



Asamblea General

Distr. general
12 de abril de 2006
Español
Original: inglés

Comisión de Derecho Internacional

58° período de sesiones

Ginebra, 1° de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006

Protección diplomática

Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos

Adición

Índice

	<i>Página</i>
II. Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos: Italia	2
Observaciones generales.	2
Primera parte – Disposiciones generales	2
Proyecto de artículo 1 – Definición y alcance	2
Proyecto de artículo 2 – Derecho a ejercer la protección diplomática	3
Segunda parte – Nacionalidad	4
Capítulo II – Personas naturales	4
Proyecto de artículo 7 – Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un Estado de la nacionalidad	4
Capítulo III – Personas jurídicas	4
Proyecto de artículo 9 – Estado de la nacionalidad de una sociedad	4
Tercera parte – Recursos internos	5
Proyecto de artículo 16 – Excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos	5
Apartado a)	5
Apartado b)	6
Apartado c)	7
Cuarta parte – Disposiciones varias	8
Proyecto de artículo 17 – Acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática	8



II. Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos

Observaciones generales

Italia

El Gobierno de Italia felicita a la Comisión de Derecho Internacional por su labor y hace suya la estrategia seguida por ella en la formulación del proyecto de artículos.

Primera parte Disposiciones generales

Proyecto de artículo 1 Definición y alcance

El Gobierno de Italia considera que en la definición del concepto y el alcance de la “protección diplomática” el proyecto de artículo 1 utiliza una redacción demasiado tradicional, especialmente cuando se refiere a un Estado “que asume por derecho propio, la causa de uno de sus nacionales”. Esta fórmula implica no sólo que el derecho de protección diplomática pertenece exclusivamente al Estado que asegura esa protección, sino también que el derecho violado por el hecho internacionalmente ilícito también pertenece exclusivamente a ese Estado. Sin embargo, este último principio ha perdido su vigencia en el derecho internacional actual. En el caso *LaGrand*¹ y el caso *Avena y otros nacionales mexicanos (Avena)*² y otros, la Corte Internacional de Justicia afirmó que la infracción de las normas internacionales sobre el trato a los extranjeros podía producir simultáneamente la violación de un derecho del Estado de la nacionalidad y la de un derecho de la persona. La Corte Interamericana de Derechos Humanos llegó a la misma conclusión en su opinión consultiva OC-16/99³.

El Gobierno sugiere en consecuencia que se modifique el proyecto de artículo 1 para reflejar con más precisión el derecho internacional actual. La nueva redacción (extraída del párrafo 40 del asunto *Avena*) podría quedar así:

La protección diplomática consiste en el recurso a la acción diplomática o a otros medios de solución pacífica por un Estado que afirma haber sufrido la violación de sus propios derechos y de los derechos de uno de sus nacionales en razón de un perjuicio sufrido por éste como resultado de un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado.

Debe observarse que la fórmula propuesta no altera el concepto básico de que el derecho a ejercer la protección diplomática corresponde al Estado.

¹ 2001 *I.C.J. Reports*, pág. 466, párr. 77.

² 43 *I.L.M.* 2004, pág. 581, párr. 40.

³ Series A, No. 16 (1999), párrs. 80 a 84.

Proyecto de artículo 2

Derecho a ejercer la protección diplomática

El Gobierno de Italia cree que, por regla general, el ejercicio de la protección diplomática es un derecho que corresponde únicamente al Estado y que el derecho internacional no reconoce un derecho de la persona lesionada a obtener la protección diplomática de su Estado ni impone a éste la correspondiente obligación de ejercitarla. No obstante, desde el punto de vista del desarrollo progresivo del derecho internacional, convendría introducir en determinadas circunstancias específicas y muy limitadas una excepción a esta regla cuando estuviera en juego la protección de valores fundamentales inherentes a la dignidad del ser humano y reconocidos por toda la comunidad internacional.

