

Capítulo VII

PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

A.—Introducción

158. En su 48.º período de sesiones, celebrado en 1996, la Comisión consideró que el tema de la «Protección diplomática» era uno de los tres temas idóneos para su codificación y desarrollo progresivo¹¹²¹. Ese mismo año la Asamblea General, en su resolución 51/160, de 16 de diciembre de 1996, invitó a la CDI a que examinara el tema e indicara su alcance y contenido a la luz de las observaciones formuladas en el curso del debate en la Sexta Comisión y de las observaciones que los gobiernos presentaran por escrito. En su 49.º período de sesiones, celebrado en 1997, la Comisión, de conformidad con la citada resolución de la Asamblea, estableció en su 2477.ª sesión un Grupo de Trabajo sobre el tema¹¹²². En el mismo período de sesiones el Grupo de Trabajo presentó un informe que fue aprobado por la Comisión¹¹²³. El Grupo de Trabajo trató de: *a*) aclarar, en todo lo posible, el alcance del tema; y *b*) determinar las cuestiones que deberían estudiarse en el contexto de dicho tema. El Grupo de Trabajo propuso un esquema para el examen del tema y, por su parte, la Comisión recomendó al Relator Especial que adoptase ese esquema como base para la presentación de un informe preliminar¹¹²⁴.

159. En su 2510.ª sesión, celebrada el 11 de julio de 1997, la Comisión nombró al Sr. Mohamed Bennouna Relator Especial para el tema¹¹²⁵.

160. En el párrafo 8 de su resolución 52/156, de 15 de diciembre de 1997, la Asamblea General hizo suya la decisión de la Comisión de incluir en su programa el tema «Protección diplomática».

161. En su 50.º período de sesiones, celebrado en 1998, la Comisión tuvo ante sí el informe preliminar del Relator Especial¹¹²⁶. En el mismo período de sesiones, la Comisión estableció un grupo de trabajo de composición abierta para que examinara las conclusiones que pudieran extraerse del debate en cuanto al enfoque del tema¹¹²⁷.

162. En su 51.º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión nombró al Sr. Christopher John Robert Dugard Relator Especial para el tema¹¹²⁸, tras la elección

del Sr. Bennouna como magistrado del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia.

163. En su 52.º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/506 y Add.1). Por falta de tiempo la Comisión aplazó el examen del documento A/CN.4/506/Add.1 hasta su siguiente período de sesiones. En la misma sesión, la Comisión inició unas consultas oficiosas de composición abierta, presididas por el Relator Especial, sobre los proyectos de artículo 1, 3 y 6¹¹²⁹. Posteriormente la Comisión decidió, en su 2635.ª sesión, celebrada el 9 de junio de 2000, remitir los proyectos de artículo 1, 3, 5, 6, 7 y 8 al Comité de Redacción junto con el informe de las consultas oficiosas.

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones

164. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el resto del primer informe del Relator Especial (A/CN.4/506/Add.1), así como su segundo informe (A/CN.4/514). La Comisión examinó el capítulo III (Nacionalidad continua y transferibilidad de las reclamaciones) en sus sesiones 2680.ª y 2685.ª a 2687.ª, celebradas el 25 de mayo y del 9 al 11 de julio de 2001, respectivamente. La Comisión también examinó el segundo informe del Relator Especial en sus sesiones 2688.ª a 2690.ª, celebradas del 12 al 17 de julio de 2001. Por falta de tiempo, la Comisión sólo pudo examinar las partes del segundo informe relativas a los proyectos de artículo 10 y 11, y aplazó hasta su próximo período de sesiones el examen del resto del segundo informe, acerca de los proyectos de artículo 12 y 13.

165. En su 2688.ª sesión, celebrada el 12 de julio de 2001, la Comisión decidió remitir el proyecto de artículo 9 al Comité de Redacción, y en su 2690.ª sesión, celebrada el 17 de julio de 2001, decidió remitirle los proyectos de artículo 10 y 11.

166. En su 2688.ª sesión la Comisión inició unas consultas oficiosas de participación abierta, presididas por el Relator Especial, sobre el artículo 9.

¹¹²¹ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), documento A/51/10, pág. 107, párr. 248 y anexo II, adición 1, pág. 151.

¹¹²² *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 61, párr. 169.

¹¹²³ *Ibíd.*, párr. 171.

¹¹²⁴ *Ibíd.*, págs. 63 y 64, párrs. 189 y 190.

¹¹²⁵ *Ibíd.*, pág. 64, párr. 190.

¹¹²⁶ *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/484.

¹¹²⁷ Las conclusiones del Grupo de Trabajo figuran en *ibíd.*, vol. II (segunda parte), pág. 52, párr. 108.

¹¹²⁸ *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), documento A/54/10, párr. 19.

¹¹²⁹ El informe de las consultas oficiosas figura en *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), documento A/55/10, pág. 90, párr. 495.

1. ARTÍCULO 9¹¹³⁰a) *Introducción por el Relator Especial*

167. El Relator Especial presentó el capítulo III de su primer informe, que trataba del proyecto de artículo 9 sobre la nacionalidad continua, y observó que aunque el derecho de protección diplomática era una esfera en que había un amplio cuerpo de práctica de los Estados, jurisprudencia y doctrina, esas fuentes de derecho parecían todas apuntar a direcciones diferentes. En gran parte, la tarea que tenía ante sí la Comisión no era tanto formular nuevas reglas como escoger entre ellas. Un buen ejemplo era la cuestión de la nacionalidad continua.

