piensa especialmente en los actos que pueden ser cometidos por las autoridades de un Estado ribereño durante el tránsito de un buque por aguas sometidas a su soberanía o jurisdicción.

22. En esas condiciones, estima por lo menos difícil basarse en el artículo 292 para reconocer a los Estados el derecho a ejercer su protección diplomática de los miembros de la tripulación de los buques que enarbolan su pabellón. En rigor, se hubiera podido aceptar ese derecho

³ *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, M. H. Nordquist, S. Rosenne y L. B. Sohn (eds.), Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, vol. V, págs. 67 y ss.

en los casos limitados en que los miembros de la tripulación resulten perjudicados por el hecho de la retención del buque con desprecio de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. No fue ése el racionamiento utilizado por el TIDM. En contra de lo que se ha afirmado, en el asunto del *Saiga* el Tribunal no pretendió en absoluto que la actuación de San Vicente y las Granadinas a favor de los miembros de la tripulación que no eran nacionales suyos se asemejara a una protección diplomática.

23. Del estudio del Sr. Kamto citado por el Relator Especial en su informe se deduce que, según el Tribunal, la regla que requiere el agotamiento de los recursos internos y el ejercicio de la protección diplomática ulterior es aplicable cuando un Estado infringe el derecho internacional con respecto a alguien de nacionalidad extranjera⁴. El TIDM señala que ninguna de las infracciones de los derechos de San Vicente y las Granadinas «puede presentarse como infracción de una obligación relativa al trato reservado a los extranjeros» [párr. 98]. Se trata de infracciones directas de los derechos de San Vicente y las Granadinas a consecuencia de la retención del *Saiga*, caso a que se refiere precisamente el artículo 292 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Ésa es la razón de que el Tribunal no exigiera que los miembros de la tripulación del *Saiga* agotaran los recursos internos disponibles. En esas condiciones, no se puede hablar de protección diplomática ejercida por San Vicente, Estado del pabellón, en beneficio de los miembros de la tripulación que no tenían la nacionalidad de ese Estado.

24. Por lo que se refiere a los argumentos de orden práctico dados en el párrafo 63 del informe, el orador dice que no puede aceptar el de que las tripulaciones de muchos buques provienen actualmente de Estados, política y económicamente débiles, sin historiales distinguidos de derechos humanos. Se trata de un argumento político que no puede apoyar la tesis del Relator Especial. Paradójicamente, los Estados que practican la matriculación libre y que deberían proteger a la gran mayoría de los marinos no pueden pretender que respeten más los derechos humanos. La miseria y la explotación desvergonzada de las tripulaciones de buques que enarbolan pabellones de conveniencia indican, lamentablemente, que esos Estados se preocupan poco del bienestar de esas personas.

25. El Sr. Momtaz subraya que el hecho de que rechace los argumentos presentados por el Relator Especial no debe interpretarse en modo alguno como una negativa a dar protección a los marinos. Simplemente desea mostrar que no se puede ampliar la protección diplomática ejercida por el Estado del pabellón a los miembros de una tripulación, cualquiera que sea su nacionalidad. No puede unirse a la tesis sostenida por el Relator Especial en el párrafo 73 de su informe, según el cual existe suficiente práctica de los Estados para justificar esta norma. Dicho esto, no por ello deja de ser sumamente sensible a la idea de ofrecer a un Estado el derecho de proteger a los miembros de la tripulación de un buque que enarbole su pabellón. Sin embargo, esa protección no podría calificarse en ningún

caso de «diplomática». Está de acuerdo con el Sr. Kolodkin en que se trataría de una protección *sui generis* y, por qué no, de una protección cuasifuncional, para recoger la idea del Sr. Chee. El orador sugiere, por consiguiente, que se modifique el proyecto de artículo 27, suprimiendo toda la referencia a la protección diplomática, que se limitaría a la tripulación de los buques mercantes, con exclusión de los buques que gozaran de inmunidad jurisdiccional, es decir, de los buques de Estado.

