



Asamblea General

Distr. general
30 de agosto de 2013
Español
Original: español/inglés

Sexagésimo octavo período de sesiones

Tema 82 de la lista preliminar*

Protección diplomática

Protección diplomática

Observaciones e información recibidas de los gobiernos

Informe del Secretario General

Adición

I. Introducción

Al 30 de agosto de 2013, el Secretario General también había recibido observaciones por escrito de Colombia (de fecha 11 de junio de 2013), El Salvador (de fecha 16 de julio de 2013) y Portugal (de fecha 25 de julio de 2013).

II. Observaciones sobre medidas futuras relativas a los artículos sobre la protección diplomática

Colombia

[Original: español]
[11 de junio de 2013]

Las disposiciones contenidas en el proyecto de artículos *sub examine* disponen de un carácter general y, por lo tanto, su aplicación no se agota en un caso concreto específico. En este sentido, disponen *prima facie* de la capacidad para ser creadoras de normas de derecho internacional general.

Al tenor de lo expuesto, en el evento de que medie un amplio número de ratificaciones del tratado a adoptar, las disposiciones previstas en el instrumento internacional podrían devenir, progresivamente y con la concurrencia de la práctica, costumbre internacional.

* A/68/150.



El Salvador

[Original: español]
[16 de julio de 2013]

En relación con la forma definitiva del proyecto de artículos en la materia, la República de El Salvador mantiene su disposición, ya expresada en anteriores períodos de sesiones¹, de realizar los esfuerzos necesarios para que el proyecto pueda convertirse en un instrumento internacional de carácter vinculante, siempre que éste se realice reconociendo la necesidad de reforzar la protección de los derechos humanos de todas las personas y de garantizar el derecho efectivo de todos los Estados de proteger a sus nacionales, así como sus intereses legítimos en el ámbito de las relaciones internacionales.

En definitiva, El Salvador se encuentra a favor de la orientación del proyecto de artículos y de su inclinación hacia la resolución pacífica de las controversias internacionales, por lo que brinda su apoyo a su contenido, sin descartar —como se ha indicado *supra*— la posibilidad de discutir ciertos ajustes necesarios al texto para reforzar su eficacia y óptimo ejercicio.

Portugal

[Original: inglés]
[16 de julio de 2013]

La Comisión de Derecho Internacional concluyó un total de 19 proyectos de artículos sobre la protección diplomática en menos de 10 años desde que el tema se identificó por primera vez como apto para la codificación y el desarrollo progresivo. Esto demuestra que el tema era oportuno y adecuado para la codificación y que la Comisión es una institución útil en las relaciones internacionales contemporáneas.

Portugal ya ha tenido la ocasión de celebrar la elaboración del proyecto de artículos, así como la recomendación de la Comisión de que se elaborara una convención basada en el proyecto de artículos².

Portugal está de acuerdo con el proyecto de artículos en general y con su idoneidad como base para una convención internacional, independientemente de que durante los debates de la Sexta Comisión expresara su desacuerdo sobre determinados aspectos, en particular relacionados con el alcance y el contenido del proyecto de artículos³. Estas y otras cuestiones podrían examinarse en el órgano encargado de preparar la Convención.

Portugal considera que el proyecto de artículos sobre la protección diplomática y la responsabilidad de los Estados podría formar parte de convenciones paralelas, ya que los dos temas van tradicionalmente de la mano, como ha reconocido la propia Comisión de Derecho Internacional. Esto representaría un importante paso para la consolidación del derecho sobre la responsabilidad internacional.

¹ Véanse [A/C.6/62/SR.10](#), párrs. 12 y 13, y [A/C.6/65/SR.16](#), párr. 16.

² Véanse [A/C.6/61/SR.10](#), párrs. 61 y 71, [A/C.6/62/SR.10](#), párrs. 6 y 7, [A/C.6/65/SR.16](#), párr. 13, [A/62/118](#) y [A/65/182](#).

³ Véase [A/C.6/61/SR.10](#), párrs. 61 a 70.

