



Asamblea General

Distr. general
18 de agosto de 2006
Español
Original: árabe/inglés

Comisión de Derecho Internacional

Quincuagésimo octavo período de sesiones

Ginebra, 1º 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

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción.....	2
II. Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos	2
Kuwait	2



I. Introducción

En una comunicación de fecha 1º de agosto de 2006, el Gobierno de Kuwait envió una serie de comentarios y observaciones acerca del proyecto de artículos y los comentarios sobre la protección diplomática, aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en primera lectura, en su 56º período de sesiones, celebrado en 2004¹. La Comisión no tuvo ocasión de examinar esos comentarios y observaciones porque se recibieron con posterioridad a la aprobación del proyecto de artículos en segunda lectura.

II. Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos

Kuwait

A. La naturaleza jurídica de la protección diplomática

Cuando una persona común no puede ejercer sus derechos, induce al Estado al que pertenece en virtud de su nacionalidad a que asuma su defensa e interponga una acción judicial contra el Estado en el cual se ha originado el hecho internacionalmente ilícito. Esta intervención por parte del Estado se conoce en las normas relativas a la responsabilidad del Estado, como “protección diplomática de nacionales en el extranjero”.

Esta intervención convierte un conflicto entre un particular y un Estado en una controversia entre Estados soberanos y retira a la persona del ámbito de la controversia. La persona debe esperar a que se dicte sentencia sobre su causa a nivel internacional, de modo que su Estado pueda transferirle lo que haya obtenido en forma de indemnización del Estado sobre el que recae la responsabilidad internacional. Además, el Estado de la persona ha sufrido un perjuicio como consecuencia del insulto a su nacional.

En consecuencia, Kuwait considera que la protección diplomática es parte de la responsabilidad del Estado, esto es, uno de sus principales aspectos, y también un instrumento internacional para la protección de los derechos humanos frente a violaciones que entrañen un hecho ilícito cometido por otro Estado o, como decidió la Comisión de Derecho Internacional, sólo uno de diversos medios para proteger los derechos humanos (párrafo 84 del séptimo informe del Relator Especial (A/CN.4/567)).

1. Renuncia a la protección diplomática

Sobre la base de las consideraciones a que se hace referencia en la sección 1 *supra*, una persona no tiene derecho a renunciar al derecho de su Estado a protegerla, pues, de hacerlo, estaría renunciando a un derecho que no le pertenece a ella, sino a su Estado. Además, lo que está en juego aquí es un derecho humano que ha sido violado por otro Estado que ha cometido un hecho ilícito. Estos derechos son inalienables y, por ende, no se puede renunciar a ellos. Por otra parte,

¹ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/59/10)*, párr. 59.

pertenecen al *jus cogens*, lo cual impide que se puedan establecer excepciones a ellos por acuerdo.

2. Derecho discrecional de un Estado a ejercer la protección diplomática

Durante el examen del proyecto de artículo 2, la Comisión de Derecho Internacional decidió no imponer a los Estados la obligación de ejercer la protección diplomática, conforme a la norma de la jurisprudencia internacional según la cual el ejercicio de dicha protección es un derecho del Estado y, por ende, el Estado puede ejercer uso de ese derecho o decidir no hacerlo.

3. Agotamiento de los recursos internos

El agotamiento de los recursos internos por parte de la persona perjudicada como condición previa para el ejercicio de la protección diplomática es una norma constante y firmemente establecida del derecho consuetudinario internacional, como afirmó y decidió la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Interhandel*, de 1959.

Esta norma se basa en dos consideraciones. La primera consideración es el respeto de la soberanía del Estado extranjero en cuyo territorio vive la persona, el sometimiento de ésta a la jurisdicción nacional de ese Estado y la hipótesis de que esa jurisdicción es imparcial y neutral. La segunda consideración puede resumirse en la concesión de una oportunidad al Estado que cometió el acto de remediarlo por sus propios métodos y dentro del marco de sus leyes nacionales.

La Comisión se ha ocupado de esta cuestión, que se rige por los artículos 14, 15 y 16 del proyecto.

4. Requisito de la nacionalidad

Según la práctica establecida de los Estados, debe existir un vínculo de nacionalidad entre la persona y el Estado, al menos, en dos momentos: primero, cuando se produce el hecho internacionalmente ilícito y tiene lugar el perjuicio; y segundo, en la fecha de presentación oficial de la reclamación de protección, ya sea por vía diplomática o por medio de la jurisdicción internacional.

En la Comisión, los Estados están examinando de forma exhaustiva la cuestión de la continuidad de la nacionalidad (los proyectos de artículo 3 a 10 se refieren a la cuestión de la existencia de la nacionalidad; el artículo 5 se refiere específicamente a su continuidad) como condición fundamental para que un Estado ejerza la protección diplomática.

Los aspectos más controvertidos de la norma relativa a la continuidad de la nacionalidad se refieren a la fecha final en que la persona que ha sufrido el perjuicio todavía debe ser nacional del Estado y, a ese respecto, si la fecha que se ha de tener en cuenta es la de presentación oficial de la reclamación o la fecha de la decisión definitiva sobre ésta y del pronunciamiento del fallo judicial conexo.

El análisis de la posición internacional al respecto muestra que varios Estados son partidarios del primer enfoque y abogan por la continuidad de la nacionalidad hasta la fecha en que la reclamación se presenta a nivel internacional pero, a esta opinión se oponen firmemente los Estados Unidos de América, que consideran

necesario que la continuidad de la nacionalidad se mantenga hasta la fecha del pronunciamiento sobre la reclamación.

Los Estados Unidos de América se basan en gran medida en el laudo del tribunal arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones en la causa *The Loewen Group Inc. contra los Estados Unidos de América*, que dictaminó que, en el vocabulario del derecho internacional, “debe haber una continuidad de la identidad nacional desde la fecha de los hechos que dieron lugar a la reclamación”, que es la fecha que se conoce como “momento en que se produce el perjuicio”, hasta la fecha de resolución de la reclamación inclusive, que se conoce como “fecha final”.

Párrafos 35 a 46 del séptimo informe sobre la protección diplomática

Con independencia de cuál sea la opinión sobre el laudo mencionado, en el cual se han basado los Estados Unidos para afirmar su posición de que la nacionalidad debe ser continua hasta la fecha de resolución de la reclamación internacional de protección diplomática, Kuwait considera que la posición es adecuada y está conforme con los criterios jurídicos y prácticos, y entiende la sensatez de la protección diplomática en sí.

En efecto, no es aceptable ni razonable que un Estado continúe ejerciendo su protección diplomática sobre alguien que ha perdido la nacionalidad en virtud de la cual pertenecía a ese Estado, por no hablar del hecho de que la protección diplomática, como hemos afirmado, se basa en dos consideraciones: el derecho del Estado y el derecho de la persona perjudicada como consecuencia del hecho internacionalmente ilícito. En el caso de que la nacionalidad de esta última si pierda, cesa también el derecho del Estado a continuar brindándole su protección diplomática, pues la persona ya no es un nacional suyo. Es más, esa protección constituye una reclamación internacional prohibida a las particulares en virtud de que no son personas que se rigen por el derecho internacional, las únicas que tienen derecho a iniciar procesos de este tipo.

Con respecto al argumento de que la continuidad de la nacionalidad no es necesaria, en razón de que el nuevo Estado al que pertenecerá la persona perjudicada ejercerá la protección diplomática en su nombre, éste no resta solidez —más bien se la añade— a la opinión de que la continuidad es necesaria, si se considera que el nuevo Estado reanudará la acción internacional para brindarle protección diplomática. El caso es distinto durante el período que transcurre entre el momento en que la persona perjudicada pierde la nacionalidad de su Estado original y el momento en que adquiere la nacionalidad de otro Estado. Lo mismo sucede cuando el nuevo Estado no dispensa protección diplomática a una persona perjudicada que ha adquirido su nacionalidad, por cuanto el ejercicio del derecho a la protección diplomática —como se ha señalado anteriormente— es un derecho discrecional del Estado; esto es, un derecho que, según su propia decisión, puede ejercer o abstenerse de ejercer.

En relación con lo expuesto y el examen de la naturaleza jurídica de la protección diplomática, la intención de Kuwait es —además de aportar su contribución a este esfuerzo internacional— que estos principios se vean reflejados en el proyecto de artículos que está preparando la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

B. Proyecto de artículos

El proyecto propuesto comprende 19 artículos, por medio de los cuales la Comisión de Derecho Internacional, en su 58º período de sesiones, reglamentó algunos aspectos de la protección diplomática en el derecho internacional, a saber la nacionalidad y el agotamiento de los recursos internos. No se ocupó, sin embargo, de las normas básicas de la protección diplomática, es decir, las normas que rigen el tratamiento de los extranjeros; ni de las consecuencias derivadas de la protección diplomática, como por ejemplo, determinar si el Estado que ha visto satisfecha su reclamación tiene la obligación de pagar al nacional perjudicado el importe de la indemnización que haya recibido. Esta es una cuestión que se aborda en la parte final del séptimo informe.

A continuación, Kuwait examina los proyectos de artículo en su orden numérico teniendo en cuenta los siguientes aspectos.

1. Artículo 1

El primer párrafo de la versión enmendada del artículo propuesta define la “protección diplomática”. El segundo párrafo se refiere a la distinción entre protección diplomática y asistencia consular, señalando que no debe interpretarse que la protección diplomática abarca la asistencia consular, basándose en las consideraciones expuestas en el séptimo informe, es decir las consideraciones teóricas y prácticas correctas a las que remitimos al lector en aras de la concisión y para evitar repeticiones.

2. Artículo 2

El texto de este artículo, tras ser enmendado, afirma el derecho del Estado a ejercer la protección diplomática de conformidad con las disposiciones del proyecto de artículos.

A este respecto, remitimos al lector a las observaciones formuladas *supra* por Kuwait referentes al derecho del Estado a ejercer dicha protección como uno de los aspectos de la naturaleza jurídica de la protección diplomática.

3. Artículos 3 a 8

Estos artículos rigen la prestación de protección por el Estado de nacionalidad a las personas naturales, incluidas las personas con nacionalidad múltiple, así como a los apátridas y los refugiados.

Kuwait considera que debe volverse a redactar el artículo 4, de modo que incluya la expresión “determinada con arreglo a la legislación del Estado”, puesto que las cuestiones de nacionalidad siguen siendo de competencia exclusiva de los Estados.

Con respecto a la norma sobre la continuidad de la nacionalidad (proyecto de artículo 5), remitimos al lector a las observaciones formuladas al respecto *supra*, en relación con el análisis de la naturaleza jurídica de la protección diplomática.

Salvo los puntos mencionados, Kuwait está de acuerdo con los proyectos de dichos artículos elaborados por la Comisión.

4. Artículos 9 y 10

Los proyectos de artículo 9 y 10 rigen ciertos aspectos de la protección diplomática de las personas jurídicas, referentes respectivamente al Estado de nacionalidad de una sociedad y a la continuidad de la nacionalidad de una sociedad.

a) **Artículo 9: Estado de nacionalidad de una sociedad**

Kuwait está de acuerdo con la redacción del artículo 9, tras la enmienda propuesta de su segundo párrafo y la supresión de la expresión “o con el cual tiene un vínculo análogo”, que aparece al final del párrafo, de modo que el artículo diga:

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

por el hecho de que dicha expresión, si se la incluyese en el párrafo, podría dar lugar a muy variadas interpretaciones y generar confusión, además de ser confusa y poco precisa.

b) **Artículo 10: Continuidad de la nacionalidad de una sociedad**

La redacción del párrafo 2 de este artículo (párrafo 3 del artículo 10 revisado) es la siguiente:

No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, un Estado seguirá teniendo derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que tenía su nacionalidad en el momento del perjuicio y que, de resultas de ese perjuicio, ha dejado de existir según la legislación de ese Estado.

La palabra “existir”, incluida en el texto, puede resultar imprecisa y dar lugar a numerosas dificultades y problemas de interpretación, puesto que, según la práctica establecida, con arreglo a las normas en vigor en la mayoría de los Estados (civilizados) respecto a la existencia continua de las sociedades o su cesación, la sociedad sigue teniendo personalidad jurídica aun después de su disolución —ya sea ésta por consentimiento o por ley— hasta que se satisfagan las reclamaciones de todos los acreedores, ya sea en su totalidad o, en caso de no tener suficientes bienes, en parte, y de conformidad con los detalles previstos en las normas jurídicas que rigen la liquidación de las sociedades.

Por lo tanto, Kuwait propone enmendar la frase “y que, de resultas de ese perjuicio, ha dejado de existir según la legislación de ese Estado” de modo que diga “y que, de resultas de ese perjuicio, ha dejado de tener personalidad jurídica y ha sido totalmente liquidada, de conformidad con la legislación de ese Estado”.

5. Artículo 11

Con respecto a la frase “La sociedad haya dejado de existir”, que figura en el texto tanto antes como después de la revisión, Kuwait remite al lector a sus observaciones previas respecto a la existencia de la sociedad y propone que se redacte de nuevo el texto, sustituyendo la citada frase por “La sociedad haya sido liquidada y haya caducado su personalidad jurídica”.

6. Artículo 18

Kuwait propone sustituir la frase “disposiciones especiales de tratados” por “tratados bilaterales y multilaterales”, a fin de definir con claridad el significado y de conformidad con la noción de tratados.

7. Se declara el derecho del nacional perjudicado a recibir una indemnización

Según el principio establecido sobre el cual solía basarse la práctica internacional, la reparación internacional por el perjuicio debía hacerse siempre efectiva al Estado y no al particular, aun en el caso de indemnización y a pesar de que el importe de la indemnización debía determinarse sobre la base del perjuicio sufrido por el particular. No obstante, en nuestros días, ese principio ha comenzado a ser examinado en numerosos Estados, que reconocen que tienen cierta obligación de entregar la indemnización recibida al nacional perjudicado y que la persona perjudicada en cuyo interés se planteó la reclamación debería beneficiarse del ejercicio de la protección diplomática.

Por motivos de equidad y por respeto de los derechos humanos, la Comisión se ha visto obligada a estudiar seriamente la posibilidad de aprobar una disposición sobre la cuestión como parte de un proceso de evolución, eliminando así una de las principales fuentes de injusticia en materia de protección diplomática. Por lo tanto, ha redactado un texto, con el que Kuwait está de acuerdo, por el cual se dispone transferir la suma que se haya entregado al Estado en concepto de indemnización por el perjuicio satisfaciendo así la reclamación de la protección diplomática del nacional respecto del cual haya presentado la reclamación, después de deducir los gastos en que haya incurrido el Estado al interponer la reclamación.
