



Asamblea General

Distr. general
2 de agosto de 2007
Español
Original: francés

Sexagésimo segundo período de sesiones

Tema 85 del programa provisional*

Protección diplomática

Protección diplomática

Informe del Secretario General

Adición

Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos

Francia

[Original: francés]
[24 de julio de 2007]

Francia desea elogiar la útil labor que ha realizado la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema de la protección diplomática y, muy especialmente, felicita a los dos Relatores Especiales, Sres. Bennouna y Dugard, por sus siempre profundas reflexiones.

Era muy oportuno que la Comisión de Derecho Internacional examinara el tema de la protección diplomática, ya que las normas consuetudinarias en que se enmarca su ejercicio, a menudo muy antiguas, se prestan a ser codificadas. A pesar de ello, se trataba de una tarea sumamente delicada, habida cuenta de ciertas dificultades que plantea la protección diplomática en el derecho internacional. A Francia le complace poder transmitir al Secretario General, tal como éste le pidió, sus comentarios sobre el proyecto de artículos presentado por la Comisión de Derecho Internacional en segunda lectura.

Aun a riesgo de repetir algunas de las observaciones orales formuladas durante el examen anual de la labor de la Comisión de Derecho Internacional en la Sexta Comisión de la Asamblea General, Francia ha considerado necesario exponer su apreciación general sobre el proyecto de artículos aprobado por la Comisión en

* A/62/150.



2006¹ antes de formular algunas observaciones más específicas sobre algunos artículos propuestos.

Observaciones generales acerca del proyecto de artículos sobre la protección diplomática aprobado en segunda lectura en 2006²

A fin de valorar la importancia del texto que la Comisión acaba de elaborar, conviene recordar que la protección diplomática se enmarca en el tema más general del derecho de la responsabilidad internacional del Estado. Al presentar el texto final de sus artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en 2001, la Comisión había dejado de lado, deliberadamente, la cuestión de la protección diplomática. Así pues, el proyecto de artículos sobre la protección diplomática completa el proyecto aprobado en 2001 y, por consiguiente, debe examinarse a la luz del derecho de la responsabilidad del Estado, tanto por lo que se refiere a la propia definición de la protección diplomática y la lógica general del proyecto (véase el apartado a) *infra*) como en relación con su ámbito de aplicación y el curso que haya de darse al proyecto (véase el apartado b) *infra*).

a) Definición de protección diplomática y lógica general del proyecto de artículos.

La redacción del artículo 1 subraya acertadamente el estrecho vínculo que existe entre la protección diplomática y el derecho de la responsabilidad del Estado, al definir la protección diplomática como una modalidad particular de invocación por un Estado de la responsabilidad de otro Estado³. En efecto, el ejercicio de la protección diplomática sólo tiene sentido cuando se produce una “reclamación interestatal” (párr. 6 del comentario del artículo 1). Más en general, la Comisión ha codificado acertadamente las características más marcadas del mecanismo, cuyo ejercicio es, como se recuerda en el artículo 2 y en el párrafo 1 del artículo 3, un derecho del Estado de la nacionalidad de la persona que ha sufrido el perjuicio, de conformidad con la sentencia dictada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en la causa relativa a las *Concesiones Mavrommatis en Palestina*. Así pues, era especialmente necesario recordar, tal como se hace en el comentario del artículo 2, el principio firmemente asentado en el derecho internacional según el cual el Estado dispone de un “poder discrecional” para “decidir si otorgará su protección [diplomática], en qué medida lo hará y cuándo le pondrá fin”⁴ (párr. 2 del comentario del artículo 2).

Además de aciertos innegables, el proyecto de artículos también plantea algunas dificultades, derivadas esencialmente de las orientaciones finalmente adoptadas. En ciertos aspectos, la Comisión parece perder de vista la especificidad

¹ Francia no pudo presentar en su momento observaciones escritas sobre el proyecto de artículos aprobado en primera lectura por la Comisión en 2004.

² Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, suplemento No. 10 (A/61/10)*, párr. 49.

³ La Corte Internacional de Justicia consideró recientemente que el artículo 1 del proyecto de artículos aprobado en 2006 por la Comisión refleja el derecho consuetudinario: *causa Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, *excepciones preliminares*, sentencia de 24 de mayo de 2007, párr. 39.