III. Observaciones sobre los artículos sobre la protección diplomática

Colombia

[Original: español/inglés]
[11 de junio de 2013]

En atención a que encuentran suficiente soporte en la práctica y la *opinio juris* de los Estados, los siguientes artículos del Proyecto en comentario disponen *prima facie* de un carácter consuetudinario: 1 (Definición y alcance); 2 (Derecho a ejercer la protección diplomática); 3 (Protección por el Estado de la nacionalidad); 4 (Estado de la nacionalidad de una persona natural); 6 (Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un tercer Estado); 7 (Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un Estado de la nacionalidad); 9 (Estado de la nacionalidad de una sociedad); 10 (Continuidad de la nacionalidad de una sociedad); 12 (Perjuicio directo a los accionistas); 14 (Agotamiento de los recursos internos); 15 (Excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos), apartados a), b) y d); 16 (Acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática); 17 (Normas especiales de derecho internacional); y 18 (Protección de la tripulación de un buque).

En consecuencia, la eventual convención a celebrar dispondría de un efecto declarativo en relación con las precitadas disposiciones y no conllevarían la asunción de obligaciones nuevas para el Estado colombiano.

El proyecto de artículos sobre la protección diplomática efectúa una recopilación de las prácticas generales de derecho internacional en el ejercicio de la protección diplomática. Sin embargo, el documento *sub examine* comprende igualmente artículos que responden a la función de desarrollo progresivo del derecho internacional asignada a la Comisión. En este sentido, a continuación se surte el análisis legal de aquellos artículos que constituyen elaboraciones de *lege ferenda* y sin arraigo suficiente en la práctica y *opinio juris* de los Estados.

Artículo 5, párrafo 1 – Continuidad de la nacionalidad de una persona natural

El párrafo 1 del artículo 5 del proyecto de artículos condiciona el ejercicio de la protección diplomática a la constatación de un vínculo continuo de nacionalidad entre la fecha de ocurrencia del daño y el momento en que el Estado que ejerce la protección diplomática presenta oficialmente la reclamación. Sin perjuicio de lo anterior, la disposición en comentario prevé una presunción legal de continuidad de la nacionalidad de una persona natural, en aquellos eventos en que la nacionalidad sea constatable en la fecha de ocurrencia del daño y en el momento de la presentación oficial de la reclamación.

Al respecto es preciso indicar que, según lo indica la Comisión, los tribunales internacionales y la doctrina únicamente han exigido la congruencia en la nacionalidad en los dos momentos aludidos, sin contemplar la necesidad de revisar si la persona natural había mantenido esa nacionalidad de manera continua.

De esta forma, el precitado órgano subsidiario advierte, al siguiente tenor, que el párrafo 1 del artículo 5 constituye un ejercicio de desarrollo progresivo, con miras a formular una respuesta satisfactoria y conciliadora a los intereses en conflicto (párr. 2 del comentario sobre el art. 5):

El párrafo 1 afirma el principio tradicional de que un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que era su nacional en la fecha en que se produjo el perjuicio y lo sea en la fecha de la presentación oficial de la reclamación. La práctica de los Estados y la doctrina no indican claramente que el nacional debe conservar la nacionalidad del Estado demandante entre esas dos fechas, en gran parte porque en la práctica rara vez se plantea el problema. Por esas razones el Instituto de Derecho Internacional no se pronunció en 1965 sobre la cuestión de si la continuidad de la nacionalidad era necesaria entre esas dos fechas. *Ahora bien, exigir que se pruebe que se tiene la misma nacionalidad en la fecha en que se produjo el perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación sin exigir que esa nacionalidad continúe entre esas dos fechas constituiría una incongruencia. Por eso, como cuestión de desarrollo progresivo del derecho internacional, se ha elaborado la norma según la cual la persona perjudicada debe ser nacional de modo continuo desde la fecha en que se produjo el perjuicio hasta la fecha de presentación oficial de la reclamación. Dada la dificultad de aportar pruebas de la continuidad, se presume que la nacionalidad existía en esas dos fechas. Esta presunción, por supuesto, admite pruebas en contrario*⁴ (sin cursiva en el original).

De conformidad con lo expuesto, el desarrollo progresivo propuesto por la Comisión consiste en mantener el requisito de nacionalidad continua y, al tiempo, en reconocer la existencia de una presunción que deberá ser desvirtuada por el Estado demandado, esto es, el que presuntamente ocasionó el daño al nacional del Estado demandante.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene destacar que este ejercicio de desarrollo progresivo no desconoce la práctica tradicional en el ejercicio de la protección diplomática. En efecto, la propuesta en el comentario consagra un requisito arraigado en la jurisprudencia de los tribunales internacionales y tiene como propósito llenar el vacío jurídico reconocido por la doctrina y la jurisprudencia internacional. En consecuencia, la disposición precitada prevé un desarrollo de menor escala con miras a precisar el alcance de un requisito ya exigido en la práctica.

