

Sr. Kateka advirtieron que será difícil distinguir entre los cambios de nacionalidad voluntarios e involuntarios.

68. Las críticas al artículo 9 no han puesto en duda la filosofía de los puntos de vista que se presentan en él. Se expresaron algunas críticas pertinentes en relación con el concepto de cambio de nacionalidad de buena fe y algunos miembros consideraron que no se había prestado suficiente atención a la transferencia de las reclamaciones. También se señalaron defectos en algunos de los párrafos del artículo.

69. Lamentablemente, algunas cuestiones importantes relativas a la norma tradicional no fueron examinadas en el debate. Si se ha de conservar ésta, habrá que prestar atención a la cuestión del *dies a quo* y el *dies ad quem* cuando se formulen nuevamente las disposiciones.

70. Las manifiestas diferencias de opinión durante el debate en realidad no fueron tan grandes. De lo que se trata es de determinar si se ha de modificar el principio rector propiamente dicho o si se han de introducir excepciones a la norma. Ha quedado claro que es preciso formular una nueva norma que confirme la opinión tradicional pero sujeta a ciertas excepciones. Por lo tanto, el Sr. Dugard recomienda que el texto se remita al Comité de Redacción.

71. El PRESIDENTE señala que, en su opinión, lo más apropiado será remitir el artículo 9 al Comité de Redacción.

72. El Sr. ECONOMIDES dice que remitir el artículo 9 al Comité de Redacción equivale a comenzar de nuevo a partir de cero, ya que por el momento no se han formulado por escrito principios ni excepciones. La Comisión tiene un programa muy recargado y el orador teme que el Comité no esté en condiciones de elaborar un texto modificado adecuado en el breve plazo de que dispone. Por lo tanto, propone que el Relator Especial presente una nueva versión del artículo 9 a la Comisión en su próximo período de sesiones teniendo en cuenta todas las ideas expresadas en el debate.

73. El Sr. DUGARD (Relator Especial) está totalmente de acuerdo con el Sr. Economides.

74. El Sr. SIMMA dice que el Comité de Redacción puede emplear mejor el poco tiempo de que dispone examinando el proyecto de artículos que se le remitió en el período de sesiones anterior.

75. El Sr. PELLET dice que, por lo visto, él no es el único que considera que los conceptos de la transferencia de las reclamaciones y la nacionalidad de las reclamaciones son nociones de derecho común que no tienen nada que ver con el derecho internacional. Espera que el Relator Especial tome nota de su inquietud y responda a ella en una fecha ulterior.

76. El PRESIDENTE dice que si no hay objeciones considerará que la Comisión decide pedir al Relator Especial que vuelva a redactar el artículo 9.

*Así queda acordado.*

*Se levanta la sesión a las 13.05 horas.*

## 2688.ª SESIÓN

*Jueves 12 de julio de 2001, a las 10.00 horas*

*Presidente:* Sr. Peter KABATSI

*Miembros presentes:* Sr. Addo, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Momtaz, Sr. Opertti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda.

### Protección diplomática<sup>1</sup> (continuación) (A/CN.4/506 y Add.1<sup>2</sup>, A/CN.4/513, secc. B, A/CN.4/514<sup>3</sup>)

[Tema 3 del programa]

#### INFORMES PRIMERO Y SEGUNDO DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a precisar sus deseos en relación con el artículo 9 propuesto en el capítulo III de su primer informe (A/CN.4/506 y Add.1).

2. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que, a raíz de una sugerencia del Sr. Economides (2687.ª sesión), indicó que elaboraría un nuevo proyecto que luego presentaría a la Comisión. Lo que quería decir es que prepararía una propuesta por escrito para el Comité de Redacción que se reúna en el siguiente período de sesiones. A su juicio, el debate en la Comisión sobre este proyecto de artículo se ha agotado y no serviría de nada reanudarlo. Desea sencillamente que se remita el artículo 9 al Comité, pero después de un debate oficioso en la Comisión que le permita precisar las ideas sobre este asunto.