⁴ Causa *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, segunda fase, sentencia de 5 de febrero de 1970, Corte Internacional de Justicia, *Recueil 1970*, pág. 44.

del tema, que tiende a ampliar tratando cuestiones que pertenecen a otras ramas del derecho. Francia observa que varias disposiciones del proyecto, en particular el proyecto de artículo 8 o la “práctica recomendada” del proyecto de artículo 19, responden a una lógica más cercana a la que caracteriza a la protección jurídica de los derechos humanos que la que debe aplicarse a la protección diplomática.

b) Ámbito de aplicación y curso que ha de darse al proyecto

Paradójicamente, la Comisión, que ha decidido abordar ámbitos distintos de aquellos a los que habitualmente se extiende la protección diplomática, no trata dicha protección en todos sus aspectos. Como se indica en el comentario del proyecto, la Comisión ha preferido limitarse a las “normas que rigen la admisibilidad de las reclamaciones”, sin abordar en detalle la cuestión de las consecuencias jurídicas del ejercicio de la protección diplomática o incluso las relaciones entre ésta y el mecanismo de la protección funcional. Por otra parte, la cuestión de los recursos que pueden interponer las personas naturales ante tribunales que no tengan carácter nacional probablemente hubiera debido examinarse al analizar la regla del agotamiento de los recursos internos. Francia estima que estas omisiones reducen algo el alcance del proyecto de artículos, que no responde así plenamente a los problemas que puede plantear el ejercicio de la protección diplomática en la práctica contemporánea.

A este respecto, el proyecto de artículos aprobado por la Comisión no debería poner fin al examen de este tema. La opinión expresada por Francia respecto del texto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos es claramente pertinente a estos efectos. Tanto la importancia de la institución de la protección diplomática como las decisiones adoptadas por la Comisión justifican ampliamente que se haga un llamamiento a los Estados a debatir el tema en el marco de una conferencia internacional, con vistas a adoptar una convención internacional que permita armonizar las prácticas en esta materia.

Sin embargo, habida cuenta de las consideraciones expuestas con anterioridad, Francia se pregunta por el alcance que habría de tener esta iniciativa, en particular por lo que se refiere a la disociación o no del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado en 2001 y el proyecto de artículos sobre la protección diplomática aprobado en 2006.

Observaciones específicas sobre determinados proyectos de artículo

Además de las observaciones generales formuladas más arriba, referidas a las disposiciones generales aprobadas por la Comisión en la primera parte de su proyecto de artículos, Francia desea comentar los demás proyectos de artículo siguiendo el orden adoptado por la Comisión.

a) Nacionalidad (segunda parte del proyecto de artículos)

Párrafo 2 del artículo 3 y artículo 8

Las disposiciones en las que la Comisión prevé excepciones al principio según el cual el Estado de la nacionalidad de la persona es el único que puede ejercer la protección diplomática en favor de ésta se enmarcan claramente en el desarrollo progresivo del derecho y en modo alguno se basan en la práctica de los Estados. Francia se pregunta, en particular, por la compatibilidad entre la posibilidad que se

reconoce a los Estados de ejercer la protección diplomática respecto de una persona a la que reconocen la condición de refugiado y determinadas disposiciones del anexo de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, que indica claramente que la expedición de documentos de viaje no confiere a su titular derecho alguno a la protección de las autoridades diplomáticas o consulares del Estado que ha expedido tales documentos.

Artículo 4

En opinión de Francia, dedicar un artículo a definir el Estado de la nacionalidad conllevaba el riesgo de que se abordara de manera incidental la cuestión de la adquisición de la nacionalidad, que es una cuestión que ha de tratarse en el marco del derecho interno y no en el de las condiciones para el ejercicio de la protección diplomática.

Los “elementos de conexión” que la Comisión enuncia en este artículo no son exhaustivos y no ponen en entredicho en ningún caso la competencia exclusiva del Estado para conceder su nacionalidad, sin perjuicio de los compromisos particulares que éste pueda asumir. En cambio, es de lamentar que, mediante una referencia general al derecho internacional en el proyecto de artículo 4, la Comisión reconozca que el Estado contra el que se formule una reclamación en nombre de un nacional extranjero perjudicado pueda “impugnar la nacionalidad de esa persona cuando ésta haya adquirido la nacionalidad en contra del derecho internacional” (véase el párrafo 7 del comentario del artículo 4), sin precisar en qué condiciones. También cabe observar que un Estado sólo puede impugnar la oponibilidad de esa nacionalidad, y no su concesión. A este respecto, la Comisión parece negarse, acertadamente, a consagrar la jurisprudencia de la causa *Nottebohm* sobre la exigencia de un “vínculo efectivo” como condición general de oponibilidad de la nacionalidad frente a otro Estado en el ámbito de la protección diplomática, pero da pocas indicaciones sobre las condiciones en que un Estado podrá rechazar esa oponibilidad.