Artículo 8 – Protección de apátridas y refugiados

El artículo 8 del proyecto de artículos tiene como propósito dar cuenta de los avances del derecho internacional en relación con el reconocimiento legal y la protección de los apátridas y refugiados, sobre la base de lo previsto en los instrumentos internacionales más relevantes en la materia, *inter alia*, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 y la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961.

⁴ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/61/10)*, párr. 49.

De esta forma, el precitado artículo regula un fenómeno moderno y que no fue objeto de análisis por parte de los tribunales que históricamente se ocuparon de las reclamaciones relativas a la protección diplomática. En consecuencia, al no mediar sustento jurídico en instancias suficientes de práctica estatal y *opinio juris*, la disposición antes referida se enmarca en la función de desarrollo progresivo de la Comisión de Derecho Internacional.

Sobre el particular, es preciso advertir que el artículo 8 constituye la propuesta de desarrollo progresivo que de manera más drástica se aparta del derecho consuetudinario que gobierna el ejercicio de la protección diplomática. En efecto, al prever el ejercicio de este derecho en relación con apátridas y refugiados, el artículo 8 descarta uno de los requisitos esenciales de la protección diplomática: la nacionalidad.

Sin perjuicio de lo anterior, es del caso destacar que la extensión de esta prerrogativa estatal a personas sin vínculo de nacionalidad se encuentra sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos especiales.

En primer lugar, se reemplaza el requisito de nacionalidad y en su lugar se condiciona el ejercicio de la protección diplomática a la constatación de la residencia legal y habitual del refugiado o de la persona en situación de apatridia. En segundo lugar, y en lo atinente a los refugiados, se precisa que el Estado receptor le haya conferido ese *status* al individuo, de acuerdo a su ordenamiento interno y de conformidad con el derecho internacional vigente.

De otra parte, el párrafo 3 del artículo 8 del proyecto dispone con claridad que el Estado de refugio no podrá incoar una demanda contra el Estado de la nacionalidad del refugiado. Según lo explica la Comisión en sus comentarios al proyecto:

Haberlo permitido hubiere significado ir contra el criterio básico del presente proyecto de artículos, según el cual la nacionalidad es la base predominante para el ejercicio de la protección diplomática. Este párrafo responde también a consideraciones de orden práctico. La mayoría de los refugiados tienen serias quejas sobre la manera en que han sido tratados por su Estado de la nacionalidad, del que han huido para evitar la persecución. Si se autorizara la protección diplomática en esos casos, se abrirían las compuertas a la litigación internacional. Además, el temor a que los refugiados les exijan que ejerciten una acción de esa índole podría disuadir a los Estados de aceptar refugiados⁵.

A su turno, la prohibición en comento encuentra sustento en el párrafo 3 del artículo 5, que imposibilitaría el ejercicio de la protección diplomática en relación con el Estado de la nacionalidad del refugiado, y en el artículo 7.

Sin perjuicio de la anterior, conviene advertir que las nociones de “nacionalidad predominante” prevista en el artículo 7 y de “fecha en que se produjo el perjuicio” consagrada en el artículo 5 podrían propiciar reclamaciones de protección diplomática en contra del Estado de la nacionalidad del refugiado por parte del Estado que, después de otorgar refugio, decidió concederla.

⁵ *Ibid.*, párr. 10 del comentario al artículo 8.

Esta situación tendría lugar en los escenarios en que se presenten afectaciones de carácter continuo o repetido. En efecto, según lo expresa la Comisión de Derecho Internacional, en los eventos de afectaciones continuas no es necesario que la fecha en la que se produjo el perjuicio sea una fecha cierta⁶, pudiendo extenderse en un lapso determinado. De esta forma, resultaría plausible considerar que el refugiado que ha obtenido una nueva nacionalidad continúa siendo afectado por los actos del Estado de su nacionalidad inicial.

Al respecto, es del caso recordar que, para efectos de ejercer protección diplomática en relación con un refugiado, se precisa constatar su residencia legal y habitual. De otra parte, es menester destacar que, la residencia habitual constituye en sí misma un criterio para establecer el carácter predominante de la nacionalidad de un Estado por sobre la nacionalidad de otro.

De conformidad con lo expuesto, de verificarse un escenario de afectación continua a los derechos de un refugiado al que se le ha otorgado una nueva nacionalidad, el Estado de refugio dispondría de la capacidad para incoar una reclamación de protección diplomática en contra del Estado de la primera nacionalidad. Esta posibilidad contraría de forma flagrante el principio general que permite el ejercicio de este derecho, en contra del Estado de la nacionalidad.

Artículo 15 – Excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos

El artículo 15 del proyecto versa sobre las excepciones a uno de los requisitos esenciales para el ejercicio de la protección diplomática: el agotamiento de recursos internos.

De conformidad con los comentarios al proyecto, el apartado c) versa sobre los eventos en que el individuo ha asumido voluntariamente el riesgo de que todo perjuicio sufrido se someta a los procedimientos internos del Estado receptor. Sin embargo, esta disposición no encuentra sustento en práctica estatal alguna y, por lo tanto, se enmarca en la función de desarrollo progresivo de la Comisión. De otra parte, esta dirección advierte que, una vez surtido el escrutinio de los comentarios al precitado apartado, no es posible colegir un objetivo claro para su inclusión.

Por su parte, la Comisión reconoce, en los siguientes términos, que el apartado d) del artículo 15 tiene como propósito desarrollar progresivamente una de las excepciones al agotamiento previo de los recursos, con miras a brindar claridad sobre las instancias que constituyen un evento de manifiesta imposibilidad para acceder a los mismos:

Este párrafo, que corresponde a la esfera del desarrollo progresivo, debe interpretarse estrictamente, y recaerá en la persona lesionada la carga de probar, no solo que existen obstáculos y dificultades graves para agotar los recursos internos, *sino también que está “manifiestamente” impedida de*

⁶ “El primer requisito es que el nacional perjudicado sea nacional del Estado reclamante en la fecha en que se produjo el perjuicio. *No es necesario que la fecha en que se produjo el perjuicio sea una fecha concreta, sino que puede abarcar un lapso de tiempo si el perjuicio consiste en varios actos o en un acto continuo cometido durante un período de tiempo*” (sin cursiva en el original). *Ibid.*, párr. 3 del comentario al artículo 5.

ejercer tales recursos. No se intenta proporcionar una lista completa de factores que podrían justificar esa excepción⁷ (sin cursiva en el original).

Según puede observarse, este apartado se vale del desarrollo progresivo para clarificar el aspecto procesal de la reclamación sin crear nuevas obligaciones de carácter sustancial para el ejercicio de la protección diplomática.

Artículo 19 – Práctica recomendada

El artículo 19 constituye una redacción poco común en el ámbito de los tratados multilaterales, en atención a que constituye una formulación de orden exhortatoria o recomendatoria, por contraposición a la consagración de obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados.

Conviene señalar que, aun cuando el derecho internacional no reconoce una norma que obligue a los Estados a ejercer protección diplomática, la disposición en comento codifica un deber de considerar debidamente la posibilidad de ejercerla⁸.

De esta forma, conviene analizar con cautela la posibilidad de que la norma citada se traduzca en una obligación para el Estado colombiano de analizar todas las reclamaciones de protección diplomática, con arreglo a estándares aun no definidos.

El Salvador

[Original: español]
[16 de julio de 2013]

La República de El Salvador atribuye gran importancia al proyecto de artículos sobre la protección diplomática, ya que este ha sido el resultado de un estudio profundo realizado por parte de la Comisión de Derecho Internacional con miras a contribuir a la codificación y el desarrollo progresivo de los artículos a través de la elaboración de disposiciones que reflejan la práctica de los Estados pero que también abordan cuestiones novedosas sobre el tema.

La protección diplomática es una figura clásica del derecho internacional, pero su configuración debe ser coherente y compatible con el sistema normativo en el que ahora se integra, es decir un ordenamiento internacional compuesto por un conjunto de principios y normas que regulan las relaciones de cooperación entre los Estados, así como la condición de otros sujetos de derecho internacional.

En efecto, la protección diplomática ha tenido, desde sus inicios, un papel importante ya que se originó a partir de la afirmación de la igualdad de los Estados, en una época en la que no se reconocían derechos a los individuos en el ámbito del derecho internacional, lo que condujo a que se convirtiera en la única figura viable destinada a garantizar el reconocimiento y la reparación del daño causado por otro Estado.

⁷ *Ibid.*, párr. 11 del comentario al artículo 15.

⁸ Al respecto Malcolm Shaw aclara: “There is under international law, however, no obligation for states to provide diplomatic protection for their nationals abroad, although it can be said that nationals have a right to request their government to consider diplomatic protection and that government is under a duty to consider that request rationally”. En *International Law*, sexta edición (Cambridge, Cambridge University Press, 2008), pág. 809.

No obstante, en la actualidad, la figura de la protección diplomática debe entenderse como uno de los diversos recursos existentes que permiten garantizar los derechos de los individuos en la comunidad internacional y la protección de los intereses estatales, en tanto coexiste con otras figuras como las normas sobre la responsabilidad de los Estados y la jurisdicción de tribunales internacionales, sin que esto suponga incompatibilidad alguna entre ellos. Esta importante función de tutela es la que mantiene, en definitiva, el carácter esencial de la protección diplomática como un instrumento eficaz en el ámbito del derecho internacional.

En virtud de lo anterior, puede afirmarse que el proyecto de artículos sobre la protección diplomática no limita la regla básica de la responsabilidad internacional de los Estados, que consiste en reconocer que siempre que un Estado cometa un hecho internacionalmente ilícito surgirá la responsabilidad internacional correspondiente y, en consecuencia, si el acto consiste en un hecho ilícito causado a un nacional extranjero surgirá inmediatamente el deber de poner fin a su conducta y de reparar íntegramente el daño causado, lo cual puede adoptar la forma de restitución, de indemnización o de satisfacción.

Por otra parte, es importante destacar que en el ámbito normativo interno, la figura de la protección diplomática posee tal relevancia que ha sido reconocida por la Constitución de la República, en su artículo 99, en los siguientes términos:

Los extranjeros no podrán ocurrir a la vía diplomática sino en los casos de denegación de justicia y después de agotados los recursos legales que tengan expedito. No se entiende por denegación de justicia el que un fallo ejecutoriado sea desfavorable al reclamante.

La referencia que realiza esta disposición constitucional respecto a la denegación de justicia como un elemento que puede dar lugar a la aplicación de la protección diplomática reafirma su naturaleza como una acción eminentemente reparadora o correctiva que puede ser ejercida una vez ha sido cometido el acto ilícito por parte del Estado.

Del mismo modo, es posible equiparar el requisito de agotamiento de los recursos internos al contenido del proyecto de artículos elaborado por la Comisión ya que, previo a presentar una reclamación internacional, es necesario hacer uso de los medios disponibles en el ámbito nacional para lograr la correspondiente reparación. Lo anterior, sin perjuicio de las excepciones reconocidas internacionalmente que permiten sortear este requisito de manera legítima, tales como: la dilación indebida, la indisponibilidad de recursos internos, la imposibilidad manifiesta de la persona para hacer uso de los recursos disponibles o, incluso, la renuncia expresa por parte del Estado.

En relación al funcionamiento de la protección diplomática, se considera fundamental que, en cada caso concreto, se analicen las diversas circunstancias fácticas que dan lugar a su aplicación, en particular, la gravedad del daño causado y la opinión de los perjudicados respecto al ejercicio de la protección y la obtención de una reparación, en los mismos términos reconocidos en el artículo 19 del proyecto.

Si bien la Comisión de Derecho Internacional ya ha indicado en los comentarios al proyecto de artículos que el derecho discrecional de los Estados de ejercer la protección diplomática debería leerse en conjunto con el proyecto de artículo 19 (Práctica recomendada), la República de El Salvador es de la opinión

que esta relación no ha quedado suficientemente establecida, en vista que la “práctica recomendada” ha sido incluida al final del texto y dentro del capítulo de “disposiciones varias” como si se tratase de una disposición de menor relevancia.

Si realmente se pretende alcanzar un adecuado equilibrio entre discrecionalidad de la protección diplomática y regulación de los elementos apropiados que deberían regir su ejercicio, es necesario enlazar el texto del artículo 2 (Derecho a ejercer la protección diplomática) con el artículo 19 (Práctica recomendada), pudiendo evaluarse incluso la posibilidad de cambiar la ubicación de este último y el lenguaje utilizado en su redacción. Lo anterior, con el propósito de garantizar que la atinada orientación que la Comisión de Derecho Internacional ha otorgado al proyecto posea una aplicación adecuada, tal como la sugerida en sus respectivos comentarios.
