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 numerosísimas 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 distinción, 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[1] *(continuación)* (A/CN.4/506 y Add.1[2], A/CN.4/513, secc. B, A/CN.4/514[3])

[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

[1] 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.
[2] Véase *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte).
[3] Reproducido en *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte).

es el agotamiento de los recursos internos. El incumplimiento de este principio llevaría al rechazo por un tribunal internacional de la reclamación, ya que ha de darse al poder ejecutivo del Estado la posibilidad de corregir o remediar un error antes de llevar la cuestión ante los tribunales internacionales. Los artículos 10 y 11 recogen esta norma y el artículo 14 establece excepciones a ella. Sin embargo, en el marco de la protección diplomática, el principio únicamente se aplica en caso de que el Estado reclamante haya sufrido un perjuicio indirecto como consecuencia del daño causado a su nacional. Dada, sin embargo, la dificultad para trazar una línea entre daño directo e indirecto y la existencia incluso de una categoría de daño «mixto» en el que se combinan elementos de los daños causados tanto al Estado como a su nacional, es inquietante la imposibilidad de llegar a una solución concluyente hasta que el tribunal o el equipo arbitral haya tomado una decisión, debido al importantísimo precedente sentado en el caso *Ambatielos* de que es necesario que el sistema de protección jurídica haya sido sometido a prueba antes de poder afirmar que se han agotado los remedios locales.

2. Pueden emplearse una diversidad de pruebas para determinar el carácter directo o indirecto de la reclamación y aunque es partidario de la redacción del artículo 11 que figura entre corchetes, estima que debería contener una referencia a las partes interesadas. El artículo 11 tal vez debería exigir a la corte o tribunal que fallase sobre cualquier objeción preliminar basada en la falta de agotamiento de los recursos locales, como fue el procedimiento seguido en el caso *Interhandel*.

3. De igual forma, hay que tomar en consideración diversos factores para determinar lo que se entiende por daño directo, indirecto y mixto. Un libro del Sr. Brownlie[4] arroja alguna luz sobre la función que corresponde al principio de los remedios locales en la protección diplomática y sus consecuencias para determinar la existencia de daño directo o indirecto.

4. Es justificable que las partes se muestren a veces recelosas de llevar un caso ante los tribunales locales ya que si en algunos países está garantizada la independencia del poder judicial, en otros este poder está subordinado al ejecutivo y es posible que la decisión no se tome en función de las razones de fondo del caso y de conformidad con la ley. La realidad es que, según su experiencia personal, es posible que se ejerza presión sobre el jurado. Algunos acuerdos internacionales que especifican el foro evitan cualquier controversia sobre el agotamiento de los recursos internos.

5. Le preocupa la decisión adoptada en el asunto *Arbitrage relatif aux navires finlandais* que en esencia considera que primero han de agotarse los recursos internos aunque el derecho de apelación sea ilusorio o inefectivo. El derecho de apelación es un elemento que ha de considerarse al examinar todos los aspectos del agotamiento de los recursos locales.

6. Parece deducirse de la redacción dada a los proyectos de artículos que el principio del agotamiento de los recursos internos se aplica únicamente a las reclamaciones civiles. Es de presumir que la razón de excluir los casos penales es que el tribunal nacional que juzga a un nacional de otro Estado por violación de una ley penal local es el único con jurisdicción sobre el caso. ¿Existe la posibilidad de protección diplomática en los casos penales? En principio, el nacional es acreedor a la protección del Estado al que debe lealtad. Siempre que han tratado de facilitar protección diplomática en casos penales, los Estados han tenido que actuar sin normas fijas y esperar a que su nacional hubiera sido ya condenado y encarcelado antes de poder intervenir en la instancia más elevada para conseguir la liberación de esa persona.

7. En su opinión, los artículos 10 y 11 deben remitirse al Comité de Redacción para introducir pequeñas modificaciones.

8. El Sr. PELLET dice que el agotamiento de los recursos internos es sin duda alguna una norma o principio debidamente establecido de derecho internacional consuetudinario que debe recogerse en los artículos sobre protección diplomática, ya que junto con el vínculo de la nacionalidad constituye una de las dos condiciones tradicionales indiscutidas para el ejercicio de dicha protección.

9. Es de lamentar que aunque en el párrafo 4 del informe del Relator Especial se habla de cinco artículos de protección diplomática el documento sólo contenga cuatro. De esta forma es difícil tener una idea de conjunto, debido especialmente a que el artículo 10 remite a un artículo 15 no existente, según cabe presumir sobre la posible efectividad de los recursos. Es más, no considera necesaria la remisión expresa a ese artículo en el párrafo 1 del artículo 10*. Una vez más ¿por qué se mencionan súbitamente las personas jurídicas en el artículo 10 pero no en las disposiciones anteriores? Debe omitirse la expresión «persona natural o jurídica», por ser perfectamente claro que los artículos se aplican a las dos categorías de personas, salvo especificación en contrario. El mismo comentario es válido en el caso del párrafo 2 del artículo. Salvo por esas dos reservas, está de acuerdo con el artículo 10.

10. Por otra parte, el argumento teórico sobre la distinción entre normas primarias y secundarias que figura en los párrafos 7 a 10 del informe carece de utilidad y nada tiene que ver con el artículo 10. Además, considera que el Relator Especial se equivoca al poner en duda una distinción que ha resultado útil y sin la cual la Comisión nunca habría terminado sus trabajos sobre el proyecto de artículos relativos a la responsabilidad del Estado por actos internacionalmente ilícitos. Debe tenerse presente esta distinción cuando se prosigan los trabajos sobre el tema, sin necesariamente adoptar una actitud demasiado rígida.

11. No es aconsejable introducir en el proyecto el concepto de denegación de justicia. Como han afirmado varios miembros, el principio del agotamiento de los recursos internos no sólo presupone que están disponibles sino también que son efectivos. Tal vez deberían

[4] I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5.ª ed., Oxford University Press, 1998.

* El informe fue corregido de modo que en la última frase del párrafo 4 se dijera «por varios artículos» en lugar de «en el presente informe por nada menos que cinco artículos» y en el párrafo 1 del proyecto de artículo 10 «con sujeción al artículo 14» en vez de «con sujeción al artículo 15» (A/CN.4/514/Corr.1).

incluirse en el artículo 10 algunas palabras en ese sentido. Parecería que el Relator Especial trata de referirse a este requisito en los futuros artículos, cuyo contenido figura esbozado a grandes líneas en el párrafo 67 del informe. Hablar de denegación de justicia significa que los recursos internos no son efectivos. Aunque podrían ser muchas las causas de la falta de efectividad, las consecuencias son las mismas. O bien no se aplica el principio del agotamiento de los recursos locales o se han agotado esos recursos. En caso de denegación de justicia se aplica el principio incluso si los recursos no son efectivos. Es difícil prever lo que podría obtenerse si se abordara la espinosa cuestión de lo que constituye, desde el punto de vista del derecho internacional, una denegación de justicia en derecho interno. El problema central es si se han agotado los recursos internos o si existen verdaderamente algunos de esos recursos que parecen ser razonablemente efectivos. No considera por ello lógico en forma alguna intentar codificar el concepto de denegación de justicia como tal. No es más que un ejemplo de una situación en que los recursos no son efectivos. Tampoco está seguro de que establecer una distinción entre normas primarias y secundarias ofrezca alguna ayuda para resolver este problema.

12. Por lo que respecta a la presentación del proyecto de artículos hecha por el Relator Especial, le preocupa la palabra «tribunales» en la primera frase del párrafo 14 del informe ya que el recurso en ese caso sería una apelación ante un funcionario administrativo y no se interpondría ante los tribunales. Debe modificarse la frase porque la apelación ante un funcionario administrativo o ante el defensor del pueblo es también un recurso interno y ha de tomarse en consideración.

13. El orador duda de que el principio mencionado en el artículo 16 del informe, relativo a la necesidad de que se hayan agotado también en el procedimiento interno todos los medios invocados en el procedimiento internacional, esté tan bien establecido o fundado como afirma el Relator Especial. La finalidad de la norma del agotamiento de los recursos locales no es convertir los tribunales internacionales en tribunales de apelación contra las decisiones de los tribunales nacionales. El texto ignora la intrínseca diferencia entre derecho interno y derecho internacional. Una decisión compatible con el derecho interno bien puede ser ilícita en derecho internacional, o viceversa. La declaración hecha por el árbitro del asunto *Arbitrage relatif aux navires finlandais*, que ha citado el Relator Especial pero con una referencia a un pie de página equivocado, no es válida porque no son los argumentos lo que tienen que ser idénticos en el procedimiento interno y el internacional sino los alegatos. Es natural que se aleguen distintos argumentos en los tribunales internos y en los internacionales. En su opinión, el razonamiento en que se apoya la decisión del asunto *Arbitrage relatif aux navires finlandais* carece de consistencia y no constituye un precedente válido.

14. Deben introducirse algunos cambios de estilo en el artículo 11. En el párrafo 31 del informe, el Relator Especial ha expresado dudas respecto a la conveniencia de conservar la frase entre corchetes, pero dado que en ella se recogen criterios y no ejemplos, y como cualquier decisión sobre el tema en cuestión es más bien subjetiva y descansa en un nexo de elementos de gran complejidad, es perfectamente legítimo mantenerla. Su principal crítica se refiere más a las explicaciones dadas y a la terminología empleada por el Relator Especial que al texto del proyecto de artículo en sí mismo. En varias ocasiones se ha establecido una distinción entre daño directo e indirecto e incluso entre reclamación directa e indirecta. En su opinión, es muy posible que esta terminología induzca a error y debería evitarse a toda costa. El daño indirecto no deriva directamente de un acto internacionalmente ilícito, limitándose este último a ser un elemento contributivo, en tanto que el daño directo es el resultado directo de ese acto. Sin embargo, como no es éste el problema que se debate, sería conveniente utilizar un vocabulario distinto. En el mundo de habla francesa, los teóricos del derecho distinguen entre *dommage médiat* y *dommage immédiat* (daño «mediato» e «inmediato»). El daño «inmediato» es el sufrido directamente por el Estado. El daño «mediato» o remoto es el sufrido por el Estado en la persona de sus nacionales. Si es a estos tipos de daño a los que se refiere el proyecto de artículos, la Comisión está lamentablemente provocando una escisión en el aspecto ficticio del caso *Mavrommatis* y, caso de ser así, la terminología francesa sería muy preferible a la utilizada por el Relator Especial.

15. El pasaje de la sentencia de la CIJ en el caso *Interhandel* citado en el párrafo 26 del informe muestra la artificialidad de la ficción del caso *Mavrommatis*. La declaración de la Corte de que «un solo interés» [pág. 29] es la única razón del procedimiento refleja la realidad de forma infinitamente más convincente, por cuanto los casos que implican protección diplomática tienen por única finalidad el interés de la persona protegida.

16. Por último, pese a su desacuerdo con el Relator Especial desde el punto de vista de la teoría jurídica, acepta el proyecto de artículos y propone que se remita al Comité de Redacción.

17. El Sr. HERDOCIA SACASA, tras considerar que el informe está bien equilibrado y no contiene grandes sorpresas, dice que se ocupa del tema de una forma acertadamente tradicional. Los artículos 10 y 11 propuestos ofrecen una buena base a los debates. El agotamiento de los recursos internos es una norma sólidamente establecida y un importante principio de derecho internacional consuetudinario.

18. La Convención relativa a los Derechos de Extranjería[5] establece que, cuando un extranjero tuviera reclamaciones contra un Estado, dichas reclamaciones no deberían hacerse por conducto diplomático a menos que hubiere por parte del tribunal una denegación manifiesta de justicia, un retraso inhabitual o una evidente violación de principios de derecho internacional. El principio fue recogido con términos semejantes en 1925 por el Instituto Americano de Derecho Internacional en el Proyecto n.º 16 sobre «Protección diplomática»[6]. La Séptima Conferencia Internacional Americana, celebrada en Montevideo en 1933, adoptó la misma postura en

[5] Parcialmente reproducida en *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 222, documento A/CN.4/96, apéndice 5.

[6] Véase 2680.ª sesión, nota 6.

su resolución sobre «responsabilidad internacional del Estado»[7].

19. Se ha dicho con razón durante el debate sobre el artículo 9 que existen diferencias entre la protección de derechos humanos y la protección diplomática, pero es importante determinar en qué consisten esas diferencias. En el caso de la protección de los derechos humanos, el agotamiento de los recursos nacionales hace referencia al derecho internacional. Así, por ejemplo, el nuevo Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece que la Comisión verificará si se han agotado los recursos internos de conformidad con los principios generalmente reconocidos del derecho internacional. Existe una disposición semejante en el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio europeo de derechos humanos). La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló en el caso *Velásquez Rodríguez* que la referencia a los principios de derecho internacional muestra, entre otras cosas, que sus principios no son relevantes solamente para determinar en qué situaciones se exime del agotamiento de los recursos internos sino también porque son elementos necesarios para el análisis por la Corte de los problemas relativos a la forma en que debe probarse el no agotamiento de los recursos locales o la cuestión de a quién corresponde la carga de la prueba, o incluso el significado que ha de atribuirse a «recursos internos».

20. Las comisiones y los tribunales han elaborado principios relativos a la efectividad, la suficiencia y la naturaleza de los recursos internos. En su tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados, García Amador preguntó qué sucedería si los recursos locales fueran inefectivos, o no existieran o si el plazo para obtenerlos fuera demasiado grande[8]. Este problema no se trata en el artículo 10, que habla únicamente del agotamiento de todos los recursos legales internos disponibles. Existe una discrepancia entre ese artículo y el artículo 45 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que dice que no puede invocarse la responsabilidad de un Estado cuando se trate de una reclamación a la que se aplica la regla del agotamiento de los recursos locales y no se han agotado todos los remedios internos efectivos de que se dispone. Los conceptos de disponibilidad y efectividad tienen una importancia crucial y deben figurar en el proyecto de artículo. En el comentario al artículo 45 se afirma que sólo han de agotarse antes de invocar la responsabilidad del Estado aquellos recursos internos que estén disponibles y sean efectivos. En otras palabras, la palabra «todos» del proyecto del artículo 10 impondría una carga excesiva a la persona lesionada aunque se prevé la posibilidad de incluir en un futuro proyecto de artículo la posibilidad de que se evite a la persona perjudicada el agotamiento de los recursos internos.

21. El principio del agotamiento de los recursos internos dista mucho de ser un dogma y pueden existir excepciones respecto a su efectividad y adecuación. El artículo 22 del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados propuesto en un principio por el Relator Especial Ago[9] hacía referencia a recursos internos «efectivos».

22. El párrafo 1 del artículo 10 de la versión española dice que un Estado no podrá interponer una «acción» internacional por el hecho de que un súbdito suyo haya sufrido un daño. El artículo 45 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos utiliza la palabra «reclamación», y se pregunta cuál es la opinión del Relator sobre esta cuestión. Conviene con el Relator Especial en que existe una estrecha vinculación entre agotamiento de los remedios internos y denegación de justicia que suscita el problema de si debe efectuarse un análisis flexible respecto a la distinción entre normas primarias y secundarias.

23. Por lo que hace al artículo 11, está de acuerdo con otros miembros en que debe conservarse la frase entre corchetes o al menos los elementos mencionados en la frase.

24. El Sr. OPERTTI BADAN dice que los recursos internos han de estar disponibles y ser efectivos y que el agotamiento de los recursos internos de cada Estado está basado en el respeto de la soberanía y la jurisdicción de ese Estado. En consecuencia, se trata de determinar los recursos que han de agotarse. Cada Estado regula sus recursos de conformidad con su propio procedimiento, que depende de la familia jurídica a la que pertenece. En muchos casos corresponde al derecho constitucional establecer los principios relativos a las garantías procesales. En el examen de los recursos y de su agotamiento es fundamental encontrar la forma de distinguir entre los recursos que son por definición mecanismos de defensa al servicio de la justicia y los que son mecanismos dirigidos al control de la actividad legislativa del Estado y de los efectos y el alcance de esa actividad.

25. En el 52.º período de sesiones, el Sr. Brownlie dijo que podía ejercerse la protección diplomática cuando un súbdito extranjero puede impedir el daño en cuestión de aplicarse un acto legislativo sometido en ese momento a debate. Se trata de un caso típico de recurso que *stricto sensu* no es efectivo ni está disponible para la persona que presenta la reclamación. Ha de tenerse cuidado al referirse al agotamiento de los recursos para no hacer referencia a otros mecanismos disponibles ya que los recursos han de estar disponibles para todos los ciudadanos interesados y no únicamente para las personas lesionadas.

26. En algunos casos el recurso de casación, que difiere según los distintos ordenamientos jurídicos, tiene por única finalidad el control de la ley y no de los actos. Aun cuando este recurso se refiere a la adecuación o no de la ley aplicada y de la aplicación hecha de la norma legal aplicable, no es obligatorio ni puede asimilarse a un órgano de tercera instancia. Se trata de un recurso del que puede disponerse para que la persona interesada pueda decidir sobre la conveniencia de su interposición.

27. Otro importante elemento que ha de considerarse es el de los argumentos. En el párrafo 16 de su informe el Relator Especial menciona que deben exponerse en los procedimientos internos todos los argumentos de hecho y

[7] Reproducida en *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 222, documento A/CN.4/96, apéndice 6.

[8] *Anuario... 1958*, vol. II, pág. 51, documento A/CN.4/111, en particular págs. 59 a 65.

[9] Véase 2688.ª sesión, nota 6.

de derecho sin excepción alguna. Los argumentos de una reclamación constituyen naturalmente una unidad y no debe introducirse ninguna innovación en las reclamaciones presentadas ante los tribunales internacionales. Pero es evidente que a nivel internacional la interposición de una reclamación internacional supone nuevas circunstancias que se añaden a los argumentos internos. Por esta razón la referencia de la identidad de los argumentos debe matizarse para tener en cuenta la diversidad de jurisdicciones ante las que se presentan las reclamaciones. En los tribunales internos, por ejemplo, la reclamación ha de agotar necesariamente los argumentos exigidos a los recursos locales pero no los relativos a los recursos internacionales.

28. Por lo que respecta a la base del daño, los párrafos 18 y 19 del informe van al fondo de la cuestión. Está de acuerdo con el Sr. Pellet y otros miembros en que sería preferible y ciertamente más claro hablar de daño «mediato» e «inmediato» en vez de «indirecto» y «directo». En cualquier caso los términos deben referirse no al efecto sino al hecho que da lugar a la reclamación. Evidentemente una injuria causada «inmediatamente» por el acto ilícito de un Estado exige el agotamiento de los recursos internos y hasta que ello se realiza no puede ejercerse la protección diplomática. Esta es la idea de la denegación de justicia, pero no debe existir relación alguna entre agotamiento de recursos internos y la denegación de justicia porque ésta no implica en sí misma la primera, al soler derivar de la falta de agotamiento de los recursos internos. Se trata de una hipótesis autónoma que desde un punto de vista teórico no debe vincularse rígidamente con el principio del agotamiento.

29. La protección diplomática internacional no añade una nueva instancia a los recursos internos por cuanto ningún acto del Estado puede determinar la existencia de una *litis consortio* entre el litigante subjetivo y el Estado. El Estado es el que define su condición de reclamante y ha de hacerlo con la discrecionalidad con la que se ejerce la protección. Se trata en parte de derecho político. Un Estado puede llegar a la conclusión de que es adecuado y lógico ejercer la protección, pero también puede decidir otra cosa. Contrapone el acto y su alcance y la oportunidad de adoptar medidas. Han de separarse claramente la protección diplomática y otros medios de protección de los derechos humanos que no tienen mecanismos en los que desaparece la discrecionalidad y es la persona la que disfruta del derecho y no el propio Estado, que es el sujeto individual de la reclamación.

30. Por último es evidente que la protección de las personas jurídicas abre un campo demasiado amplio a la protección diplomática en un mundo globalizado. Es imposible razonar de la misma forma que hace algunos años y la Comisión ha de tener sumo cuidado con una terminología que clasifica la protección diplomática de los individuos junto con la protección de las personas jurídicas. Se trata de una cuestión muy delicada y el texto alude, directa o indirectamente, a las personas jurídicas como si pudiera asimilarlas a las personas físicas. Crea el peligro de ampliar la protección diplomática de tal forma que cause problemas a los Estados. En su opinión sería preferible dejar entre comillas las referencias a las personas jurídicas.

31. El Sr. HAFNER, con referencia al artículo 10, dice que no está de acuerdo con ciertas conclusiones a las que ha llegado el Relator Especial con respecto a la denegación de justicia. Debe trazarse una clara distinción entre la denegación de justicia y el principio del agotamiento de los recursos internos, desde el punto de vista del acceso a estos recursos. En razón de las normas primarias, el Estado tiene el deber de conceder acceso a los recursos internos mientras que en el caso del ejercicio de la protección diplomática ese acceso constituye también una obligación procesal. Por esta razón el acceso a los recursos puede suscitar dos cuestiones jurídicas distintas: la denegación de justicia en la que el Estado está sujeto a una obligación y el agotamiento de los recursos internos en el que la obligación incumbe al reclamante. El problema puede parecer meramente teórico; sin embargo, en su opinión no existe necesidad de abordar la denegación de justicia en el contexto del actual enfoque de la protección diplomática.