Artículo 5

El proyecto de artículo 5, relativo a la continuidad de la nacionalidad, no es aceptable, salvo en la medida en que recuerda, en su párrafo primero, la norma conocida como norma de continuidad de la nacionalidad. En efecto, la Comisión propone adoptar un nuevo enfoque, según el cual un Estado podría presentar una reclamación en nombre de una persona que haya adquirido la nacionalidad de ese Estado “de un modo que no esté en contradicción con el derecho internacional” después de la fecha en que se produjo el perjuicio (véase el párrafo 2 del proyecto de artículo 5), siempre que éste no sea imputable al anterior Estado de la nacionalidad (párr. 3). Al ejercer la protección diplomática, el Estado ejerce sus derechos, lo que supone que en el momento de la violación la persona debe tener la nacionalidad del Estado que presenta la reclamación y esta nacionalidad ha de ser oponible a terceros. La Comisión se ha dedicado por tanto a la delicada tarea, cuya oportunidad no está clara, de cuestionar una norma de derecho internacional bien asentada.

Artículo 6

Sin comentarios.

Artículo 7

El principio general enunciado en este artículo es ciertamente aceptable: un Estado no puede ejercer su protección diplomática con respecto a uno de sus nacionales frente a otro Estado del que esa persona sea también nacional. La práctica de los Estados confirma esta norma, claramente establecida en la Convención de La Haya de 1930 relativa a los conflictos de ley en materia de nacionalidad. El proyecto de artículo de la Comisión prevé sin embargo una excepción a esa norma en caso de que la nacionalidad del primer Estado sea “predominante”. Además de las dificultades que puede conllevar la determinación del carácter predominante de la nacionalidad —y la Comisión tampoco propone ningún criterio para determinar esa predominancia, sino sólo “factores que deben tenerse en cuenta”—, esta propuesta modifica radicalmente el alcance del principio general enunciado.

En la práctica, el concepto de nacionalidad predominante o preponderante se ha aplicado tras crisis muy graves, cuando se trataba de compensar los daños ocasionados a “economías nacionales” descomponiendo el contencioso en una serie de controversias individuales. Las reacciones que ha suscitado y el escaso apoyo con que cuenta en la práctica de los Estados de emigración permiten dudar de su valor como norma general y de su aplicabilidad en asuntos distintos de aquellos en que los daños individuales únicamente se toman en consideración como fracciones de un perjuicio general. Además, en esos casos es dudoso que los procedimientos empleados puedan calificarse siempre de protección diplomática.

Artículo 8

Véase el párrafo 2 del artículo 3 *supra*.

Artículo 9

El proyecto de artículo 9 aprobado en primera lectura parecía mucho más acertado⁵, en la medida en que equipara el criterio del lugar de constitución y el de la sede social a los efectos de determinar el Estado con derecho a ejercer la protección diplomática respecto de una sociedad, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en la causa *Barcelona Traction*. En la versión final del proyecto de artículo 9 la Comisión da prioridad al criterio de la constitución, si bien contempla, aunque únicamente como excepción, otros criterios cuando no exista ningún vínculo entre el Estado en que se constituyó la sociedad y la propia sociedad. En tal situación, la Comisión exige que se tomen en consideración tanto el criterio de la sede social como el del control financiero de la sociedad. Sin embargo, en caso de que la aplicación de esos criterios conduzca a dos Estados diferentes, la Comisión considera que el Estado en el que se constituyó la sociedad sigue siendo el único Estado con derecho a ejercer la protección diplomática (véase el párrafo 6 del comentario del artículo 9). Parece pues que la fórmula adoptada finalmente por la Comisión evita el gran inconveniente de alentar supuestos de doble protección y de competencia entre Estados que pueden invocar criterios de conexión distintos.

⁵ A los efectos de la protección diplomática de las sociedades, se entiende por Estado de la nacionalidad el Estado con arreglo a cuya legislación se ha fundado la sociedad y en cuyo territorio ésta tiene su domicilio social o la sede de su administración o con el cual tiene un vínculo análogo”.

Sin embargo, Francia considera que la adopción de una fórmula que combine el criterio de la constitución y el de la sede social garantizaría un resultado similar y no restringiría mucho el ejercicio de la protección diplomática ya que, en la práctica, las sociedades habitualmente establecen su sede en el Estado en que se constituyen. La combinación de ambos criterios podría servir, en particular, para limitar las facilidades de protección que persiguen las sociedades cuando se constituyen en paraísos fiscales. No parece que este objetivo se pueda alcanzar únicamente con el criterio del lugar de constitución al que da prioridad la Comisión de Derecho Internacional, incluso con las excepciones previstas en la segunda oración del artículo 9, puesto que los criterios secundarios que se toman en consideración pueden conducir a Estados diferentes y dar lugar, en última instancia, a que el Estado del lugar de constitución sea el único con derecho a ejercer la protección diplomática.

