

codificación, con algún desarrollo progresivo. Queda por decidir si la Comisión debe recomendar que el proyecto de artículos adopte la forma de tratado e incluya disposiciones sobre la solución de controversias. El Relator Especial considera que esa cuestión se aborda normalmente cuando se han aprobado los proyectos de artículos, pero no cree que haya razones para que la Comisión no lo estudie con carácter preliminar.

28. En cuanto al precedente del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, los miembros recordarán que la principal razón por la que la Comisión recomendó que no se remitiese apresuradamente ese proyecto a una conferencia internacional para que lo aprobase como convenio internacional es que cierto número de las propuestas más radicales, en particular los artículos 40, 41, 48 y 54, reflejaban un trabajo de desarrollo progresivo⁴¹. En cambio, el proyecto de artículos sobre la protección diplomática, incluyendo su proyecto de artículo 20, no contiene ninguna de tales propuestas radicales. Así pues, la Comisión ya se ha declarado dispuesta a trabajar de forma innovadora para el desarrollo progresivo del derecho internacional. El orador está plenamente de acuerdo con el Sr. Pellet y con la Sra. Escameia en que sería de todo punto deplorable relegar a un anexo todas esas disposiciones innovadoras. En vez de ello, la Comisión ha de tener presente que está redactando un conjunto de artículos que adoptarán la forma de derecho vinculante y, cuando se encuentra ante una propuesta innovadora, debe estudiar si es procedente incluirla como desarrollo progresivo en lo que es esencialmente un trabajo de derecho vinculante. Como han señalado algunos miembros, muchos Estados han declarado que están dispuestos a que la Comisión adopte un enfoque más progresivo que el que ha seguido hasta ahora. Hay que tener esto en cuenta cuando se estudien las propuestas más innovadoras. Los proyectos de artículos 7 y 8, por ejemplo, han sido ampliamente aceptados por los Estados. Ninguna de las propuestas hechas es tan innovadora como las que se han incluido últimamente en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, y no hay razón alguna para no incluirlas como disposiciones de derecho vinculante en un texto sobre la protección diplomática.

29. El PRESIDENTE, hablando como miembro de la Comisión, expresa su satisfacción por el párrafo 2 del proyecto de artículo 20 propuesto por el Relator Especial, relativo al destino que debe darse a la suma recibida por el Estado en relación con el ejercicio de la protección diplomática. Se opone a que se preparen dos textos distintos simplemente porque esté en juego el desarrollo progresivo. La cuestión debe tratarse en el cuerpo del texto, que, dado que la protección diplomática es un derecho discrecional del Estado, deberá decir «[...] un Estado [...] podrá transferir esa suma [...]». Si, en cambio, la Comisión quiere subrayar la necesidad de proteger los derechos de la víctima, el texto deberá decir «[...] un Estado [...] transferirá esa suma [...]». Se debe dar alguna orientación a este respecto al Comité de Redacción.

Se levanta la sesión a las 11.15 horas.

2870.ª SESIÓN

Jueves 4 de mayo de 2006, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sra. Escameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Kolodkin, Sr. Mansfield, Sr. Matheson, Sr. Momtaz, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Protección diplomática (continuación) (A/CN.4/560, secc. D, A/CN.4/561 y Add.1 y 2, A/CN.4/567, A/CN.4/575, A/CN.4/L.684 y Corr.1 y 2)

[Tema 2 del programa]

SÉPTIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. ECONOMIDES expresa su agradecimiento al Relator Especial por la calidad de su trabajo, que facilita sobremanera la labor de la Comisión en segunda lectura.
2. En el párrafo 6 de su informe, el Relator Especial subraya que el destino del proyecto de artículos sobre la protección diplomática está estrechamente vinculado con el del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos⁴². Es cierto que esos dos temas tienen nexos particulares entre sí, dado que la condición esencial para que entre en juego la protección diplomática es que un Estado haya cometido un hecho internacionalmente ilícito. Sin embargo, la protección diplomática está también estrechamente vinculada a los derechos humanos; no al conjunto de esos derechos, sino a los derechos humanos de las personas que, estando en el extranjero, son lesionadas en su persona o en sus bienes por un hecho ilícito de un Estado. Por último, la protección diplomática conserva lazos tradicionales relativamente estrechos con la solución de las controversias entre los Estados. Todo esto hace que constituya un tema suficientemente autónomo y dotado de normas propias, y que, llegado el caso, pueda ser tratado por separado. Por consiguiente, la cuestión que se plantea en el párrafo 6 es importante y merece ser examinada a fondo. En todo caso, el orador no aceptaría la propuesta de unir el proyecto de artículos sobre la protección diplomática y el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado más que si la Comisión recomendase lo más resueltamente posible que los dos proyectos asumiesen la forma de tratado internacional.
3. En el proyecto de artículo 1 (Definición y alcance) no se define la expresión «acción diplomática», y en los proyectos de artículos 14 y 15, por ejemplo, se utilizan otras expresiones, como «reclamación internacional» o «reclamación de protección diplomática» (párrafo 2 del proyecto de artículo 2). Por otra parte, la redacción del proyecto de artículo 1 puede dar la impresión de que se considera que la acción diplomática es un medio de

⁴¹ *Ibíd.*, págs. 24 y 25, párrs. 61 a 67.

⁴² *Ibíd.*, párr. 76.

solución pacífica, lo que es falso, porque la acción diplomática siempre es un acto unilateral. Así pues, el Comité de Redacción debería examinar de nuevo la redacción de ese proyecto de artículo y, en particular, la expresión mencionada. En cuanto a la propuesta relativa a un párrafo 2 que trataría de la asistencia consular, el orador la juzga superflua, ya que, a su juicio, no puede haber confusión entre la protección diplomática, que se sitúa al nivel de la responsabilidad internacional del Estado, y la asistencia consular, que constituye un deber cotidiano y permanente que se inscribe en el derecho consular y, particularmente, en las funciones consulares, las cuales se definen en detalle en tratados bilaterales y regionales, así como, cierto es que de forma más sucinta, en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Esa distinción merece, a lo sumo, precisarse en el comentario.

4. El párrafo 2 propuesto por el Relator Especial para el proyecto de artículo 2 (Derecho a ejercer la protección diplomática) es una disposición delicada que sería más prudente no incluir en el proyecto. No es necesaria, porque está sobrentendida para todos los Estados que respetan el principio de la buena fe. Cuando no se respetase ese principio, ¿quién se pronunciaría sobre si una solicitud de protección diplomática se había formulado de conformidad con el proyecto de artículos? No se ha previsto ningún mecanismo apropiado que pueda solucionar las controversias de ese tipo. En cuanto a la propuesta de Italia y a la propuesta del Sr. Pellet, que va más lejos, en favor de una protección diplomática obligatoria, no solamente para el Estado de la nacionalidad, sino también para otros Estados que estén facultados para actuar en defensa del interés colectivo en el caso de que haya particulares que sean víctimas en el extranjero de violaciones graves de normas imperativas del derecho internacional general (*jus cogens*), ciertamente son encomiables y dignas de apoyo. Sin embargo, en el estado actual del derecho internacional, nadie puede garantizar que ese tipo de disposición progresista no se utilice de forma abusiva para ejercer una presión indebida sobre Estados débiles. Esa es la razón por la que el orador, aun estando de acuerdo en cuanto al fondo, juzga prematuro avanzar por ese camino, que encierra riesgos evidentes.

5. La norma de la continuidad de la nacionalidad, que es el objeto del proyecto de artículo 5, tal vez no sea lógica en el plano jurídico, pero es sensata en los planos práctico y político. Además, tiene profundas raíces en la doctrina. El orador no se opone a que esa norma se enuncie de forma todavía más estricta, para incluir todo el período crítico que va desde el momento del perjuicio hasta la presentación oficial de la reclamación y, posteriormente, hasta la solución definitiva del asunto, por sentencia o de otro modo. Ahora bien, para los cambios de nacionalidad que puedan producirse entre la fecha de la reclamación y la fecha de la solución definitiva, habría que prever una excepción general en favor de todas las personas que cambien involuntariamente de nacionalidad por una razón que no esté relacionada con la reclamación. Esas personas no deben verse privadas de la protección diplomática. Por lo demás, el orador está de acuerdo con el Sr. Galicki en que se explique, preferiblemente en el comentario, la expresión «Estado predecesor». Asimismo es partidario de que se mantenga el párrafo 3 del artículo 5.

6. Los proyectos de artículos 17 (Acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática) y 18 (Disposiciones especiales de tratados) deberían sustituirse por una disposición general que podría estar redactada como sigue: «Los presentes artículos tienen carácter supletorio y no se aplican en los casos y en la medida en que una ley especial pueda, mediante acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática, obtener la reparación del perjuicio sufrido como resultado de un hecho internacionalmente ilícito». En efecto, es importante dar prioridad, claramente y en todos los casos, a la ley especial.

7. Por último, el orador sostiene plenamente la propuesta del Relator Especial de que se apruebe un nuevo artículo relativo al derecho del nacional lesionado a indemnización, y precisa, en relación con el párrafo 2 de la disposición propuesta en el párrafo 103 del informe, que, por su parte, preferiría que se emplease el término «transferirá» en vez de las palabras «deberá transferir». Por lo demás, cree que los Estados, antes de ejercer su protección diplomática, deberían obtener el consentimiento de la persona lesionada.

8. El Sr. MOMTAZ da las gracias al Relator Especial por haber analizado los trabajos de grandes tratadistas cuyos escritos constituyen indudablemente una fuente, cierto es que secundaria, para determinar la norma consuetudinaria que la Comisión debe codificar. Según el Relator Especial, esos escritos «sirven para destacar que la protección diplomática es un instrumento por medio del cual el Estado interviene en la protección de la persona natural y que el objetivo último de la protección diplomática es la protección de los derechos humanos de ésta» (párrafo 3 del informe). Esta idea es defendida, efectivamente, por algunos de los Estados que han tenido a bien hacer observaciones a la Comisión y que invitan a ésta a prestar más atención al lugar de la persona en la formulación del proyecto de artículos sobre la protección diplomática; se trata, en particular, además de los Países Bajos mencionados por el Relator Especial, de Italia y, hasta cierto punto, de Austria. Los asuntos sometidos recientemente a la CIJ, en particular el asunto *LaGrand* y el asunto *Avena et autres ressortissants mexicains*, confirman además que la protección diplomática y el derecho de los derechos humanos se completan.

9. Algunas disposiciones del proyecto de artículos aprobado en primera lectura en 2004⁴³ tienen indudablemente en cuenta esa evolución del derecho internacional en favor de la protección de la persona. Se trata, en primer lugar, del proyecto de artículo 7 (Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un Estado de la nacionalidad), en el que se establece una excepción a la norma que prohíbe el ejercicio de la protección diplomática por un Estado frente a un Estado de la nacionalidad. Esa excepción, que, como no ha dejado de señalar Marruecos, compromete el principio de la igualdad soberana de los Estados, figura indudablemente entre las normas que forman parte del desarrollo progresivo. En efecto, la práctica de los Estados en esa esfera es sumamente escasa, y el Relator Especial se ha fundado principalmente en la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos para establecer esa excepción. Ahora bien, generalmente se

⁴³ Véase la nota 7 *supra*.

está de acuerdo en que las reclamaciones presentadas ante esa institución no están comprendidas en el ámbito de la protección diplomática. Sea como fuere, el proyecto de artículo 7 ha sido bien acogido en concepto de desarrollo progresivo, y no cabe sino felicitarlo de ello, en la medida en que ese artículo se inscribe en la evolución del derecho internacional en favor de la protección de los derechos humanos.

10. Lo mismo ocurre con el proyecto de artículo 8, referente al ejercicio de la protección diplomática con respecto a los apátridas y a los refugiados, artículo que se inscribe también en el marco del desarrollo progresivo y no en el de la codificación, y que ha sido muy bien acogido por los Estados, pese a los temores que se habían expresado en la Comisión durante su redacción.

11. Dicho esto, cabe preguntarse si no se podría aprovechar la segunda lectura para reforzar aun más ese planteamiento favorable a la protección de los derechos humanos. En este contexto, se plantea la cuestión de si el Estado, al ejercer su protección diplomática, hace valer su propio derecho o el derecho de su nacional.

12. El proyecto de artículo 1, tal como está redactado actualmente, se atiene al enfoque clásico fundado en la jurisprudencia de la CPJI, particularmente en el asunto *Mavrommatis*, según la cual el Estado que ejerce su protección diplomática asume por *derecho propio* la causa de una persona que tiene su nacionalidad. Parece que ha llegado el momento de poner fin a esa ficción jurídica, creada en una época en que el objetivo último de la protección diplomática no era probablemente la protección de los derechos humanos. Al precisar en el proyecto de artículo 1 que el Estado, al ejercer su protección diplomática, trata de proteger los derechos de la persona lesionada por una violación del derecho internacional, no se haría sino adaptar el texto del proyecto a una realidad actual que la jurisprudencia internacional ha confirmado en las dos decisiones mencionadas. En cambio, si se persiste en mantener la fórmula *Mavrommatis*, habrá que abandonar toda idea de incluir en el proyecto de artículos una disposición o una recomendación sobre el derecho del nacional lesionado a una indemnización. En efecto, la inexistencia de toda obligación jurídica del Estado que ejerce la protección diplomática de pagar las sumas percibidas en concepto de indemnización a las víctimas de una violación del derecho internacional podría justificarse en la medida en que el Estado asume por *derecho propio* la causa de una persona que tiene su nacionalidad. El orador es personalmente partidario de que se incluya en el proyecto de artículos una disposición sobre el reconocimiento de un derecho a indemnización de las personas lesionadas por un hecho ilícito desde el punto de vista del derecho internacional, porque está convencido de que tal disposición distaría de ser una innovación y sería conforme a una práctica que parece confirmarse.

13. Con el mismo espíritu de reforzar la protección de los derechos humanos de las víctimas de hechos ilícitos desde el punto de vista del derecho internacional, el orador aborda la propuesta de Italia relativa al proyecto de artículo 2 según la cual el Estado estaría jurídicamente obligado a ejercer la protección diplomática en favor de una persona que tuviera su nacionalidad y fuera víctima

de una violación de una norma imperativa de derecho internacional, en el caso de que esa persona no tuviera la posibilidad de recurrir a un órgano internacional, jurisdiccional o cuasi jurisdiccional. Esa propuesta merece ser estudiada con la mayor atención. El Relator Especial ya ha evocado varias de las disposiciones del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, en particular los artículos 44 y 48⁴⁴, en los que se puede encontrar un argumento en su favor. El orador, por su parte, desearía insistir en el artículo 54⁴⁵, que dispone que un Estado distinto del Estado lesionado por la violación de una obligación para con la comunidad internacional, como es el caso de la obligación que incumbe a los Estados de respetar las normas de *jus cogens*, puede adoptar medidas *lícitas* contra el Estado responsable para obtener reparación en interés del Estado lesionado y más precisamente de sus nacionales. En esas condiciones, el Estado directamente lesionado que se negase a ejercer su protección diplomática, cualquiera que fuese el motivo de ello, se encontraría en una situación insostenible si el Estado no directamente lesionado decidiese ejercer la facultad que le confiere el artículo 54 de proteger a la persona lesionada por medios distintos de la protección diplomática. La propuesta italiana, que se inscribe en esa lógica, podría alentar al Estado directamente lesionado a ejercer su protección diplomática y evitaría que tuviera que enfrentarse a situaciones un tanto embarazosas. Por lo demás, esa propuesta es conforme a la evolución que se perfila en el derecho internacional penal a favor de la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales, así como a favor de la protección de las víctimas de tales crímenes.

14. Por último, el orador propone una vez más que el proyecto de artículo 19 (Tripulación de un buque), si es aprobado, se coloque después del artículo 17. En efecto, la posibilidad que ofrece el actual proyecto de artículo 19 al Estado de la nacionalidad de un buque de exigir reparación a favor de los miembros de la tripulación, independientemente de la nacionalidad de éstos, cuando hayan sufrido un daño como consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito se asemeja a una medida distinta de la protección diplomática, tal como está prevista en el proyecto de artículo 17. En otros términos, la facultad así otorgada al Estado del pabellón de actuar a favor de los miembros de la tripulación de un buque de su nacionalidad que no tienen su nacionalidad es un ejemplo típico de las medidas distintas de la protección diplomática a las que se refiere el artículo 17.

15. La Sra. ESCARAMEIA felicita al Relator Especial por el considerable trabajo que ha realizado, por el espíritu de independencia de que ha dado muestras y, desde luego, por la calidad del producto final que ha presentado a la Comisión.

16. Abordando la cuestión de la «tensión» entre los derechos del hombre y los derechos del Estado, la oradora se congratula de que hoy día se preste más atención a los derechos humanos, porque éstos no son una simple sección del derecho, sino más bien uno de los pilares, no sólo del derecho internacional, sino también de las sociedades

⁴⁴ *Anuario...* 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 129 y 130 y 134 a 137.

⁴⁵ *Ibid.*, págs. 147 a 149.

modernas. Ya no se puede abordar la cuestión de la protección diplomática como si ésta no concerniese más que a los Estados, porque actualmente se habla cada vez más de los perjuicios que se pueden irrogar a particulares o a sociedades.

17. La oradora deplora que la Comisión no haya abordado cuestiones que le parecen importantes, en particular la protección diplomática de las personas que viven en un territorio administrado por una organización internacional tal como las Naciones Unidas. En efecto, esas personas se encuentran actualmente en una situación semejante a la de los apátridas, ya que ningún Estado las protege. Ahora bien, esas situaciones, que pueden prolongarse, van a multiplicarse probablemente. Lo mismo cabe decir de la protección diplomática de las entidades que no son sociedades, como las organizaciones no gubernamentales, las fundaciones o las universidades. Se habrían debido concebir normas diferentes con respecto a ellas. Por lo demás, la oradora lamenta que la Comisión tienda a codificar viejos modelos y desearía que tuviera más en cuenta la evolución reciente.

18. Pasando al proyecto de artículos, la oradora dice, en relación con el párrafo 1 del artículo 1, modificado por el Relator Especial, que aprueba la propuesta italiana de suprimir las palabras «por derecho propio», por las mismas razones que los demás miembros de la Comisión que se han pronunciado al respecto. Por lo demás, apoya la propuesta del Relator Especial de que en el párrafo 1 se haga referencia a las personas que son objeto del artículo 8. En cuanto al párrafo 2, teme que la redacción propuesta suscite más confusión y cree que sería preferible suprimirlo, relegando la cuestión de la asistencia consular a los comentarios.

19. En lo que concierne al proyecto de artículo 2, la oradora comparte la opinión de que habría que incluir la idea de que el ejercicio de la protección diplomática es también un deber del Estado. El informe contiene varios ejemplos de decisiones de instancias nacionales que van en ese sentido, y la jurisprudencia nacional forma parte de las fuentes del derecho internacional. Si esa propuesta no goza de un apoyo suficiente, la idea debería al menos figurar en los comentarios. En cuanto al párrafo 2, que es superfluo y además da la impresión de que el Estado debe convenir en pagar una indemnización, es preferible suprimirlo.

20. La oradora aprueba las propuestas hechas por el Relator Especial sobre el proyecto de artículo 3 (Protección por el Estado de la nacionalidad). En lo que hace al proyecto de artículo 4 (Estado de la nacionalidad de una persona natural), la oradora, aunque agradece al Relator Especial que haya recogido en sus comentarios las críticas que ella había hecho en una sesión anterior, sigue sin estar satisfecha por la nueva redacción propuesta. En efecto, puede ocurrir que una persona adquiera la nacionalidad de un Estado de una manera reconocida por el derecho de ese Estado pero contraria al derecho internacional, en cuyo caso no podría beneficiarse de la protección diplomática. Tal sería el caso de una mujer que, al contraer matrimonio, perdiese automáticamente su nacionalidad de origen y adquiriese la de su marido, lo que ciertamente no es conforme al derecho internacional, o también el caso de

las personas que viviesen en el territorio de un Estado invadido ilegalmente por otro Estado y que se viesen obligadas a adoptar la nacionalidad del segundo Estado. Este problema podría solucionarse aclarando la redacción y precisando que lo que a veces es ilegal no es la adquisición de la nacionalidad por el interesado, sino la situación a la que se debe esa adquisición de la nacionalidad.

21. En lo que se refiere al párrafo 1 del proyecto de artículo 5 (Continuidad de la nacionalidad), la oradora apoya la idea de aceptar la fecha de la presentación oficial de la reclamación. En cuanto al párrafo 2, sería perfectamente posible que la persona lesionada hubiera adquirido la nacionalidad del Estado reclamante sin intención fraudulenta, incluso de manera involuntaria, y habría que dar muestras de más flexibilidad en lo que concierne al Estado que puede ejercer la protección diplomática al respecto. Esta observación es también aplicable al caso de las sociedades, regulado en el proyecto de artículo 10.

22. Por lo que atañe al artículo 8, la oradora cree, como el Sr. Economides y el Sr. Mansfield, que el criterio de la «residencia legal y habitual» constituye un umbral demasiado elevado; en efecto, los refugiados se encuentran en una situación anormal y son sumamente vulnerables, por lo que para que lleguen a tener una residencia habitual en otro Estado puede ser necesario que transcurran años, durante los cuales carecen de protección. Son casi apátridas porque su Estado de origen no va a protegerlos (esa es la razón por la que huyeron de ese Estado) y porque no pueden gozar de la protección del Estado de refugio. Así pues, la oradora apoya la propuesta de los países escandinavos y de otros países de que se sustituya «residencia habitual» por «estancia habitual». Análogamente, la definición de refugiado que se acepte no tiene que ser necesariamente la enunciada en el artículo 1 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados, de 1951, y en el Protocolo de 1967, que es demasiado rígida; basta con considerar como refugiado a toda persona a la que el Estado califique de tal.

23. La nueva versión del artículo 9 (Estado de la nacionalidad de una sociedad) no es muy satisfactoria; si dos o varios Estados están facultados para ejercer la protección diplomática, cualquiera de ellos debe poder proteger a la sociedad. No es muy realista pensar que una sociedad se constituirá en un Estado y después establecerá su domicilio social en otro y la sede de su administración en un tercer Estado con la única finalidad de beneficiarse de una protección diplomática múltiple, ya que la protección de las sociedades está regulada, en general, por los tratados bilaterales sobre inversiones vigentes. La Comisión debería, pues, mostrarse más flexible en esta materia.

24. La oradora deplora que el artículo 13 (Otras personas jurídicas) no esté más fundamentado. En lo que se refiere al artículo 16 (Excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos), con cuya versión revisada está de acuerdo, prefiere la primera propuesta relativa al apartado a («Los recursos internos no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener una reparación disponible y eficaz»). La segunda redacción propuesta para el artículo 17 en el párrafo 87 del informe («El derecho de los Estados, las personas naturales u otras entidades [...] no resultará afectado por el presente proyecto de artículos») le parece preferible,

y la oradora aprueba el artículo 19. Por lo demás, la oradora apoya sin reservas lo que podría llegar a ser el artículo 20, relativo al pago de una indemnización a las personas lesionadas, y cree que en el párrafo 2 propuesto se debería utilizar el término «transferirá» en vez de las palabras «deberá transferir» y que el Estado debería tener la obligación de consultar al nacional lesionado. Por último, en lo que se refiere a la forma que debería revestir el proyecto de artículos, se desprende claramente de los comentarios de la Sexta Comisión y de los Estados que el proyecto debería llegar a ser una convención, ya que la mayoría de los Estados son partidarios de esa solución, que garantiza más previsibilidad y más certidumbre.

25. El Sr. PELLET suscribe la mayor parte de las observaciones de la Sra. Escameia, aunque no le parece necesario elaborar una convención sobre la protección diplomática: el proyecto sobre la responsabilidad del Estado, por ejemplo, se aplica de hecho en gran medida por todos los Estados sin que sea una convención, y ese podría ser también el caso del proyecto que se examina. Sin embargo, en cuanto al proyecto de artículo 4 cree que, como decidió la CIJ en su opinión consultiva del asunto *Namibia*, no se puede privar de protección a las personas que han sido víctimas de una primera violencia al verse obligadas a cambiar de nacionalidad. En efecto, el problema no es la regularidad de la adquisición de la nacionalidad, sino el hecho de que, cuando la nacionalidad ha sido impuesta ilícitamente, las personas que han sido víctimas de esa imposición no deben verse privadas de protección. Así pues, hay que invertir en gran parte el razonamiento de la Sra. Escameia.

26. Por lo que atañe a la protección de las personas morales, el artículo 9 (Estado de la nacionalidad de una sociedad) es el que plantea más problemas, que por lo demás están claramente expuestos en el párrafo 52 del informe, y es indispensable examinarlo de nuevo en detalle. En primer lugar, hay que determinar qué vínculo o qué vínculos deben existir entre una sociedad y un Estado para que éste pueda ejercer su protección a favor de aquélla, y después hay que preguntarse si es concebible que dos o más Estados quieran ejercer su protección a favor de una misma sociedad. En cuanto a la naturaleza del vínculo de nacionalidad entre una sociedad y un Estado, el orador se felicita de que ciertos Estados hayan planteado la cuestión del vínculo efectivo, ya que el orador no ha comprendido nunca por qué la Comisión se había desinteresado de ese problema. Sin introducir de nuevo el criterio del control, como sugiere Austria, se puede tratar de concretar el criterio jurídico o los criterios jurídicos que la Comisión aceptará finalmente como condiciones para el ejercicio de la protección diplomática a favor de una sociedad. El orador considera bastante interesante a este respecto la propuesta de Italia de no tener en cuenta el lugar de constitución de la sociedad y, en cambio, concentrarse en su domicilio social o en la sede de su administración, a condición de que se añada a esos dos criterios el del establecimiento principal de la sociedad. Convendría, pues, por razones de realismo y de claridad, precisar en el cuerpo del texto el sentido de la expresión «domicilio social» y suprimir la exigencia de que se acumulen los dos criterios existentes —el de la constitución y el del domicilio social— si es que se mantienen. En efecto, la noción de domicilio social es ambigua y equívoca: se puede tratar del domicilio social establecido

en los estatutos, del domicilio social real o del centro o los centros principales de actividad. Si lo que se pretende es hacer posible la protección efectiva de la sociedad, hay que admitir que todas esas nociones son válidas como criterios de vinculación. El más importante de esos criterios, desde un punto de vista realista, es el que queda excluido con la redacción actual, es decir, el centro principal de las actividades efectivas. En cambio, el lugar de constitución o de establecimiento de la sociedad es un criterio totalmente abstracto, que facilita la elección de lugares de constitución por razones de conveniencia; dicho esto, no es posible descartarlo sin tomarse libertades con respecto al derecho positivo. Indudablemente, sería menos útil conservar la posibilidad de fundarse en un «vínculo análogo», expresión que es criticada por varios gobiernos y que abre la puerta a muchas interpretaciones subjetivas, si se da menos rigor a los criterios aceptados y en particular si se admite el criterio del centro principal de actividades. En consecuencia, habría que precisar la noción de domicilio social, manteniendo una concepción amplia, realista y fundada en la efectividad del funcionamiento de la sociedad. En todo caso, es indispensable suprimir la exigencia de la acumulación de criterios, que hace que las sociedades que tengan su domicilio social en un Estado diferente de aquél en el que han sido constituidas no puedan gozar de ninguna protección, por lo que se crea de manera abusiva y artificial una categoría de sociedades «apátridas» a las que ciertamente no se pueden hacer extensivas, por analogía, las disposiciones del artículo 8. Si se sustituye «y» por «o» en el artículo 9, se multiplican, por el contrario, las posibilidades (o los riesgos) de protección múltiple: dado que la función de la protección diplomática es reforzar la eficacia del derecho internacional, no cabe sino felicitarse de que varios Estados contribuyan a esa eficacia, porque esto constituye un progreso.