26. El Sr. KOSKENNIEMI observa que los debates se han centrado en tres aspectos: la práctica de los Estados, las consideraciones prácticas y las cuestiones de tipo doctrinal, es decir saber si se trata de protección diplomática, protección funcional u otro tipo de protección *sui generis*. Parece haber consenso en que el examen de la práctica de los Estados no es concluyente. Parece también que las divergencias con respecto a las consideraciones hechas en los párrafos 63 a 67 del informe del Relator Especial no son tan grandes. En lo que se refiere a lo que el Sr. Brownlie, en el marco de reflexiones muy pertinentes, ha llamado «premisas erróneas», no ha sido posible zanjar el debate. Por lo que se refiere al tercer y último aspecto, el Sr. Koskeniemi comparte desde luego la opinión de los miembros que piensan que no se trata de una protección diplomática.

27. Volviendo a la cuestión de la práctica, el orador dice que le ha sorprendido especialmente la frase que aparece en el párrafo 51 del informe del Relator Especial: «Meyers, en 1967, dijo que “no tiene conocimiento de ningún caso en que un tribunal o corte internacional haya sostenido que al Estado del pabellón no le estaba permitido proteger a un miembro extranjero de la tripulación”»⁵. Aunque es verdad que el examen de la práctica de los Estados no ha permitido llegar a un resultado realmente concluyente, es evidente que ese derecho del Estado nunca ha sido puesto en tela de juicio, por lo menos hasta 1967, ni tampoco después, porque de otro modo el Relator Especial lo habría señalado.

28. En opinión del Sr. Koskeniemi, puesto que existe cierta práctica que consiste en dar una protección eficaz a las personas que efectivamente lo necesitan, el argumento de que el tema no encaja muy bien en un instrumento sobre la protección diplomática es secundario. Por ello estima que el proyecto de artículo 27 tiene su utilidad y podría remitirse al Comité de Redacción. Está abierto a la sugerencia, hecha concretamente por el Sr. Economides, de volver a formularlo como cláusula de salvaguardia, pero no tiene ninguna objeción a su redacción actual, siempre que se suprima el adjetivo «diplomática» para hablar sólo de «protección», cualquiera que sea la categoría en que ésta se clasifique luego.

29. El Sr. CANDIOTI agradece al Relator Especial el excelente análisis que figura en su informe y su presentación, muy detallada y bien documentada, de la cuestión que se examina, que ha suscitado un debate interesante y enriquecedor y ha servido para esclarecer la naturaleza de la asistencia que el Estado del pabellón puede prestar a los miembros de la tripulación de un buque cuando esas personas, cualquiera que sea su nacionalidad, sufran

⁴ Véase M. Kamto, «La nationalité des navires en droit international», *La mer et son droit: mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, París, Pedone, 2003, pág. 343.

⁵ Véase 2795.ª sesión, nota 7.

perjuicio por un hecho internacionalmente ilícito cometido por otro Estado.

30. En opinión del orador, de los numerosos datos y antecedentes examinados, y de las numerosas opiniones vertidas en la Comisión de Derecho Internacional, en la Sexta Comisión y en comunicaciones escritas de los gobiernos, surge claramente que esa forma de tutela y asistencia no se encuadra en el contexto de la protección diplomática que el proyecto de artículos se propone modificar. Por ello, coincide con los miembros que consideran innecesario agregar al proyecto una regla como la contenida en el proyecto de artículo 27.

31. No se trata de cuestionar el derecho del Estado del pabellón a prestar asistencia a los tripulantes de sus buques en determinadas circunstancias, sino de una acción, mecanismo o procedimiento cubiertos por la cláusula general que la Comisión ha enviado ya al Comité de Redacción para indicar que el proyecto de artículos no excluye otras formas de tutela de los derechos humanos, las inversiones, etc. distintas de la protección diplomática y no sujetas a las reglas de esta institución, como la de la nacionalidad o la del agotamiento de los recursos internos. Sin embargo, sería útil mencionar, en los comentarios a esa cláusula general de salvaguardia, como ejemplo de otros mecanismos o procedimientos, la asistencia del Estado del pabellón de un buque a los miembros de su tripulación, sin prejuzgar la evolución normativa de esa forma de protección en el contexto del derecho del mar, del derecho de la navegación, o como mejor corresponda.