Es cierto que la adopción de criterios acumulativos también tiene el inconveniente de privar de la posibilidad de protección a una sociedad que haya establecido su sede en un Estado distinto del de su constitución. Para subsanar esta laguna, Francia opina que habría de indicarse que se deben tener en cuenta, con carácter subsidiario, los vínculos efectivos que unen a la sociedad con el Estado en que se constituyó y con el Estado en que tiene su sede. En ese supuesto, el Estado de la nacionalidad sería aquél con el que la sociedad tuviera el vínculo más estrecho.

Artículo 10

Sin comentarios.

Artículo 11

Aunque el artículo 12 del proyecto de artículos de la Comisión refleja adecuadamente el derecho consuetudinario relativo a la protección diplomática de los accionistas por el Estado de su nacionalidad cuando un acto ilícito lesione sus derechos, las disposiciones del proyecto de artículo 11 afectan a la propia esencia de la protección diplomática al prever la protección de los accionistas por un perjuicio causado en realidad a la sociedad. Al redactar de forma negativa este proyecto de artículo, la Comisión ha querido destacar que el Estado de la nacionalidad de los accionistas sólo podrá ejercer la protección diplomática de manera excepcional, en dos supuestos que, según el comentario, la Corte Internacional de Justicia “aceptó” en 1970 (véase el párrafo 3 del comentario del artículo 11). Francia no comparte esta interpretación de la sentencia dictada en la causa *Barcelona Traction*: es cierto que la Corte Internacional de Justicia menciona esos dos supuestos, pero se limita a indicar claramente que no le parece necesario pronunciarse sobre su validez. Por otra parte, la Corte consideró recientemente que la práctica de los Estados y las decisiones de las cortes y tribunales internacionales “no ponen de manifiesto —al menos en la actualidad— la existencia en el derecho internacional consuetudinario de una excepción que permita una protección por sustitución” de los accionistas por el Estado de su nacionalidad por el perjuicio ocasionado a una sociedad⁶.

⁶ Causa *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, excepciones preliminares, Corte Instruccional de Justicia, sentencia de 24 de mayo de 2007, párr. 89.

Francia no está de acuerdo con las disposiciones del proyecto de artículo 11, incluso desde el punto de vista del desarrollo progresivo del derecho. En efecto, en el primer supuesto, definido en el apartado a) del proyecto de artículo 11, el Estado de la nacionalidad de los accionistas podrá ejercer la protección diplomática cuando “la sociedad haya dejado de existir, de conformidad con la legislación del Estado en el que se constituyó, por algún motivo no relacionado con el perjuicio”. Aunque aparentemente se trate de una excepción a la imposibilidad de protección, esta formulación en realidad parece conferir un margen muy amplio al derecho de protección del Estado de la nacionalidad de los accionistas.

Lo mismo ocurre con el apartado b) del proyecto de artículo 11, que tampoco parece aceptable. Sus disposiciones reproducen lo que, según la Corte Internacional de Justicia en la causa *Barcelona Traction*, no era más que una “teoría según la cual el Estado de la nacionalidad de los accionistas tiene derecho a ejercer su protección diplomática cuando el Estado cuya responsabilidad se invoca es el Estado de la nacionalidad de la sociedad”, mencionada entre las consideraciones de equidad y sobre cuya validez la Corte no se pronunció⁷.

Si existiera esa posibilidad en la práctica, se destruiría el equilibrio entre las ventajas de que puede disfrutar el accionista al participar en el capital de una sociedad constituida en un Estado extranjero y el riesgo que asume al aceptar que esa sociedad tenga la nacionalidad de dicho Estado. La existencia de mecanismos específicos, por ejemplo en los tratados bilaterales de inversión, permitiría sin duda alguna atenuar ese riesgo; sin embargo, no es ése el objeto ni la función del sistema de protección diplomática.