168. Según la opinión tradicional, un Estado sólo podía ejercer la protección diplomática en nombre de una persona que hubiera sido nacional de ese Estado en el momento del perjuicio en que estuviera basada la reclamación y que hubiera seguido siendo nacional de ese Estado inclusive hasta el momento de la presentación de la reclamación. Esa opinión tradicional estaba abonada por la práctica de los Estados y se reflejaba en muchos acuerdos. La justificación de la opinión tradicional era, entre otras cosas, impedir que las personas buscaran el Estado que ofreciera la protección más ventajosa, evitando así que los Estados poderosos se transformaran en «agencias de reclamación».

169. Sin embargo, la regla tradicional se criticaba por varias razones: era difícil conciliarla con la ficción de Vattel de que un perjuicio a un nacional era un perjuicio al Estado mismo; había diversas decisiones judiciales que ponían en duda su validez como regla general; su contenido se prestaba a confusión porque no estaban claras ciertas nociones capitales tales como la «fecha del perjuicio» (*dies a quo*) y la fecha hasta la cual debía continuar la nacionalidad (*dies ad quem*), su justificación ya no era válida porque los Estados eran muy prudentes cuando se trataba de conceder su nacionalidad, y la CIJ observó en el asunto *Nottebohm* que un Estado demandante había de probar la existencia de un vínculo efectivo con el nacional en cuyo nombre hubiera presentado una reclamación¹¹³¹; la regla es injusta por cuanto podía dar lugar a que se ne-

gara la protección diplomática a individuos que hubiesen cambiada involuntariamente de nacionalidad, ya como resultado de la sucesión de Estados o por otras razones, como el matrimonio o la adopción; y no reconocía que el individuo era el beneficiario último de la protección diplomática. Teniendo en cuenta sus críticas, parecía necesario que la Comisión reconsiderase la posición tradicional y adoptara una regla más flexible en que se reconociera más claramente al individuo como el beneficiario último de la protección diplomática.

170. El Relator Especial dijo también que aunque era posible mantener la regla añadiendo la excepción del cambio involuntario de nacionalidad, esto sería insuficiente. Por eso propuso que se abandonara la regla tradicional a favor de un nuevo enfoque según el cual un Estado podría presentar una reclamación en nombre de una persona que hubiera adquirido su nacionalidad de buena fe después de la fecha del perjuicio atribuible a un Estado distinto del Estado de nacionalidad anterior, siempre que el Estado original no hubiera ejercido o no estuviera ejerciendo la protección diplomática en relación con ese perjuicio. Se conservaban varias salvaguardias contra los abusos: el Estado de la nacionalidad original seguiría tenido prioridad; se aplicarían los requisitos relativos a la adquisición de la nacionalidad de buena fe y a la existencia de un vínculo efectivo entre el Estado demandante y su nacional; y no podría presentarse una reclamación contra el Estado de nacionalidad anterior por un perjuicio que hubiera ocurrido mientras el individuo hubiera sido nacional de ese Estado; esta salvaguardia salvaba las dificultades planteadas, en particular, por la *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act of 1996 (Ley Helms-Burton)*¹¹³² de los Estados Unidos, que permitía que los cubanos que hubieran obtenido la ciudadanía de los Estados Unidos por naturalización iniciaran procedimientos contra el Gobierno de Cuba por las pérdidas sufridas por acciones de ese Gobierno mientras eran todavía nacionales de Cuba. El párrafo 2 hacía extensiva la nueva regla a la transferencia de reclamaciones.

b) *Resumen del debate*

171. El Relator Especial recibió elogios por el modo equilibrado en que trataba el tema en su informe. Al propio tiempo, se señaló que el Relator Especial se había fijado a sí mismo la difícil tarea de impugnar una regla establecida de derecho internacional consuetudinario. De hecho, en la Comisión se manifestó un apoyo considerable a la opinión de que la regla de la nacionalidad continua formaba parte del derecho internacional consuetudinario.

172. También se apoyó el mantenimiento de la regla tradicional, particularmente porque seguían siendo aplicables las razones en su favor, entre otras, la preocupación por evitar los abusos de parte de los individuos o de los Estados. Otros señalaron que la principal justificación de la regla de la continuidad no era solamente el peligro de abusos en el contexto de la búsqueda del foro más favorable, sino más bien el enfoque del caso *Mavrommatis*¹¹³³ de la protección diplomática, es decir, que cada Estado «hacía valer en realidad sus propios derechos». Eso supo-

¹¹³⁰ El artículo 9 propuesto por el Relator Especial dice así:

«Artículo 9

»1. Cuando una persona perjudicada haya sufrido un cambio de nacionalidad de buena fe después de un perjuicio, el nuevo Estado de nacionalidad podrá ejercer la protección diplomática en nombre de esa persona con respecto al perjuicio, siempre que el Estado de la nacionalidad original no haya ejercido ni esté ejerciendo la protección diplomática respecto de la persona perjudicada en el momento en que se produjo el cambio de nacionalidad.

»2. Esta regla vale cuando la reclamación se ha transferido de buena fe a una persona o a personas que poseen la nacionalidad de otro Estado.

»3. Ni el cambio de nacionalidad de la persona perjudicada ni la transferencia de la reclamación a un nacional de otro Estado afectan el derecho del Estado de la nacionalidad original a presentar una reclamación en su propio nombre por perjuicio de sus intereses generales sufridos en virtud del daño hecho a la persona perjudicada cuando ésta todavía era nacional de ese Estado.

»4. La protección diplomática no podrá ser ejercida por un nuevo Estado de nacionalidad contra un Estado de nacionalidad anterior con respecto a un perjuicio sufrido por una persona cuando ésta era nacional del Estado de la nacionalidad anterior.»

¹¹³¹ *Nottebohm*, segunda fase (véase la nota 207 *supra*).

¹¹³² ILM, vol. 35, n.º 2 (marzo de 1996), pág. 359.

¹¹³³ Véase la nota 236 *supra*.

nía que en el momento de la violación, el individuo debía haber tenido la nacionalidad del Estado que presentara la reclamación. Además, la fuerza de la práctica de los Estados y el hecho de que no hubiera pruebas de la aparición de un nuevo principio o nueva práctica eran factores contrarios a la modificación de la regla.

173. Además, se sugirió que si la Comisión siguiera la sugerencia del Relator Especial, habría que añadir una condición: que en el momento de la violación la obligación hubiera estado en vigor entre el Estado demandado y el Estado que presentara la reclamación en nombre del individuo que había adquirido posteriormente su nacionalidad, dado que era posible que el Estado demandante presentara una reclamación por la violación de una obligación que hubiera ocurrido en un momento en que la obligación no le era debida.

174. En cambio también hubo apoyo a la propuesta del Relator Especial sobre el artículo 9. Aunque se reconoció que esa regla consuetudinaria existía, se hizo referencia a las dudas acerca de la regla que se habían manifestado a lo largo del tiempo en numerosas sentencias y en los textos de varios autores. Se afirmó que incluso las reglas bien establecidas podían cambiarse cuando ya no correspondían a la evolución de la sociedad internacional y que proponer esos cambios estaba dentro del mandato de la Comisión sobre el desarrollo progresivo del derecho internacional. Así pues, desde un punto de vista práctico, había interés en una evolución positiva de la institución, de modo que pudiera proteger mejor que antes los intereses de las personas y los ciudadanos. Del mismo modo, se puso en duda que los Estados se dejaran engañar fácilmente, dado que muchos habían adoptado procedimientos complejos para la adquisición de la nacionalidad.

175. Una cuestión fundamental en el debate era la relación entre la protección diplomática y la protección de los individuos en virtud del derecho internacional. Los miembros que apoyaban el nuevo enfoque del Relator Especial coincidieron en su evaluación de que la regla de la nacionalidad continua había dejado de ser útil en un mundo en que el derecho internacional reconocía los derechos individuales. Se indicó que cuando el Estado ejercía la protección diplomática no velaba por sus propios derechos, sino que trataba de asegurar el respeto de los derechos del individuo. Se dijo que, en realidad, sólo importaba la nacionalidad en el momento de la reclamación.

176. Otros opinaron que la tendencia general observada en el derecho internacional a favor de la protección de los individuos no justificaba que se modificara la regla de la nacionalidad continua. Se insistió en que aunque al ejercer esa protección el Estado debía tomar en consideración los derechos humanos de la persona lesionada, la protección diplomática no era en sí una institución de derechos humanos. Tampoco era la protección diplomática el mejor mecanismo para la protección de los derechos humanos, dado su carácter inherentemente discrecional. También se señaló que la estructura de la protección diplomática moderna, basada en gran parte en los tratados, dependía mucho de unos procesos de negociación entre los Estados en que la función del Estado como «legislador» de una relación no podía separarse de su función como garante último de los derechos de que se trataba. El problema era el del modo de salvaguardar los derechos del individuo

y los del Estado sin trastornar el delicado equilibrio que existía entre ellos.

177. Al mismo tiempo, hubo acuerdo en que había que dar más flexibilidad a la regla para evitar que tuviera resultados no equitativos. Aunque los que apoyaban la propuesta del Relator Especial opinaban que esto requería una revisión de la propia regla, la mayor parte de los miembros preferían una solución intermedia por la cual se conservaría la regla tradicional, aunque sujeta a ciertas excepciones para tener en cuenta las situaciones en que el individuo no tendría de otro modo la posibilidad de obtener la protección de un Estado. Se propuso que las excepciones básicas se refirieran a los cambios involuntarios de nacionalidad de la persona protegida, derivados de la sucesión de Estados, el matrimonio y la adopción. También se propuso ampliar el alcance de esta regla para que abarcara otros casos en que existían diferentes nacionalidades como resultado de los cambios en la reclamación derivados de, por ejemplo, la herencia y la subrogación. También se sugirió que podían preverse otras excepciones para los apátridas y para las situaciones en que fuera imposible aplicar la regla de la continuidad debido, por ejemplo, a la desaparición del Estado de la nacionalidad original por disolución o desmembración. Sin embargo, se expresaron dudas, por ejemplo, en cuanto a la distinción entre casos de cambio «involuntario» y «voluntario» de nacionalidad.

178. En lo relativo al párrafo 1 de la propuesta del Relator Especial, se sugirió que se modificara de modo que se enunciara la regla tradicional. Además, se manifestó la opinión de que el requisito del cambio de nacionalidad de buena fe era demasiado subjetivo y planteaba problemas, particularmente en el contexto de los cambios de nacionalidad de las personas jurídicas. Se sugirió que la exigencia de un vínculo «efectivo», propugnada en el asunto *Nottebohm*¹¹³⁴, sería suficiente salvaguardia contra los abusos. También se propuso que se aclarara la referencia al «cambio de nacionalidad» indicando que se había perdido la nacionalidad original, a fin de evitar la posibilidad de que se presentaran reclamaciones concurrentes. También se indicó que la frase no era adecuada porque no especificaba el derecho aplicable ni las condiciones en las que ocurría ese «cambio».

179. Respecto del párrafo 2 se sugirió que se hiciera una distinción entre la transferencia de reclamaciones entre personas jurídicas y entre personas físicas y que las personas jurídicas quedaran excluidas del ámbito de los proyectos de artículo. Sin embargo, se recordó que, en su anterior período de sesiones, la Comisión había considerado que más adelante podría reconsiderar la cuestión de si convenía incluir o no la protección de las personas jurídicas en los proyectos de artículo¹¹³⁵. El Relator Especial confirmó que entendía que su mandato abarcaba la cuestión de las personas jurídicas, pero no la protección que ofrecían las organizaciones internacionales. Indicó que se proponía preparar disposiciones concretas sobre la regla de la nacionalidad continua y la transferibilidad de las reclamaciones en el contexto de las personas jurídicas.

¹¹³⁴ *Nottebohm*, segunda fase (véase la nota 207 *supra*).

¹¹³⁵ *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), documento A/55/10, pág. 90, párr. 495.

También se expresaron serias dudas sobre si el concepto de cesión estaba bien fundado.

180. Se afirmó que la cuestión de la transferibilidad de las reclamaciones era cuestión que debía recibir más atención de la que se le daba en el informe. Se expresó la opinión de que el párrafo 2 tenía que ser más restrictivo, de modo que la regla de la continuidad sólo pudiera dejarse de lado en lo que respecta a la situación de las transferencias involuntarias de reclamaciones, por ejemplo, por fallecimiento de la persona perjudicada, y no en lo que se refiere a las transferencias voluntarias. También se sugirió que se aclarara el sentido de las palabras «reclamación internacional».

181. En cuanto al párrafo 3, se expresó la opinión de que no convenía disociar el interés general del Estado demandante del individuo lesionado. Del mismo modo, se defendió la opinión de que el párrafo podía crear confusión porque parecía guardar tanta relación con la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos como con la protección diplomática.

182. Aunque el párrafo 4 recibió algún apoyo, se propuso que se formulara en términos más amplios. También se señaló que la disposición podría plantear problemas, dado que la legislación interna de algunos Estados no permitía que los nacionales perdieran su nacionalidad. En cuanto a la cuestión de la Ley Helms-Burton, se afirmó que el posible carácter ilícito de la Ley dependía más de su aplicación extraterritorial que de cualquier incompatibilidad con la regla expresada en el párrafo.

183. Se sugirió que la Comisión examinara las siguientes cuestiones adicionales relativas a la nacionalidad de las reclamaciones: *a)* el caso de las organizaciones internacionales, que ejercen una protección funcional y una protección diplomática para uno de sus funcionarios (por ejemplo, la opinión consultiva en el asunto *Réparation*¹¹³⁶); *b)* el derecho del Estado de nacionalidad de un buque o aeronave a presentar una reclamación en nombre de la tripulación y posiblemente también de los pasajeros del buque o aeronave, independientemente de la nacionalidad de los interesados¹¹³⁷; *c)* el caso en que un Estado ejerce la protección diplomática en nombre de un nacional de otro Estado porque éste ha delegado en el primer Estado el derecho de hacerlo; y *d)* el caso en el que un Estado o una organización internacional administra o controla un territorio.

c) Observaciones finales del Relator Especial

184. El Relator Especial reiteró su opinión de que la ficción jurídica de Vattel, según la cual el Estado protege sus propios intereses cuando actúa en nombre de sus nacionales, *no* constituía la base de la regla de la nacionalidad continua, porque suponía que solamente el Estado de nacionalidad en el momento de producirse el perjuicio podía ser el Estado demandante, independientemente de si el individuo lesionado conservaba todavía la nacionalidad del Estado en el momento de presentarse la reclamación. Admitió que su propuesta relativa a la redacción

del artículo 9 era innovadora y aunque algunos oradores habían apoyado su propuesta, eran una minoría. Sin embargo, había habido acuerdo unánime en que se necesitaba flexibilidad y algunos cambios. Esto debería realizarse con la inclusión de excepciones razonables a la regla, particularmente en el contexto de la sucesión de Estados y del matrimonio. El Comité de Redacción también tenía que considerar si la naturalización tras un largo período de residencia podía constituir una excepción a la regla. También recordó que se habían expresado varias críticas válidas, en particular en relación con la noción del cambio de nacionalidad de buena fe, y que algunos oradores consideraban que no se había prestado suficiente atención a la cuestión de la transferencia de reclamaciones. También observó que habría que seguir estudiando las cuestiones del *dies a quo* y *dies ad quem*.

2. ARTÍCULO 10¹¹³⁸

a) Introducción por el Relator Especial

185. El Relator Especial, al presentar el proyecto de artículo 10 y la norma de agotamiento de los recursos internos en general, declaró que evidentemente dicha norma era una norma consuetudinaria de derecho internacional, que había sido afirmada por la CIJ en los casos *Interhandel*¹¹³⁹ y *ELSI*¹¹⁴⁰. La norma estaba basada en el respeto de la soberanía del Estado huésped así como de sus órganos judiciales. El Relator Especial recordó que un proyecto de artículo sobre la normas de agotamiento de los recursos internos había sido incluido en el proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado (proyecto de artículo 22) aprobado en el 48.º período de sesiones en primera lectura¹¹⁴¹ pero que desde entonces la Comisión había decidido que la cuestión se trataría en el proyecto de artículos sobre protección diplomática.

186. El proyecto de artículo 10 tenía por objeto establecer el contexto para los artículos subsiguientes sobre agotamiento de los recursos internos. En el párrafo 1 se afirmaba la existencia de la norma y su aplicación a personas naturales o jurídicas. Sin embargo el artículo no se aplicaba en los casos relativos a diplomáticos o empresas del Estado que realizaban *acta jure imperii*, con daño directo al Estado y, por consiguiente, no requerían el agotamiento de los recursos internos.

187. El Relator Especial observó además que no siempre era posible mantener la distinción entre normas primarias y secundarias en todo el proyecto de artículos sobre pro-

¹¹³⁸ El artículo 10 propuesto por el Relator Especial dice lo siguiente:

«Artículo 10

»1. Un Estado no podrá interponer una reclamación internacional por el hecho de que un nacional suyo, sea una persona natural o jurídica, haya sufrido un daño antes de que éste, con sujeción al artículo 14, haya agotado todos los recursos legales internos que existan en el Estado al que se impute la responsabilidad por el daño.

»2. Por 'recursos legales internos' se entenderá a aquellos que puedan interponer con arreglo a derecho las personas naturales o jurídicas ante tribunales judiciales o administrativos o ante autoridades ordinarias o especiales.»

¹¹³⁹ Véase la nota 684 *supra*.

¹¹⁴⁰ Véase la nota 85 *supra*.

¹¹⁴¹ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), documento A/51/10, párr. 65.

¹¹³⁶ Véase la nota 38 *supra*.

¹¹³⁷ *Saiga* (véase la nota 515 *supra*), párr. 172.

tección diplomática. La distinción había sido importante en el proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, pero no lo era tanto tratándose de la protección diplomática. Esto se debía a que el concepto de denegación de justicia formaba parte importante de la mayoría de los esfuerzos de codificación de la norma relativa a los recursos internos. Aunque antes había sido de opinión que la cuestión de la denegación de justicia entrañaba una norma primaria y no debía tratarse, ahora pensaba más bien que la cuestión debería ser tenida en consideración.

188. El párrafo 2 se refería al contenido de la norma sobre los recursos internos. Todos los recursos internos debían agotarse antes de que se iniciara una acción internacional. Sin embargo existían dificultades en cuanto a la definición del término «recursos legales». Evidentemente, éstos comprendían todos los recursos judiciales disponibles conforme al derecho interno, así como los recursos administrativos, cuando se disponía de ellos como un derecho pero no cuando tenían carácter discrecional o se otorgaban a título graciable. Observó además que el caso *Ambatielos* había suscitado ciertas dificultades al exigir que el demandante agotara «todo el sistema de protección legal» previsto en el derecho interno¹¹⁴². La decisión constituía una advertencia en el sentido de que el demandante que no presentara su caso debidamente en el plano interno no podría volver a plantear la cuestión a nivel internacional. También hizo referencia al principio de que se requería que el extranjero presentase ante los tribunales internos todos los argumentos que tenía intención de presentar a nivel internacional. Por último, el párrafo 2 requería que, para que se aplicase la norma, los recursos en cuestión estuvieran disponibles tanto en la teoría como en la práctica.

b) Resumen del debate

189. Se expresó apoyo a la idea de que la norma de agotamiento de los recursos internos era una norma bien establecida del derecho internacional consuetudinario. También se expresó apoyo al planteamiento del Relator Especial de tratar el tema en varios artículos, en lugar de un solo artículo largo, aunque se sugirió que el artículo 10 podía redactarse nuevamente como una definición sintética de la norma que estaría seguida por disposiciones más específicas. Al mismo tiempo, se observó que la especificidad debía tener un límite, puesto que la aplicación de la norma de los recursos internos dependía en gran medida del contexto.

190. En lo que respecta al párrafo 1, se sugirió que se aprobase la referencia a una «acción internacional» y que las palabras «recursos [...] que existan» merecían un examen más detenido. Además, se observó que no se había mantenido el criterio de eficacia que tradicionalmente había sido un aspecto de la norma. Se expresó la opinión de que si no se añadía el adjetivo «eficaces», la referencia a «todos» los recursos legales internos sería demasiado amplia e impondría una carga excesiva a la persona que había sufrido el daño. Por otra parte, se expresaron dudas en cuanto a insertar el requisito de «eficaces», puesto

que dicho criterio podría resultar altamente subjetivo y suscitaría inevitablemente un debate sobre la cuestión de un juicio con las debidas garantías, que era una cuestión controvertida en derecho internacional. Además, se sugirió que se suprimiera la referencia a «una persona natural o jurídica», en la inteligencia de que el proyecto de artículos se aplicaba tanto a las personas naturales como a las jurídicas, a menos que se declarase expresamente lo contrario.

191. En lo que respecta a la definición de «recursos legales internos» que figuraba en el párrafo 2, se observó que cada Estado regulaba sus recursos de conformidad con sus propios procedimientos, y, en muchos casos, con su derecho constitucional. Se sugirió que en el párrafo podría enunciarse el propósito de los recursos que debían agotarse; en algunos casos se disponía de recursos internos a fin de evitar el daño mientras que en otros sólo se disponía de ellos para otorgar reparación.

192. En cuanto a la palabra «legales», se sugirió que ésta podía abarcar todas las instituciones jurídicas de las cuales una persona tenía derecho a esperar una decisión, un fallo, o una resolución administrativa. Según otra opinión la palabra «legales» resultaba superflua. Si bien se expresó apoyo al Relator Especial en su parecer de que los recursos no legales o discrecionales deberían quedar excluidos del ámbito de la norma de recursos internos, se observó que lo importante era el resultado y no el medio que permitía alcanzar el resultado. Se puso en tela de juicio si la palabra «internos» abarcaba la presentación de una reclamación ante un mecanismo regional de derechos humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

193. Se expresó la opinión de que el Relator Especial había hecho una interpretación demasiado estricta de los «recursos administrativos». Se solicitó que se aclarase la referencia hecha en el informe (párr. 14) a los recursos administrativos interpuestos ante un tribunal, puesto que no era posible presentar muchos de esos recursos a los tribunales. También se preguntó si el recurso a un defensor del pueblo podía considerarse como un «recurso interno» administrativo.

194. Se manifestó apoyo al punto de vista del Relator Especial de que la distinción entre normas primarias y secundarias no era necesaria en todos los casos, y de que una adhesión rígida a esa distinción podía tener por resultado la exclusión del concepto de denegación de justicia. Por otra parte, se declaró que no era necesario establecer una disposición sobre la denegación de justicia, puesto que se trataba de un ejemplo, entre otros, de casos en que los recursos internos no eran «eficaces».

195. Se expresaron dudas en cuanto a la «norma» aplicada en el caso *Finnish Shipowners*¹¹⁴³ con arreglo a la cual se requería que el demandante presentase en los procedimientos de derecho interno todos los argumentos que tenía intención de presentar en los procedimientos internacionales. Se observó que la norma debería aplicarse de manera flexible a fin de reconocer que, si bien un argumento podía ser suficiente para sustentar una reclamación a nivel interno, podía no serlo a nivel internacional.

¹¹⁴² Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (n.º de venta: 63.V.3), pág. 120.

¹¹⁴³ *Finnish Shipowners* (véase la nota 103 *supra*), pág. 1484.

c) *Observaciones finales del Relator Especial*

196. El Relator Especial observó que, si bien el artículo 10 había sido aceptado en gran medida por los oradores, se habían hecho una serie de sugerencias en materia de redacción que serían examinadas por el Comité de Redacción. Aceptó las críticas relativas a la inclusión de la expresión «persona natural o jurídica». Señaló que había sido su intención tratar por separado en un artículo la cuestión de la eficacia. Sin embargo, reconoció que siempre sería necesario indicar en el artículo 10 que el recurso debía estar disponible y ser eficaz, a fin de reflejar la opinión prevaleciente en el derecho internacional. Si bien es cierto que, en muchos casos, el criterio de disponibilidad era adecuado, existían ejemplos (como en el caso *Brown*¹¹⁴⁴) de situaciones en las que era necesario examinar la eficacia del recurso interno en el contexto del sistema judicial del Estado demandado, lo cual significaba poner en tela de juicio las normas de justicia aplicadas en dicho Estado.

197. Explicó además que el párrafo 2 había sido un intento de presentar una definición amplia de los recursos internos, de modo que se indicara que una persona debía agotar toda la gama de los recursos jurídicos disponibles. La cuestión crucial no era el carácter ordinario o extraordinario del recurso legal, sino si éste entrañaba la posibilidad de un medio efectivo de reparación.

198. Además, observó que se habían hecho algunas críticas de la «norma» de que el demandante extranjero debía plantear en los procedimientos de derecho interno todos los argumentos que pensaba presentar en los procedimientos internacionales. Admitió que esta cuestión entrañaba ciertas dificultades y que por esa razón no la había incluido en la propia disposición.

199. En cuanto a la cuestión de mantener una distinción entre normas primarias y secundarias y la conveniencia de incluir una disposición sobre la denegación de justicia, señaló que se habían expresado diversos puntos de vista en cuanto a la inclusión de dicho concepto.

3. ARTÍCULO 11¹¹⁴⁵

a) *Introducción por el Relator Especial*

200. El Relator Especial explicó que el proyecto de artículo 11 trataba de la distinción entre reclamaciones «directas» e «indirectas» a los efectos de la norma de agotamiento de los recursos internos. Esta disposición era necesaria en el proyecto de artículos a fin de comprobar cuáles eran los casos a los que se aplicaba el proyecto

¹¹⁴⁴ Véase la nota 295 *supra*.

¹¹⁴⁵ El artículo 11 propuesto por el Relator Especial dice lo siguiente:

«Artículo 11

»Los recursos internos deben ser agotados cuando una reclamación internacional, o la petición de un fallo declaratorio relacionado con la reclamación, se presente preponderantemente sobre la base del daño sufrido por un nacional y en los casos en que los procedimientos legales en cuestión no se habrían iniciado si no hubiera sufrido el daño el nacional. [Al decidir el asunto deberán tenerse en cuenta factores como el recurso interpuesto, el carácter de la reclamación y el objeto de la controversia.]»

de artículos. El principio fundamental era que la norma se aplicaba sólo cuando se había causado un daño a un nacional de un Estado, es decir cuando éste había sido afectado «indirectamente» por intermedio de su nacional. La norma no se aplicaba cuando se había causado un daño directo al propio Estado.

201. Se proponían dos criterios para determinar el tipo de daño de que se trataba: a) un criterio de preponderancia y b) un criterio *sine qua non*. Sugirió que podía ser suficiente adoptar sólo uno de estos criterios. Conforme al primero, la cuestión era saber si el daño se había causado preponderantemente al nacional del Estado demandante, en cuyo caso sería indirecto y se aplicaría la norma de agotamiento de los recursos internos. De otra manera, aplicando el criterio *sine qua non*, sería necesario establecer si la reclamación hubiera sido presentada en caso de no haber sufrido un daño el nacional del Estado demandante. Observó que en la literatura especializada se habían propuesto también otros criterios, entre los cuales: el «objeto» de la controversia, el «carácter» de la reclamación, y el carácter del recurso presentado. Por ejemplo, si un Estado sólo solicitaba una resolución declarativa, esto constituiría una indicación de que el daño era directo. En cambio, en los casos en que un Estado trataba de obtener una resolución declarativa así como una reparación por el daño causado a la persona, el tribunal tendría que decidir cuál era el factor preponderante. Además, manifestó que era necesario prevenir la posibilidad de que un Estado intentase obtener una resolución declarativa tan sólo para evitar la norma de agotamiento de los recursos internos. A su juicio, los tres factores adicionales debían tenerse en cuenta al decidir si una reclamación era «preponderantemente» directa o indirecta. No era necesaria una mención expresa de los factores como tales en el proyecto de artículo. Sin embargo, la referencia se había dejado entre corchetes con miras a que la Comisión diese una orientación sobre su posible inclusión.

b) *Resumen del debate*

202. Si bien se expresó apoyo al artículo 11 que, según se estimó, reflejaba la práctica prevaleciente, se indicó también que éste requería mayor reflexión. Entre las propuestas presentadas figuraban reunir los artículos 10 y 11 y suprimir enteramente el artículo 11, que rebasaba el marco de la protección diplomática.

203. Se observó que los términos de daño «directo» e «indirecto» eran equívocos. Se hizo referencia a la distinción hecha en los países de lengua francesa entre *dommage médiat* y *dommage immédiat* (daño «mediato» e «inmediato»). El daño «inmediato» era el sufrido directamente por el Estado. El daño «mediato» o remoto era el sufrido por el Estado en la persona de sus nacionales.

204. Se expresó el parecer de que las principales dificultades que presentaba la disposición estaban relacionadas con la evaluación de la «preponderancia» cuando se trataba de una situación de reclamación mixta. Se señaló además que podían surgir casos en que no era posible aplicar el criterio de preponderancia debido a que el daño sufrido por el Estado era equivalente al que había sufrido la persona. Se expresó también la opinión de que no debía considerarse que los dos criterios se aplicaban de manera

acumulativa y que no debía requerirse que el criterio de preponderancia se aplicara antes que el criterio *sine qua non*. Se señaló asimismo que, si bien en el caso *ELSI*¹¹⁴⁶ se había prestado cierto apoyo al criterio subjetivo, en dicho caso el elemento considerado pertinente, al igual que el caso *Interhandel*¹¹⁴⁷, fue si se trataba sustancialmente de una misma controversia y si ésta se hallaba en relación con el daño causado a un nacional.

205. En cuanto a la cuestión de recurrir a una resolución declarativa, se observó que un Estado lesionado tenía derecho a exigir que cesara la violación del acuerdo, sin antes tener que recurrir a recursos internos.

206. Con referencia a la lista de otros factores que debían tenerse en cuenta, se expresó la opinión de que ésta podría suprimirse, puesto que no era la práctica establecida incluir ejemplos ilustrativos en un texto de codificación. Por el contrario, se declaró que, puesto que la

oración que figuraba entre corchetes establecía criterios más que ejemplos, y que cualquier decisión sobre el asunto era inherentemente subjetiva, sería útil mantener la oración que figuraba entre corchetes.

c) *Observaciones finales del Relator Especial*

207. El Relator Especial recordó que se habían hecho diversas sugerencias en materia de redacción y se refirió a otras cuestiones que tendrían que ser examinadas por el Comité de Redacción, en particular la posibilidad de que sólo se aplicase el criterio de preponderancia. Observó que se habían manifestado opiniones discrepantes sobre los factores adicionales que figuraban entre corchetes y tomó nota asimismo de la crítica hecha de los términos daño «directo» e «indirecto». Señaló que, si bien esos términos se habían utilizado en el informe, no se habían empleado en el propio proyecto de artículo.

¹¹⁴⁶ Véase la nota 85 *supra*.

¹¹⁴⁷ Véase la nota 684 *supra*.

Capítulo VIII

ACTOS UNILATERALES DE LOS ESTADOS

A.—Introducción

208. En el informe sobre la labor realizada en su 48.º período de sesiones, celebrado en 1996, la Comisión propuso a la Asamblea General que se incluyera, como tema apropiado para la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional, el derecho de los actos unilaterales de los Estados¹¹⁴⁸.

209. La Asamblea General, en el párrafo 13 de su resolución 51/160, entre otras cosas invitó a la Comisión a que prosiguiera el examen del tema titulado «Actos unilaterales de los Estados» e indicara su alcance y contenido.

210. En su 49.º período de sesiones, celebrado en 1997, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo sobre ese tema, que informó a la Comisión sobre la oportunidad y factibilidad del estudio del tema, sus posibles alcance y contenido y un esquema para el estudio del tema. Además, la Comisión examinó e hizo suyo el informe del Grupo de Trabajo¹¹⁴⁹.

211. También en su 49.º período de sesiones la Comisión nombró al Sr. Víctor Rodríguez Cedeño Relator Especial sobre el tema¹¹⁵⁰.

212. En el párrafo 8 de su resolución 52/156, de 15 de diciembre de 1997, la Asamblea General hizo suya la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa.

213. En su 50.º período de sesiones, celebrado en 1998, la Comisión tuvo ante sí y examinó el primer informe del Relator Especial sobre el tema¹¹⁵¹. De resultados del debate, la Comisión decidió reconstituir el Grupo de Trabajo sobre los actos unilaterales de los Estados.

214. El Grupo de Trabajo informó a la Comisión sobre cuestiones relacionadas con el alcance del tema, su enfoque, la definición de los actos unilaterales y la futura labor del Relator Especial. En el mismo período de sesiones, la Comisión examinó e hizo suyo el informe del Grupo de Trabajo¹¹⁵².

215. En su 51.º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión tuvo ante sí y examinó el segundo informe

del Relator Especial sobre el tema¹¹⁵³. A raíz de las deliberaciones, la Comisión decidió reconstituir el Grupo de Trabajo sobre los actos unilaterales de los Estados.

216. El Grupo de Trabajo informó a la Comisión acerca de las cuestiones relacionadas con: *a)* los elementos básicos de una definición operativa de los actos unilaterales como punto de partida del trabajo ulterior sobre el tema, así como de la reunión de los elementos de la práctica pertinente de los Estados; *b)* el establecimiento de directrices generales para la reunión de la práctica de los Estados, y *c)* la dirección en que había de desarrollarse la labor futura del Relator Especial. En relación con el punto *b)*, el Grupo de Trabajo estableció las directrices para un cuestionario que la Secretaría había de enviar a los Estados, en consulta con el Relator Especial, para pedirles materiales e información sobre su práctica en la esfera de los actos unilaterales, así como su parecer respecto de determinados aspectos del estudio de la Comisión sobre el tema.

217. En su 52.º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión examinó el tercer informe del Relator Especial sobre el tema¹¹⁵⁴, junto con el texto de las respuestas recibidas de los Estados¹¹⁵⁵ al cuestionario sobre este tema distribuido el 30 de septiembre de 1999. En su 2633.ª sesión, celebrada el 7 de junio de 2000, la Comisión decidió remitir los proyectos revisados de los artículos 1 a 4 al Comité de Redacción y el proyecto revisado del artículo 5 al Grupo de Trabajo sobre el tema.

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones

218. En el actual período de sesiones la Comisión tuvo ante sí el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/519).

219. La Comisión examinó el cuarto informe del Relator Especial en sus sesiones 2693.ª, 2695.ª y 2696.ª, celebradas los días 20, 25 y 26 de julio de 2001, respectivamente.

1. PRESENTACIÓN POR EL RELATOR ESPECIAL DE SU CUARTO INFORME

220. El Relator Especial indicó que su cuarto informe trataba de dos cuestiones fundamentales: la elaboración de criterios para establecer una clasificación de los actos uni-

¹¹⁴⁸ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), documento A/51/10, pág. 107, párr. 248 y anexo II.

¹¹⁴⁹ *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), págs. 65 y 66, párrs. 194, 196 y 210.

¹¹⁵⁰ *Ibíd.*, párrs. 212 y 234.

¹¹⁵¹ *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/486.

¹¹⁵² *Ibíd.*, vol. II (segunda parte), págs. 62 y 63, párrs. 192 a 201.

¹¹⁵³ *Anuario... 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/500 y Add.1.

¹¹⁵⁴ *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/505.

¹¹⁵⁵ *Ibíd.*, documento A/CN.4/511.