Siguiendo este enfoque, el Relator Especial John Dugard previó una excepción similar en los casos de infracción de normas de *jus cogens*. El Gobierno de Italia sostiene en cambio que debe incluirse una excepción más precisa y limitada en el proyecto de artículo 2 cuando se dan las siguientes condiciones: a) en caso de violación grave de los derechos humanos fundamentales, y más concretamente en relación con el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y los tratos y penas inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la discriminación racial; y b) si, además, una vez cometida la infracción, la víctima no tiene la posibilidad de recurrir a órganos internacionales de carácter judicial o cuasijudicial facultados para conceder una reparación. Cuando existen ambas condiciones simultáneamente, el Estado de la nacionalidad debe tener la obligación de ejercer la protección diplomática en favor del perjudicado y la obligación subsidiaria de asegurar un recurso interno efectivo frente a su propia desestimación.

En estas circunstancias excepcionales, el hecho de que ciertas normas primarias de derecho internacional relativas a los derechos humanos (que tienen sin duda el carácter de *jus cogens*) también confieran derechos a la persona y el hecho de que su violación (que acarrea una forma muy grave de responsabilidad del Estado) también infrinja derechos individuales debe necesariamente repercutir en las normas secundarias sobre la protección diplomática al incidir en la relación entre el Estado de la nacionalidad y la persona perjudicada. También es preciso considerar que, en esas circunstancias excepcionales y residuales, la protección diplomática es el único recurso con que cuenta la persona, de modo que la negativa del Estado de la nacionalidad a ejercitarla menoscabaría los principios fundamentales sobre la dignidad del ser humano que la comunidad internacional entera está firmemente decidida a proteger.

En consecuencia, el Gobierno sugiere que se añadan al artículo 2 dos nuevos párrafos, cuya redacción sería como sigue:

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1, el Estado tendrá la obligación de ejercer la protección diplomática en nombre y a instancias del perjudicado:

a) Cuando el perjuicio derive de una infracción grave atribuible a otro Estado de una obligación internacional de importancia fundamental para la salvaguarda del ser humano, como la protección al derecho a la vida, la prohibición de la tortura y los tratos o penas inhumanos o degradantes y la prohibición de la esclavitud y la discriminación racial.

b) Cuando, además, el perjudicado no pueda plantear un recurso ante un juzgado, tribunal o autoridad cuasijudicial competente de carácter internacional.

3. En los casos establecidos en el párrafo 2, los Estados estarán obligados a introducir en su ordenamiento jurídico mecanismos para hacer valer el derecho individual a la protección diplomática ante un tribunal nacional competente u otra autoridad nacional independiente.

Segunda parte

Nacionalidad

Capítulo II

Personas naturales

Proyecto de artículo 7

Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un Estado de la nacionalidad

En relación con la posibilidad de que uno de los Estados de la nacionalidad ejercite la protección diplomática frente a otro, el Gobierno de Italia propone que se reintroduzca el criterio del vínculo auténtico en lugar del de la nacionalidad predominante. El criterio del vínculo auténtico y efectivo parece más acorde con los elementos esbozados por la jurisprudencia internacional⁴.

Por estas razones, el Gobierno sugiere que el proyecto de artículo 7 quede redactado de la siguiente forma:

El Estado de la nacionalidad podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona frente a otro Estado del que esa persona sea también nacional cuando exista un vínculo auténtico entre dicha persona y el primer Estado tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

Capítulo III

Personas jurídicas

Proyecto de artículo 9

Estado de la nacionalidad de una sociedad

El Gobierno de Italia no está convencido de que la concesión de la nacionalidad a una sociedad a efectos de ejercer la protección diplomática deba

⁴ Véase la decisión de la Corte Internacional de Justicia de 6 de abril de 1955 en el asunto *Nottebohm, I C J.*, 1955, págs. 25 y 26; la decisión de la Comisión de Conciliación Italia-Estados Unidos en el asunto *Mergé*, en *I.L.R.*, 1955, pág. 455; y los laudos del Tribunal de Reclamaciones de Estados Unidos-Irán dictados el 29 de marzo de 1983 en el asunto No. 157, *Nasser Esphahanian c. Bank Tejarat*, en *I.U.C.T.R.*, 1984, vol. 2, págs. 166 y ss., y el asunto No. 211, *Ataollah Golpira c. The Government of the Islamic Republic of Iran*, *ibíd.*, págs. 174 y 175, respectivamente.

depender tanto del lugar de constitución como del de la sede social (*siège social*, en la versión francesa) o del lugar desde donde se administra u otro nexo similar. Es cierto que en la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Barcelona Traction*⁵ —único antecedente a que se refiere la Comisión— se tuvieron en cuenta simultáneamente los dos factores de conexión. Sin embargo, se trataba de un caso en que los dos factores coincidían y, además, la Corte también afirmó que “en el ámbito de la protección diplomática de las sociedades, ninguna prueba absoluta del vínculo efectivo ha logrado la aceptación general”. Al margen del asunto *Barcelona Traction*, lo que preocupa al Gobierno son los casos en que una sociedad se constituye en un Estado y posteriormente transfiere su sede social o su administración a otro Estado. No se trata de un supuesto teórico. Así, el artículo 8 del Reglamento (CE) No. 2157/2001 del Consejo de la Unión Europea, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprobó el estatuto de la Sociedad Anónima Europea, se ocupa específicamente de esta posibilidad. Es difícil imaginar lo que habría decidido la Corte Internacional de Justicia en 1970 en el caso de una sociedad que hubiese hecho uso de las posibilidades a que se refiere el artículo 8 del Reglamento de la Comunidad Europea.

No hay duda de que si la Constitución tiene lugar en otro Estado distinto del Estado a que está vinculada la sociedad sobre la base de los demás factores previstos en el proyecto de artículo 9, la aplicación simultánea del criterio del Estado de constitución y de los demás criterios daría por resultado la ausencia de toda protección diplomática. De los comentarios al proyecto de artículo 9, no se desprende claramente hasta qué punto ha contemplado esta posibilidad la Comisión. En cualquier caso, el Gobierno sugiere que para colmar esa laguna el proyecto de artículo 9 no tenga en cuenta el lugar de constitución a efectos del ejercicio de la protección diplomática; en su lugar, debería utilizarse algún otro de los factores previstos en el proyecto de artículo 9. Aunque esto podría propiciar una situación en que más de un Estado estuviera facultado para ejercer la protección diplomática, ello sería preferible a la solución en que ningún Estado pudiera considerarse el Estado de la nacionalidad. Obviamente, podría lograrse una coordinación entre los distintos Estados de la nacionalidad aplicando los criterios previstos en el proyecto de artículo 6 para las personas naturales.

Tercera parte

Recursos internos

Proyecto de artículo 16

Excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos

Apartado a)

El Gobierno de Italia cree que la primera excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos, que es también la más importante, está redactada de forma demasiado escueta y restrictiva.

En primer lugar, es preciso tener en cuenta que a lo largo de los años la práctica y la jurisprudencia internacionales han generado una serie de excepciones, concretamente las de “inexistencia”, “inaccesibilidad”, “ineficacia” e “inadecuación”

⁵ *I.C.J. Reports*, 1970, párr. 70.

de los recursos internos. Se trata de cuatro conceptos específicos, precisos y autónomos, por lo que resulta muy difícil subsumirlos en el llamado criterio de la “norma de la futilidad” u otro similar, como el de la ausencia de una “posibilidad razonable de obtener una reparación eficaz” que se utiliza en el apartado a) del proyecto de artículo 16. En realidad, la redacción del apartado a) no incluye todas las excepciones anteriormente mencionadas y se ocupa en cambio de un problema ligeramente diferente: el del criterio o interpretación más adecuado para evaluar concretamente y en cada caso la futilidad de los recursos internos, especialmente desde el punto de vista de su ineficacia. En consecuencia, la redacción utilizada en el apartado a) es demasiado imprecisa, incierta y genérica, y corre el riesgo de no abarcar todas las excepciones indicadas, en perjuicio de la víctima. El Gobierno sugiere que se modifique el apartado a) de la siguiente manera:

a) Los recursos internos sean inexistentes, inaccesibles, ineficaces o inadecuados.

En segundo lugar, si la Comisión de Derecho Internacional no acepta esta sugerencia y prefiere mantener una fórmula única que abarque todos los casos, el Gobierno considera que en su redacción actual el apartado a) es demasiado restrictivo, teniendo en cuenta los últimos adelantos en el ámbito del agotamiento de los recursos internos no sólo en el ámbito de la protección diplomática en sentido estricto sino también en el de los derechos humanos. De hecho, se observa en la práctica una evolución hacia un criterio interpretativo más flexible, que quedaría reflejado más adecuadamente con la fórmula “[los recursos internos] no brinden una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo”. Esta redacción se había considerado pero lamentablemente fue posteriormente rechazada por el Relator Especial Dugard. Sin embargo, el Gobierno opina que en su versión actual el apartado a) va en contra de las tendencias que se observan en la práctica internacional y corre el riesgo de hacer más rígida y menos favorable a las personas la futura aplicación de la norma del agotamiento de los recursos internos.

Apartado b)

El Gobierno de Italia cree que en el apartado b) debería incluirse no sólo la dilación indebida sino también la denegación de justicia. La práctica internacional demuestra que existen una excepción a la norma del agotamiento de los recursos internos cuando (en cualquier fase del proceso de impugnación) los tribunales locales se nieguen a hacer justicia⁶, no tengan la necesaria independencia⁷, dicten un fallo manifiestamente injusto o de *mala fe* o violen las garantías procesales fundamentales de la persona⁸. Frente a ello, la excepción de denegación de justicia no puede inferirse fácilmente del apartado a) del artículo 16. El apartado b) debería por eso modificarse de la siguiente forma:

b) En la tramitación del recurso exista denegación de justicia o dilación indebida atribuible al Estado cuya responsabilidad se invoca.

⁶ *Cotesworth and Powell case*, en A. de Lapradelle y A. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, III, pág. 726.

⁷ *Robert E. Brown claim*, 6 U.N.R.I.A.A., págs. 124 y ss.; *Don Pacifico Case*, J.B. Moore, *Digest*, 6, pág. 853; *asunto Panevezyls-Saldutiskis Railway case*, P.C.I.J., Series C, No. 86, pág. 195; *case concerning the Aerial Incident of 27 July 1955*, *I.C.J. Pleadings*, 1959, pág. 327.

⁸ *Asunto Salem*, 2 U.N.R.I.A.A., pág. 1202; *B.E. Chattin c. United Mexican States*, 4 U.N.R.I.A.A., págs. 288 y ss.

Apartado c)

El Gobierno de Italia cree que la disposición del apartado c) debería dividirse en dos párrafos diferentes, dado que se ocupa de dos excepciones distintas a la regla del agotamiento de los recursos internos, de la siguiente manera, a) “no exista vínculo pertinente entre la persona lesionada y el Estado cuya responsabilidad se invoca”; y b) “dadas las circunstancias del caso, no resulte razonable tener que agotar los recursos internos”. No hay vínculos significativos entre las dos excepciones. Además, en la redacción actual no queda claro si la falta de vínculo pertinente funciona por sí misma como excepción o sólo cuando hace que no resulte razonable tener que agotar los recursos internos (como cabría inferir del párrafo 7 del comentario del proyecto de artículo 16).

Dicho esto, el Gobierno cree que la segunda de las excepciones indicadas (la relativa a las circunstancias del caso) debe recogerse de forma más amplia y al mismo tiempo más precisa, adoptando explícitamente la terminología bien conocida de las “circunstancias especiales” y enumerando de forma expresa en el proyecto de artículo 16 (o al menos en el comentario) las principales “circunstancias especiales” que pueden extraerse de la práctica internacional.

El uso de la fórmula “circunstancias especiales” se observa en la práctica vigente en el ámbito de la protección diplomática en sentido estricto y, aún con más frecuencia en el campo de los derechos humanos. Además, la práctica en ambas esferas permite determinar las principales circunstancias especiales de carácter objetivo y subjetivo que hacen que el agotamiento de los recursos internos sea extremadamente difícil para la persona lesionada. Ellas son: a) dificultades serias y objetivas de carácter práctico o espacial⁹; b) situaciones de peligro, riesgo de represalias o daños graves y costas judiciales exorbitantes¹⁰; c) condiciones generales de funcionamiento irregular del sistema de administración de justicia o de inestabilidad del conjunto del mecanismo gubernamental¹¹; d) medidas legislativas o prácticas administrativas ilegales¹²; y e) situaciones de violación grave y sistemática de los derechos humanos¹³. Estas últimas tres circunstancias son las más importantes y pertinentes en la práctica reciente.

Sin embargo, el Gobierno observa que el apartado c) del proyecto de artículo 16 en su redacción actual asigna solamente una importancia marginal y subsidiaria a esta excepción. Su conclusión queda confirmada en el comentario, que es muy conciso y que al citar a título de ejemplo tan solo unas pocas de esas circunstancias, deja de lado las más importantes.

El Gobierno asigna por el contrario gran importancia a esta excepción y cree que la inserción en el proyecto de artículos de una excepción explícita y autónoma

⁹ *Carmalt*, en A. de Lapradelle y A. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, III, pág. 126; *Perry*, ibíd., pág. 127; *Nottebohm*, 1 *I.C.J. Pleadings*, pág. 416.

¹⁰ *Neptune*, en A. de Lapradelle y A. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, I, págs. 139 y ss.; *Nottebohm*, 1 *I.C.J. Pleadings*, pág. 408.

¹¹ *Akdivar*, ECHR, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV, párr. 69; *Aksoy*, ibíd., párrs. 52 a 57; *Asunto Godínez Cruz*, IACHR, Series C. No. 5, párr. 58; y otros.

¹² *Donnelly*, ECHR, CD, vol. 43, pág. 146; *Akdivar*, op. cit., párr. 67; *Velásquez Rodríguez*, IACHR, Series C, No. 4, párr. 68; y otros.

¹³ *Barbato c. Uruguay* (84/1981), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 40 (A/38/40)*, anexo IX; *Free Legal Assistance Group*, Afr.CHRPR, I.H.R.R. 1997, pág. 92; *Amnesty International*, ibíd., 2001, pág. 261; y otros.

relativa a las “circunstancias especiales”, seguida de una lista ilustrativa que también tenga en cuenta la práctica más reciente en el ámbito de los derechos humanos, constituiría una contribución importante al desarrollo progresivo del derecho internacional en lo que respecta a las excepciones a la norma del agotamiento de los recursos internos.

Cuarta parte

Disposiciones varias

Proyecto de artículo 17

Acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática

El artículo incluye una cláusula de salvaguardia que permite al Estado o a la persona que hay que proteger recurrir, de conformidad con el derecho internacional, a acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática. En el párrafo 4 del comentario se mencionan entre esos procedimientos los previstos en los diversos convenios de derechos humanos y los que tienen por objeto crear mecanismos de protección de las inversiones. Además, en la última frase del párrafo 6 de ese mismo comentario, la Comisión advierte de que incluso cuando un Estado recurra a un procedimiento alternativo, no abandonará con ello su derecho a ejercer la protección diplomática de su nacional.

El Gobierno de Italia subraya la importancia de la última parte del párrafo 6 del comentario. Sin embargo, en su opinión es posible mejorar esa parte y hacerla más específica, y esa especificación debería incluirse en el texto del proyecto de artículo 17. Cuando un procedimiento alternativo —al que haya recurrido bien el Estado o bien la persona que se ha de proteger— implique una decisión obligatoria adoptada por un juez enteramente independiente e imparcial, debe dejar de existir el derecho a ejercer la protección diplomática. En un caso como este, no habría ningún fundamento para ejercitar la acción diplomática, puesto que la medida adoptada garantizaría una eliminación más segura de las consecuencias de cualquier hecho ilícito que pudiera haberse cometido. El resultado no sería el mismo cuando el procedimiento alternativo se emprendiera ante una institución (como el Comité de Derechos Humanos establecido en el artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) que no esté facultado para adoptar decisiones obligatorias. En ese caso, no se puede obligar al Estado a que renuncie a su derecho a ejercer la protección diplomática, puesto que el Estado infractor cuyo hecho ilícito haya quedado acreditado por la institución no está obligado a cumplir la decisión ni a sufrir sus consecuencias.

Así pues, el Gobierno sugiere que en el proyecto de artículo 17 se adopte una estrategia que permita coordinar la protección diplomática y los procedimientos alternativos sobre la base del criterio mencionado. El Gobierno es consciente de que la Comisión ha rechazado la propuesta de uno de sus miembros de que los recursos previstos en los procedimientos de derechos humanos se consideraren *lex specialis* respecto de las reglas de la protección diplomática (véase el párrafo 7 del comentario) y reconoce que dicha propuesta sería ciertamente excesiva en relación con cualquier remedio alternativo. Sin embargo, considera que sería más que razonable si se restringiera exclusivamente a la categoría más reducida de recursos jurisdiccionales que se acaba de mencionar.