En efecto, desde el punto de vista del derecho internacional general, la adopción de esa solución pondría en entredicho uno de los fundamentos más firmes de la protección diplomática, que obliga a distinguir entre los derechos de la sociedad, que pueden ser objeto de protección, y los intereses de los accionistas, que no pueden serlo. En otras palabras, la excepción propuesta afectaría a la propia esencia del régimen de protección diplomática de las sociedades. Además, la excepción tampoco es admisible desde el punto de vista de la equidad. Retomando los términos empleados por la Corte en la sentencia relativa a la causa *Barcelona Traction*, la posibilidad que se ofrecería de esta manera al Estado de la nacionalidad de los accionistas crearía sin lugar a dudas “un clima de confusión e inseguridad en las relaciones económicas internacionales”. También podría romper el equilibrio entre las ventajas de que puede disfrutar el accionista en el extranjero y el riesgo que asume al participar en el capital de una sociedad con una nacionalidad distinta de la suya.

Artículo 12

Sin comentarios.

⁷ En la causa *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, excepciones preliminares, la Corte no consideró necesario pronunciarse sobre la cuestión de si la excepción formulada en el apartado b) del artículo 11 del proyecto de artículos de la Comisión reflejaba o no el derecho internacional consuetudinario, sentencia de 24 de mayo de 2007, párr. 93.

Artículo 13

Este proyecto de artículo plantea el interesante problema de determinar si las personas jurídicas que no sean sociedades pueden beneficiarse de la protección diplomática. Francia no ve ningún motivo de principio para responder de manera negativa a esta pregunta. Sin embargo, la práctica de los Estados es demasiado fragmentaria para elaborar normas precisas en esta materia. Además, no hay ningún elemento que permita afirmar que el régimen de protección diplomática de todas las personas jurídicas deba ajustarse al de las sociedades. En opinión de Francia, habría sido preferible sustituir el artículo 13 por una cláusula que figurara en la parte general del proyecto y que indicara que las disposiciones de éste no obstan al ejercicio de la protección diplomática cuando se ocasione un daño a una persona jurídica que no sea una sociedad.

*b) Recursos internos (tercera parte del proyecto de artículo)***Artículo 14**

Francia considera que el proyecto de artículo 14 enuncia adecuadamente la norma consuetudinaria del agotamiento de los recursos internos. Como precisa la Comisión en su comentario (véase el párrafo 5 del comentario del artículo 14), este artículo sólo se refiere a los recursos judiciales o administrativos basados en normas jurídicas, con exclusión, en particular, de los recursos a título de gracia o de los recursos cuyo objeto sea obtener un favor y no hacer cumplir un derecho.

Artículo 15

Francia tiene pocas observaciones que formular respecto de las excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos claramente mencionadas en el proyecto de artículo 15 de la Comisión y se limitará a observar que la hipótesis prevista en el apartado b), es decir, la “dilación indebida” en la tramitación del recurso imputable al Estado demandado, parece formulada en términos demasiado amplios y ambiguos. En realidad, esa excepción sólo debería aplicarse si la dilación fuera asimilable a una denegación de justicia. Francia se pregunta, por tanto, si el apartado b) del proyecto de artículo 15 y las hipótesis previstas en el apartado a) del mismo artículo no deberían, en realidad, constituir una sola categoría.

*c) Disposiciones diversas (cuarta parte del proyecto de artículos)***Artículo 16**

Sin comentarios.

Artículo 17

Francia comparte la idea reflejada en este proyecto de artículo. En efecto, no hay ningún motivo para excluir, en el ámbito de la protección diplomática, la cláusula clásica de codificación a fin de respetar la *lex specialis*. Aunque no siempre sea así, la aplicación de un régimen específico de protección de los derechos humanos también puede dar lugar a que se dejen de aplicar las normas generales relativas a la protección diplomática de las personas naturales.

En su formulación actual, el proyecto de artículo 17 da la impresión de que bastaría con que existieran normas especiales de derecho internacional para que

no se aplicara el régimen general de la protección diplomática. La redacción de esta disposición debería basarse en la redacción del artículo 55 del texto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y prever que los artículos del proyecto no se aplicarán “en el caso y en la medida en que la protección de las sociedades y de los accionistas (...) se rija por normas especiales de derecho internacional”.

Artículo 18

Sin comentarios

Artículo 19

El objetivo del proyecto de artículo 19, que no refleja ninguna costumbre y tampoco se enmarca en el desarrollo progresivo del derecho, es recomendar a los Estados determinadas prácticas que la Comisión de Derecho Internacional considera “deseables”. Francia observa por tanto que la Comisión no ha pretendido situarse en el ámbito del derecho positivo ni reflejar una práctica real de los Estados. En cualquier caso, las recomendaciones de la Comisión parecen confundir la naturaleza de la protección diplomática, que es un mecanismo que el Estado ejerce de manera discrecional en sus relaciones internacionales, con la de otros mecanismos más específicos relativos a la protección internacional de los derechos humanos o de las inversiones extranjeras.