27. El orador, que siempre ha sostenido que una sociedad puede, al igual que un particular, tener dos o más nacionalidades, se congratula de constatar que los Estados son más realistas que la mayoría de los miembros de la Comisión, puesto que recuerdan que ese fenómeno existe de hecho. Se felicita igualmente de que el Relator Especial reconozca, en el párrafo 54, que la negativa a tomar en consideración ese fenómeno es «un error que debe rectificarse». Sin embargo, no cree que haya que deducir de eso que, en caso de doble nacionalidad o de nacionalidad múltiple de las sociedades, no deba ejercer su protección más que un solo Estado, como se desprende del nuevo párrafo 3 del artículo 9 propuesto en el párrafo 55. En efecto, el artículo 6 (Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un tercer Estado), relativo a las personas físicas, no impone tal restricción, y nada justifica que se adopte una solución diferente para las personas morales. Nada se opone a que se acepte el principio de la nacionalidad preponderante, siempre que ello no tenga por finalidad impedir que se multipliquen las protecciones. En resumen, el orador estima que habría que suprimir el criterio de la fundación establecido en el párrafo 2 de la versión revisada del artículo 9. Si, no obstante, se mantiene ese criterio, habría que sustituir en la versión francesa la palabra *établie* por *incorporée* y hacer que los dos criterios fueran alternativos, es decir, sustituir «y» por «o» para armonizar el texto con el original inglés. Además, se debería modificar el párrafo 3 siguiendo los artículos 6 y 7, relativos a las personas naturales, con las adaptaciones necesarias.

28. En lo que concierne al proyecto de artículo 10 (Continuidad de la nacionalidad de una sociedad), el orador estima, contrariamente al Sr. Economides, que el principio de la continuidad de la nacionalidad no tiene ninguna justificación, ni práctica ni intelectual. Si, no obstante, se mantiene ese principio, el orador se resignará a aceptar el párrafo 1, a reserva de que se sustituyan las palabras «Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática sólo con respecto a» por «Un Estado no tiene derecho a ejercer la protección diplomática más que con respecto a». Es partidario de que se añada el párrafo 2, con el que se evitaría la aberración de la jurisprudencia *Loewen*. En lo que atañe al párrafo 3, es partidario de que se mantenga, como el Sr. M. Matheson, pero cree que habría que ir más lejos disponiendo que la sociedad tiene que haber dejado de existir no sólo en derecho, conforme a la legislación del Estado, sino también de hecho; si el Estado impide que funcione la sociedad, también debería aplicarse el párrafo 3.

29. En lo que se refiere al apartado *a* del artículo 11 (Protección de los accionistas), tal como está redactado en el párrafo 68 del informe, son inquietantes las posiciones tan conservadoras adoptadas por la Comisión a ese respecto. Las consideraciones dominantes en que se basó la CIJ en el asunto *Barcelona Traction* para negar a Bélgica todo derecho de protección de los accionistas de la sociedad son, sin ninguna duda, bastante convincentes. La Corte dispuso, en efecto, que es legítimo considerar que, cuando varias personas constituyen una sociedad en un Estado distinto de aquel cuya nacionalidad poseen, los accionistas aceptan, como contrapartida de las ventajas, en general fiscales, que esperan obtener de esa «deslocalización», los riesgos creados por el hecho de que la protección de la sociedad se confía a un Estado distinto del Estado del que son nacionales esas personas [véase el párrafo 99 de la sentencia]. También es muy difícil, como señaló la Corte, saber quiénes son los accionistas de una sociedad [véase el párrafo 87 de la sentencia]. Hay otros aspectos que deben ser tenidos en cuenta: en particular, es inaceptable dejar sin protección a los accionistas extranjeros de una sociedad que tiene la nacionalidad del Estado en el que se originó el perjuicio. La Comisión tenía conciencia de ello, pero la solución extraordinariamente tímida que ha aceptado en el apartado *b* del artículo 11 no parece justificada ni desde el punto de vista del derecho ni desde el punto de vista de la equidad. En el mismo orden de ideas, en el apartado *a*, que no se sabe claramente si es aplicable a las sociedades que tienen la nacionalidad del Estado anfitrión, no parece defendible la exigencia de que la sociedad haya dejado de existir en el Estado de la nacionalidad. También a ese respecto, la Comisión se ha atenido a la decisión adoptada en el asunto *Barcelona Traction*, y por lo demás la ha interpretado de manera muy restrictiva: cabe preguntarse por qué los accionistas se encuentran privados de protección cuando el Estado anfitrión paraliza de hecho el funcionamiento de la sociedad, y por qué su protección se limita a los casos en los que la desaparición de la sociedad no guarda relación con el perjuicio sufrido [véanse los párrafos 64 a 68 de la sentencia], siendo así que, por el contrario, parece que precisamente cuando la sociedad, sea cual fuere su nacionalidad, deja de existir de hecho o de derecho *como consecuencia* del comportamiento del Estado anfitrión es cuando los accionistas necesitan más protección y deberían tener derecho a obtenerla.

La posición de la Comisión en ese artículo 11 no está en consonancia con la jurisprudencia contemporánea, sobre todo la jurisprudencia del CIADI. La nueva redacción de ese artículo propuesta en el párrafo 68 del informe constituye probablemente un paso en la buena dirección, pero la Comisión puede, sin ninguna duda, hacer un trabajo mucho mejor y mucho más útil.

30. En cuanto al artículo 15, la Comisión, si decide, conforme a la propuesta del Relator Especial, sustituir su título actual, «Tipo de reclamaciones», por «Reclamaciones mixtas» (párrafo 75 del informe), lo que es una buena idea, debería aprovechar la ocasión para modificar a fondo el artículo teniendo en cuenta particularmente las observaciones de Italia sobre el artículo 1. En lo que atañe al artículo 16 (Excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos), sea cual fuere la formulación que se acepte, no se suprimirá nunca la parte de incertidumbre a que dará lugar inevitablemente la subjetividad del intérprete o del juez, y una u otra redacción son aceptables. Por lo que concierne a los artículos 17 y 18, el orador estima que dicen lo mismo, a saber, que el derecho de los Estados a ejercer su protección diplomática a favor de sus nacionales lesionados por un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado se entiende sin perjuicio de los recursos directos que pueda interponer la persona lesionada; ambos artículos son, por consiguiente, indisolubles. Según los partidarios de la separación, el artículo 17 trata de los recursos disponibles en materia de derechos humanos, mientras que el artículo 18 trata de la protección de los inversionistas. Ahora bien, esa distinción es improcedente porque el problema jurídico que se plantea es exactamente el mismo. Trátese de los derechos humanos, del derecho de las inversiones o de cualquier otra rama del derecho, es importante indicar que el proyecto que se examina no pone en tela de juicio las disposiciones convencionales ni las normas consuetudinarias especiales que permiten a los particulares interponer recursos sin recurrir a la protección diplomática, y que, como ocurre con el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, esas normas especiales pueden incluso prevalecer con respecto a las normas de la protección diplomática. Se pueden hacer otras tres observaciones: primero, que, a falta de disposición expresa de los tratados en cuestión, las dos vías están abiertas paralelamente, es decir, que se puede gozar a la vez de un recurso directo y de protección diplomática; ahora bien, el orador tiene las mayores dudas a este respecto. Segundo, cabe pensar, por el contrario, que, cuando un particular dispone de una vía de recurso directo, el Estado no puede ejercer su protección diplomática a favor de él, al menos mientras esté pendiente ese recurso, lo que parece mucho más fundado. En efecto, cuando existen recursos como los que ofrecen el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, recursos que son asimilables a recursos internos, hay que esperar a que se agoten esos recursos regionales antes de pensar en la protección diplomática. Es preciso, imperativamente, resolver ese problema —bastante complicado, por lo demás, sobre todo en el caso del Comité de Derechos Humanos, cuyas decisiones no tienen fuerza obligatoria— precisando, por ejemplo, que, cuando existe tal recurso, el Estado no puede ejercer su protección diplomática más

que una vez agotados los recursos directos. Tercero, hay que señalar también que, si se trata de una violación grave de una obligación dimanante de una norma imperativa del derecho internacional general, la persona lesionada puede gozar de la protección de Estados distintos de aquél cuya nacionalidad posee. Ahora bien, esto no es, en absoluto, lo que dispone el artículo 17, que de todas maneras no constituye el lugar apropiado para tal disposición; sería preferible que esto fuera objeto de una disposición especial o de un párrafo 2 del artículo 2. Sea como fuere el orador sigue estando totalmente opuesto a la coexistencia de los dos artículos 17 y 18, ni tal como están redactados actualmente, ni con la redacción propuesta por el Relator Especial en los párrafos 87 y 89 del informe.

31. En lo que hace al artículo 19 (Tripulación de un buque), el orador estima que es encomiable pero que está fuera de lugar y que, si bien es defendible desde el punto de vista empírico, no lo es en el plano de la lógica. En efecto, menoscaba la lógica interna del proyecto de artículos, porque los recursos y los procedimientos previstos en él corresponden en realidad a los proyectos de artículos 17 y 18. Esa es la razón por la que el orador, si hubiera que votar sobre ese proyecto de artículo, votaría en contra de él, aunque es partidario de su contenido. De todas formas, sugiere al Relator Especial y al Presidente de la Comisión que envíen una carta al Secretario General de la OMI para que examine la cuestión.

32. Abordando seguidamente el proyecto de artículo 20, el orador se congratula vivamente de esa propuesta del Relator Especial, que refleja la voluntad de incluir en el proyecto de artículos disposiciones que conciernen no sólo a las condiciones de ejercicio de la protección diplomática, sino también a las consecuencias de ese ejercicio. Esa propuesta del Relator Especial va, evidentemente, en la buena dirección, aunque no sea ni perfecta ni suficiente.

33. Aun aprobando la orientación tomada por el Relator Especial en ese proyecto de artículo, el orador no está de acuerdo en que se mezclen problemas bastante diferentes y deplora la prudencia excesiva de que da muestras el Relator Especial, prudencia que, a juicio del orador, hace que aumente la confusión. Así, el párrafo 1 trata de dos cuestiones: primero, el hecho de que el Estado protector se ocupe del perjuicio sufrido por su nacional, y, segundo, la posible consulta a este último; sin embargo, se olvida lo principal, consistente en que, si se ejerce la protección diplomática, la reparación se determina obligatoriamente en función del daño sufrido, no por el Estado que ejerce la protección, sino por el particular lesionado. Ello es contrario a la ficción del asunto *Mavrommatis*, pero, como señala muy acertadamente el Relator Especial en el párrafo 95 del informe, en la realidad no siempre prevalece la lógica de la decisión tomada en el asunto *Mavrommatis*; concretamente, el régimen jurídico de la protección diplomática no tiene en cuenta esa lógica más que de forma sumamente limitada. Por otra parte, el cálculo de la reparación y la determinación de las modalidades de la reparación se basan en el perjuicio sufrido por el particular, lo que en la actualidad es una norma indiscutiblemente aplicada en la práctica, de forma constante, y una norma de derecho consuetudinario que no plantea ningún problema. Por lo demás, esa norma no es nueva, puesto que en 1928 la CPJI decidió, en el asunto *Usine de Chorzów*, que el daño

sufrido por el particular es lo que permite determinar adecuadamente la reparación debida al Estado. De ese principio básico bien establecido, específico de la esfera de la protección diplomática, se desprende la primera idea que figura en el párrafo 1 del proyecto de artículo 20, según el cual el Estado «tendrá en cuenta» el daño. La prudencia de esa redacción parece razonable si se tiene presente que la protección diplomática es una facultad discrecional del Estado, el cual, en consecuencia, podría no ejercerla, salvo en caso de violación de las normas de *jus cogens*, y sin duda es normal que pueda no pedir más que una reparación parcial, siempre que no se trate de una violación grave de una obligación dimanante de una norma imperativa del derecho internacional general.

34. El orador se pregunta, por lo demás, por qué el Relator Especial ha incluido en el párrafo 1 del proyecto de artículo 20 la expresión «consecuencias materiales y morales del daño», cuando parece que bastaría con decir «daño». Se pregunta, además, por qué las dos disposiciones del proyecto de artículo 20 se limitan a los nacionales, cuando el proyecto de artículos, muy felizmente, hace extensiva la protección diplomática a los apátridas y a los refugiados, y cuando a veces se duda de que las sociedades puedan tener una nacionalidad. Sería preferible emplear en el proyecto de artículo 20, o en los artículos que lo sustituyan, la expresión «persona protegida» en lugar de «nacional». El orador se pregunta, asimismo, por qué el Relator Especial limita a la «indemnización» el principio enunciado en el párrafo 2, siendo así que la reparación pueda revestir tres formas: la satisfacción, que no es apropiada en el caso de los daños sufridos por particulares, la indemnización y la *restitutio in integrum*, por ejemplo la restitución de una suma de dinero confiscada ilícitamente.

35. Aun afirmando que no se opone por principio a que se utilice el modo condicional en los textos jurídicos, el orador estima que el indicativo o el imperativo se imponen en el párrafo 2 del proyecto propuesto. No ve por qué los Estados se opondrían a ese desarrollo progresivo y progresista del derecho, dado que el sentido común y la equidad recomiendan esa norma para el reparto de la indemnización o de la restitución entre los particulares. A ese respecto, precisa que el fundamento jurídico de esa obligación sería el enriquecimiento sin causa del Estado que conservase la suma recuperada. A juicio del orador, se trata en el fondo de una norma consuetudinaria y de una práctica constante fundada en un sentido común tal que, por otra parte, cabe dudar de que se trate verdaderamente de desarrollo progresivo. Por lo demás, las palabras «después de deducir los costos que le haya acarreado interponer la reclamación», que aparecen entre corchetes en el párrafo 2 del proyecto de artículo 20, no deberían figurar en esa disposición porque se desprenden del principio de la reparación íntegra, dimanante también de la jurisprudencia de la CPJI en el asunto *Usine de Chorzów*, según la cual el Estado responsable debe eliminar todas las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito, entre las que se cuentan indudablemente los gastos razonables realizados en concepto de protección diplomática.

36. Para concluir, el orador dice que la Comisión, si desea responder a los llamamientos hechos por el Relator Especial y por ciertos Estados para que complete su proyecto de artículos sobre la protección diplomática,

debería abandonar el principio, rebasado y criticable, creado a principios del siglo XVIII y enunciado en 1924 por la CPJI en el asunto *Mavrommatis*, de que el Estado actúa en su propio nombre, y debería reconocer el hecho evidente de que el Estado actúa para que se respeten los derechos de su nacional. La Comisión debería después preguntarse cuáles son las normas especiales que hay que aplicar cuando el perjuicio causado a la persona protegida se debe a la violación de una norma imperativa del derecho internacional general. Dado que la Comisión se mostró más audaz en lo que se refiere al proyecto sobre la responsabilidad internacional del Estado, es difícil entender la pusilanimidad de que da muestras en relación con este proyecto, que es simplemente accesorio con respecto al primero. La Comisión debería, por lo demás, puntualizar en mayor medida las modalidades del ejercicio de la protección diplomática e incluir en su proyecto de artículos sobre la cuestión las normas más precisas que fuera posible sobre las consecuencias del ejercicio de la protección diplomática, particularmente en lo que concierne a la coexistencia de la protección diplomática con los recursos directos que pueden interponer los particulares, lo que exige modificar a fondo los artículos 17 y 18. Asimismo habría que incluir en el proyecto de artículos las normas específicamente aplicables a la reparación en la hipótesis particular de la protección diplomática, como propone el Relator Especial en el proyecto de artículo 20, pero completándolo y haciendo más firmes sus propuestas. Si se hace todo esto, la Comisión no habrá trabajado en vano.

37. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO estima que el tema de la protección diplomática está suficientemente maduro para un ejercicio de codificación y desarrollo progresivo. Los esfuerzos del Relator Especial han sido muy valiosos en este sentido, y es de esperar que la Comisión adopte este año la versión definitiva del proyecto de artículos y sus comentarios, con ciertos correctivos. No es un texto perfecto, pero recoge, fundamentándolas, las normas secundarias básicas que regulan el ejercicio de la protección diplomática. Ante todo, hay que señalar que la protección diplomática está íntimamente vinculada a la responsabilidad internacional del Estado, así como a los mecanismos de derechos humanos, porque su ejercicio busca la protección de los derechos de las personas. Para el orador, el trabajo de la Comisión debería expresarse en un proyecto de artículos con miras a la elaboración de un instrumento internacional que regule la materia, como se ha asumido en la Sexta Comisión y en la propia Comisión de Derecho Internacional. En ese caso, habría que considerar en su oportunidad la inclusión de las disposiciones tecnicojurídicas que por lo general se incluyen en los instrumentos de esta naturaleza, como lo destaca el Relator Especial en el párrafo 6 de su informe.