3. El PRESIDENTE no ve ningún inconveniente en que se celebren consultas oficiosas, en las que participen si lo desean todos los miembros de la Comisión, acerca de este proyecto de artículo. Entre tanto, si nadie se opone, considerará que la Comisión desea remitir el artículo 9 al Comité de Redacción.

*Así queda acordado.*

4. El Sr. DUGARD (Relator Especial) presenta los artículos 10 y 11 que figuran en su segundo informe (A/CN.4/514) y dice que el agotamiento de los recursos internos es una norma bien establecida en el derecho internacional consuetudinario y que la CIJ la ha reafir-

<sup>1</sup> Véase el texto de los proyectos de artículos 1 a 9 propuestos por el Relator Especial en su primer informe en *Anuario... 2000*, vol. I, 2617.ª sesión, párr. 1.

<sup>2</sup> Véase *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte).

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte).

mado en repetidas ocasiones, sobre todo en los casos *Interhandel* y *ELSI*. Se admite en general que el Estado en el que un extranjero sufre un perjuicio debe tener la posibilidad de reparar ese perjuicio antes de que se presente el caso ante una jurisdicción internacional. Esta norma se funda en el respeto debido a la soberanía del Estado de acogida y a sus órganos judiciales. Los miembros de la Comisión recordarán que hubo inicialmente un artículo sobre la norma del agotamiento de los recursos internos en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados aprobado en primera lectura (art. 22)<sup>4</sup>. La Comisión decidió sin embargo no conservarlo en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados para que se abordase la cuestión cuando se examinase el proyecto de artículos sobre la protección diplomática. En sus comentarios al artículo 22 que figuraba en su segundo informe<sup>5</sup>, el Relator Especial sobre la responsabilidad de los Estados había criticado enérgicamente el artículo 22 propuesto inicialmente por el Relator Especial Ago en su sexto informe<sup>6</sup>. Como indica en sus propias propuestas, el Relator Especial juzga también que no es fácil aceptar esta antigua disposición.

5. El artículo 10 tiene esencialmente un carácter preliminar y su objeto es preparar el terreno para la elaboración de los demás artículos sobre el agotamiento de los recursos internos. En el párrafo 1 se enuncia claramente la existencia de una regla generalmente admitida en materia de agotamiento de los recursos internos, que se aplica por igual a las personas físicas y a las personas morales pero no a los diplomáticos ni a las empresas públicas que ejecutan *acta jure imperii*, puesto que causarles un perjuicio equivaldría a causar directamente un perjuicio al Estado, al que no es aplicable la norma del agotamiento de los recursos internos.

6. El artículo 10 y los demás proyectos de artículos elaborados hasta la fecha entran en la categoría de normas secundarias. Sin embargo, en los párrafos 7 a 10 de su segundo informe el Relator Especial indica claramente que quizá no sea posible mantener la distinción entre normas secundarias y normas primarias en todo el proyecto de artículos. Esta distinción, que se justifica en lo que respecta a la responsabilidad de los Estados, no tendría igual objeto en materia de protección diplomática ni, más particularmente, a propósito de la norma del agotamiento de los recursos internos. La razón es que la noción de denegación de justicia ocupa un lugar preeminente en la mayor parte de las tentativas de codificación de esta norma. En una fase ulterior, probablemente en el curso del siguiente quinquenio, el Relator Especial pedirá orientación a la Comisión sobre si debe o no incluir en su proyecto una disposición sobre la denegación de justicia. Por el momento desea sencillamente decir que juzga muy difícil admitir una distinción entre normas primarias y normas secundarias en lo que respecta al agotamiento de los recursos internos, sobre todo si se tiene en cuenta que la distinción entre estos dos tipos de normas no está clara. Nada impide pues a la Comisión examinar ciertas normas primarias en el contexto del agotamiento de los recursos

internos, sobre todo en lo que atañe a la denegación de justicia. En el 52.º período de sesiones, el Sr. Sepúlveda abogó enérgicamente por que se efectuase un estudio de la denegación de justicia<sup>7</sup>. El Relator Especial, al igual que la mayoría de los miembros de la Comisión, pensaba entonces que se trataba de una norma primaria que no se debía examinar. Sin embargo, después de haber reflexionado, ha llegado a la conclusión de que la Comisión debería reexaminar la cuestión no en el período de sesiones en curso pero sí quizá en una fase ulterior.