32. Mucho más importante es la definición de «recursos legales internos». Está de acuerdo con el Sr. Lukashuk en la utilidad de disponer de mayor información sobre la rica práctica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con el Sr. Gaja en la conveniencia de que el artículo 10 estuviera consagrado en mayor medida a esos recursos y con el Sr. Pellet en la necesidad de aclarar el concepto de «recursos legales». Incluye en cualquier caso los procedimientos administrativos aunque la primera frase del párrafo 14 del informe puede inducir a error por cuanto hace referencia a obtener reparación de un tribunal. Las autoridades administrativas no son tribunales a menos que la referencia sea únicamente a los tribunales administrativos. La última frase del párrafo es igualmente engañosa ya que implica que muchos procedimientos administrativos comunes a muchos países quedan fuera de la aplicación del principio de los recursos internos.

33. Puede suscitarse la cuestión del significado de «legal». El Relator Especial indica que no significa recursos discrecionales sino que puede considerarse que incluye a todas las instancias legales de las que el individuo tiene derecho a esperar una decisión, sea negativa o positiva. Se han expresado ya diversas dudas respecto a la palabra «interno»; ¿incluye las denuncias presentadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos? ¿Las solicitudes de decisión prejudicial por parte del Tribunal Europeo de Justicia? En la actualidad el individuo no puede presentar una reclamación directa contra un Estado ante este tribunal, pero se estudia la posibilidad de hacerlo.

34. Han de tenerse en cuenta los cambios en todo el derecho internacional. El instrumento de la protección diplomática, con inclusión del principio del agotamiento de los recursos internos, se estableció cuando los individuos no tenían acceso a las instituciones internacionales para presentar reclamaciones contra los Estados, pero la situación está cambiando. La Comisión debe acomodarse al cambio, o al menos considerarlo, especialmente si ha sido ya abordado en las publicaciones especializadas. Aunque no debe considerarse seriamente que los recursos internos incluyan las instituciones internacionales a las que tienen acceso los individuos, debe considerarse esta cuestión.

35. El derecho internacional sobre el medio ambiente presenta un caso especial de definición de recursos internos. ¿Es necesario que un individuo que sufre daños transfronterizos como consecuencia de actos atribuibles a un Estado vecino agote los recursos internos de ese Estado antes de concederse la protección diplomática? La cuestión se ha tratado ya en las publicaciones especializadas. Puede sostenerse la necesidad de aplicar el principio del agotamiento de los recursos internos para ofrecer al Estado la oportunidad de reparar el perjuicio original. Puede, no obstante, rebatirse esta postura por considerarla injusta ya que se exige al individuo que comparezca ante las autoridades oficiales administrativas de un país distinto, con lo que aumentarían los costos y los riesgos del procedimiento. También puede considerarse injusta por cuanto el individuo no se ha colocado voluntariamente bajo la competencia de hecho o de derecho del Estado, sino que lo ha sido por necesidad, es decir, en razón de la proximidad de la frontera. En consecuencia, puede considerarse que la norma no se aplica en estas circunstancias.

36. Varios instrumentos internacionales recientes estipulan, sin embargo, que existe el deber de facilitar el acceso de los extranjeros a las instituciones judiciales administrativas en caso de daños transfronterizos. El Estado de origen del daño puede fácilmente decir que puesto que está obligado a conceder acceso a los recursos internos, el individuo está obligado a agotarlos. Sin embargo, este razonamiento habría de tener en cuenta que el daño transfronterizo se produce a gran distancia por lo que resulta extremadamente difícil recurrir a las instituciones del Estado en que se originó el daño, incluso si están abiertas a los extranjeros. Por el momento se inclina por descartar la obligación del agotamiento de los recursos internos en estas circunstancias y considerar que el principio se aplica únicamente si el daño se origina y produce dentro de las fronteras de un Estado. Estaría, sin embargo, interesado por conocer la reacción del Relator Especial sobre este punto. Muy poco se ha dicho en el informe sobre las circunstancias en que es o no necesario agotar los recursos internos, aunque se trata de una cuestión decisiva.

37. El artículo 11 trata de una cuestión compleja y el orador es partidario de una solución radical como es la supresión del artículo ya que tiende a ir más allá de la protección diplomática. En la situación que aborda el artículo, pueden presentarse al mismo tiempo reclamaciones distintas por dos tipos de daño, como ha señalado el Sr. Pellet. El problema radica en si deben combinarse las distintas reclamaciones. En algunos casos resultantes de incidentes aéreos, por ejemplo, diversos particulares y el Estado presentaron reclamaciones diferentes por el mismo y único hecho. El propio Estado puede considerarse perjudicado por el ataque a un avión de su propiedad, pero el daño, de distinta naturaleza, ha afectado también a personas individuales. Por esta razón no está convencido de la necesidad de un proyecto de artículo sobre el tema, aunque si se considera necesario incluir uno, está de acuerdo con el Sr. Gaja en que sólo debe seguirse un criterio para determinar si debe o no exigirse el agotamiento de los recursos internos.

38. Debe remitirse el artículo 10 al Comité de Redacción y no se opondría a la remisión del artículo 11 si tal es el deseo de la Comisión.

39. El Sr. LUKASHUK dice que desearía responder a una de las cuestiones suscitadas en la detallada y penetrante declaración del Sr. Hafner relativa a la doble naturaleza de los recursos legales. Aunque es el ordenamiento jurídico del Estado el que establece los remedios legales, entre ellos figuran también las medidas administrativas. Por ejemplo, la puesta en libertad de un extranjero que ha sido detenido injustamente es una medida administrativa y no judicial. El Relator Especial debe facilitar una breve explicación sobre este punto en los comentarios.

40. El Sr. PELLET pregunta, en relación con un tema suscitado por el Sr. Hafner respecto a la interposición de casos ante las instituciones regionales de derechos humanos, si se ha previsto un complemento al agotamiento de los recursos locales como sería el agotamiento de los recursos regionales de derechos humanos. En caso afirmativo, se trata de una idea atractiva aunque necesitada de una mayor elaboración. La regla del agotamiento de los recursos internos parece que no entraría en forma alguna en juego si un Estado se opone a una reclamación de protección diplomática con el pretexto de que no se han agotado los recursos regionales, en cuyo caso el Estado estaría obligado por el tratado que crea el tribunal regional de derechos humanos.

41. El Sr. HAFNER dice que está plenamente de acuerdo con el Sr. Lukashuk en que debe desarrollarse la definición de recursos legales y abordarse criterios adicionales y que él personalmente ha deseado suscitar el debate sobre precisamente esos temas. Podría utilizarse con prudencia la experiencia en la aplicación del artículo 6 del Convenio europeo de derechos humanos en relación con la definición de tribunales y de recursos internos. En respuesta al Sr. Pellet, dice que aunque no cree que el agotamiento de los recursos internos incluya la presentación de una denuncia ante, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debería no obstante mencionarse esta posibilidad en los comentarios, dado que se ha suscitado ya en las publicaciones especializadas.

42. El Sr. GOCO dice que considera que tanto los profanos como los profesionales del derecho entienden en general que el término «recursos internos» se refiere a la totalidad del sistema de protección legal dentro de un ordenamiento jurídico interno.

43. El Sr. BROWNLIE dice que el informe es útil y completo. Pese a que ha tenido algunas dificultades con los artículos 10 y 11, es partidario de remitirlos al Comité de Redacción. Está de acuerdo con las sugerencias del Sr. Gaja relativas a enfoques más sintéticos y en particular con la sustitución de recursos «disponibles» por recursos «efectivos».

44. Aunque todo el mundo está de acuerdo en la existencia de una regla consuetudinaria, existe un límite a la especificidad que puede exigirse en la reglamentación jurídica de esta materia. La aplicación del principio de los recursos internos se aplica en gran medida en función del contexto, como puede verse en la amplia diversidad

de casos al respecto, entre ellos el asunto *Arbitrage relatif aux navires finlandais*, que remonta al decenio de 1930.

45. No se encuentra a gusto con la relación que el Relator Especial postula en el párrafo 27 entre daño directo y la búsqueda por un Estado de una reparación declaratoria, porque no está convencido de la existencia de esa relación. Lo que más le preocupa es, sin embargo, que nadie parece haber investigado la base política del principio de los recursos internos y le gustaría escuchar la opinión de otros miembros sobre esta cuestión. En su opinión existe una razón puramente pragmática para ello: los atareados funcionarios del ministerio de exteriores no desean que las reclamaciones privadas se interpongan en el camino de los gobiernos, especialmente en sus relaciones con otros Estados, y tratan en la medida de lo posible de solucionar las reclamaciones privadas en los tribunales del país.

46. Pese a ser distintas las bases políticas, el resultado es muy semejante al funcionamiento de la jurisdicción establecida por el Convenio europeo de derechos humanos, que no es un sistema de apelación contra las decisiones de los tribunales nacionales sino un acuerdo de supervisión. Se parte de la idea, según se establece en el artículo 13 del Convenio, de la obligación de los Estados de permitir el acceso a los recursos internos y de la aplicación a nivel nacional del Convenio, pero únicamente para corregir las situaciones creadas por las legislaciones nacionales. El Convenio no es ni un sustituto ni una invasión de la jurisdicción nacional, al menos no legalmente, por estar basada en un tratado. Los ejemplos tomados de su funcionamiento pueden tener carácter informativo pero han de utilizarse con precaución, debido precisamente a la diferencia de fundamentos políticos. La consideración del fundamento político de la protección diplomática puede asimismo facilitar la debida puesta a punto que ha de efectuarse en relación con cuestiones tales como la necesidad de que el reclamante privado tenga un vínculo voluntario con la jurisdicción ante la que presenta la reclamación como condición para la aplicación del principio de los recursos internos.

47. El Sr. LUKASHUK dice que la declaración del Sr. Brownlie ha hecho cristalizar una idea que ha estado tomando forma en su mente: la posible utilidad de incorporar en un artículo separado una obligación positiva de los Estados a establecer recursos efectivos contra la violación de los derechos de los extranjeros.

48. El Sr. ECONOMIDES dice que el informe es claro, detallado y muy útil. El artículo 10 plantea algunos problemas pero son problemas meramente de redacción. ¿Ante quién, por ejemplo, ha de presentar un Estado una reclamación internacional: otro Estado, una organización internacional, un tribunal nacional o internacional? Con toda certeza ha de hacerlo ante el Estado que mediante un acto internacionalmente ilícito ha dañado a un nacional —ya sea una persona natural o jurídica— de un Estado que ejerce la protección diplomática, pero esto debe dejarse claro en el párrafo 1 del artículo 10.

49. No está conforme con la frase francesa *formuler une réclamation internationale* (interponer una acción internacional) y preferiría las palabras *présenter une requête de protection diplomatique* (presentar una solicitud de protección diplomática). Conviene con otros miembros en la necesidad de explicar la frase «los recursos legales internos que existan». En el artículo 22 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados propuesto por Roberto Ago y citado en el párrafo 4 del informe se mencionaban «los recursos internos efectivos que tienen a su disposición». Está de acuerdo con el Sr. Herdocia Sacasa en que se trata únicamente de los recursos efectivos y no de todos los recursos de que se disponga teóricamente. La palabra «legales» después de «recursos» sobra y puede suprimirse en los párrafos 1 y 2, ya que en el resto del párrafo 2 se explica claramente que los recursos son legales por naturaleza.

50. El artículo 11 es sumamente complejo y su aplicación sería difícil, si no imposible. La preponderancia del daño causado a un Estado frente al causado a un nacional es un concepto difícil, como ha señalado el Sr. Goco. También en este caso la referencia a una solicitud de juicio declaratorio en relación con la reclamación complica todavía más las cosas. Debe simplificarse radicalmente la disposición subrayando los puntos fundamentales. En primer lugar debe dejarse claro que el requisito del agotamiento de los recursos internos se aplica únicamente a los casos de protección diplomática, pero ello se establece ya aceptablemente bien en el artículo 10 y no debe repetirse. Seguidamente, debe señalarse, en el artículo 11 o en cualquier otro artículo, que si la principal víctima es de hecho el Estado que ha sufrido el daño, y que el nacional de ese Estado sólo se ha visto afectado secundaria o incidentalmente, no se aplica la regla del agotamiento de los recursos internos ya que se trata de un caso de responsabilidad directa entre Estados.

51. Puede plantearse una tercera situación cuando no es posible determinar la preponderancia por ser el daño experimentado por el Estado equivalente o casi equivalente al sufrido por el individuo. Esa situación no se ha previsto y que él sepa no existen reglas de derecho internacional al efecto. Puede concederse la preponderancia al daño causado al Estado, en cuyo caso no se aplicaría la regla del agotamiento de los recursos internos, o al daño sufrido por un individuo, en cuyo caso no funcionaría el principio. También es posible imaginar reclamaciones paralelas: por el Estado en el contexto de la responsabilidad internacional y por el nacional en el marco de la protección diplomática.

52. Está de acuerdo con el Sr. Lukashuk en que debe volverse a examinar el artículo 11 con objeto de simplificarlo o incluso suprimirlo, como sugiere el Sr. Hafner. Por último conviene en que el artículo debe tratar de la importante cuestión de la denegación de justicia.

Las reservas a los tratados[10] *(continuación*)* (A/CN.4/508 y Add.1 a 4[11], A/CN.4/513, secc. D, A/CN.4/518 y Add.1 a 3[12], A/CN.4/L.603/Rev.1)

* Reanudación de los trabajos de la 2679.ª sesión.

[10] Véase el texto de los proyectos de directrices aprobados provisionalmente por la Comisión en sus períodos de sesiones 50.º, 51.º y 52.º en *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), párr. 662.

[11] Véase nota 2 *supra*.

[12] Véase nota 3 *supra*.

[Tema 5 del programa]

INFORMES QUINTO Y SEXTO DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación)*

53. El Sr. PELLET (Relator Especial) lamenta, en la presentación de su sexto informe (A/CN.4/518 y Add.1 a 3), que, por diversas razones, entre otras por ser cada vez más consciente de la complejidad del tema, su labor no se ha terminado. Sin embargo, la decisión de la Comisión de ocuparse prioritariamente de otros temas quita importancia al retraso. Aunque no haya tiempo para que el Comité de Redacción examine los 14 proyectos de directrices, espera al menos que la Comisión los remita al Comité, que los examinará posteriormente bajo una Comisión de nueva elección.

54. La introducción del informe pretende incluir toda la información más reciente relativa al tema. Concretamente figura en los párrafos 20 a 23 la última información sobre las dificultades que parecen haber surgido entre la Comisión y la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, que, en su resolución 1999/27 de 26 de agosto de 1999 había nombrado a la Sra. Françoise Hampson Relatora Especial con el mandato de preparar un estudio completo sobre las reservas a los tratados de derechos humanos. Por lo que él sabe, el informe no ha aparecido todavía. Además, dada la falta de entusiasmo manifestada por los miembros de la CDI ante la idea de que debe ponerse en contacto directo con la Sra. Hampson, no ha tomado ninguna otra medida durante los dos últimos meses. El informe también proporcionaba indicaciones sobre nuevos acontecimientos relacionados con las reservas a los tratados; en estas circunstancias, pide a los miembros que tengan conocimiento de cualquiera jurisprudencia, práctica o estudio no mencionados en el informe que se lo comuniquen.

55. En el capítulo II del informe se examina el tema de la formulación de reservas que pese a ser de menor importancia es de una complicación inesperada ya que como ha dicho el Sr. Brownlie el diablo está en la letra pequeña. Desea subrayar que por el momento sólo se están examinando las reservas, habiendo de considerarse la aceptación o la objeción en el próximo período de sesiones. Algunos de los proyectos de directrices que figuran en el anexo del sexto informe, que contiene el texto consolidado de todas las directrices sobre la formulación de reservas y las declaraciones interpretativas propuestas en los informes quinto (A/CN.4/508 y Add.1 a 4) y sexto, han quedado ya anticuados, puesto que el Comité de Redacción, ante su considerable disgusto, ha suprimido algunas de ellas. El anexo servirá, sin embargo, para indicar la forma en que procedió.

56. Propone empezar presentando las directrices 2.1.1 a 2.1.4, 2.4.1 y 2.4.2 con inclusión de dos proyectos *bis* (2.1.3 *bis* y 2.4.1 *bis*) que figuran actualmente entre corchetes y que pueden suprimirse en la versión definitiva. Presenta también dos alternativas de directriz 2.1.3.

57. La directriz 2.1.1 (Forma escrita) se refiere a la forma de las reservas, que han de formularse por escrito. No existe una fórmula equivalente en relación con las declaraciones interpretativas, aunque se introdujo el requisito de la formulación por escrito en la directriz 2.4.2 (Formulación de declaraciones interpretativas condicionales). La directriz 2.1.1 reproduce el texto de la primera frase del párrafo 1 del artículo 23 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Considera importante que la Guía de la práctica tenga una existencia independiente, por lo que debe contener toda la información necesaria para formular y aplicar las reservas y declaraciones interpretativas, aparezcan o no en las Convenciones. El corolario es que si las disposiciones sobre reservas a los tratados figuran en las Convenciones, deben reproducirse palabra por palabra en la Guía. Los párrafos 40 a 47 del informe recuerdan los *travaux préparatoires* de las Convenciones, a cuyo respecto se señala la existencia de un acuerdo prácticamente unánime de que no había siquiera necesidad de decir que las reservas debían formularse por escrito. «Prácticamente» unánime, porque durante los debates en la Comisión se planteó la cuestión de si podía una reserva formularse verbalmente. Aunque no es imposible, como observó Sir Humphrey Waldock, las consecuencias prácticas son muy reducidas porque en virtud del párrafo 2 del artículo 23 de las Convenciones toda reserva para que sea obligatoria ha de confirmarse formalmente en el momento de prestar el consentimiento definitivo. Esto implica indudablemente que la confirmación debe hacerse por escrito, como se establece en la directriz 2.1.2 (Forma de la confirmación formal). Algunas reservas son «perfectas» y no necesitan confirmación cuando se hacen en el momento de la firma de un tratado que no está sujeto a ratificación. Sin embargo, en tales casos es a todas luces esencial que la reserva se haga por escrito desde el comienzo. No existe necesidad de dedicar una directriz separada a la cuestión, ya que así se establece en la directriz 2.1.1 y vuelve a recogerse en la directriz 2.2.3 (No confirmación de las reservas formuladas en el momento de la firma [de un acuerdo en forma simplificada] [de un tratado que entre en vigor por el solo hecho de su firma]), que ha retenido el Comité de Redacción.

58. Queda por ver si las reglas, que duda que planteen problemas especiales, pueden trasladarse a las declaraciones interpretativas. Esta cuestión se aborda en los párrafos 83 a 90, en los que se buscan algunas soluciones. La práctica, que dista mucho de ser accesible, no sirve de mucha ayuda en este aspecto. Debe distinguirse entre declaraciones interpretativas «simples» y condicionales. Las primeras, según la definición contenida en la directriz 1.2 (Definición de las declaraciones interpretativas), tienen por única finalidad especificar o aclarar el significado o alcance que el autor da al tratado o a alguna de sus disposiciones. No existe razón alguna para exigirles una forma determinada como tampoco lo hacen las escasas decisiones sobre esta materia. Por esta razón la directriz 2.4.1 (Formulación de las declaraciones interpretativas) no contiene ningún requisito relativo a la forma de las declaraciones interpretativas. El problema es, sin embargo, muy distinto en el caso de las declaraciones interpretativas condicionales que la directriz 1.2.1 (Declaraciones interpretativas condicionales) define como declaraciones por las que el Estado o la organización internacional condiciona su consentimiento a una determinada interpretación del tratado o de una disposición de éste. No existe en tales casos razón alguna para suprimir el principio aceptado en materia de reservas por las que un Estado u

* Reanudación de los trabajos de la 2679.ª sesión.

organización internacional que formula una declaración interpretativa condicional desea que su interpretación prevalezca frente a la de las otras partes. Éstas deben, naturalmente, tener conocimiento de ello y estar dispuestas a reaccionar de ser necesario. Por esta razón se justifica la exigencia de la formulación por escrito de las reservas y lo mismo debe aplicarse, en consecuencia, a las declaraciones interpretativas condicionales, como se establece en la directriz 2.4.2.

59. El orador señalaría a este respecto que las reglas que se aplican a las declaraciones interpretativas condicionales son idénticas a las aplicables a las reservas aunque sus definiciones no lo sean. Algunos miembros del Comité de Redacción han considerado por ello superfluo dedicar disposiciones específicas a las declaraciones interpretativas condicionales. Aunque esto tal vez sea cierto, insta a la Comisión a que espere hasta que haya examinado los efectos de las reservas y de las declaraciones interpretativas condicionales antes de llegar a una decisión definitiva. Sólo entonces, si se considera que siguen las mismas normas, sería plenamente partidario de suprimir todas las directrices relativas específicamente a las declaraciones interpretativas condicionales y adoptar una única directriz estableciendo que las reglas relativas a las reservas se aplican también *mutatis mutandis* a las declaraciones interpretativas condicionales. Entre tanto sería prudente no cambiar abruptamente de dirección. Aunque reconoce que algunos miembros de la Comisión saben mucho más que él sobre las normas relativas a las reservas y las declaraciones interpretativas, sigue instando a la Comisión para que no ponga en peligro la posible fuerza de la Guía de la práctica adoptando una decisión que más tarde puede lamentar.

60. Volviendo a problemas específicos, dice que las consecuencias de formular una reserva o una declaración interpretativa condicional se recogen, respectivamente, en los párrafos 53 a 82 y en los párrafos 85, 86 y 89 a 95. La Comisión no se encuentra limitada sobre este tema por las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, ya que en ellas no se hace alusión a consecuencia alguna. No obstante, Sir Humphrey Waldock sugirió con éxito en el proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados[13] la conveniencia de especificar no sólo el tipo de instrumentos en que deben figurar las reservas —ningún sentido tiene que la Guía de la práctica aborde la cuestión, ya que la lista no es exhaustiva y Sir Humphrey Waldock reconoció que no existían reglas especiales a este respecto—, sino también la persona o la organización competente para hacerlo. Como se establece en el párrafo 54 del informe, la definición de Waldock no es satisfactoria, por ser reiterativa, no limitativa y en cierta medida tautológica. A este respecto, llama la atención sobre un error en la nota de pie de página correspondiente a ese párrafo ya que el párrafo 43 de su informe al que se hace referencia contiene el texto del apartado *a* del párrafo 2 del artículo 18 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados aprobado por la Comisión en su 14.º período de sesiones[14], que nada dice sobre el problema de la competencia. La referencia debería haberse hecho al artículo 17 propuesto por Sir Humphrey Waldock.

61. La Comisión no carece, sin embargo, completamente de orientación ya que las reservas tienen efecto no en el instrumento formal que constituye el tratado, el cual permanece sin cambiar, sino en las partes o en el mismo *negotium*. Sería por ello lógico atribuir la competencia para formular reservas a las personas autorizadas para obligar al Estado o a la organización internacional con respecto al propio tratado o únicamente respecto a ellos. Y en el artículo 7 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 figura una lista completa de esas autoridades competentes. La práctica está plenamente confirmada por el Secretario General de las Naciones Unidas, quien sistemáticamente pide que las reservas que le envía una autoridad que no sean las «tres autoridades» mencionadas en el apartado *a* del párrafo 2 del artículo 7 estén formalizadas por una de esas autoridades o que una de ellas otorgue plenos poderes a otro representante. Sin embargo, como se señala en los párrafos 63 y 64 del informe, cabe preguntarse si no es posible autorizar al embajador acreditado ante el Estado depositario y al representante permanente ante una organización internacional que actúa como depositario formular reservas sin necesidad de poderes especiales, tanto más cuanto que ésta es la práctica en la OEA y el Consejo de Europa, que después de todo son depositarios importantes. Ha considerado detenidamente el problema de sugerir una mayor flexibilidad a la regla del artículo 7, que por lo demás no se refiere formalmente a la reserva o mantener el requisito de las tres autoridades, que en realidad son más de tres las enumeradas en el párrafo 2 del artículo 7 de la Convención de Viena de 1986. Agradecería la opinión de la Comisión.

62. Entretanto ha elaborado dos posibles textos de directriz 2.1.3 (Competencia para formular una reserva en el plano internacional), que figuran en los párrafos 69 y 70, que son textos híbridos pues reproducen las reglas del artículo 7 precedidas por la frase «a reserva de las prácticas habitualmente seguidas en el marco de las organizaciones internacionales depositarias de tratados». Esto tiene la ventaja de no cuestionar ni los principios del artículo 7 ni las prácticas del Consejo de Europa y la OEA y, según tiene entendido, la OMI —que parecen no haber causado ningún problema específico a juzgar por las respuestas facilitadas por esas organizaciones al cuestionario sobre reservas a los tratados—. Está abierto a todas las opiniones ya que las dos soluciones tienen ventajas e inconvenientes; sin embargo, un día u otro habrá que adoptar una decisión.

63. Solicita asimismo el parecer de la Comisión respecto a los proyectos de directriz 2.1.3. Sus preferencias se inclinan por la versión más larga del párrafo 70, que con la adición antes aludida reproduce el texto de la Convención de Viena de 1986; la Guía de la práctica debe tener carácter independiente y, en caso de adoptarse la versión más corta, el usuario necesitaría remitirse a la Convención. Sería posible omitir en la versión más larga el apartado *d* del párrafo 2 ya que a pesar de estar sacado del artículo 7 de la Convención, la hipótesis que en él se contempla es incierta. Está no obstante dispuesto a mantenerlo por razones de integridad.

64. Las consideraciones aplicables a las reservas se aplican también, *mutatis mutandis*, a las declaraciones interpretativas, sean condicionales o no, aunque las inter-

[13] *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 69, documento A/CN.4/144.
[14] Ibíd., pág. 203, documento A/5209.

pretaciones interpretativas «simples» no requieren tantas formalidades como las reservas. No pueden por sí mismas obligar al Estado o a la organización internacional que las formule, salvo que fueran hechas por una persona con facultad para hacerlas. Para evitar todo abuso, por consiguiente, la autorización debe limitarse a las personas u órganos competentes para representar al Estado en la aprobación o autenticación de un tratado o a expresar su consentimiento para obligarse por ese tratado. La idea está recogida en la directriz 2.4.1.

65. Las reservas y declaraciones interpretativas, al igual que los mismos tratados, son el punto de enlace entre el derecho nacional y el internacional. Antes que al nivel internacional la reserva se hacía a nivel nacional. Esta verdad evidente le ha llevado a preguntar si la Guía de la práctica debe incluir directrices sobre los procedimientos internos para la formulación de reservas y declaraciones interpretativas y en especial sobre la competencia para formularlas. Las respuestas a este cuestionario sobre las reservas a los tratados muestran que no se sigue una regla general. La práctica de los Estados y las organizaciones internacionales es muy distinta y el derecho internacional nada tiene que decir sobre este tema. Por razones sencillamente de tranquilidad de conciencia ha redactado dos directrices sobre este tema —2.1.3 *bis* para las reservas y 2.4.1 *bis* para las declaraciones interpretativas—, aunque duda de que sean realmente necesarias. Los usuarios de la Guía no serán profanos en cuestiones jurídicas, después de todo, y en esos proyectos de directrices se recoge realmente lo que es evidente: incluso si el derecho internacional guardase silencio sobre los procedimientos internos, la realidad sigue siendo que una violación sobre las normas internas puede invalidar una reserva, o una ratificación, a nivel internacional. El artículo 46 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 se ocupa de esta cuestión de una forma admirablemente pragmática, diciendo que la violación de una disposición de su derecho interno relativa a la competencia para concluir tratados no invalida el consentimiento de un Estado para obligarse internacionalmente a menos que la violación sea manifiesta y afecte a una regla de su ordenamiento interno de trascendental importancia. El problema es si debe trasponerse esta disposición a las reservas. Ante la falta de pruebas prácticas en un sentido u otro, considera difícil adoptar una postura categórica. Estima, sin embargo, en última instancia, que la trasposición no es deseable. Sería sumamente difícil o incluso imposible establecer, de conformidad con el artículo 46, que una obligación «es objetivamente evidente». No existe una «práctica normal» entre Estados y organizaciones internacionales. Además las reglas sobre la ratificación suelen tener carácter constitucional, accesibles a otros Estados, en tanto que las relativas al procedimiento de la competencia respecto a la reserva son, en la mayoría de los Estados, empíricas, relativas a la práctica y no a la ley o a la constitución. Si se decide, sin embargo, que las reservas no pueden estar sujetas a las mismas reglas que las ratificaciones imperfectas, debería hacerse constar en la Guía puesto que no resulta evidente a primera vista. Esta es la finalidad de la directriz 2.1.4 (Falta de consecuencias en el plano internacional de la violación de las normas internas relativas a la formulación de reservas). Si una violación relativa a la competencia para formular reservas tiene consecuencias a nivel internacional, cabe inferir que lo mismo se aplica a las declaraciones interpretativas, sean condicionales o no, como se establece en el párrafo 2 de la directriz 2.4.1 *bis*. No obstante, tal vez sea demasiado evidente para que sea necesario declararlo. También en este caso agradecería que se le facilitara orientación, ya que reconoce que las razones aducidas no son necesariamente cartesianas y su entusiasmo por el cartesianismo no es compartido por todos los miembros de la Comisión.

66. Espera que los proyectos de directrices 2.1.1 a 2.1.4, 2.4.1 y 2.4.2 puedan remitirse al Comité de Redacción, donde pueden mejorarse. En el curso de los debates agradecería, sin embargo, que se contestase a varias cuestiones en especial. En primer lugar, ¿debe la Comisión adoptar en materia de reservas las reglas del artículo 7 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 relativas a la competencia para expresar el consentimiento para obligarse, o debe flexibilizar esas reglas? En segundo lugar, ¿cuál de las dos versiones sugeridas de directriz 2.1.3 proporcionaría una mejor base a los debates del Comité? En tercer lugar, si, como sería su preferencia, se adopta la versión más larga de directriz 2.1.3, ¿debe incluirse la hipótesis marginal del apartado *d* del párrafo 2? En cuarto lugar, ¿debe contener la Guía de la práctica directrices sobre la competencia a nivel nacional para formular una reserva o una declaración interpretativa? Por último, ¿debe haber una directriz sobre las consecuencias internacionales, o la falta de ellas, de una violación de las normas internas relativas a la formulación de declaraciones interpretativas? Por lo que a la reserva respecta, no tiene duda alguna de que deben mencionarse en la Guía sus consecuencias internacionales.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2690.ª SESIÓN

Martes 17 de julio de 2001, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Peter KABATSI

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Candioti, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Illueca, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sr. Yamada.

Protección diplomática[1] *(conclusión)* (A/CN.4/506 y Add.1[2], A/CN.4/513, secc. B, A/CN.4/514[3])

[Tema 3 del programa]

INFORMES PRIMERO Y SEGUNDO DEL RELATOR ESPECIAL *(conclusión)*

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a continuar el examen de los artículos 10 y 11 que figuran en el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/514).

2. El Sr. MOMTAZ dice que la norma del agotamiento de los recursos internos enunciada en el artículo 10 es incontestablemente una norma de derecho internacional consuetudinario, confirmada por la jurisprudencia y la doctrina y por la práctica de los Estados y que se funda en el respeto de la soberanía y la jurisdicción del Estado sobre cuyo territorio se ha cometido el hecho ilícito. Hay dos cuestiones que merecen una atención más detenida a causa de su importancia. La primera guarda relación con el sentido y el alcance de la definición de «recursos legales internos» y la segunda sobre las condiciones en que no es necesario haber agotado los recursos internos.

3. La respuesta que da el Relator Especial a la primera cuestión es satisfactoria, aunque convendría precisarla en el comentario. Así, el Relator Especial excluye del ámbito de la disposición los recursos administrativos y de otra clase que no son judiciales ni cuasijudiciales y que tienen carácter discrecional. El Sr. Momtaz abriga ciertas dudas sobre la validez de este criterio. En efecto, en la medida en que los recursos internos están destinados a dar satisfacción a la víctima, lo que cuenta es el resultado y no los medios con que se obtiene ese resultado. No hay pues motivo para excluir los medios de que disponen las autoridades de un país para reparar un perjuicio mediante el ejercicio de sus facultades discrecionales, tanto más cuanto que los recursos en gracia son a veces más eficaces que los recursos jurídicos. En cambio, el Sr. Momtaz opina, al igual que el Relator Especial, que habría que conservar en el comentario la idea de que el agotamiento de los recursos internos comprende también el empleo de los procedimientos judiciales que el derecho interno pone a disposición de los reclamantes ante los juzgados y los tribunales. El párrafo 15 del informe le satisface pues plenamente.

4. Además, habría quizá que mencionar en el comentario el caso en que los Estados interesados, a saber, el Estado en cuyo territorio se ha cometido el hecho ilícito y el Estado cuyo nacional ha sufrido un daño, se ponen de acuerdo en prescindir de la aplicación de la norma del agotamiento de los recursos internos. Eso es lo que hicieron los Estados Unidos y la República Islámica del Irán cuando se comprometieron a solucionar sus conflictos ante un tribunal arbitral. Se puede dar el caso inverso, cuando los Estados se ponen de acuerdo en ofrecer a sus nacionales el recurso a instancias internacionales. Quizá valga la pena mencionar la cuestión aunque, estrictamente hablando, no concierne a los recursos internos.

5. En lo que respecta a la segunda cuestión, el Sr. Momtaz observa que en el artículo 10 se indica sencillamente que los recursos internos deben estar disponibles. Sin embargo, en el párrafo 17 del informe se precisa que esta expresión significa que los recursos deben estar disponibles en forma teórica tanto como práctica. Además, en el párrafo 13 el Relator Especial se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Nielsen* c. *Danemark* según la cual el recurso interno debe ofrecer un medio de reparación «efectivo y suficiente» [pág. 439]. Ello induce a pensar que no sería necesario agotar los recursos internos si éstos no son eficaces. Ahora bien, contrariamente al criterio de la disponibilidad, que es eminentemente objetivo, el criterio de la eficacia es muy subjetivo. ¿Cómo juzgar en efecto la eficacia de un recurso interno? Esta cuestión suscita inevitablemente la del proceso equitativo, que es objeto de abundante controversia en derecho internacional. La administración de justicia es uno de los atributos esenciales de la soberanía del Estado. El Estado debe evidentemente cerciorarse de que su sistema judicial responde a las normas exigidas en materia de independencia y de imparcialidad, pero los demás Estados no tienen *a priori* por qué hacer un juicio de valor sobre la eficacia o la ineficacia de su sistema judicial. Según el Sr. Momtaz, sólo se debe prescindir de la norma del agotamiento de los recursos internos en casos excepcionales, a saber, cuando el procedimiento se ha retrasado injustificadamente o cuando se ha venido abajo el aparato judicial del Estado en cuestión.

6. El texto del artículo 11 es enteramente satisfactorio. Habría que mencionar sin embargo en el comentario los casos en que el hecho ilícito causa un perjuicio a nacionales de diversos Estados. Más valdría también, como propone el Relator Especial, reservar para el comentario la cuestión de los factores que se han de tener en cuenta para decidir si se trata de una reclamación directa o indirecta. La condición de disponibilidad enunciada en el artículo 10 comprende la denegación de justicia y no es pues necesario volver sobre este concepto. Por último, es pertinente y útil mantener la distinción entre normas primarias y normas secundarias.

7. En conclusión, el Sr. Momtaz recomienda que se remitan al Comité de Redacción los dos proyectos de artículos.

8. El Sr. ELARABY recuerda que el respeto de la soberanía del Estado es la razón de ser de la norma del agotamiento de los recursos internos, que los países en desarrollo consideran importantísima. Aunque, como han señalado varios miembros, la Comisión sólo podrá examinar esta cuestión a fondo a la luz del artículo 14, conviene sin embargo mencionar tres puntos de interés práctico.

9. El primero es la naturaleza y el alcance de los recursos disponibles. Cabe preguntarse si se debe interpretar que la norma del agotamiento de los recursos internos exige apelar a la instancia jurisdiccional más elevada. En ciertos países, entre ellos Egipto y Francia, existe una jurisdicción de última instancia, el Tribunal de Casación,

[1] 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.

[2] Véase *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte).

[3] Reproducido en *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte).