



Asamblea General

Quincuagésimo noveno período de sesiones

Documentos Oficiales

Distr. general

15 de noviembre de 2004

Original: español

Sexta Comisión

Acta resumida de la 18ª sesión

Celebrada en la Sede, Nueva York, el martes 2 de noviembre de 2004, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Bennouna (Marruecos)
más tarde: Sr. Dhakal (Vicepresidente) (Nepal)

Sumario

Tema 144 del programa: Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 56º período de sesiones (*continuación*)

La presente acta está sujeta a correcciones. Dichas correcciones deberán enviarse, con la firma de un miembro de la delegación interesada, y *dentro del plazo de una semana a contar de la fecha de publicación*, a la Jefa de la Sección de Edición de Documentos Oficiales, oficina DC2-766, 2 United Nations Plaza, e incorporarse en un ejemplar del acta.

Las correcciones se publicarán después de la clausura del período de sesiones, en un documento separado para cada Comisión.

04-58461 (S)

*** 0 4 5 8 4 6 1 ***

Se declara abierta la sesión a las 9.40 horas.

Tema 144 del programa: Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 56° período de sesiones (A/59/10)

1. **La Sra. Swords** (Canadá), refiriéndose al proyecto de artículos sobre la protección diplomática, destaca el desarrollo progresivo del derecho internacional que se refleja en el proyecto de artículo 8 y que responde a una necesidad real que es el resultado de la relación que existe entre la apatridia, la condición de refugiado y las normas que regulan la adquisición de la nacionalidad. En el examen general inicial del proyecto de artículos, el Canadá ha observado que existe una ambigüedad bastante importante en lo que respecta al alcance, ambigüedad que es necesario resolver ya que afecta al significado mismo de la protección diplomática y por tanto repercute en el enfoque adoptado en todo el proyecto de artículos. La definición de protección diplomática que figura en el artículo 1 del proyecto parece limitarse a los casos en que un Estado asume por derecho propio la causa de uno de sus nacionales. Esta definición excluiría algunas de las funciones consulares que se recogen en las Convenciones de Viena. Sin embargo, en los debates celebrados a nivel interno sobre el proyecto de artículos y tomando como base algunos de los ejemplos que figuran en los comentarios sobre artículos concretos del proyecto, parece quedar claro que, para algunos, el alcance del proyecto de artículos incluye las funciones consulares que se recogen en las Convenciones de Viena. Si la intención del proyecto de artículos es realmente abarcar la asistencia a los nacionales con arreglo a la definición de las Convenciones de Viena, el enfoque de la nacionalidad es especialmente relevante para determinadas obligaciones recogidas en esas Convenciones. En ellas, y en particular en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, se establecen obligaciones específicas entre los Estados respecto del trato que deben dar a nacionales de otros Estados. Entre estas obligaciones cabe mencionar la del artículo 36 de la Convención sobre Relaciones Consulares de notificar a un detenido nacional de otro Estado su derecho a ponerse en contacto con su consulado, obligación a la que el Canadá concede una importancia notable y que merece ser objeto de entendimiento común entre los Estados.

2. En el proyecto de artículo 7 se adopta el enfoque de la nacionalidad predominante en relación con la cuestión de la “nacionalidad múltiple y reclamación

frente a un Estado de la nacionalidad”. Examinando este enfoque en el contexto de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, cabe decir que las funciones consulares de carácter discrecional que se enumeran en el artículo 5 de la Convención se derivan de la nacionalidad, al igual que ocurre con obligaciones como las que figuran en el artículo 36 de poner en conocimiento de los detenidos ciertos derechos. Cabe preguntarse si la Comisión tiene la intención de que el enfoque de la nacionalidad predominante del artículo 7 se aplique a situaciones en que una obligación establecida por un tratado se derive de la nacionalidad de otro país. El Canadá tiene la intención de prestar asistencia consular a los nacionales canadienses independientemente de que éstos posean otra nacionalidad, pero es consciente de que muchos Estados no se sienten obligados en virtud del derecho internacional a prestar asistencia consular a sus propios nacionales, aun cuando esa persona también tenga otra nacionalidad. El proyecto de artículos podría constituir un elemento importante e influyente para uso de todos, por ello es tan importante que quede claro cuál es el efecto que el proyecto de artículos quiere tener en las políticas existentes de prestación amplia de apoyo consular, así como en las obligaciones recogidas en tratados derivadas de la nacionalidad.

3. **El Sr. Läufer** (Alemania), refiriéndose a la protección diplomática, dice que una vez más apoya plenamente la posición jurídica que se refleja en el artículo 2 del proyecto, que establece que, en virtud del derecho internacional, el ejercicio de la protección diplomática es un derecho del Estado y no una obligación de éste. A nivel nacional, aun cuando por razones de derecho constitucional el Estado esté obligado a ejercer la protección diplomática, existe un gran margen de discrecionalidad respecto a la forma de cumplir esta obligación, y así lo entendió el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en decisiones recientes. A nivel internacional, el concepto de protección diplomática debe diferenciarse de otros conceptos de derecho internacional que se ocupan de la protección de las personas; en particular, debe diferenciarse del régimen aplicable a los derechos humanos, que impone obligaciones claras a los Estados. En general, Alemania está de acuerdo con las normas adoptadas por la Comisión respecto de la protección diplomática de las personas jurídicas. La Comisión da prioridad a los derechos del Estado de nacionalidad de la sociedad y, cuando se trate de la protección de los accionistas, los derechos del Estado de nacionalidad de éstos no se tienen

normalmente en cuenta. El Estado de nacionalidad de los accionistas puede ejercer su derecho a la protección diplomática sólo cuando la sociedad haya dejado de existir por razones que no estén relacionadas con la lesión, o cuando ésta haya sido causada por el Estado de nacionalidad de la sociedad. No obstante, Alemania sigue pensando que las excepciones que se recogen ahora en el artículo 11 tal vez sean demasiado rígidas y que no se tengan debidamente en cuenta situaciones en que, por razones de equidad, el Estado de nacionalidad de los accionistas debería ejercer el derecho de protección. No obstante, Alemania acepta el objetivo general de la Comisión de evitar situaciones de solapamiento de las reclamaciones, que coincide con el razonamiento de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Barcelona Traction*.

4. En cuanto al tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, la Comisión ha avanzado mucho en el desarrollo de normas en un ámbito del derecho internacional que, en esta época de globalización y ante el desarrollo de la tecnología, no sólo ofrece numerosas oportunidades a la humanidad sino que también presenta nuevos riesgos. En particular, el daño ambiental de masivas dimensiones transfronterizas es un fenómeno cada vez más frecuente que da lugar a difíciles cuestiones jurídicas, en especial en lo que respecta a la responsabilidad. La Comisión ha elegido un enfoque interesante que encuentra una tercera vía entre la pura responsabilidad del Estado y la responsabilidad entre particulares regida por el derecho internacional. Esta tercera vía prevé que los Estados se obliguen en virtud del derecho internacional a establecer, de conformidad con su derecho civil, la existencia de responsabilidad y la posibilidad de presentar reclamaciones, enfoque que parece recogerse en el principio 4 del informe de la Comisión. No obstante, Alemania tiene dudas respecto a si este compromiso entre los enfoques existentes es viable. Sería necesaria una flexibilidad mayor que permitiera a cada una de las partes contratantes tener en cuenta las características especiales de los diversos riesgos. Sin embargo, esta ventaja se pierde al existir dos desventajas importantes: por una parte, ello daría lugar a la elaboración de convenciones en materia de responsabilidad que, en contraposición a las actuales, no se aplicarían por sí mismas, con lo que su fuerza ejecutoria disminuiría. Además, el resultado final de una mayor flexibilidad es una reducción de la seguridad jurídica, lo que puede dar lugar a gastos adicionales, en particular en ámbitos de

importancia económica. En general, y pese a todas las dificultades inherentes a los enfoques actuales, Alemania considera que son preferibles acuerdos que permitan reclamaciones de responsabilidad directa en virtud del derecho civil, enfoque que se refleja en la alternativa B del artículo 4 que propuso en un principio el Relator Especial y que se ajusta más al principio de que el que contamina paga.

5. Alemania considera también que aún no es momento de elaborar una convención general vinculante sobre responsabilidad, ya que los tipos de riesgos ambientales transfronterizos que deberían recogerse en ella son aún demasiado heterogéneos. Por ello sería muy útil contar con algún tipo de convención marco (ley modelo) y un documento de referencia de alto nivel en el que se recojan aspectos comunes de los tratados existentes que se elaboren de manera detenida a fin de permitir el desarrollo futuro del derecho en este ámbito. Por ello, Alemania acoge con satisfacción los principios elaborados por la Comisión de Derecho Internacional. En opinión de Alemania, la futura ley modelo debería recoger los siguientes elementos fundamentales: medidas de respuesta inmediata para prevenir pérdidas o daños causados por un accidente ambiental; una garantía financiera adecuada, que se obtenga en particular mediante seguros obligatorios o bien mediante el establecimiento de un fondo; y la creación de una protección judicial eficaz, en especial para los casos transfronterizos. Todos estos elementos parecen recogerse en los principios 5 a 7, de gran importancia para lograr el objetivo general de proporcionar a las víctimas de daños ambientales transfronterizos una indemnización pronta y adecuada.

6. **El Sr. Romeiro** (Brasil), refiriéndose a la protección diplomática, se muestra complacido con la definición que figura en el artículo 1 del proyecto, que recoge el principio de que ésta sólo tiene lugar en un contexto de arreglo pacífico de controversias entre Estados y nunca, salvo que se ajuste a lo dispuesto en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, mediante el recurso al uso o la amenaza de la fuerza. La protección diplomática corresponde, por definición, a los Estados que la ejercen de manera discrecional y no a petición de los particulares, como se recoge en el artículo 2 del proyecto. Por tanto, no debe confundirse con las cuestiones relativas a los derechos humanos, aun cuando en determinadas circunstancias puede ejercerse en condiciones que conlleven la protección de éstos. En cuanto a la protección de la tripulación en el mar, es

preciso recordar que la Convención sobre el Derecho del Mar ofrece un marco para resolver los problemas relacionados con la pronta liberación y la indemnización de la tripulación. No obstante, el Brasil reconoce que el enfoque basado en el Estado del pabellón o de matrícula, que se consagra en la Convención, no aborda algunas cuestiones que podría ser muy útil examinar en el contexto de la protección diplomática. El Brasil acoge con satisfacción la propuesta del agotamiento de los recursos internos, que se ajusta a principios fundamentales del derecho consuetudinario sobre la protección diplomática, y considera que la idea de posibilidad razonable ofrece un marco útil en el que desarrollar este contexto. No obstante, sólo deben considerarse propuestas para ampliar posibles excepciones tomando como base criterios precisos aplicables a circunstancias concretas. Las propuestas que conlleven excepciones implícitas no deben abrir la posibilidad de justificar intervenciones contra la competencia nacional del Estado en que se encuentre el extranjero. El Brasil está de acuerdo con quienes opinan que la cláusula Calvo conlleva cuestiones complejas que requieren ulterior consideración por parte de la Comisión.

7. En cuanto a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, es necesario que haya una codificación en un ámbito del derecho internacional consuetudinario que aún es nuevo. Por ello es preciso contar con normas específicas en materia de responsabilidad e indemnización. El Brasil se une a las delegaciones que se han manifestado de acuerdo con que el explotador, que ejerce un control directo de las operaciones, debe ser el principal responsable en cualquier procedimiento relacionado con pérdidas, como se establece en el principio de que el que contamina paga, si bien este sistema debe establecer un equilibrio justo entre los derechos y las obligaciones del explotador, el beneficiario y la víctima.

8. **El Sr. Deo** (India) señala que la obligación y el derecho de un Estado a proteger a sus nacionales cuando se vean lesionados por los hechos contrarios al derecho internacional cometidos por otro Estado, del cual no han podido obtener satisfacción a través de las vías normales en él, constituyen uno de los principios elementales del derecho internacional, que se ejerce a discreción, ya que cada Estado es libre de aceptar o rechazar ejercer la protección diplomática según considere adecuado.

9. La protección diplomática debe servir a los intereses de los nacionales siempre que sea posible y no se debe atender a los intereses de los particulares implicados hasta el punto de implantar la obligatoriedad de que el Estado de la nacionalidad apoye las reclamaciones de que se trate, ignorando las sensibilidades políticas o de otro tipo de ese Estado. Extender la protección diplomática a los apátridas y refugiados, como se hace en el actual proyecto de artículo 8, no es aconsejable en este momento, ya que podría dar lugar a una interpretación amplia por parte del Estado de residencia habitual del apátrida: los términos “residencia legal y habitual” que aparecen el párrafo 1 del artículo 8 se remiten solamente al derecho nacional, no a una norma internacional. También es motivo de preocupación el párrafo 2 del mismo artículo 8, que autoriza a un Estado a ejercer la protección diplomática con respecto a una persona a la que reconozca la condición de refugiado, porque se aparta de la norma tradicional de que sólo los nacionales pueden beneficiarse del ejercicio de la protección diplomática. Además, el término “refugiado” que figura en ese párrafo 2 no se limita a la definición de la Convención de 1951. Según se indica en el comentario, la intención es que el término incluya a los refugiados reconocidos también en determinados instrumentos regionales. A la India le resulta difícil acoger cualquier definición de “refugiado” que se aparte de la aceptada universalmente.

10. El informe del Relator Especial sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas analiza exhaustivamente la necesidad de proteger el interés de las víctimas inocentes. La India opina que el alcance del tema y el mecanismo de activación deben ser los mismos que en el caso de la prevención del daño transfronterizo. En un sistema que cubra la responsabilidad o un régimen de asignación de la pérdida, la responsabilidad primaria debe atribuirse al explotador, ya que es éste quien dirige y controla la actividad y tiene el deber de reparar el daño causado. El proyecto ha conocido un avance importantísimo al proponer un sistema que no sólo es general, sino también flexible, sin perjuicio de las reclamaciones que se puedan plantear ni de la legislación y los procedimientos aplicables. Esta flexibilidad se ve reforzada por el hecho de que se trate de principios y no de normas. Pero algunos de los proyectos de principios han logrado una aceptación sólo sectorial no seguida en la práctica general de los Estados. A la India le preocupa la ampliación del alcance que introduce el proyecto de texto, al tratar de incorpo-

rar algunos elementos en la definición de daño que no se basan en una amplia práctica de los Estados; por ejemplo, el principio 2, según el cual se entiende por “daño” un daño sensible causado al medio ambiente, o el inciso iii) del párrafo a) del principio 2, que se refiere a una pérdida o un daño resultante del deterioro producido en el medio ambiente. En los comentarios al proyecto de principios se indica que el daño transfronterizo causado al medio ambiente por se podría ser objeto de una indemnización. Esta idea no está respaldada por una práctica suficiente de los Estados de la cual se pueda derivar el principio general. Es más, las pérdidas ambientales mencionadas en el inciso iii) del párrafo a) del principio 2 no admiten una fácil cuantificación monetaria, además de causar dificultades para establecer el *locus standi*. Por todo ello, es necesario que se modifique adecuadamente.

11. En varios instrumentos jurídicos multilaterales internacionales se permite a los países en desarrollo aplicar normas diferentes de las aceptadas por los países desarrollados en las cuestiones referentes a la protección del medio ambiente, a fin de promover el derecho al desarrollo como un elemento del desarrollo sostenible. Los comentarios generales al proyecto de principios ponen de relieve la importancia de este enfoque al reconocer que las opciones y los planteamientos que se adopten y su aplicación también pueden resultar influidos por las diferentes etapas de desarrollo económico de los países de que se trate. Por ello la India acoge con satisfacción el proyecto de principios y espera que la Comisión examine adecuadamente las disposiciones que vayan en detrimento de los intereses de los países en desarrollo a fin de preparar el terreno para una amplia aceptación del proyecto.

12. **El Sr. Akiba** (Japón) señala que el enfoque restringido que ha adoptado la CDI en relación con el proyecto de artículos sobre la protección diplomática es el adecuado, ya que no amplía su alcance. Por ejemplo: es correcto no incluir la cuestión de la protección funcional proporcionada por las organizaciones internacionales.

13. Al examinar la cuestión de la protección diplomática se debe tener conciencia del solapamiento con el ámbito de aplicación de otras áreas del derecho internacional. Por ejemplo, el trato otorgado a los particulares extranjeros está ahora cubierto de manera más extensa y exhaustiva en las normas internacionales de derechos humanos. También cabe señalar que los derechos relativos a las inversiones extranjeras podrían estar

mejor protegidos mediante diferentes cláusulas de arbitraje de tratados sobre inversiones, ya que las partes privadas están facultadas para obtener directamente reparación del Estado receptor de sus inversiones.

14. Sin embargo, no se debe confundir esta tendencia reciente del derecho internacional con las normas relativas a la protección diplomática. Por lo que se refiere a la protección de las inversiones extranjeras, por ejemplo, existen dos procesos (la invocación de la protección diplomática y el arbitraje en virtud de acuerdos bilaterales) que exigen una línea clara de separación, aunque ambos parecen proteger los mismos intereses de la parte en cuestión. Es verdad que algunos acuerdos estatales garantizan que no se pueda invocar la protección diplomática cuando se ponga en marcha un arbitraje sobre las inversiones basado en el acuerdo. Sin embargo, sigue siendo útil que en los artículos sobre la protección diplomática figure una cláusula para aclarar las relaciones entre las diferentes soluciones que parecen proteger los intereses de las personas naturales y jurídicas.

15. A este respecto, en el anterior artículo 21 sobre la *lex specialis* seguía siendo posible que se excluyese categóricamente y por completo toda posibilidad de que un Estado aplicase el proyecto de artículos a la protección diplomática. La redacción del nuevo proyecto de artículo 18 sobre las disposiciones especiales de tratados está cuidadosamente redactada utilizando términos mucho más generales y tiene en cuenta esa preocupación, lo que constituye un avance considerable.

16. El Japón también espera que en la segunda lectura los miembros de la CDI mantengan su enfoque prudente y contenido y no se muestren demasiado ambiciosos tratando de ampliar el alcance de su análisis. La CDI tiene una larga y positiva trayectoria de contribución a la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional. Es cierto que éste puede necesitar cambios muy agresivos y drásticos para responder a las preocupaciones actuales de la sociedad internacional; sin embargo, resulta demasiado ambicioso esperar que al codificar los artículos referentes a la protección diplomática quede reflejado en ellos un avance significativo del derecho internacional.

17. La cuestión de la responsabilidad internacional abarca una enorme diversidad de áreas y tiene importantes repercusiones para el derecho internacional en diferentes ámbitos, como el transporte marítimo de materiales peligrosos, la exploración del espacio

o diferentes actividades industriales. Existen numerosas convenciones y acuerdos para esas actividades destinados tanto a los Estados como a los explotadores y la tarea asignada al Relator Especial es enorme, puesto que exige encontrar algunos elementos comunes entre todas estas diferentes áreas. Dado este panorama, el Japón cree que el Relator Especial ha actuado correctamente al señalar primero algunos principios generales, en vez de tratar de crear una estructura pormenorizada y exhaustiva mediante la redacción de artículos concretos.

18. Desde el principio del presente quinquenio ya se preveía la aparición de numerosos obstáculos en el debate sobre este tema. Dada la naturaleza sumamente diversa de las posibles cuestiones que se han de abarcar, se manifestaron dudas en cuanto a la posibilidad de presentar una estructura general sobre la cuestión. A este respecto, la CDI fue prudente al basarse en sus propios trabajos recientes relacionados con el proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo. También resultó apropiado que la CDI pusiese un énfasis considerable en la responsabilidad primaria de los explotadores. Los principios objeto del proyecto pueden necesitar mayores aclaraciones y mejoras en áreas como la definición de los términos y la pronta y adecuada indemnización. Pero no se debe conceder excesiva importancia a la función de los Estados en este ámbito, puesto que la mayoría de las actividades examinadas corren a cargo de explotadores privados. Los artículos que atribuyan una excesiva importancia a la responsabilidad de los Estados en relación con las repercusiones de un accidente que haya producido daños probablemente resulten innecesarios y reflejen de modo inexacto la realidad actual del derecho internacional.

19. En su redacción actual, el proyecto de principios sigue siendo muy general. Al mismo tiempo, dado su amplio alcance, es dudoso que la redacción pudiese ser mucho más específica y detallada. En esta fase temprana, el Japón no tiene ninguna preferencia concreta en cuanto a la estructura de los principios o artículos a que han de dar lugar las labores en esta materia, ni sobre su resultado final. Espera que tras el debate de la CDI en segunda lectura vaya quedando más claro qué forma debe adoptar el resultado final: un conjunto de principios para directrices o bien artículos más detallados que permitan su ulterior desarrollo en una convención.

20. **El Sr. Dolatyar** (República Islámica del Irán) dice que el proyecto de artículo 2 refleja claramente las normas consuetudinarias del derecho internacional y se

halla en consonancia con la jurisprudencia internacional. Un Estado puede hallarse obligado en virtud de su propio derecho interno a extender su protección diplomática a una persona jurídica o natural de su nacionalidad, pero en el derecho internacional los Estados no tienen esa obligación.

21. Al nivel internacional, cuando un Estado hace valer la protección diplomática en beneficio de su nacional, está de hecho protegiendo su propio derecho más que el derecho del nacional; este argumento es coherente con el principio fundamental de la protección diplomática según el cual el perjuicio causado a un nacional es un perjuicio causado al Estado de la nacionalidad. El derecho interno sirve como aparato auxiliar a los Estados para decidir en qué casos desean ejercer la protección diplomática.

22. En el proyecto de artículo 4 la Comisión ha afirmado elocuentemente el derecho de los Estados a determinar quiénes son sus nacionales. Pero como estipula el propio artículo y señala la Comisión en el párrafo 6 del comentario, la adquisición de la nacionalidad no debe estar en contradicción con el derecho internacional. El Irán cree que los Estados deben evitar adoptar legislaciones que aumenten el riesgo de la doble nacionalidad, la múltiple nacionalidad o la apatridia. La adquisición y el otorgamiento de la ciudadanía no deben estar en contradicción con el derecho internacional.

23. Por lo que se refiere al proyecto de párrafo 2 del artículo 5 (posibilidad de que el Estado ejerza la protección diplomática con respecto a una persona que sea nacional suyo en la fecha de la presentación oficial de la reclamación pero que no lo era en el momento del perjuicio), la Comisión no ha presentado ninguna práctica de los Estados en su informe. El Irán no comparte la opinión de la Comisión de que la actual formulación de ese párrafo resuelve adecuadamente el temor al *nationality shopping* (búsqueda de la nacionalidad conveniente) que expresaron algunos de sus miembros. Es necesario revisar los términos de este párrafo para limitar claramente la excepción a la norma de la continuidad de la nacionalidad a los casos de pérdida involuntaria o imposición forzosa de la nacionalidad.

24. En cuanto al artículo 7, la determinación de la nacionalidad predominante es una cuestión subjetiva. En la práctica, cualquier Estado cuya nacionalidad invoque una persona con doble o múltiple nacionalidad puede sostener que su nacionalidad es predominante, puesto que no existen criterios establecidos en

el derecho internacional para determinar la predominancia de una nacionalidad sobre las demás. En el párrafo 6 del comentario la Comisión indica diferentes factores que han de tenerse en cuenta al determinar cuál es la nacionalidad predominante. El Irán opina que algunos de los que figuran en la lista, como los programas de estudios y el idioma de la enseñanza recibida o las cuentas bancarias, nunca podrán ser considerados factores válidos para decidir qué nacionalidad es predominante. Vivimos en una era de globalización en la cual millones de particulares que nacen y crecen en un país, reciben enseñanza en otro y trabajan o viven en un tercero diferente. Son necesarios algunos criterios que predominen sobre los demás. Un Estado cuya nacionalidad utilice un particular para adquirir o poseer bienes o cuyo pasaporte utilice para entrar en el país sin visado puede legítimamente sostener que su nacionalidad predomina sobre la de otro Estado que es el de residencia habitual de ese particular o en donde ha recibido enseñanza.

25. En el comentario al proyecto de artículo 7 la Comisión se ha basado ampliamente en las decisiones de la Comisión de Conciliación Italia-Estados Unidos y los laudos del Tribunal de Reclamaciones de Estados Unidos-Irán, que este último país considera como *lex specialis* más que práctica general de Estados o expresión del derecho internacional consuetudinario. El Irán cree que este artículo no refleja el derecho internacional consuetudinario y puede sentar las bases para nuevas controversias entre Estados que tienen ciudadanos con doble nacionalidad. Además, la Comisión ha indicado que el proyecto de artículo 7 está formulado de manera negativa para poner de manifiesto que las circunstancias previstas en él deben considerarse excepcionales. Pero el Irán considera que la formulación negativa no basta a tal efecto; aunque la Comisión trata de limitar el párrafo a casos excepcionales, en la realidad los casos de doble o múltiple nacionalidad no son excepcionales.

26. En cuanto al proyecto de artículo 13, el Irán estima que supera los límites permisibles del desarrollo progresivo del derecho internacional. Por lo que se refiere a la excepción a la norma de los recursos internos, le preocupa la amplia y ambigua formulación de las excepciones en el proyecto de artículo 16: puede poner en peligro la norma y hacerla superflua en la mayoría de los casos. Con respecto al párrafo 4 del comentario a este último artículo, comparte la opinión de la Comisión de que corresponde al tribunal internacional

competente determinar si es admisible la pretensión de excepción a la norma de los recursos internos y preferiría ver este punto adecuadamente reflejado en el texto del artículo.

27. Por último, el Irán observa que la Comisión ha decidido examinar la relación entre la doctrina de las “manos limpias” y la protección diplomática y cree que esta cuestión merece un mayor estudio, por lo cual acoge con satisfacción la decisión de la Comisión de volver sobre ella en su próximo período de sesiones. En su opinión, no se puede privar al Estado de la nacionalidad de su derecho a ejercer la protección diplomática cuando las acusaciones contra su nacional no guardan relación con la reclamación con respecto a la cual trata de obtener la protección diplomática.

28. **El Sr. Wood** (Reino Unido) dice que, como observa la Comisión, los artículos sobre la protección diplomática están estrechamente vinculados con los relativos a la responsabilidad del Estado y deben ser leídos en el contexto de esos otros artículos. La Comisión adoptó ese criterio acertadamente y centró los artículos en las cuestiones de la admisibilidad de las reclamaciones, es decir, la nacionalidad y los recursos internos. Como se expresa en el informe estos artículos dan contenido al artículo 44 de los artículos sobre la responsabilidad de los Estados. La Comisión acertó asimismo al rechazar la propuesta, formulada expresamente de *lege ferenda*, de que el Estado debería tener la obligación, en el plano del derecho internacional, de ejercer la protección diplomática. Observa con beneplácito que el artículo 2 se refiere al derecho a ejercer la protección diplomática y no a una obligación o deber alguno al respecto.

29. Las normas sobre la nacionalidad de las reclamaciones se exponen en la segunda parte. En gran medida éstas se ajustan a la práctica vigente de los Estados y no requieren ningún comentario particular, pero se sugieren algunas innovaciones que deberán ser examinadas atentamente entre la primera y la segunda lectura para determinar si verdaderamente tienen sentido en cuanto al principio y a la práctica.

30. Por ejemplo, respecto de la nacionalidad de las personas naturales, podría mencionar la introducción en los artículos 4 y en el apartado 2) del artículo 5 de las palabras “que no esté en contradicción con el derecho internacional” en relación con la adquisición de la nacionalidad; las palabras “por una razón no relacionada con la formulación de la reclamación” en el

apartado 2) del artículo 5, que tal vez sea preciso mejorar aún más; el concepto de nacionalidad “predominante” en el artículo 7, que también convendría examinar, tal como lo expresó el representante de la India; y el artículo 8 sobre los apátridas y refugiados (incluido el significado del término “refugiado”).

31. Las normas sobre nacionalidad de las personas jurídicas plantean cuestiones más difíciles que deberán ser estudiadas con más profundidad: La conveniencia, por ejemplo, de asignar el derecho de protección de una empresa desaparecida al Estado de la nacionalidad de la empresa y no al Estado o Estados de los accionistas; el interés real que tiene el primero en ejercer la acción correspondiente si los accionistas proceden de otro Estado; la posibilidad de presentar una reclamación si una sociedad ha dejado de existir por razones que no se vinculan con el perjuicio, aun cuando los accionistas hayan sufrido perjuicio; o si el derecho a proteger a los accionistas contra el Estado de nacionalidad de una sociedad debe limitarse al caso en que la sociedad debió crearse en ese Estado a fin de realizar operaciones allí. El Presidente de la Comisión describió esas propuestas de la Comisión como el logro de un equilibrio, pero no parece ser exactamente así.

32. El artículo 13, relativo a otras personas jurídicas, podría también referirse a los artículos 11 y 12, así como a los artículos 9 y 10, dado que esas otras personas jurídicas pueden ser personas comparables a accionistas.

33. El proyecto de artículos sobre recursos internos que figura en la tercera parte parece en general acertado, aunque tal vez sea necesario efectuar alguna otra aclaración. Respecto de la doctrina de las “manos limpias”, concuerda con la conclusión del Relator Especial de que no hay motivo para incluir tal disposición en el proyecto de artículos.

34. Respecto de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas), como lo expresó el representante de la India, el proyecto de principios es muy general y tiene un alcance sumamente amplio, como por ejemplo cuando se refiere al umbral “sensible” en el proyecto de principios 1 y 2 y las definiciones muy amplias de “daño” y “medio ambiente” en el proyecto de principio 2. El objetivo primordial debería ser elaborar un conjunto de principios generales que puedan ser utilizados según sea

conveniente cuando se estudien nuevos acuerdos o se elabore legislación interna. El proyecto no parece tener por objeto la codificación, ni siquiera el desarrollo progresivo en el sentido tradicional. Sería conveniente que la Comisión aclarara cuál considera que es la situación de los diversos elementos del proyecto. Por las razones mencionadas, el Reino Unido apoya decididamente el criterio actual de la Comisión, es decir, un conjunto de principios sin carácter vinculante.

35. En cuanto a los aspectos de fondo, es preciso examinar más detenidamente la relación entre el proyecto de principios y los artículos sobre responsabilidad del Estado. Por ejemplo, el comentario relativo al proyecto de principio 1 sugiere que, con arreglo a esos principios, la responsabilidad puede derivarse en forma simultánea con la responsabilidad del Estado, pero en tales casos habría un motivo adicional para presentar reclamaciones. Sería conveniente que se proporcionara orientación sobre la manera en que en tales circunstancias podría evitarse la duplicación de reclamaciones. El concepto del Estado como víctima, en el proyecto de principio 3, plantea nuevamente la cuestión de la relación con los artículos referidos a la responsabilidad del Estado. Esta relación podría tratarse en el preámbulo. En términos más generales, y en cuanto al proyecto de principio 7, podría ser conveniente incluir también una cláusula más explícita sobre la *lex specialis*, en forma similar a lo expresado en el artículo 55 de los artículos sobre responsabilidad del Estado.

36. También cabría haber esperado que se diera más preeminencia, en el preámbulo y en el proyecto de principio 4, al principio de que quien contamina paga. El proyecto de principio 4 deberá ser examinado con suma atención, sobre todo en cuanto a la aplicación de la cláusula sobre la prueba de la culpa del párrafo 2. En los acuerdos ambientales vigentes la responsabilidad objetiva parece estar limitada a determinadas actividades peligrosas, con sujeción a procedimientos de responsabilidad limitada y a otros procedimientos especiales. Asignar la responsabilidad objetiva en relación con todos los daños “sensibles” parece muy radical. Otro problema lo plantea la sugerencia de la responsabilidad subsidiaria del Estado en el párrafo 5.

37. **El Sr. Lavalle** (Guatemala), refiriéndose a la cuestión de la protección diplomática y en cuanto al párrafo 7 del comentario sobre el artículo 1, dice que está claro que no deben aplicarse las reglas de la protección diplomática en caso de que un Estado en cuyo territorio ejerce sus funciones un agente diplomático

o consular incumpla las obligaciones que con relación a esas personas, sus bienes y sus privilegios e inmunidades le imponen los artículos pertinentes de las Convenciones de Viena sobre relaciones diplomáticas y sobre relaciones consulares, pero a su juicio es aplicable la protección diplomática respecto de los daños que ese Estado pueda causar a dichas personas fuera del ejercicio de sus funciones y de la aplicación de los artículos mencionados. La protección diplomática se aplicaría, por ejemplo, a la expropiación sin indemnización de bienes que un diplomático posea, a título personal, en el país en que está acreditado.

38. En cuanto al artículo 5, convendría hacer una excepción a la regla de la continuidad de la nacionalidad para el caso de un apátrida o un refugiado protegido en virtud del artículo 8 si, dentro del plazo que se prevé en el párrafo 1 del artículo 5, esa persona adquiere la nacionalidad del Estado que la protege.

39. En lo que respecta al criterio que establece el artículo 9 para determinar la nacionalidad de una sociedad, de conformidad con algunas de las ideas expresadas en el párrafo 85 del informe, considera que podría darse cabida al criterio del vínculo o relación auténtica, así como al del lugar en que se llevan a cabo las principales actividades económicas de la sociedad.

40. En cuanto al término *corporation* del derecho angloamericano, éste no se aplica tan sólo a lo que en español y francés se denominan “sociedad anónima” y *société anonyme*, término que figura en la versión auténtica en francés del fallo de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Barcelona Traction*, que corresponde a lo que en la versión en inglés del fallo se denomina *Limited company whose capital is represented by shares*. Considera que convendría reemplazar en los artículos 9 a 12 los términos *société* y “sociedad” por *société anonyme* y “sociedad anónima”, respectivamente.

41. En el derecho romano existe un tipo de sociedad mercantil intermedia entre la denominada sociedad anónima, caracterizada por estar su capital representado por acciones que marcan el límite de la responsabilidad de los socios y son libremente transmisibles, y la sociedad de personas, cuyos socios responden íntegramente de las deudas de la sociedad y no pueden transmitir la porción que les corresponde del activo. Ese tipo intermedio de sociedad mercantil es la sociedad de responsabilidad limitada, que se encuentra dentro del ámbito del artículo 13, por lo que se le aplican, cuando sea apropiado, los artículos 9 y 10, pero no se le aplicarían

los artículos 11 y 12 que no están mencionados en el artículo 13. No obstante, los artículos 11 y 12 deben aplicarse a la sociedad de responsabilidad limitada y sus socios. Por eso convendría que en el artículo 13 se reemplazara “9 y 10” por “9 a 12 inclusive” y que en el párrafo 4 (de los comentarios sobre el artículo 13) se mencionara expresamente la sociedad de responsabilidad limitada. De esa manera quedaría claro que, a los efectos de los artículos 11 y 12, los socios de una sociedad de responsabilidad limitada se equipararían a los accionistas de una sociedad anónima.

42. El principio de que la renuncia a un derecho por parte de un Estado debe ser expresa está bien establecido en el derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, los comentarios sobre el artículo 16 no son muy claros en lo que respecta a la aplicación de ese principio al agotamiento de los recursos internos. Tal vez ello se deba a que dicho principio sufre una única excepción en el caso a que se refieren las dos últimas oraciones del párrafo 16.

43. **El Sr. Abraham** (Francia) reitera su preocupación por las demoras en la distribución del informe en los seis idiomas oficiales, que ha impedido que se tuviera el tiempo necesario para tomar conocimiento de su contenido y reflexionar al respecto, y por ello invita a la Comisión y a su secretaría a considerar seriamente los medios para remediar esa situación.

44. Causa preocupación la evolución del programa de trabajo de la Comisión, en el que figuran cinco temas respecto de los cuales se ha avanzado en forma desigual, aunque cabría esperar que se realicen adelantos importantes en las 10 semanas que dura el período de sesiones anual de la Comisión. Si se decidiera la ampliación del programa, sería preciso establecer prioridades, en particular, sobre la base del seguimiento que prevé dar la CDI a los temas de estudio; en efecto, la CDI debe hacer hincapié en aquellos temas que conduzcan a alguna forma de codificación o la adopción de directrices útiles para la interpretación del comportamiento de los Estados. Por ejemplo, en relación con el tema de la fragmentación del derecho internacional, el interés de ese tema es sobre todo académico, e incluso algunos miembros del grupo de trabajo expresaron dudas en cuanto a la posibilidad de emprender una labor normativa al respecto. En cambio, la labor de la CDI sobre el tema de los actos unilaterales de los Estados puede ser muy útil, siempre que el Relator siga escrupulosamente las recomendaciones de la Comisión y su grupo de trabajo. Hasta el momento, la recopilación

descriptiva de declaraciones unilaterales de diversa procedencia e índole no basta para obtener un auténtico repertorio de prácticas que sirvan de base para codificar el derecho relativo a los actos unilaterales, y como ha propuesto el grupo de trabajo, sería más útil elaborar un marco analítico que facilite la labor de síntesis.

45. En cuanto al tema de la protección diplomática, la tarea de la CDI debe centrarse en mejorar el texto y completarlo en diversos aspectos, por ejemplo, los efectos de la protección diplomática. Francia centrará sus observaciones en los proyectos de artículo relativos a la protección de las sociedades y sus accionistas. En el caso del artículo 9, se ha optado por el criterio de utilizar de forma conjunta el lugar de constitución y el de la sede de la administración para determinar el Estado de nacionalidad de la sociedad. Esta solución es más prudente que una fórmula alternativa, pero no queda claro cuál es la situación de protección de una sociedad que tenga su sede en un Estado distinto al de su constitución.

46. El artículo 11 (Protección de los accionistas) plantea un problema aún más importante, ya que la propia premisa de este proyecto de artículo es discutible, por cuanto evoca la posibilidad de determinar un Estado de la nacionalidad de los accionistas, lo que permitiría ejercer excepcionalmente la protección diplomática cuando se causa un perjuicio a la sociedad. Ello está en pugna con la realidad de las relaciones económicas internacionales, y podría generar una multiplicación de reclamaciones convergentes contra el Estado supuesto autor del perjuicio. Por la forma negativa con que se formuló el proyecto de artículo, la CDI desea subrayar que el Estado de nacionalidad de los accionistas sólo podría ejercer la protección diplomática excepcionalmente, en dos hipótesis que habrían sido admitidas por la Corte Internacional de Justicia en 1970 en la causa *Barcelona Traction*; sin embargo, la Corte no se pronunció sobre el fundamento de esas hipótesis, y Francia no considera aceptable la hipótesis que figura en el apartado a) del proyecto de artículo 11, pues se abriría un ámbito muy vasto al derecho de protección por el Estado de nacionalidad de los accionistas, ni la segunda “excepción” prevista en el apartado b), pues ello alteraría el equilibrio entre las ventajas del accionista por participar en el capital de una sociedad constituida en un Estado extranjero, y el riesgo que asume al aceptar que dicha sociedad tenga la nacionalidad de ese Estado.

47. Por último, el artículo 13 plantea determinar si es admisible que las personas jurídicas distintas de las sociedades invoquen la protección diplomática. La ausencia de prácticas en ese sentido no permite afirmar que el régimen de la protección diplomática de todas las personas jurídicas se asimile a la de la sociedad, y por ende sería más prudente adoptar una cláusula “sin perjuicio de”.

48. **La Sra. Bole** (Eslovenia), dice que su país apoya categóricamente el desarrollo del derecho internacional en el ámbito de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas), y celebra que la Comisión haya reanudado la labor sobre la “responsabilidad internacional”. Estima en particular que en el informe se han analizado correctamente las observaciones de los Estados sobre las principales cuestiones relativas a la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas y se han formulado conclusiones a la luz de esos comentarios.

49. La delegación de Eslovenia considera que, al igual que con la prevención, la versión definitiva del proyecto de principios debería adoptar la forma de un proyecto de artículos, ya que esta modalidad sienta la base para un texto jurídico de índole vinculante. A su juicio, ello propiciaría el desarrollo de regímenes más detallados y específicos en los acuerdos internacionales, en los planos regional y bilateral, y aseguraría la adopción de prontas medidas correctivas, entre ellas, una indemnización por las actividades que conlleven el riesgo de causar un daño transfronterizo importante.

50. En cuanto a la relación entre los regímenes de responsabilidad internacional y de responsabilidad nacional, se reconoce que la legislación nacional sustantiva y aplicable para abordar las reclamaciones de indemnización en la mayoría de los casos supone una responsabilidad civil o incluso penal. El sistema propuesto es suficientemente general y flexible, y funciona sin perjuicio de las reclamaciones y el derecho aplicable.

51. Con respecto al proyecto del principio 4, relativo a una pronta y adecuada indemnización, en el que se impone la responsabilidad primaria al explotador, estima que ello se ajusta a los principios de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo y otras prácticas que aplican el principio “quien

contamina paga”. Al mismo tiempo, refleja la importante función que incumbe al Estado, al establecer las condiciones aplicables para la responsabilidad impuesta al explotador.

52. **El Sr. Winkler** (Austria) dice que centrará sus observaciones preliminares en los proyectos de artículo 17 y 18, sobre protección diplomática. Ambos artículos se ocupan de cuestiones distintas. Uno se relaciona con las acciones o los procedimientos de la protección de los derechos humanos, y el otro con los procedimientos de solución de controversias previstos en los tratados bilaterales o multilaterales sobre inversiones. En aras de la claridad, convendría que la CDI mantuviera separadas esas dos cuestiones, y no las refundiera en una disposición única, ya que ambas utilizan técnicas de formulación diferentes; el proyecto de artículo 17 es una cláusula “sin perjuicio de”, mientras que el proyecto de artículo 18 es una “cláusula de exclusión”. La formulación general del artículo 17 plantea problemas, ya que no se limita a la reparación del daño indirecto, sino también incluye las medidas previstas en virtud del régimen de responsabilidad del Estado para abordar los daños directos, entre otras cosas, el recurso a contramedidas. Al mismo tiempo, el comentario claramente reduce el alcance de la disposición a los procedimientos para obtener la reparación del perjuicio sufrido por particulares. El texto incluso implica que un Estado puede ejercer la protección diplomática, aun cuando el individuo ya haya entablado actuaciones ante un tribunal de derechos humanos. El Estado causante del perjuicio debe aceptar las múltiples reclamaciones planteadas por el Estado que ejerce la protección diplomática, y por el individuo que entabla actuaciones en defensa de los derechos humanos. Sin embargo, no hay una completa independencia entre la protección diplomática y las otras “acciones o procedimientos” para obtener reparación, ya que según el artículo 53 de los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado, se excluyen las contramedidas si se han entablado procedimientos de reparación. Ello también se aplica a los procedimientos de reparación iniciados por los particulares.

53. El artículo 18 plantea otras cuestiones, por ejemplo, por qué esta disposición utiliza una técnica de formulación diferente a la del artículo 17; puesto que no hay distinción, ¿no sería posible formularla nuevamente como una simple “cláusula sin perjuicio de”? ¿Qué se entiende por “incompatibles con disposiciones especiales de tratado”? ¿Debe interpretarse que

el tratado excluye específicamente el recurso al ejercicio de la protección diplomática, o que basta con que la protección sea incompatible con el objeto y el propósito de ese tratado?

54. En cuanto al tema de la responsabilidad internacional, el fundamento de los proyectos de principios es que las víctimas de un daño ambiental transfronterizo obtengan una indemnización; por lo tanto, los elementos principales son la obligación de pagar una indemnización, y los instrumentos, mecanismos o procedimientos necesarios para garantizar dicha compensación. La cuestión no consiste en la asignación de la pérdida, sino en la asignación de la obligación de indemnizar.

55. En el caso del daño ambiental, la principal dificultad reside en demostrar la relación de causalidad entre el daño y determinadas actividades. El principio 4 es útil en la medida en que no exige prueba de la culpa. Aunque esa disposición establece la obligación de indemnizar por el daño, sin prueba de la culpa ni responsabilidad objetiva, no logra completamente el objetivo de aliviar la carga de la prueba de la víctima, pues lo que se necesita es atenuar su obligación de demostrar la relación de causalidad. Para alcanzar esa meta, normalmente se desplaza la carga de la prueba, de manera que una probabilidad elevada baste para demostrar esa relación de causalidad. La práctica actual de los sistemas de responsabilidad objetiva prevé muy pocas excepciones, en caso de guerra, desastres naturales, etc. Sin embargo, es difícil deducir tales excepciones del principio 4, combinado con el principio 3. A juicio de Austria, se deben identificar dichas excepciones, para establecer el marco de la indemnización, pues de otro modo se podría considerar que el texto actual no permite excepción alguna. En lo que respecta a la financiación de la indemnización, en la práctica reciente se ha desarrollado un enfoque en tres niveles, con tres fuentes de financiación diferentes: el autor de la contaminación, un fondo colectivo o el Estado, si bien en el último supuesto limitado a casos excepcionales, como la contaminación nuclear. Se podría justificar, sin embargo, aplicar una restricción a las actividades sumamente peligrosas: en la medida en que el Estado que las autorice debe también asumir el riesgo resultante.

56. El principio 5 se aparta de las líneas generales de los proyectos de principios, y este principio debe limitarse solamente a la necesidad de notificación.

57. El principio 6 establece la obligación de prever mecanismos apropiados en los planos nacional e internacional. Sin embargo, no queda claro quién tendría derecho a reclamar una indemnización en los casos de daños al medio ambiente. Cabe preguntarse, por ejemplo, si podrían hacerlo las organizaciones no gubernamentales, y si los Estados tendrían derecho a presentar reclamaciones de Estado a Estado o estarían sujetos a procedimientos análogos a los de los particulares. Además, resultaría conveniente combinar el párrafo 2 del principio 6 que se refiere a los procedimientos internacionales de solución de controversias, y el principio 7 relativo a los regímenes internacionales específicos.

58. Por último, sería sumamente adecuado incluir una disposición sobre la solución de controversias, ya que el principal objetivo del proyecto de principios es orientar a los Estados en la solución de diferencias relacionadas con daños ambientales. Austria estima que el proyecto de artículos no apunta a transformarse en un tratado aplicable directamente en el derecho interno, sino solamente a fijar normas básicas o directrices para los Estados, que podrían evolucionar hacia normas jurídicamente vinculantes mediante una elaboración ulterior.

59. *El Sr. Dhakal (Nepal) ocupa la Presidencia.*

60. **El Sr. González Campos** (España) manifiesta que, en términos generales, el enfoque global del proyecto de artículos sobre la protección diplomática es apropiado, si bien considera que aún requiere modificaciones en ciertos puntos, al igual que los comentarios. Respecto al artículo 1, entiende que su redacción no es satisfactoria porque no determina el contenido esencial de la institución, sino que la definición se desplaza hacia las medidas que el Estado puede adoptar para el ejercicio la protección diplomática, lo que entraña un resultado doblemente negativo: de un lado, porque se hace una remisión a los procedimientos de arreglo de las controversias internacionales que son objeto del Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas y de diferentes resoluciones de la Asamblea General, como se admite en el apartado 5 del comentario. Y, al hacer referencia a la “acción diplomática”, se alude a cualquier procedimiento que un Estado puede emplear “para informar a otro Estado de sus opiniones y preocupaciones”, expresión que no es afortunada pues la práctica internacional muestra que lo esencial en la protección diplomática radica en que un Estado formula, frente a otro, una reclamación formal (*claim*), en relación con ciertos hechos de los que han sido objeto

sus nacionales, para que el otro Estado respete el derecho internacional. Por tanto, no es relevante, a los fines de la definición, que la reclamación formal pueda ir acompañada de una protesta, aunque ello sea frecuente, que contenga la solicitud para investigar los hechos o que proponga otros medios de arreglo pacífico. Lo verdaderamente relevante es que, mediante esa notificación formal, el Estado que la formula hace suyo el derecho de sus nacionales y formula una declaración. De otro lado, y como consecuencia de lo anterior, la redacción actual del artículo 1 no diferencia la “protección diplomática” propiamente dicha de otras figuras que pueden estar relacionadas con ella, como es la asistencia diplomática consular a los nacionales que se hallan en una situación difícil como consecuencia de su detención o procesamiento en otro Estado, situación en que no cabe exigir uno de los requisitos de la protección diplomática en sentido propio, como es el agotamiento de los recursos internos. Esta distinción es admitida por el Relator Especial en su quinto informe en relación con el artículo 20 del Tratado de la Unión Europea, cuando expresa sus dudas sobre si este precepto “contempla la protección diplomática en el sentido que este término se entiende en el presente proyecto de artículos” o sólo se refiere a la “asistencia inmediata a un nacional que sufre un infortunio”. Esta distinción no solamente es una realidad en la práctica diaria, sino que ha estado presente en todas las decisiones recientes de la Corte Internacional de Justicia, como el asunto *LeGrand* y el asunto *Avena y otros nacionales mexicanos*, en los que la Corte ha declarado la obligación del Estado de hacer efectiva la asistencia consular prevista en un convenio internacional sin perjuicio de que, más tarde, el Estado de la nacionalidad pueda ejercer la protección diplomática en sentido propio. De los dos aspectos mencionados se desprende que el artículo 1 del proyecto requiere una definición más precisa de la protección diplomática. A este fin, España sugiere la siguiente, para la redacción del primer párrafo: “La protección diplomática consiste en la acción formal mediante la que un Estado asume, por derecho propio ...”, y el resto continuaría igual que en el proyecto. Con ello se pondría de relieve que el contenido esencial de la protección diplomática radica en la comunicación mediante la cual se exterioriza una pretensión o reclamación del Estado de la nacionalidad para que se respete el derecho internacional en la persona de sus nacionales, diferenciándola así de las “asistencia diplomática o consular” a los nacionales en el extranjero.

61. En cuanto al artículo 3 del proyecto, en donde se establece la regla fundamental según la cual sólo al Estado de la nacionalidad corresponde el ejercicio de la protección diplomática, salvo en lo dispuesto en el párrafo 2, que remite al artículo 8 del proyecto, extendiéndola al supuesto de apátridas y refugiados que tengan su residencia habitual en el Estado, cabe observar, por una parte, que el comentario al artículo 3 es muy parco y, por tanto, no se corresponde con la importancia de la regla que dicho artículo establece. Por ello, sería conveniente ampliarlo, en particular con referencias a las decisiones de la jurisprudencia internacional, donde reiteradamente se ha declarado dicha norma de derecho consuetudinario. De otro lado, en cuanto a la redacción del proyecto, podría pensarse que la regla general declarada en dicha decisión judicial, es decir la nacionalidad salvo acuerdos especiales, se obtiene mediante una interpretación sistemática del párrafo 1 del artículo 3 del proyecto en relación con el artículo 18. No obstante, este último precepto va más lejos, dado que excluye la aplicación de los presentes artículos “en los casos y en la medida en que sean incompatibles con disposiciones especiales de tratados”. Por tanto, será preciso determinar si lo dispuesto en un acuerdo especial es o no incompatible con el presente proyecto de artículos, lo cual puede generar cierta incertidumbre y los consiguientes conflictos de interpretación, algo que no parece deseable. Por otra parte, si se trata de buscar ayuda en el comentario a este proyecto, cabe observar que en él sólo se han tenido en cuenta los acuerdos sobre protección recíproca de inversiones, que son ciertamente apropiados, si bien también existen otros que debieran incluirse en el comentario.

62. En tercer lugar, respecto del capítulo III del proyecto de artículos, relativo a las personas jurídicas, se han hecho en él modificaciones satisfactorias, pues se parte en el artículo 9 de la regla general establecida en el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Barcelona Traction* para incluir en el artículo 11 ciertas excepciones en relación con la protección de los accionistas. Al precisar la regla general mediante unos criterios de conexión de la sociedad con un Estado, se plantean algunas dudas. En primer lugar, si respecto al primer criterio de conexión se emplea en lugar del término “constitución” el de “fundación”, por ser éste más amplio, ha de tenerse presente que en muchos sistemas jurídicos estatales puede introducir cierta confusión dado que es aplicable a “otras personas jurídicas” a las que se refiere el artículo 13. Por ello sería más conveniente no apartarse del término empleado en el

fallo de la Corte. Respecto al segundo criterio establecido en ese fallo de carácter institucional, al de “domicilio social” se ha agregado en el artículo 9 el de la “sede de su administración”, lo que puede ser aceptable si la administración se calificara como “efectiva”. Pero se ha ido más lejos al añadirse “otro vínculo análogo”, adición que debiera suprimirse pues el recurso a la analogía hace que esta cláusula sea demasiado abierta, pese a que en el comentario se indica que ha de ser un vínculo análogo a los dos antes indicados.

63. En cuanto al artículo 11, sobre la protección de los accionistas, la redacción negativa que se ha adoptado es satisfactoria, así como los supuestos incluidos en esta excepción a la regla general, que según el comentario han de ser objeto de una interpretación restrictiva para que no se produzca una pluralidad de reclamaciones internacionales por parte de distintos Estados. Ahora bien, los párrafos 9) y 10) del comentario suscitan una reserva, ya que en ambos se cita la opinión de tres de los jueces de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Barcelona Traction*, favorable a una intervención más amplia por parte del Estado de la nacionalidad de los accionistas. Ello no parece apropiado, pues esta reiterada cita de una posición minoritaria menoscaba la fuerza de la regla que se enuncia en dicho precepto y, además, no se corresponde en modo alguno con la conclusión a que se llega en el párrafo 11) del comentario.

64. Por último, debe excluirse del proyecto el artículo 19, relativo a la tripulación de un buque, entre otras razones, porque introduce un supuesto especial regulado por el derecho del mar (concretamente, por el artículo 292 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar) en un conjunto de reglas generales. Además, porque tal introducción supone una quiebra del enfoque general del proyecto, dado que este precepto salvaguarda la regla general de la protección diplomática por el Estado de la nacionalidad, pero admite una excepción a favor del Estado de la nacionalidad del buque. Ello conduce en definitiva a admitir la posibilidad de una doble reclamación. Cabe agregar que tampoco se ajusta a la práctica internacional, que muestra que el que normalmente ejerce dicha protección es el Estado del pabellón.

65. **El Sr. Mezeme Mba** (Gabón) dice que la protección diplomática constituye actualmente una de las principales manifestaciones del principio enunciado en el inciso 4 del Artículo 2 de la Carta, según el cual los Miembros de la Organización se abstendrán de

recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en sus relaciones. Cabe recordar que numerosos conflictos que han empañado la historia de las relaciones internacionales han tenido origen en la intervención de un Estado en favor de un nacional residente en un país extranjero.

66. En cuanto a la definición y el alcance de la protección diplomática, aunque en general parecen satisfactorios, exigirían una cierta ampliación a fin de armonizarlos con el conjunto del proyecto de artículos, pues parece que sólo se tiene en cuenta el criterio de la nacionalidad, en tanto que el proyecto de artículo 8 enuncia otros criterios por los cuales un Estado puede ejercer la protección diplomática tratándose de refugiados y apátridas. Por tanto, cabría perfeccionar la definición y para ello podría añadirse al artículo 1 el párrafo 2 del artículo 3. Este párrafo es en realidad un complemento de la definición de la protección diplomática tal como se la propone en el artículo 1.

67. En relación con el capítulo II, desearía insistir en la necesidad de dejar a los Estados el poder discrecional de determinar las normas sobre atribución de la nacionalidad. De hecho, no incumbe al derecho internacional establecer límite alguno al respecto. Es decir, que en el proyecto de artículo 4 se podría haber hecho una referencia expresa a la legislación interna de los Estados, como se ha hecho en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y también en la Convención de La Haya de 12 de abril de 1930, que en su artículo 2 prevé que toda cuestión relativa a la determinación de la nacionalidad de una persona debe ser resuelta de conformidad con la legislación del Estado correspondiente. Por otra parte, parecería que en el proyecto de artículo 4 no se ha tenido en cuenta el criterio habitual adoptado en la mayoría de las legislaciones, que establece una distinción neta entre la nacionalidad de origen y la nacionalidad adquirida. El empleo del verbo “adquirir” sería la prueba de que la Comisión no habría tenido en cuenta más que los casos de adquisición de la nacionalidad.

68. Por lo que respecta al proyecto de artículo 7, relativo a la nacionalidad múltiple, en el que se introduce el concepto de la nacionalidad predominante, aunque pueda admitirse que la protección diplomática es difícil de aplicar cuando un nacional posee tanto la nacionalidad del Estado demandante como del Estado autor del acto ilícito, la solución propuesta aquí parece conflictiva. En efecto, el concepto de nacionalidad debería ser pura y simplemente un concepto del derecho diferente de toda consideración de hecho. Al hablar de nacionalidad

preponderante se volvería a poner en tela de juicio el principio de la igualdad soberana de los Estados. Si la intención de la Comisión es apartarse de la concepción tradicional por la cual se excluye de la protección diplomática a los casos de doble nacionalidad, habría sido preferible el criterio del Instituto de Derecho Internacional, que en septiembre de 1965 expresó que es inadmisibles una reclamación internacional en favor de una persona que posea a la vez la nacionalidad del Estado demandante y la del Estado demandado, a menos que el interesado posea un vínculo de conexión preponderante con el Estado demandante, y añadió que los criterios que permiten determinar el carácter preponderante del vínculo de una persona son su residencia habitual, el Estado en el que ejerza habitualmente sus derechos civiles y políticos y otros vínculos de conexión de los que se desprenda una unión efectiva de existencia, intereses y sentimientos con un Estado. Tal solución tiene la doble ventaja de reafirmar el principio de la igualdad soberana de los Estados, definiéndolo en relación con elementos de hecho identificados de antemano.

69. En cuanto al proyecto de artículo 8, hay que reconocer que los casos de los refugiados y apátridas se abordan en las convenciones y los convenios internacionales pertinentes, pero estos instrumentos jurídicos internacionales no tratan directamente de la protección diplomática de esta categoría de personas; es más, parecen descartarla implícitamente. Por ello, la Comisión emprende con el artículo 7 una evolución importante del derecho internacional y, dada la mejora considerable que aportará al estatuto de los refugiados y apátridas, el Gabón lo apoya sin reservas.

70. En relación con la controvertida cuestión de la protección de los accionistas de una sociedad, apoya el proyecto de los artículos 11, 12 y 13 propuesto por la CDI. Puesto que a menudo la jurisprudencia en la materia no había sido homogénea, correspondía a la Comisión adoptar una solución intermedia que tuviese en cuenta la afirmación del principio según el cual el Estado de los accionistas de una sociedad no puede ejercer la protección diplomática en beneficio de éstos en caso de perjuicio causado a la sociedad, pero que al mismo tiempo incluyese excepciones a ese principio y permitiese al Estado de la nacionalidad de los accionistas ejercer la protección diplomática, en particular cuando el accionista se ve lesionado en sus derechos individuales y sobre todo cuando el Estado de la

nacionalidad de la sociedad es presuntamente responsable del daño sufrido por ella.

71. Por lo que respecta al proyecto de artículos 14, 15 y 16, relativos a la norma del agotamiento de los recursos internos, aunque está de acuerdo en que éstos deben agotarse antes de cualquier actuación internacional, es moderadamente escéptico en cuanto a las excepciones que se enuncian en el proyecto de artículo 16. Parecería que los apartados a), b) y c) tuvieran como único objetivo apreciar la buena o mala voluntad de un gobierno en la aplicación de los recursos internos. Puesto que las administraciones de justicia varían de un país a otro, ¿de qué modo se apreciará el comportamiento del Estado en ese contexto? El Gabón cree que habría que apreciar *in abstracto* el comportamiento del Gobierno recurriendo a la noción de “buen padre de familia”. En el caso del apartado d), piensa que la renuncia ha de ser expresa y no tácita.

72. **El Sr. Pager** (México) dice que la práctica de los Estados en torno al requisito de que el reclamante haya observado una conducta limpia, es decir, que no haya provocado con su propio comportamiento el daño que se alega, para poder solicitar a su Estado el ejercicio de la protección diplomática, dista de ser homogénea. Por lo tanto, México considera que será provechoso que la Comisión haya convenido en retomar el análisis del tema en su próximo período de sesiones.

73. La bien establecida norma del derecho internacional consuetudinario que indica que los recursos internos deben agotarse en tiempo y forma como requisito previo para poder iniciar procedimientos internacionales incluye no sólo el sometimiento de la reclamación a los tribunales regulares, sino también a todas las autoridades locales que tengan los medios de proporcionar una reparación efectiva y adecuada, aceptable en el plano internacional, contra el Estado demandado. De conformidad con innumerables decisiones judiciales y la gran mayoría de la doctrina, la Comisión ha señalado en su informe que un extranjero lesionado “[n]o está obligado a dirigirse al poder ejecutivo para que éste le conceda una reparación en el ejercicio de su poder discrecional”. Para México, la protección diplomática es un punto central de su política exterior. De hecho, en el caso de mexicanos condenados a pena de muerte, ha sostenido en diferentes foros internacionales, incluso ante la Corte Internacional de Justicia, que los mecanismos de clemencia ejecutiva no constituyen un medio adecuado de reparación porque son medios diferentes a los recursos judiciales, se encuentran

inclinados hacia la confidencialidad o el secreto y excluyen estándares de debido proceso legal y de equidad de las partes. Además, las decisiones derivadas de dichos mecanismos no admiten revisión y se encuentran fundamentalmente motivadas por consideraciones de carácter político.

74. México había expresado su desacuerdo con la antigua formulación del proyecto de artículo relativo a la protección diplomática de los miembros de la tripulación de un buque. La nueva redacción del artículo 19 es correcta, ya que se indica acertadamente que corresponde al Estado de la nacionalidad de los miembros de la tripulación del buque ejercer la protección diplomática. Además, la prerrogativa del Estado del pabellón del buque a exigir reparación en favor de los miembros de la tripulación de nacionalidades diferentes no puede considerarse protección diplomática, precisamente debido a la falta del vínculo de nacionalidad.

75. **El Sr. Choi Suk-Inn** (República de Corea) dice que sus observaciones se centrarán particularmente en los artículos 9, 17, 18 y 19 del proyecto de artículos sobre protección diplomática, aprobado por la CDI en primera lectura. En primer lugar, la delegación de Corea está de acuerdo con la norma básica que inspira el artículo 9, de que el Estado de la nacionalidad de una sociedad puede ejercer la protección diplomática en caso de daño a dicha sociedad. Considera particularmente importante fijar una orientación clara para determinar el Estado de nacionalidad de una sociedad, a fin de evitar cualquier posible confusión sobre el derecho de un Estado a la protección diplomática.

76. Con respecto a los criterios para identificar el Estado de nacionalidad de una sociedad, su delegación no objeta el lugar de constitución y la presencia de una oficina registrada de la sociedad en el Estado de constitución en virtud de su legislación, como indicó claramente la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*. Sin embargo, es necesario aclarar más el criterio de “sede de su administración o ... un vínculo análogo”, pues aunque se supone que esta última frase debe entenderse en el contexto de una oficina registrada o sede de la administración, la ambigüedad del texto podría ampliar innecesariamente el ámbito del Estado de nacionalidad de una sociedad.

77. En segundo lugar, Corea propone que la CDI estudie la posibilidad de combinar los artículos 17 y 18, por considerar innecesario separarlos. Dado que el derecho tradicional de protección diplomática incumbe a

un Estado, los demás recursos o mecanismos de solución de controversias constituyen *lex specialis*, que tienen prioridad sobre los recursos en virtud de la protección diplomática.

78. En tercer lugar, con respecto al artículo 19, su delegación sigue estimando que el derecho a solicitar reparación en nombre de los miembros de la tripulación de un buque debe incumbir primordialmente al Estado de la nacionalidad del buque, y no al Estado de nacionalidad de los miembros de la tripulación. Por otra parte, la protección ejercida por el Estado del pabellón en nombre de los miembros de la tripulación no puede considerarse en el marco de la teoría tradicional

de la protección diplomática. Estima que, al combinar dos conceptos diferentes, como el derecho tradicional del Estado del pabellón y el concepto de protección diplomática, el artículo 19 acaba estipulando una norma desconocida en el derecho internacional. Por consiguiente, propone que se excluya al artículo 19 del ámbito de la protección diplomática, o que éste se ajuste a la norma del derecho internacional contemporáneo, que reconoce al Estado de nacionalidad de un buque el derecho a pedir reparación en nombre de los miembros de la tripulación.

Se levanta la sesión a las 12.25 horas.