7. En el párrafo 2 del artículo 10, el Relator Especial trata de definir los recursos internos y de determinar qué recursos son los que se deben agotar. Está perfectamente claro que todos los recursos legales se deben haber agotado antes de que se pueda interponer un recurso internacional. La definición de la expresión «recurso legal» plantea sin embargo dificultades. Evidentemente, esta noción comprende los recursos judiciales, así como los recursos administrativos de carácter propiamente jurídico, pero no los recursos administrativos de carácter discrecional o graciable. La sentencia pronunciada en el célebre caso *Ambatielos* suscita ciertas dificultades a este respecto. En este caso, el querellante no citó a un testigo crucial ante los tribunales británicos y, como consecuencia, no ganó la causa. El tribunal consideró que no había agotado todos los recursos internos y estimó que incumbía al extranjero interesado utilizar todos los procedimientos que el derecho interno ponía a su disposición ante las jurisdicciones nacionales. No se sabe exactamente qué significa este fallo y es muy difícil extraer un principio claro de la decisión tomada en esa causa. Constituye sin embargo una advertencia para el querellante, quien debe saber que, si no presenta su causa del modo debido ante las jurisdicciones internas, ya sea porque no estaba bien preparado, ya sea porque estaba mal aconsejado, no puede esperar que su caso se reexamine en una instancia internacional. Otro principio que parece generalmente aceptado es que el extranjero debe haber presentado ante las jurisdicciones internas todos los argumentos que se propone aducir en el procedimiento internacional. Esta norma no figura en el párrafo 2 del artículo 10, pero el Relator Especial la aborda en el comentario, como conviene. El párrafo 2 indica claramente que los recursos internos deben estar disponibles, tanto en teoría como en realidad. La cuestión de si estos recursos están disponibles es sin embargo una cuestión de hecho que se debe decidir en cada caso concreto.

8. El artículo 11 versa sobre la distinción entre reclamaciones directas y reclamaciones indirectas a efectos de la norma del agotamiento de los recursos internos. Fundamentalmente, el problema reside en la aplicación de la norma cuando sufren el perjuicio a la vez el nacional del Estado y el Estado propiamente dicho. Es necesario incluir una norma a este respecto en el proyecto de artículos actual para que quede perfectamente claro qué casos entran plenamente en la esfera de aplicación del proyecto. Esta es, por otra parte, la sugerencia que había hecho el Relator Especial sobre la responsabilidad de los Estados en su segundo informe. El principio fundamental es que el principio del agotamiento de los recursos internos sólo se aplica en el caso de un daño sufrido por un nacional de un Estado, en otras palabras, cuando el Estado sufre el

<sup>4</sup> Véase 2665.ª sesión, nota 5.

<sup>5</sup> *Anuario...* 1999, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/498 y Add.1 a 4.

<sup>6</sup> *Anuario...* 1977, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/302 y Add.1 a 3, en particular párrafo 113.

<sup>7</sup> Véase *Anuario...* 2000, vol. I, 2626.ª sesión.

daño por intermedio de uno de sus nacionales, es decir, indirectamente. La norma no se aplica en caso de daño directo al Estado propiamente dicho. La dificultad reside en que, en muchos casos, se podrá considerar que existen elementos de daño directos e indirectos. El Relator Especial cita varios ejemplos en el párrafo 19 del informe que se examina.

9. Sin embargo, la cuestión que se plantea en los asuntos de esta clase es la de saber qué criterios se han de utilizar para decidir si se aplica o no la norma del agotamiento de los recursos internos y cómo distinguir entre daño directo y daño indirecto. En el artículo 11 se proponen dos criterios sumamente cercanos, el criterio de la preponderancia y el de la condición *sine qua non*. Es preciso preguntarse si el daño se ha causado de manera preponderante al nacional del Estado reclamante, en cuyo caso se trata de un daño indirecto y se aplica la norma del agotamiento de los recursos internos. Cabe también aplicar el criterio de la condición *sine qua non* y preguntarse si la reclamación se habría presentado si el nacional del Estado autor de la reclamación no hubiese experimentado un daño. Se han propuesto otros criterios, por ejemplo el del objeto del litigio, en virtud del cual si la persona que sufre el daño es un ciudadano ordinario se puede considerar indirecta la reclamación y si el individuo que sufre el daño es un agente diplomático o consular se la puede considerar directa. Según el criterio de la naturaleza de la reclamación, se trataría de saber si la reclamación es de orden público o privado. Según el criterio de la naturaleza de la reparación pretendida, si el Estado declara que se puede contentar con un simple juicio declarativo y no pide que se repare el daño causado a una persona, cabría concluir que el daño es directo y no indirecto. La dificultad reside en que, en numerosos casos, el Estado exige no sólo un juicio declarativo sino también una indemnización del daño causado a una persona y el tribunal debe entonces decidir cuál es el factor preponderante. En este caso conviene evitar que un Estado pueda pedir un juicio declarativo a su favor, que adquiriría la fuerza de «cosa juzgada», con el simple fin de evitar que no se aplique la norma del agotamiento de los recursos internos. De ahí que en el artículo 11 se indique claramente que la petición de un fallo declarativo no puede en modo alguno eximir al Estado de cumplir la norma del agotamiento de los recursos internos. El Relator Especial estima que el objeto del litigio, la naturaleza de la reclamación y la naturaleza de la reparación pretendida son factores que se podrían tener en cuenta para decidir el carácter esencialmente directo o esencialmente indirecto de la reclamación. No son factores distintos que merezcan mención en el proyecto de artículos. Los ha citado entre corchetes porque no tiene una idea preconcebida en la materia. En todo caso, considera necesario referirse en el comentario a estos factores.

10. El Sr. LUKASHUK dice que, con el artículo 10, el Relator Especial ha conseguido formular una disposición precisa, en la que se enuncia el principio general de que es necesario haber agotado los recursos internos. Esta disposición se justifica suficientemente en el comentario. Dicho esto, la crítica que hace el Relator Especial de la distinción entre normas primarias y normas secundarias, que fue útil en la codificación del derecho de la responsabilidad de los Estados, está lejos de justificarse en todos

los casos. En cambio, el Relator Especial subraya con razón que el agotamiento de los recursos internos es una norma bien establecida del derecho internacional consuetudinario. También con razón, el artículo 10 incluye en la noción de recurso legal interno los recursos disponibles, no sólo ante los tribunales, sino también ante las autoridades administrativas. Esta posición es generalmente aceptada en la práctica y en la doctrina. Cabe lamentar sin embargo que el Relator Especial la interprete en su comentario de un modo excesivamente restrictivo cuando dice en el párrafo 14 de su informe que la norma del agotamiento de los recursos internos no abarca los recursos administrativos ni otros que no son judiciales ni cuasijudiciales. Como se sabe, en numerosos sistemas jurídicos existe un orden administrativo cuya finalidad consiste en ofrecer reparación en ciertas materias. Estos recursos administrativos entran realmente en la categoría de recursos legales internos. Existe pues cierta contradicción entre el artículo 10 y el comentario del Relator Especial, puesto que el propio Relator Especial reconoce que la doctrina engloba los recursos administrativos en la noción de recursos jurídicos internos.

11. La frase del párrafo 6 del informe sobre los diplomáticos o las empresas del Estado que realizan *acta jure imperii* no está clara. El Relator Especial no la explica en su comentario, aunque se trata de una disposición de importancia primordial. Remitir al párrafo 27 no aclara nada. Además, cabe lamentar que el Relator Especial no se haya apoyado suficientemente en la práctica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, mucho más que cualquier otra jurisdicción, ha tenido que abordar el problema del agotamiento de los recursos internos. Por último, no se sabe qué significa la expresión «reclamación internacional» empleada en el párrafo 1 del artículo 10. No se da ninguna precisión en el comentario del Relator Especial sobre el sentido de esta expresión, cuya importancia es sin embargo determinante para todo el proyecto de artículos. Parece no obstante que, esencialmente, el proyecto de artículo 10 se podría remitir al Comité de Redacción.

12. En cuanto al artículo 11, el orador observa por desgracia en él importantes dificultades. Se vuelven a suscitar los problemas relacionados con la noción de «reclamación internacional», calificada aquí de «procedimiento judicial». El orador desearía saber de qué se trata. La protección diplomática no reviste siempre el carácter de un procedimiento judicial. Ello demuestra una vez más hasta qué punto es importante definir de entrada qué se entiende por medios y métodos de protección diplomática.

13. En cuanto a la tesis según la cual la reclamación no se debe presentar en ausencia de un perjuicio causado a un nacional, cabe preguntarse de qué sirve. En ausencia de perjuicio, el problema de la responsabilidad o de la protección diplomática sencillamente no se plantea. Tal criterio no es pues aceptable. Si se parte de la hipótesis de que, con su acto, un Estado A viola los derechos de un ciudadano de un Estado B, derechos que nacen de un acuerdo comercial entre los dos Estados, la violación del acuerdo desencadena automáticamente la responsabilidad del autor de la violación. El hecho de que se trate de derechos humanos no obsta en absoluto a esta responsabilidad. Por lo tanto, contrariamente a lo que

se desprende del artículo 11, el Estado que ha sufrido el daño tiene derecho a exigir inmediatamente la cesación de la violación del acuerdo. La norma generalmente aceptada del agotamiento previo de los recursos internos es decididamente inaplicable en este caso. El Estado que sufre el daño tiene derecho a exigir que cese la violación del acuerdo al mismo tiempo que se concede a su nacional perjudicado la posibilidad de utilizar los recursos internos. El Estado del nacional perjudicado no puede entrar en el detalle de la indemnización. No puede ocupar el lugar de su nacional en la solución de la controversia jurídica. Este es, a juicio del Sr. Lukashuk, el sentido de la posición que adoptó la CIJ en el caso *Interhandel*, en el que se apoya el Relator Especial, pero que no interpreta correctamente. De hecho, el Relator Especial reconoce la lógica de esta posición cuando declara en el párrafo 29 de su informe que un Estado puede pedir un fallo declarativo sobre la interpretación de un tratado acerca del trato de los nacionales sin que se hayan agotado los recursos internos, a condición de que no una a esa solicitud una reclamación de indemnización o restitución en nombre de su nacional. Esta es una disposición muy precisa y muy clara que, según el Sr. Lukashuk, debería servir de base. Es de lamentar que el Relator Especial no sea favorable a ella, como ha confirmado en su introducción. Conviene pues que el Relator Especial modifique el proyecto de artículo 11.

14. El Sr. GAJA señala que la estructura del artículo 10 no es plenamente satisfactoria. En efecto, habría que empezar por definir con precisión la norma del agotamiento de los recursos internos y presentar luego disposiciones más detalladas sobre sus aspectos particulares, así como sobre las eventuales excepciones a la norma. La definición elaborada por el Instituto de Derecho Internacional<sup>8</sup> y recogida en el artículo 45 (Admisibilidad de la reclamación) del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos asocia la existencia de los recursos internos a su eficacia. No sólo la redacción adoptada para el artículo 10, en la que se prevé que se deberán agotar «todos los recursos legales internos que existan», es demasiado amplia, sino que no introduce la idea de que esos recursos deben ser eficaces.

15. Además y pese a una redacción hasta cierto punto torpe, el artículo 22 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados aprobado en primera lectura, en el que se enuncia la norma del agotamiento de los recursos internos, contiene un elemento interesante que no figura en el artículo 10, a saber, la razón de la existencia de recursos internos. En efecto, en ciertos casos, estos tienen por finalidad prevenir un daño y, en otros muchos, ofrecer únicamente reparación. Este segundo tipo de recursos es precisamente el más frecuente. Sin embargo, los recursos del primer tipo, cuando existen, son mucho más importantes en la medida en que la prevención es preferible a la reparación.