38. Comentando los proyectos de artículos propuestos, el orador dice, en relación con el proyecto de artículo 1, que cree, como otros miembros, que debe distinguirse la protección diplomática de la asistencia consular, aunque esa distinción debería hacerse en los comentarios y no con la adición de un párrafo 2, como lo sugiere el Relator Especial en el párrafo 21 de su informe. La asistencia consular prevista en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963, es una acción que ejerce el consulado de un país ante las autoridades del territorio

del Estado en el cual ejerce su jurisdicción, a favor de uno de sus nacionales. En la práctica, se trata de asistencia para garantizar el debido proceder o que no se violen los derechos de las personas, en particular si hay alguna imputación precisa. En cambio, la protección diplomática es la acción ejercida por un Estado cuando hay una violación del derecho internacional y se han agotado los recursos internos. El vínculo de la nacionalidad, excepto en el caso de los apátridas y refugiados, es un principio fundamental en este contexto, pero no lo es en todos los casos en el contexto de la asistencia consular. En efecto, un Estado puede representar los intereses de otros Estados y, en consecuencia, actuar a favor de personas que no son sus nacionales. Así pues, la asistencia consular no tiene ni el mismo significado ni el mismo alcance ni el mismo fundamento que la protección diplomática, pero esta cuestión debe evocarse en los comentarios y no en el cuerpo del proyecto de artículos. La definición de la protección diplomática establecida en el proyecto del artículo 1 recoge la práctica, la jurisprudencia y una importante parte de la doctrina, pero habría que precisarla para reflejar bien el hecho de que la protección diplomática se ejerce principalmente por un Estado en razón del perjuicio sufrido por uno de sus nacionales como resultado de un hecho internacionalmente ilícito de un Estado. Ello responde a la evolución del concepto mismo de protección diplomática. A este respecto, la propuesta de Italia que figura en el informe del Relator Especial, así como los acontecimientos relativos al caso *Avena et autres ressortissants mexicains*, deben considerarse con mucho interés. Es igualmente importante que en la definición de la protección diplomática se haga referencia a las personas a las que se refiere el artículo 8, que constituye una excepción al vínculo de la nacionalidad, como lo sugiere acertadamente el Relator Especial en el párrafo 21 de su informe.

39. En relación con el proyecto de artículo 2, el orador cree que la adición de un párrafo propuesta por el Relator Especial en el párrafo 24 de su informe puede generar cierta confusión. Debe mantenerse la redacción actual del proyecto, que recoge lo fundamental, a saber, que el Estado tiene el derecho discrecional de ejercer la protección diplomática a favor de uno de sus nacionales o de las personas a las que se refiere el artículo 8.

40. El proyecto de artículo 3 es también aceptable en su forma actual. El texto aprobado en primera lectura establece claramente el carácter fundamental del vínculo de nacionalidad en el párrafo 1, así como las excepciones previstas en el artículo 8. La propuesta de los Países Bajos no parece, pues, necesaria, aunque el Comité de Redacción puede considerarla con mayor detenimiento. En relación con el proyecto de artículo 4, se entiende que la concesión de la nacionalidad está determinada por el derecho nacional, siempre que éste no contradiga al derecho internacional. La redacción actual de ese proyecto de artículo es clara y por ello aceptable. Así pues, no es necesario recoger las sugerencias de modificación planteadas por algunos gobiernos.

41. En cuanto al proyecto de artículo 8, que prevé la posibilidad de que un Estado ejerza la protección diplomática con respecto a apátridas y refugiados, es decir, personas que no son nacionales suyos pero que tienen

su residencia habitual en ese Estado, complace al orador que los gobiernos hayan aceptado esa propuesta, que llena una laguna importante y que muestra un enfoque de desarrollo progresivo del derecho internacional que es muy pertinente, dadas las realidades internacionales, aunque las situaciones de ese tipo no serán muy numerosas y tienen además un carácter temporal limitado. Una disposición de esa naturaleza es necesaria, pero plantea dos cuestiones importantes en relación con los refugiados: la definición de refugiado y el umbral que se establece para que el refugiado pueda beneficiarse de la protección diplomática. El orador no comparte plenamente la opinión de que la definición de refugiado debe ser precisada, o de que, en todo caso, se debe hacer referencia a la cuestión. La definición que figura en la Convención sobre el estatuto de los refugiados de 1951 y en su Protocolo de 1967, definición que algunos precizan que se mantenga, ha evolucionado con el tiempo, como se refleja en la práctica de los Estados, incluso de los Estados Partes en esos instrumentos, sobre todo en el contexto regional americano y africano, y tiene hoy un alcance mucho más amplio. Para conceder el estatuto de refugiado en sus territorios respectivos, los Estados no se basan, pues, únicamente en esa definición convencional, sino que se inspiran también en otros instrumentos y textos internacionales que posteriormente han llegado a ser jurídicamente vinculantes. Pero lo más relevante es que la condición de refugiado es reconocida por el Estado de refugio mediante sus procedimientos internos, en los que participan los órganos competentes y el ACNUR, que juegan un papel muy importante en la aplicación y la observancia de las normas pertinentes. De ahí la necesidad de establecer con precisión que la persona de que se trate disfruta del estatuto de refugiado en el momento del perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación. En cuanto a los criterios para el ejercicio de la protección diplomática, el orador considera interesante la propuesta de los países nórdicos de sustituir, en el proyecto de artículo 8, las palabras «tenga residencia legal y habitual» por «se encuentre legalmente en el territorio», ya que esa propuesta tiene en cuenta la situación legal de la persona, es decir, el hecho de que el Estado le haya otorgado la condición de refugiado en un determinado momento, que esa persona «resida» en su territorio en forma legal. La expresión «legal y habitual» puede tener una connotación distinta. En algunos países, el otorgamiento del estatuto de refugiado no equivale a la concesión de la residencia legal en el sentido estricto del término. Para que una persona pueda gozar de la protección diplomática, lo que importa es que esa persona tenga el estatuto de refugiado, que éste se le haya concedido de buena fe, que la persona no lo haya obtenido de manera fraudulenta y que resida en el país que se lo haya otorgado. Esta cuestión quizás pueda ser abordada con mayor detenimiento por el Comité de Redacción.

42. En relación con el proyecto de artículo 14, relativo al agotamiento de los recursos internos, el orador cree que su redacción actual es la más aceptable y no cree que deba sustituirse esa redacción por la que propone el Relator Especial en el párrafo 74 de su informe. El proyecto de artículo 16, sobre las excepciones a esa norma, debería también conservar su forma actual, y tampoco se debería, a juicio del orador, introducir los cambios sugeridos en el párrafo 81 del informe.

43. Por último, el orador dice que la inclusión de una disposición relativa al derecho del nacional lesionado a recibir una indemnización o, en términos más generales, una reparación, es una cuestión muy importante que guarda relación con la concepción misma de la protección diplomática. Comparte el criterio de que esa cuestión no debe ser objeto de una recomendación o una directiva separada del texto. Esa disposición debe ser clara y precisa, y en ella se debe indicar expresamente que el Estado de la nacionalidad debe transferir la indemnización recibida a la persona lesionada en condiciones que la Comisión y el Comité de Redacción deben discutir después.

44. El Sr. KOLODKIN felicita al Relator Especial por la calidad de su séptimo informe sobre la protección diplomática, informe que contiene buen número de reflexiones y propuestas interesantes.

45. Refiriéndose al proyecto de artículo 1, dice que no juzga necesario el nuevo párrafo 2, que distingue la protección diplomática de la asistencia consular. Por lo demás, no es seguro que la expresión «asistencia consular» sea más apropiada que «protección consular». En efecto, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963, y cierto número de acuerdos bilaterales hablan frecuentemente de «protección». Los agentes consulares tienen por misión proteger los derechos y los intereses de los nacionales y de las personas morales, pero también los del propio Estado, dentro de los límites autorizados por el derecho internacional (véase, por ejemplo, el artículo 5, apartado a, de la Convención de 1963). La diferencia entre protección diplomática y protección consular existe ciertamente, pero tal vez no sea necesario dedicarle un párrafo; debería bastar con hacer referencia a ella en el comentario.

46. En lo que se refiere al proyecto de artículo 2, el orador desapruueba la adición de un segundo párrafo que responde a la preocupación de Austria por constatar la existencia de la obligación de todo Estado de aceptar una reclamación de protección presentada contra él. Esa obligación se desprende implícitamente del derecho del otro Estado a presentar la reclamación. De no entenderse esto así, en cada disposición en la que se consagra un derecho habría que recordar la obligación correspondiente. En cualquier caso, no se puede mantener el nuevo párrafo 2 propuesto en el párrafo 24 del informe en su formulación actual, tanto más cuanto que, como ya se ha dicho, los términos *accept* y «aceptar», que figuran en las versiones inglesa y española del texto, no son los más apropiados. En cuanto al artículo 3, es improcedente la inversión que de las dos partes de la frase se hace en el nuevo párrafo 1 propuesto en el párrafo 27 del informe, ya que da la impresión de que la Comisión define el Estado de la nacionalidad. Ahora bien, de lo que se trata aquí es de definir quién es el Estado que tiene derecho a ejercer la protección diplomática, lo que el antiguo párrafo 1 hacía muy claramente.

47. En lo que atañe al proyecto de artículo 4, el orador aprueba los cambios propuestos por el Relator Especial. En lo que hace al párrafo 1 del artículo 5, el orador suscribe en principio las ideas expuestas en el párrafo 43 del informe. La continuidad de la nacionalidad debe ir desde la fecha del perjuicio hasta la fecha de la presentación

oficial de la reclamación. No sería justo que el Estado demandado pudiera prevalerse del hecho de que la persona lesionada no tuviese ya la nacionalidad del Estado demandante en la fecha en que se resolviera sobre la reclamación. Las mismas consideraciones son aplicables a los artículos 7, 8 y 10. No se comprende por qué el Relator Especial no ha conservado el párrafo 2 del artículo 5 tal y como fue aprobado en primera lectura⁴⁶. Se trata de una disposición muy útil, que comprende situaciones muy reales y no sólo la sucesión de Estados. Convendría, pues, mantenerla. El nuevo párrafo 2 es también motivo de satisfacción. El párrafo 2 del artículo 6 es asimismo útil. La Federación de Rusia e Israel se han basado ya en esa disposición cuando se han visto obligados a ejercer la protección diplomática con respecto a personas que tenían doble nacionalidad.

48. En cuanto al proyecto de artículo 8, el orador suscribe las recomendaciones formuladas en el párrafo 50 del informe. No se debe adoptar la propuesta de los países nórdicos de que se sustituyan las palabras «tenga residencia legal y habitual» por «se encuentre legalmente en el territorio», porque ello permitiría a un Estado ejercer su protección diplomática a favor de una persona lesionada con la que no tuviera ningún vínculo jurídico sólido. La expresión que figura en la versión actual del párrafo es plenamente conforme a la Convención sobre el estatuto de los refugiados, de 1951. En cuanto al sentido que hay que dar al término «refugiado», incumbe al Estado que tiene derecho a ejercer la protección diplomática definir esa categoría de personas, en particular a los efectos de la «residencia legal y habitual», siempre que su definición no sea contraria al derecho internacional.

49. La propuesta del Relator Especial en el párrafo 53 de su informe de dividir el proyecto de artículo 9 en varios párrafos es una buena idea, al igual que la de suprimir la referencia al «vínculo análogo», pero conviene ser prudente al añadir criterios alternativos que conduzcan a una situación en la que varios Estados estén facultados para ejercer la protección diplomática. El párrafo 3 regula esa situación particular, pero introduciendo la noción problemática de «vínculo más estrecho». El orador opina que hay que atenerse al criterio de la constitución de la sociedad, como lo propone el Reino Unido, pero podría aceptar cualquier solución con la que se concilien las diferentes posiciones.

50. El nuevo párrafo 2 del proyecto de artículo 10 es útil. En el artículo 11, se deben mantener las palabras que figuran entre corchetes en el apartado *a*. Si se suprimiera ese apartado, se podría pensar que la protección diplomática de los accionistas podría ejercerse también en los casos en que su sociedad hubiera dejado de existir por un motivo que no guardase relación con el perjuicio. Ahora bien, el párrafo 2 del artículo 10 dispone que la protección diplomática será ejercida por el Estado de la nacionalidad de la sociedad que ha sufrido un perjuicio y que, de resultas de ese perjuicio, ha dejado de existir. Si se suprime la precisión que figura entre corchetes en el artículo 11, la protección diplomática podría ser ejercida a la vez por el Estado de la nacionalidad de los accionistas y por el Estado de la nacionalidad de la sociedad. Sin embargo, ese no es el objetivo que se pretende alcanzar.

51. Análogamente, en el apartado *b* no hay que suprimir las palabras «de conformidad con la legislación de ese Estado». Si una sociedad está dispuesta a constituirse en un Estado extranjero porque esa es la condición previa exigida por éste último para que la sociedad pueda realizar actividades comerciales en su territorio, incluso si el derecho de ese Estado no prevé tal situación, esa sociedad asume a sabiendas un riesgo demasiado grande. A los accionistas y al Estado que ejerza la protección diplomática con respecto a los accionistas les será muy difícil probar que tal exigencia ha sido bien formulada, si esa condición no está prevista en el derecho interno de ese Estado. Esta es la razón por la que las palabras «de conformidad con la legislación de ese Estado» introducen una precisión importante en el apartado *b*.

52. El proyecto de artículo 12 debe mantenerse tal como está redactado, como lo propone acertadamente el Relator Especial. La modificación propuesta para el artículo 13 responde a la preocupación de Guatemala por incluir los principios aplicables a los accionistas que se enuncian en los artículos 11 y 12. El problema que crea esa adición no se plantearía si el artículo 13 se refiriese únicamente a las personas morales que realicen actividades comerciales, pero hay personas morales distintas de las sociedades comerciales, como las universidades o los municipios. Ese artículo ya suscitó una importante controversia en el pasado, y la Comisión optó, como solución conciliatoria, por limitar la referencia a los principios relativos a la nacionalidad de las sociedades. Parece difícil rechazar esa solución conciliatoria.

53. En cuanto al proyecto de artículo 16, no es conveniente adoptar una formulación radicalmente diferente de la adoptada en primera lectura, que en conjunto es bastante feliz. El orador se opone, en particular, a la propuesta de suprimir en el apartado *c* las palabras «o de otro modo, dadas las circunstancias del caso, no resulte razonable tener que agotar los recursos internos», propuesta que se basa en que tal situación ya está prevista en el apartado *a*; ahora bien, ese no es, en absoluto, el caso. A ese respecto, el orador recuerda que, en el asunto *Avena et autres ressortissants mexicains*, el magistrado Vereshchetin señaló que en ciertas circunstancias particulares, como la situación de los nacionales mexicanos que ya se encontraban en el pasillo de la muerte, podía ser absurdo exigir que se agotasen los recursos internos [véase el párrafo 12 de la opinión separada, pág. 83]. La segunda parte del apartado *c* abarca precisamente ese tipo de circunstancias particulares, por lo que conviene conservarla, sin perjuicio de hacer de ella un apartado distinto.

54. El proyecto de artículo 17 es útil en su versión actual. En el nuevo artículo 18, la referencia a los regímenes especiales previstos en los tratados bilaterales y multilaterales relativos a la protección de las inversiones es motivo de particular satisfacción, ya que permite precisar más el objeto de esa disposición. En cuanto al artículo 19, es preferible conservar la versión aprobada en primera lectura porque la nueva formulación presenta, al menos, un inconveniente al hacer que el derecho del Estado de la nacionalidad o del pabellón del navío pase a ser objeto de reglamentación en el proyecto de artículos sobre la protección diplomática.

⁴⁶ *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), pág. 24.

55. Por último, en lo que concierne al proyecto de futuro artículo 20, el orador señala que en la Federación de Rusia sería inconcebible que no se transfiriese al interesado una reparación obtenida en concepto de protección diplomática. Así, recientemente, las indemnizaciones obtenidas de Ucrania en el asunto del avión abatido en el Mar Negro en 2001 han sido enteramente repartidas entre las familias de las víctimas. Sin embargo, como las prácticas y el derecho de los Estados en esta esfera son muy diversos, parece difícil llegar a una conducta unificada. Debería ser posible, mediante recomendaciones, favorecer el desarrollo de una práctica de reparto de la reparación obtenida como resultado de la protección diplomática otorgada a las personas afectadas, pero el tenor mismo de esas recomendaciones es actualmente difícil de determinar.

56. Para concluir, el orador observa que no ve por qué el destino del proyecto de artículos sobre la protección diplomática está vinculado al del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, como afirma el Relator Especial en el párrafo 6 de su informe. No entiende por qué el proyecto de artículos sobre la protección diplomática que, en buena medida, contribuye a la codificación del derecho internacional consuetudinario no podría aprobarse en el marco de un tratado sin que se recuerde el destino del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado.

57. El Sr. MATHESON, comentando ante todo el proyecto de artículo 14, dice que aprueba la versión revisada de su párrafo 1, que tiene en cuenta el hecho de que los recursos internos pueden ser agotados por una entidad distinta de la propia persona lesionada, como declaró la CIJ en el asunto *ELSI*.

58. En lo que se refiere al apartado *a* del artículo 16, el orador señala que el Relator Especial prefiere manifiestamente adoptar, para el agotamiento de los recursos internos, el criterio de la falta de «posibilidad razonable de obtener una reparación eficaz». Ahora bien, ese criterio podría interpretarse en el sentido de que permite que el demandante renuncie a recursos internos que tal vez sean perfectamente adaptados pero que no le ofrezcan posibilidad de reparación por otros motivos, tales como el carácter inadecuado de la reclamación. Esa es la razón por la que los Estados Unidos proponen que no sea necesario agotar los recursos internos cuando estos sean «manifiestamente inútiles o ineficaces», precisando, de todas formas, que tal no es el caso si «existe la posibilidad razonable de disponer de un foro que ofrezca una reparación eficaz». Esa propuesta tiene el mérito de hacer hincapié más en la adecuación del órgano de recurso interno que en las posibilidades de tener éxito. Ciertamente es que las palabras «manifiestamente inútiles o ineficaces» pueden hacer pensar que la ineficacia del recurso interno debe ser inmediatamente evidente. Se podrían conciliar las dos propuestas del Relator Especial diciendo que los recursos internos no tienen que ser agotados cuando no existe un foro razonablemente disponible para obtener una reparación eficaz. Así se podría mantener la formulación aceptada por el Relator Especial, al tiempo que se subraya el carácter adecuado del foro de recurso interno.

59. El orador acoge con satisfacción la modificación del apartado *c* del artículo 16. En efecto, las situaciones en

que «no resulte razonable» el agotamiento de los recursos internos están ya comprendidas en el apartado *a*, y en el comentario se podrá precisar esto si es necesario. Esta solución es, con mucho, preferible a una vaga referencia al «carácter razonable», que se prestaría a múltiples interpretaciones y podría hacer que se anulase la condición del agotamiento de los recursos internos.

60. En lo que se refiere al proyecto de artículo 18, el orador no tiene nada contra la sustitución de la expresión «disposiciones especiales de tratados», pero estima que la referencia propuesta a los «regímenes especiales previstos en los tratados bilaterales y multilaterales relativos a la protección de las inversiones» no comprendería las disposiciones específicas que sobre las inversiones figuran en acuerdos bilaterales más amplios tales como los tratados de amistad, comercio y navegación. Preferiría que se hiciera referencia a las disposiciones específicas de tratados sobre la protección de las inversiones, y a ese respecto se remite al Comité de Redacción. En cuanto al artículo 19, el orador reconoce que no es necesario, pero cree que de todas formas puede conservarse, preferiblemente en su versión original.

61. El orador aprueba la propuesta del Relator Especial de que se añada un artículo sobre el derecho de los nacionales lesionados a indemnización. Hay que alentar a los Estados a que, cuando reciben indemnizaciones al ejercer la protección diplomática, se muestren justos con sus nacionales. Sin embargo, es deplorable que esta cuestión se aborde tan tardíamente. En la fase de la segunda lectura, la Comisión corre un mayor riesgo de cometer errores o de llegar a resultados que los Estados no aceptarán.

62. Ello es tanto más importante cuanto que se trata de una esfera que compete a la práctica y a la política del Estado, así como a sus relaciones con sus nacionales, y que se pretende orientar o incluso reglamentar la conducta del Estado. Toda posición que se adopte a este respecto debería, al menos, basarse en un estudio a fondo de la práctica de los Estados en lo que se refiere a la negociación y a la tramitación de las reclamaciones.

63. En cuanto al fondo de las propuestas, es indudable que el Estado debería, normalmente, tener en cuenta las consecuencias del perjuicio sufrido por la persona lesionada y, si es posible, consultar a esta última, antes de cuantificar una reclamación. Sin embargo, hay que tener presente que, en ciertas circunstancias, el Estado no siempre podrá hacerlo; por ejemplo, si tiene que tramitar un número muy grande de reclamaciones, como las que presentaron centenares de miles de personas contra el Iraq después de la primera guerra del Golfo. En consecuencia, el párrafo 1 de la propuesta del Relator Especial debería, si se mantiene, contener una recomendación a los Estados, más que una obligación.

64. En lo que concierne al párrafo 2, se impone una prudencia aún mayor. No tiene nada de inusitado que un Estado retenga parte de la suma pagada por otro Estado. Los Estados Unidos, por ejemplo, deducen generalmente un porcentaje fijo de la reparación obtenida, a fin de financiar las actividades de defensa de los intereses de sus nacionales. Si no procedieran así, se verían obligados a subvencionar el enorme trabajo que exige la presentación

de complejas reclamaciones en nombre de empresas multinacionales que tienen sobradamente los medios de hacerlo, o se verían obligados a mantener largos litigios con esas empresas sobre la cantidad que habría que deducir. Otros gobiernos se enfrentarían probablemente con el mismo problema si la deducción estuviese prohibida o se limitase a los gastos realmente hechos. Por otra parte, no se puede considerar ilegal o incorrecto que un Estado destine parte de las reparaciones obtenidas a otros fines legítimos de interés público, como la realización de sus actividades de política extranjera, que son el fundamento necesario de la protección de sus nacionales. Los Estados tienen derecho a exigir a sus nacionales que contribuyan a la consecución de tales fines legítimos. Por consiguiente, a lo sumo se les puede pedir que, cuando reciban indemnizaciones como resultado de una reclamación, paguen una suma justa y razonable al reclamante.

65. Por estas razones, el orador estima que la Comisión debería abstenerse de tomar posición mientras no se haya hecho un estudio a fondo de la práctica de los Estados y mientras éstos no hayan dado a conocer su opinión. La Comisión, si, no obstante, decidiera examinar la cuestión en la actual fase de los trabajos, debería velar por no enunciar nuevas obligaciones ni formular recomendaciones categóricas. Lo mejor sería abordar la cuestión en el comentario.

66. Por último, otras propuestas que se han hecho pueden restringir aún más la capacidad de los Estados para tramitar las reclamaciones de sus nacionales. Se trata, por ejemplo, de la propuesta con arreglo a la cual se requeriría el consentimiento de la persona lesionada para ejercer la protección diplomática o para fijar la forma y el importe de la reparación. El Estado debe conservar el control de las negociaciones que realice con otros países sobre reclamaciones, porque esas negociaciones son frecuentemente un elemento clave de la solución de situaciones críticas. En este contexto, el Estado puede verse llevado a formular una reclamación contra la voluntad de su nacional o a fijar una forma y un importe de la reparación que no satisfagan a éste último. Así, los acuerdos de Argel de 1981⁴⁷, que permitieron resolver una situación explosiva en las relaciones entre el Irán y los Estados Unidos, se basaban en parte en la obligación de someter las reclamaciones de los nacionales de los dos países a un procedimiento de arbitraje bilateral, y, posteriormente, gran número de reclamaciones fueron solucionadas por las dos partes mediante negociaciones bilaterales. La reclamación de una sociedad estadounidense que había impugnado el derecho del Gobierno de los Estados Unidos a solucionar su caso por ese procedimiento contra su voluntad fue desestimada por el Tribunal Supremo. Si el Gobierno de los Estados Unidos no hubiera podido consentir en una solución obligatoria de las reclamaciones relativas a sus nacionales, los acuerdos habrían podido fracasar, quizás con graves consecuencias.

67. En conclusión, los Estados deben conservar el derecho a ejercer la protección diplomática y a tramitar las reclamaciones relativas a ella, incluso aunque se oponga la persona lesionada. Cualquier otra norma podría

menoscabar seriamente la capacidad de los gobiernos para resolver las crisis de política extranjera.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2871.ª SESIÓN

Viernes 5 de mayo de 2006, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Kolodkin, Sr. Mansfield, Sr. Matheson, Sr. Momtaz, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Protección diplomática (continuación) (A/CN.4/560, secc. D, A/CN.4/561 y Add.1 y 2, A/CN.4/567, A/CN.4/575, A/CN.4/L.684 y Corr.1 y 2)

[Tema 2 del programa]

SÉPTIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*conclusión*)

1. El Sr. KATEKA, después de encomiar la voluntad del Relator Especial de tener en cuenta las opiniones de los Estados Miembros y de la Comisión, dice que suscribe la creencia del Relator Especial de que la ciudadanía europea es aplicable a la asistencia consular pero no a la protección diplomática. No obstante, estima que el Relator Especial ha atribuido demasiada importancia al apartado c del párrafo 2 del artículo I-10 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, apartado que indudablemente guarda relación con la representación diplomática conforme a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961, y con la asistencia consular conforme a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963, más que con la protección diplomática.

2. El orador tiene algunas dificultades con la propuesta de enmienda del proyecto de artículo 1 contenida en el párrafo 21 del informe. La adición de las palabras «o de una persona mencionada en el artículo 8» crea problemas sobre los que el orador dará más detalles cuando haga observaciones sobre los proyectos de artículos 3 y 8. El párrafo 2 del proyecto de artículo revisado es innecesario: no detalla de forma suficientemente exhaustiva lo que no está comprendido en la protección diplomática.

3. En lo que se refiere al proyecto de artículo 2, el orador no comparte la opinión de Italia de que el Estado tiene una obligación jurídica de ejercer la protección diplomática, la cual, como ha declarado correctamente la Comisión, es un derecho discrecional. Por consiguiente, no cree que convenga añadir en el proyecto de artículo un segundo párrafo en el que se declare que el Estado tiene la obligación de aceptar una reclamación de protección diplomática. A su

⁴⁷ Véase *International Legal Materials*, vol. 20, n.º 1 (enero de 1981), pág. 223.