32. El Sr. KABATSI observa que el Relator Especial propone incorporar el artículo 27 en el proyecto de artículos por razones relativas principalmente a la práctica de los Estados, tal como se refleja en la jurisprudencia y en una parte de la doctrina, pero también por algunas razones de principio y prácticas. Por su parte, no cree que la práctica de los Estados sea convincente en esa esfera. Los Estados Unidos, único Estado del que puede decirse que haya tenido alguna práctica en la materia en un pasado lejano, dudan en la actualidad de la existencia de esa norma consuetudinaria de derecho internacional. Las decisiones judiciales citadas por el Relator Especial tampoco son tan claras. El asunto del *Saiga* plantea otras cuestiones distintas de la protección diplomática en sentido estricto. Se refiere más bien a las disposiciones del artículo 292 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, relativo a la pronta liberación de un buque. Es cierto que, en aquel caso, el TIDM desalentó la multiplicidad de reclamaciones, pero el problema principal que se planteaba era liberar el buque y poner en libertad a los miembros de su tripulación. En cuanto a la doctrina, está dividida. Por lo que se refiere a las razones de principio que abogan por el artículo 27, el orador las aprueba, pero las mismas consideraciones prácticas y humanitarias podrían aplicarse a las tripulaciones de las aeronaves y de los vehículos espaciales, e incluso, por qué no, a los conductores de trenes y de autobuses a los que hoy no se concede la protección diplomática.

33. La Comisión de Derecho Internacional debería atenerse a las orientaciones dadas por la Sexta Comisión, que respondió negativamente a la cuestión de si ese tipo de

disposición debía incluirse en el proyecto de artículos. Es cierto que algunos Estados no pueden o no se ocupan de proteger los derechos de sus nacionales miembros de la tripulación de un buque que enarbore pabellón extranjero. Sin embargo, ¿por qué tendrían que intervenir los Estados a favor de nacionales que deciden trabajar en el extranjero por razones estrictamente personales, a menudo en perjuicio de los intereses de su propio país? El tratamiento especial que se daría a los miembros de la tripulación sería totalmente desproporcionado con las consideraciones del mismo tipo que hablarían a favor de otros casos igualmente meritorios, por ejemplo, el de los residentes permanentes en el extranjero. La posición del orador es que el proyecto de artículos sobre la protección diplomática debería limitarse, en lo posible, a las relaciones entre el Estado de nacionalidad y sus nacionales. Sólo deberían mantenerse algunas excepciones inevitables, por ejemplo, el caso de las personas apátridas. Por ello, no cree que el artículo 27 deba enviarse al Comité de Redacción.

34. El Sr. FOMBA dice que las reglas del debate sobre el artículo 27 deben definirse a la luz de los artículos pertinentes ya aprobados por la Comisión. El artículo 1 basa la definición de la protección diplomática en el principio de la nacionalidad, pero prevé la posibilidad de admitir excepciones a ese principio. En la concepción actual del artículo, la posibilidad de ejercer la protección diplomática con respecto a un no nacional se limita a los apátridas y los refugiados. El artículo 3, por otra parte, limita el alcance *ratione personae* del derecho a ejercer la protección diplomática al Estado de la nacionalidad. En cuanto al artículo 5, consagra el principio de doble o múltiple nacionalidad, así como la posibilidad de que dos o más Estados de nacionalidad ejerzan conjuntamente la protección diplomática. Si hubiera que aplicar estrictamente los artículos 1 y 3 en el marco del artículo 27, parece evidente que la protección diplomática debería limitarse a los nacionales y ser de la competencia exclusiva del Estado nacional.

35. El Relator Especial da diversos argumentos a favor del artículo 27. Según él, el artículo 292 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar es útil pero no puede sustituir a la protección diplomática de las tripulaciones, porque no abarca todas las situaciones en que los miembros de la tripulación de un buque pueden ser perjudicados por un hecho internacionalmente ilícito, ni siquiera, probablemente, la mayoría de esas situaciones. Por consiguiente, hace falta un mecanismo de mayor alcance que el artículo 292 para proteger a las tripulaciones. Las palabras clave de la argumentación hecha por el Relator Especial son por consiguiente «razones de principio», «simplificación» y «operatividad». A falta del artículo 27, una cláusula de salvaguardia permitiría dejar la puerta abierta a la aparición de una norma consuetudinaria. Basándose en que la práctica de los Estados es suficiente y hay consideraciones de principio sólidas que apoyan una disposición de esa índole que no resulte audaz, el Relator Especial estima que hay que ampliar progresivamente los principios de la protección diplomática tradicional y que ello correspondería más a la codificación que al desarrollo progresivo.

36. La cuestión que se plantea es saber si la práctica de los Estados puede calificarse de suficiente, y en qué

medida. Algunas expresiones empleadas por el Relator Especial por ejemplo en los párrafos 44 y 73, permiten dudar y podrían llevar a relativizar el alcance de la afirmación de que se trataría más bien de una codificación. En opinión del Sr. Fomba, hay que proteger de la mejor forma posible a los miembros de las tripulaciones de los buques, sin distinción de nacionalidades. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar garantiza cierta protección, pero cuando se analiza ésta parece muy particular e insuficiente. Ello deja intacto, o casi, el problema de la protección diplomática de esas tripulaciones. El método tradicional debe seguir siendo la regla y, en consecuencia, la protección diplomática estricta debería intervenir siempre que esas personas tuvieran una nacionalidad que pudieran hacer valer. Hay que reconocer que esta solución de principio, lamentablemente, no puede practicarse de forma sistemática por distintas razones. A fin de evitar o de minimizar esas dificultades, la solución más lógica, razonable y práctica sería conceder ese derecho con carácter excepcional, por analogía y por necesidad, al Estado del pabellón. El Sr. Fomba estaría *a priori* a favor de que se aprobara el artículo 27 y no una cláusula de salvaguardia, quedando entendido que podría revisarse su redacción y que, lógicamente, habría que tenerlo en cuenta en el segundo párrafo del artículo 1 y colocarlo después del artículo 7. Por último, por lo que se refiere a la cuestión de la ampliación de la protección diplomática a otras categorías, el orador comparte en gran medida el punto de vista del Relator Especial.

37. El Sr. COMISSÁRIO AFONSO deduce de todo lo que se ha dicho que la Comisión no tiene base jurídica en que apoyarse para habilitar al Estado del pabellón a ejercer su protección diplomática sobre los miembros de la tripulación de un buque que no sean sus nacionales. No se ha presentado ningún ejemplo de práctica de los Estados que apoye el posible deseo de la Comisión de hacer de ello una norma consuetudinaria. Ni siquiera la práctica de los Estados Unidos sirve de nada en esa esfera. Los laudos arbitrales internacionales no son más concluyentes, como dice el Relator Especial en el párrafo 48 de su informe. En cuanto al asunto del *Saiga*, abundantemente comentado en los debates, el Relator Especial ha mostrado que se refería esencialmente al mecanismo procesal previsto en el artículo 292 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar para garantizar la pronta liberación de un buque y no a la protección diplomática en cuanto tal. Se puede admitir que, por razones de principio, la Comisión tomara la vía de un desarrollo progresivo del derecho internacional, pero ello significaría enfrentarse con firmes objeciones no sólo de algunos de sus miembros sino también, lo que es más importante, de los Estados Miembros de la Sexta Comisión de la Asamblea General. A falta de una jurisprudencia clara y precisa y sin contar siquiera con una apariencia de consenso en la cuestión, esto resulta difícil de imaginar. Pero, sobre todo, el proyecto de artículo 27 que se examina contradice el proyecto de artículo 1 que la Comisión aprobó en su 54.º período de sesiones, en 2002. Por ello, el Sr. Comissário Afonso estima que sería prematuro, por lo menos, enviarlo al Comité de Redacción. Aunque no se oponga al principio que se enuncia en el artículo, los argumentos aducidos a favor de la aprobación de éste no han logrado convencerlo.

38. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO dice que la cuestión de la protección de los miembros de la tripulación de un buque se plantea también en otros regímenes jurídicos, como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y, en particular en su artículo 292, que permite el ejercicio de la protección por el Estado del pabellón, que sin embargo hay que distinguir de la protección diplomática prevista en el proyecto de artículo 27. Son igualmente aplicables las reglas relativas a la protección diplomática por el Estado de la nacionalidad de la víctima. No hay duda de que la protección prevista por la Convención es distinta de la protección diplomática. Lo que interesa es saber si el ejercicio de la protección diplomática se puede extender, en determinadas circunstancias, al Estado del pabellón. Fundándose en la práctica, la doctrina y la jurisprudencia, hay que prever esa posibilidad para evitar dejar a las personas de que se trata sin protección. La protección prevista por la Convención es limitada, porque se refiere solamente a la liberación del buque en el contexto de una infracción de la Convención. Tampoco es exclusiva, puesto que el Estado de la nacionalidad sigue teniendo la facultad de ejercer la protección diplomática de sus nacionales. Además, está condicionada por la existencia de un daño causado al buque, lo que refleja claramente el proyecto de artículo 27 propuesto por el Relator Especial. En este caso, no se aplican los principios de nacionalidad y de agotamiento de los recursos internos; por lo tanto, se trata de un mecanismo diferente y excepcional que se justifica por la urgencia y por consideraciones políticas. No obstante, la Convención no abarca todos los supuestos, y a veces la única protección será el ejercicio de la protección diplomática por el Estado de la nacionalidad. Teniendo en cuenta las dificultades prácticas que puede suponer el ejercicio de la protección diplomática de la tripulación por el Estado de la nacionalidad, el orador se muestra favorable al proyecto de artículo 27, quedando entendido que la facultad que tiene el Estado del pabellón de ejercer una protección no impedirá que el Estado de la nacionalidad ejerza también su protección diplomática. Por consiguiente, el proyecto de artículo puede remitirse al Comité de Redacción, el cual podría encontrar una forma de cláusula de salvaguardia semejante a las cláusulas ya aprobadas, a fin de evitar que una categoría de personas quede sin protección. No obstante, habrá que velar por que esa cláusula no permita las reclamaciones múltiples.

39. El Sr. BROWNLIE hace saber que ha cambiado de opinión y que, ante la debilidad de los argumentos de los partidarios del artículo 27, se une ahora a los que se oponen a dicho artículo.

40. El Sr. GAJA dice que el caso en que los miembros de una tripulación no tienen la nacionalidad del Estado del pabellón se ha vuelto tan frecuente que sería útil examinar si el Estado de la nacionalidad del buque debe concederles la protección diplomática. La cuestión afecta a miles de personas. No es tanto lo que se puede deducir de la práctica o de la decisión recaída en el asunto del *Saiga* lo que le induce a pronunciarse a favor de una regla que permita la protección por parte del Estado del pabellón como consideraciones de principio. La primera está basada en el hecho de que los miembros de la tripulación pueden sufrir como consecuencia de los daños causados al buque y que sólo el Estado del pabellón puede presentar una

reclamación en tal caso. El Estado del pabellón, grande o pequeño, lo hará —aunque sólo sea por instigación de los armadores— cualquiera que sea su nacionalidad. Los armadores tienen medios de intervenir con sus abogados y, aunque hayan elegido un pabellón de conveniencia, interés por conseguir ante todo la liberación de su buque y luego la indemnización de sus tripulantes. La cuestión de principio que se plantea es saber si no sería prudente, dado que sólo el Estado del pabellón puede intervenir oficialmente, que los miembros de la tripulación se beneficiaran también de esa intervención y fueran incluidos en la reclamación que podría hacer el Estado del pabellón. El artículo 292 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar no ofrece ciertamente un recurso suficiente, como ha mostrado el Relator Especial. Si bien puede permitir lograr la liberación de una tripulación, guarda completo silencio en cuanto a la indemnización de los daños. Es imposible presentar una demanda de indemnización según el procedimiento previsto en el artículo 292. Por añadidura, la decisión dictada sobre el fondo en el asunto *Saiga* no se basó en el artículo 292.

41. Una de las críticas formuladas contra la regla propuesta es que menoscabaría el derecho del Estado nacional de los marinos. Esa crítica se basa en la premisa de que el Estado del pabellón sería el único habilitado para ejercer la protección diplomática. Sin embargo, sería preferible considerar el derecho del Estado del pabellón a ejercer la protección diplomática como un derecho suplementario, más que como un derecho exclusivo, como se ha subrayado ya varias veces durante el debate. Al parecer, el Relator Especial se inclina en este sentido, como demuestra el párrafo 66. El Sr. Gaja estima que sería preferible enunciar expresamente el carácter adicional de ese derecho en el artículo 27 y situar éste a continuación del artículo 7. A pesar de las opiniones divididas de los miembros de la Comisión al respecto, es partidario de enviar el artículo 27 al Comité de Redacción.

42. El Sr. CHEE observa que el artículo 292 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, citado a propósito del asunto del *Saiga*, se refiere a la primera de las dos fases de una práctica idéntica a la que se encuentra en derecho interno. El principio consiste en prestar una caución a cambio de la liberación inmediata de un buque. Esa pronta liberación fue un elemento esencial de la reflexión que condujo a la Convención. Con frecuencia, los buques que se encontraban en puertos situados en las costas de Estados en desarrollo eran inspeccionados y esa práctica es la que se trató de impedir. La pronta liberación es la primera fase. Luego, en una fase ulterior, se examina el fondo del asunto y el tribunal debe pronunciarse sobre la protección funcional, la nacionalidad, etc., como expone el Relator Especial en su informe.

43. Los Estados que recurren a un pabellón de conveniencia lo hacen por diversas razones, sobre todo fiscales y salariales. Tratan también de esquivar la reglamentación vigente en los grandes Estados. Éstos dictan toda clase de normas gravosas, por ejemplo sobre la edad de los buques, que algunos Estados en desarrollo no tienen medios para aplicar.

44. En los asuntos del *I'm Alone* y del *Saiga*, los miembros de la tripulación del buque dañado, cualquiera que fuera su nacionalidad, presentaron una reclamación. En

el asunto del *I'm Alone*, los miembros de la tripulación de nacionalidad extranjera tuvieron sin embargo derecho a indemnización, lo que significa que intervinieron ciertos aspectos de la protección.

45. Cuando los miembros de la tripulación están a bordo del buque, se encuentran sometidos a la jurisdicción del Estado del pabellón, lo que quiere decir que están situados también bajo la protección de ese Estado. Ese es el sentido de las decisiones tomadas en algunos de los asuntos mencionados por el Relator Especial, y se comprende perfectamente. Se plantea luego la cuestión siguiente: los buques, al no estar sometidos a la protección diplomática, no deberían quedar protegidos por ese principio. Sin embargo, hace falta que el cónsul proteja a sus nacionales, y hay otras funciones administrativas que le incumben. En la práctica, las funciones de protección consular y de protección diplomática son a veces intercambiables, y por esta razón no hay que aferrarse demasiado estrictamente a la noción de protección diplomática: a partir del momento en que interviene un Estado, se trata de un procedimiento interestatal. En general, los Estados de la nacionalidad de los miembros de la tripulación no se preocupan apenas de proteger a sus nacionales, mientras que los armadores, por razones económicas, están dispuestos a actuar para que el Estado del pabellón ejerza su protección, y la tripulación podría ser protegida así en el marco de una protección consular o de una protección diplomática propiamente dicha del Estado del pabellón. Si los miembros de la tripulación no nacionales no se incluyen en esa protección, quedarán abandonados a sí mismos. Por ello, por razones humanitarias, es importante que los miembros de la tripulación queden protegidos por el proyecto de artículo 27.

46. El Sr. BROWNLIE dice que es preciso que el texto no dé a entender que los procedimientos de protección consular aplicables en virtud del artículo 292 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar son de la misma naturaleza que la protección diplomática, porque no es así. Por otra parte, la Comisión no puede apoyarse en la práctica, dado que es insegura. Así, según la Sra. Xue, parece que China se preocupa de proteger a los miembros de tripulaciones de su nacionalidad, lo que contradice la idea de que los Estados se ocupan poco de ejercer la protección diplomática en esos casos. Por razones relacionadas con la importancia estratégica de la marina mercante para el Reino Unido y los Estados Unidos, algunos Estados han podido proteger a los miembros de tripulaciones que no tenían su nacionalidad, pero esa situación histórica no es actual. Por último, en lo que se refiere a los derechos humanos, le parece que quedarían mejor protegidos por una mayor seguridad jurídica. Por ello, haría falta una regla de prioridad: el Estado de la nacionalidad de cada miembro de la tripulación debería tener en primer lugar la facultad de ejercer su protección y, si no lo hiciera, podría intervenir entonces el Estado del pabellón.

47. La Sra. XUE estima que los buques pueden considerarse parte del territorio del Estado del pabellón, y que el concepto de protección por el Estado del pabellón no se basa en un principio de territorialidad sino en el del poder jurisdiccional del Estado del pabellón. Por otra parte, duda de que se pueda afirmar, como hace el Relator Especial, que el Estado del pabellón será necesariamente más activo que los Estados nacionales de los miembros de la

tripulación de un buque. No son el tamaño ni la influencia del Estado, ni su reputación en materia de derechos humanos los elementos determinantes, y la Comisión debería examinar de cerca la realidad de las prácticas marítimas.

48. El Sr. ECONOMIDES dice que es verdad que la protección consular y la protección de los miembros de la tripulación en virtud del derecho del mar son realidades, pero la cuestión es saber si la Comisión debe ir más allá, haciendo extensiva a los miembros de la tripulación no nacionales la protección diplomática, lo que correspondería al desarrollo progresivo. Señala que incluso si el Estado del pabellón, por lo general, se interesa muy poco por la protección de los miembros de la tripulación de otra nacionalidad, la situación puede cambiar y no corresponde a la Comisión rechazar de antemano esa posibilidad.

49. El Sr. MOMTAZ subraya que la falta de voluntad por parte del Estado del pabellón de proteger a los miembros de la tripulación no es consecuencia de la falta de una norma jurídica, sino de la falta de una relación sustancial entre el buque y el Estado del pabellón, y que la aprobación del proyecto de artículo 27 no resolvería el problema.

50. El PRESIDENTE, constatando que las opiniones están muy divididas, propone que se proceda a un voto indicativo sobre el envío al Comité de Redacción del proyecto de artículo 27.

51. El Sr. DUGARD (Relator Especial) observa que la práctica habitual de la Comisión es que el Relator Especial indique el número de oradores que se han mostrado favorables a una propuesta y el de los que están en contra de ella, y que sólo se proceda a una votación si el recuento no resulta concluyente.

52. El Sr. BROWNLIE señala que también él ha cambiado de opinión durante el debate y que puede haber ocurrido lo mismo a otros miembros.

53. El Sr. PELLET dice que él también ha cambiado de opinión, en el sentido de que ahora desearía que en el proyecto de artículos figurase una disposición relativa a la protección de los marinos, que, sin embargo, no sea el proyecto de artículo 27 en su forma actual. Pregunta si el Comité de Redacción tendrá la libertad necesaria para poder decir que la protección de los miembros de la tripulación de un buque no constituye un caso de protección diplomática.

54. El PRESIDENTE propone proceder en primer lugar a un voto indicativo sobre el envío al Comité de Redacción del proyecto de artículo 27. Si el resultado fuera negativo, procedería a una segunda votación de una propuesta tendiente a que el Comité de Redacción reflexionara sobre la elaboración de una cláusula relativa a la relación entre la protección diplomática y la protección de los marinos, que adoptaría la forma que el Comité juzgara apropiada.

55. El Sr. ECONOMIDES estima que, desde el punto de vista del procedimiento, es preferible limitarse a una sola votación relativa al envío del proyecto de artículo 27 al Comité de Redacción, pero dando a éste libertad total para redactar esa disposición.

56. El Sr. PELLET, estimando que las orientaciones deben ser decididas por el plenario, apoya la proposición del Presidente.

57. El PRESIDENTE invita a la Comisión a votar a mano alzada sobre el envío del proyecto de artículo 27 al Comité de Redacción.

Por 15 votos contra 12, se decide no enviar el proyecto de artículo 27 al Comité de Redacción.

58. El PRESIDENTE propone que se pida al Comité de Redacción que reflexione sobre la elaboración de una disposición relativa a la relación entre la protección de los marinos por el Estado del pabellón y la protección diplomática. Las conclusiones del Comité deberán presentarse en plenario. Invita a la Comisión a que vote a mano alzada sobre esta propuesta.

Por 16 votos contra 4 y 5 abstenciones, queda aprobada la propuesta tendiente a pedir al Comité de Redacción que reflexione sobre la elaboración de una disposición relativa a la relación entre la protección de los marinos por el Estado del pabellón y la protección diplomática.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2797.ª SESIÓN

Miércoles 12 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. Kolodkin, Sr. Koskeniemi, Sr. Mansfield, Sr. Matheson, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Operti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Sepúlveda, Sr. Yamada.

Recursos naturales compartidos¹ (A/CN.4/537, secc. F, A/CN.4/539 y Add.1²)

[Tema 7 del programa]

SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

1. EL PRESIDENTE invita al Relator Especial a que presente su segundo informe sobre recursos naturales compartidos: aguas subterráneas transfronterizas (A/CN.4/539 y Add.1).

2. El Sr. YAMADA (Relator Especial) presenta su segundo informe y dice que por razones técnicas no ha sido posible, como se preveía inicialmente en el párrafo 6 del informe, incluir en la adición un examen de los tratados

¹ Véase una reseña sobre los trabajos de la Comisión sobre el tema en *Anuario... 2003*, vol. II (segunda parte), cap. IX.

² Reproducido en *Anuario... 2004*, vol. II (primera parte).