16. En el párrafo 16 del informe se hace referencia al laudo en el asunto *Arbitrage relatif aux navires finlandais*

y a la causa *Ambatielos*, de los cuales se desprende en particular que es preciso considerar fundados los argumentos de hecho presentados por el Estado demandante. En el caso contrario, en efecto, la reparación no ha lugar. En el primer asunto, el árbitro indicó que todo argumento pertinente, fundado o no, presentado por el Estado reclamante en un procedimiento internacional debía haber sido objeto de una investigación a fondo y de un fallo pronunciado por el tribunal interno competente de rango más elevado. A juicio del Sr. Gaja, esta disposición no se aplica únicamente a las modalidades de agotamiento de los recursos internos; el criterio adoptado por el tribunal arbitral en este asunto es también pertinente para determinar si hay recursos disponibles. Habría que indicarlo así claramente, si no en el cuerpo del artículo, por lo menos en el comentario.

17. En lo que respecta al artículo 11, el Sr. Gaja aprueba en general la posición del Relator Especial, que parece reflejar la práctica actual. Sin embargo, la propuesta relativa al empleo de dos criterios para determinar si una reclamación es «directa» o «indirecta» y, por lo tanto, para decidir si una reclamación entra o no en el ámbito de la protección diplomática, no convence plenamente al orador. En efecto, tal como está actualmente redactado, el artículo 11 parece prever la aplicación acumulativa de estos dos criterios. No obstante, lo que preocupa sobre todo al Sr. Gaja es que el Relator Especial dé a entender que habría que averiguar ante todo si la reclamación se basó preponderantemente en el daño de un nacional y si la reclamación se habría presentado si no hubiera sido por ese daño. Este segundo criterio, el de la condición *sine qua non*, es muy subjetivo y difícilmente aplicable. Cabría preguntarse qué razones impulsaron a Suiza y a los Estados Unidos a presentar una reclamación en el caso *Interhandel* y en el caso *ELSI*, respectivamente. En el caso *Interhandel* sería posible hallar algunos argumentos en favor del criterio subjetivo, como recuerda el Relator Especial en el párrafo 26 de su informe, pero, en estos dos casos, el elemento determinante para la CIJ, y ello debería aparecer en el proyecto de artículo, era saber si se trataba de una sola y misma controversia y si esta controversia versaba sobre un perjuicio causado a un nacional. En caso afirmativo, toda tentativa del Estado demandante de dividir la reclamación y pretender un daño directo para esquivar la norma del agotamiento de los recursos internos debería estar condenada al fracaso.

18. El Sr. HE observa que el agotamiento de los recursos internos es una norma bien establecida de derecho internacional consuetudinario, confirmada en tratados bilaterales y multilaterales, la práctica de los Estados, las decisiones de los tribunales internacionales y nacionales, diversas tentativas de codificación y la doctrina. Al igual que el Relator Especial, juzga preferible abordar esta cuestión en varios artículos y no en uno sólo.

19. En lo que respecta al artículo 10, el hecho de haber añadido las palabras «agotado todos los recursos legales internos que existan» refuerza la claridad del texto. La palabra clave aquí es el adjetivo «legales». Los recursos legales comprenden evidentemente los recursos judiciales, así como los recursos ante órganos administrativos, pero no los recursos extrajudiciales, como el recurso en gracia o aquellos cuyo objeto es obtener un favor y no defender un derecho. Como indica el Relator Especial al

<sup>8</sup> Proyecto sobre «Responsabilidad internacional del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros» (*Anuario...* 1956, vol. II, pág. 223, documento A/CN.4/96, apéndice 8).

final del párrafo 14 de su informe, el principio del agotamiento de los recursos internos no se aplica a los recursos administrativos o de otra índole que no sean judiciales o cuasijudiciales. Esa observación es importante, pero convendría precisar el sentido exacto de la palabra «cuasijudicial».

20. El artículo 11 sólo se aplica en el caso de que el Estado reclamante haya sufrido un daño «indirecto» en la persona de uno de sus nacionales y no un daño «directo» por un hecho ilícito de otro Estado. Para determinar si el daño es directo o indirecto, hay que tener en cuenta diversos factores, mencionados entre corchetes al final del artículo 11, como la reparación que se pretende obtener, el carácter de la reclamación y el objeto del litigio. A juicio del Sr. He, estos factores deberían figurar en el comentario y no en el cuerpo del artículo.

21. En la práctica, es difícil determinar si una reclamación es «directa» o «indirecta» cuando la causa es «mixta», es decir, cuando el daño se ha causado al Estado a la vez que a un nacional de dicho Estado. En el caso de una reclamación «mixta», incumbirá a los tribunales determinar cuál es el elemento preponderante. Si la reclamación es principalmente indirecta, se deben agotar los recursos internos. El criterio de la condición *sine qua non* está estrictamente vinculado con el de la preponderancia y el artículo 11 recoge los dos criterios como factores determinantes para la aplicación del principio del agotamiento de los recursos internos.

22. Como los artículos 10 y 11 versan ambos sobre la aplicación de este principio desde dos puntos de vista diferentes, el Sr. He propone que se los refunda en un solo artículo compuesto de dos párrafos; el primero versaría sobre el agotamiento de todos los recursos legales internos disponibles y el segundo sobre la reclamación, que se debería fundar principalmente en el daño causado al nacional.

23. El Sr. SEPÚLVEDA dice que el principio del agotamiento de los recursos internos forma parte del derecho internacional consuetudinario, como atestiguan numerosas decisiones judiciales nacionales e internacionales y abundantes tratados bilaterales y multilaterales, la práctica de los Estados y la doctrina. Este principio se funda en cierto número de argumentos incontestables, en particular el alegado por la CIJ en el caso *Interhandel*, a saber, que el Estado en el que se ha producido el daño debe poder ponerle remedio dentro de la esfera de su orden jurídico interno. Sólo si hubiese denegación de justicia se aplicará la protección diplomática o se podrá presentar una reclamación ante una instancia internacional.

24. El Sr. Sepúlveda comparte la opinión del Relator Especial de que no hay que aplicar criterios demasiado rígidos para clasificar las normas primarias y las normas secundarias. Roberto Ago, que había invocado estas dos categorías de normas en el contexto de la responsabilidad de los Estados, había previsto una disposición amplia en materia de agotamiento de los recursos internos, pero no había tratado de definir dichas normas. Estas dos categorías de normas son difíciles de distinguir y es preferible preguntarse si la distinción es útil en todos los casos. El Sr. Sepúlveda opina que el mantenimiento de esta distin-

ción, si tuviese por efecto suprimir el artículo sobre el agotamiento de los recursos internos, repercutiría negativamente en el tratamiento de la cuestión, por cuanto no se comprendería por qué se ha excluido un aspecto fundamental de la protección diplomática. Además, esta exclusión podría acarrear la de otros aspectos esenciales de la cuestión, en particular la noción de denegación de justicia, que está estrechamente relacionada con la norma del agotamiento de los recursos internos. Estos dos elementos constituyen, conjuntamente, una base importante para el estudio de la protección diplomática.

25. Por último, el Sr. Sepúlveda llama la atención sobre dos errores importantes en la versión española del segundo informe. Ante todo, en el párrafo 67, que contiene el texto del proyecto de artículo 14, habría que reemplazar las palabras: «Es necesario agotar» por «No es necesario agotar», conforme a la versión inglesa original. Además, al principio del párrafo 1 del artículo 10 se debería sustituir la palabra «acción» por la palabra «reclamación».

*Se levanta la sesión a las 11.10 horas.*

## 2689.ª SESIÓN

*Viernes 13 de julio de 2001, a las 10.05 horas*

*Presidente:* Sr. Peter KABATSI

*Miembros presentes:* Sr. Addo, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Momtaz, Sr. Opertti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka.

### Protección diplomática<sup>1</sup> (continuación) (A/CN.4/506 y Add.1<sup>2</sup>, A/CN.4/513, secc. B, A/CN.4/514<sup>3</sup>)

[Tema 3 del programa]

#### INFORMES PRIMERO Y SEGUNDO DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. GOCO dice que el segundo informe sobre la protección diplomática (A/CN.4/514) permite una profunda comprensión de la génesis de una norma bien establecida de derecho internacional consuetudinario como

<sup>1</sup> Véase el texto de los proyectos de artículos 1 a 9 propuestos por el Relator Especial en su primer informe en *Anuario... 2000*, vol. I, 2617.ª sesión, párr. 1.

<sup>2</sup> Véase *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte).

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte).