

44. El PRESIDENTE opina que sería más acertado que el Relator Especial siguiera adelante con la presentación de su informe.

45. El Sr. SIMMA no tiene nada que decir a esta presentación fragmentaria del informe que se estudia, aunque considera, lo mismo que el Sr. Pellet, que la cuestión de la carga de la prueba guarda relación con las de la inutilidad, la dilación excesiva y la denegación de acceso a los tribunales. Sería ilógico tratar aparte los apartados *a*, *e* y *f* del artículo 14 para volver sobre ellos al examinar el artículo 15. Todas esas disposiciones deberían examinarse juntas; en cuanto a las de los apartados *b*, *c* y *d* del artículo 14, es cierto que no tienen nada que ver con la cuestión de la carga de la prueba.

46. El Sr. DUGARD (Relator Especial) opina que en efecto los apartados *b*, *c* y *d* del artículo 14 pueden examinarse aparte de los apartados *a*, *e* y *f* del mismo artículo. Está dispuesto a presentar el artículo 15 en la próxima sesión.

Organización de los trabajos del período de sesiones (continuación)

[Tema 2 del programa]

47. El Sr. CANDIOTI (Presidente del Grupo de Planificación) indica que el Grupo de Planificación estará integrado por los siguientes miembros: Sr. Addo, Sr. Al-Marri, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Galicki, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Koskenniemi, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Opertti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Tomka y Sr. Kuznetsov, miembro nato.

Se levanta la sesión a las 12.50 horas.

2714.ª SESIÓN

Jueves 2 de mayo de 2002, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Marri, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candiotti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kateka, Sr. Kuznetsov, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Opertti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Homenaje a la memoria de Paul Szasz

1. El PRESIDENTE dice que tiene el triste deber de comunicar la desdichada noticia del fallecimiento de Paul Szasz, colega y amigo de muchos miembros de la Comisión.

Por invitación del Presidente, los miembros de la Comisión observan un minuto de silencio.

Organización de los trabajos del período de sesiones (continuación)

[Tema 2 del programa]

2. El PRESIDENTE anuncia que el Sr. Sergei Ordzhonikidze, Secretario General Adjunto y Director General de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, y el Sr. Hans Corell, Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos y Asesor Jurídico, han felicitado a la Comisión por su labor. El Grupo de Planificación de la Comisión ha hecho ciertos progresos en su primera reunión, pero no ha podido terminar su tarea, sobre todo en lo que se refiere a la elección de un nuevo tema además del tema de la responsabilidad de las organizaciones internacionales y el de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. Anima a los miembros de la Comisión que no forman parte del Grupo de Planificación a que consideren la posibilidad de participar en la elección del nuevo tema y a que, con este fin, estudien el anexo del informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 52.º período de sesiones¹, que contiene la lista de posibles temas junto con breves resúmenes de su posible contenido.

Protección diplomática² (continuación) (A/CN.4/514³, A/CN.4/521, secc. C, A/CN.4/523 y Add.1⁴, A/CN.4/L.613 y Rev.1)

[Tema 4 del programa]

INFORMES SEGUNDO Y TERCERO DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

3. El Sr. DUGARD (Relator Especial) continúa la presentación de su tercer informe (A/CN.4/523 y Add.1) y dice que los apartados *a*, *e* y *f* del proyecto de artículo 14 tratan de la cuestión de la inutilidad o ineficacia, en otras palabras, de las circunstancias en las cuales un Estado no está obligado a agotar los recursos internos, esto es, cuando estos recursos son obviamente inútiles, no ofrecen posibilidades razonables de éxito o no ofrecen una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo ante los tribunales del Estado demandado. A los miembros de la Comisión se les pidió que examinaran esas tres circunstancias con el fin de decidir cuál de ellas permitía plasmar

¹ *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte).

² 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.

³ Véase *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte).

⁴ Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

mejor la regla de la inutilidad o ineficacia. Personalmente prefiere el tercer criterio. El Sr. Pellet ha sugerido que tal vez fuese útil que él presentara el artículo 15, que trata de la carga de la prueba, ya que guarda relación directa con los apartados *a*, *e* y *f* del artículo 14. Ahora bien, quedan por exponer otros dos aspectos del artículo 14: el del apartado *b*, relativo a la dispensa, y el de los apartados *c* y *d*, que tratan del vínculo voluntario y la conexión territorial. Esos dos aspectos plantean problemas muy diferentes y quizá conviniera dejarlos a un lado por el momento.

4. La carga de la prueba en contenciosos internacionales se refiere a lo que debe probarse y a quién debe probarlo. Es una cuestión difícil de codificar, primero porque no existe en derecho internacional una norma clara y detallada similar a la que figura en muchos ordenamientos jurídicos nacionales, y segundo porque las circunstancias varían de un caso a otro y es difícil elaborar normas generales que sean aplicables en todos los casos. Sin embargo, la cuestión es importante desde el punto de vista del agotamiento de los recursos internos y habría que incluir en el proyecto alguna norma al respecto. ¿Qué normas cabría deducir de la doctrina actual en la materia?

5. Un principio general que parece ampliamente aceptado, y que entra en la categoría de los principios de derecho aceptados por las naciones civilizadas, es que la carga de la prueba recae en la parte que hace una afirmación. Este principio es el que él ha incorporado en el párrafo 1 del artículo 15. En el párrafo 102 de su informe ha citado una serie de máximas en latín que corroboran ese principio, aunque advierte a los nuevos miembros de la Comisión que existe cierto desacuerdo en su seno acerca de la conveniencia de utilizar máximas latinas.

6. Sin embargo, el principio general no basta. La Comisión debe ir más lejos y tratar de establecer otras normas. Cree que son importantes otros dos principios, y por eso los ha incorporado en el párrafo 2 del artículo 15. Ambos se refieren a la carga de la prueba desde la doble perspectiva de la existencia y eficacia de los recursos internos. En anteriores intentos de codificar la norma sobre los recursos internos se evitó cuidadosamente caer en la tentación de elaborar disposiciones sobre esos dos aspectos. El artículo 22 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados aprobado por la Comisión en su 48.º período de sesiones⁵ no abordaba esta cuestión. Sí debe señalar el útil intento de Kokott, a que se hace referencia en el párrafo 103 del informe, de enunciar esos principios⁶.

7. La cuestión también ha sido examinada con cierto detenimiento por diversos órganos encargados de vigilar la aplicación de los tratados de derechos humanos, y la jurisprudencia de esos órganos corrobora dos tesis, a saber, que el Estado demandado debe probar que existía un recurso interno que no ha sido agotado por el Estado demandante, y que, si existía algún recurso interno, el Estado demandante debe probar que ese recurso era ineficaz o que existía alguna otra excepción que le eximía de la obligación de agotar el recurso interno. Ahora bien, esa jurisprudencia está muy basada en los instrumentos por los que se establecieron los órganos de vigilancia de tales tratados, y de aquí que sea discutible que los principios

enunciados por esos órganos se puedan trasladar directamente al ámbito de la protección diplomática.

8. En cuanto a las decisiones arbitrales y judiciales, en los principales asuntos en los que se ha abordado la norma del agotamiento de los recursos internos la cuestión la plantearon directamente el tribunal o una de las partes en sus alegatos. Los principios que acaba de exponer someramente encontraron cierto apoyo en el asunto *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, el arbitraje sobre el asunto *Arbitrage relatif aux navires finlandais*, la demanda *Ambatielos*, el asunto *ELSI*, el asunto *Incident aérien du 27 juillet 1955* y el asunto *Emprunts norvégiens*. Aunque el lenguaje utilizado por el abogado defensor o por el tribunal en esos asuntos no siempre está claro, pueden sacarse dos conclusiones. La primera es que recae sobre el Estado demandado la carga de probar la existencia de recursos internos, y la segunda es que el Estado demandante es quien debe probar que, si existen recursos internos, éstos son ineficaces o que se aplica alguna otra excepción, por ejemplo, que se ha ocasionado un daño directo al Estado demandante.

9. Sin embargo, resulta difícil establecer normas generales porque los hechos que concurren en cada caso pueden imponer una norma diferente. Esto se puede ilustrar con el asunto *Emprunts norvégiens*, que se suele citar al hablar de esta cuestión. Francia había intentado presentar una demanda en nombre de ciudadanos franceses supuestamente lesionados por Noruega. Noruega admitió que tenía que demostrar la existencia de recursos internos, pero argumentó que era Francia quien tenía que probar que esos remedios eran ineficaces si afirmaba tal cosa. Francia había sostenido que la legislación le impedía someter la reclamación ante los tribunales noruegos y que la legislación, tal como estaba redactada, hacía que la vía de los recursos internos resultara inútil. En relación con esta cuestión el magistrado Lauterpacht enunció cuatro principios que gozan de gran aceptación entre los tratadistas: corresponde al Estado demandante probar que no existen recursos eficaces que se puedan utilizar; esta prueba no es necesaria si existe legislación que aparentemente priva de un recurso a los demandantes que no son Estados; en ese caso corresponde al Estado demandado demostrar que, pese a la falta aparente de un recurso, se puede suponer razonablemente su existencia; y el grado de la carga de la prueba no debe ser tan estricto que haga excesivamente difícil la prueba.

10. Aunque Lauterpacht enunció cuatro principios, esto no contradice su propia hipótesis sobre la aplicabilidad de dos principios, pues se los invocó en las circunstancias poco habituales que concurrían en el asunto *Emprunts norvégiens*. Esa hipótesis la recoge también Jiménez de Aréchaga en una de sus obras⁷, citada en el párrafo 115 del informe. En consecuencia, su tesis fundamental sigue siendo que existen esencialmente dos reglas con respecto a la existencia y eficacia de los recursos internos, reglas que están recogidas en los apartados *a* y *b* del artículo 15.

⁵ Véase 2712.ª sesión, nota 7.

⁶ *Ibid.*, nota 9.

⁷ E. Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», en M. Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law*, Londres, Macmillan, 1968, pág. 531.

11. La Comisión tiene ahora ante sí los artículos 12, 13 y 15 y los apartados del artículo 14 que tratan de la inutilidad, la dilación excesiva y la denegación de acceso. Invita de nuevo a los miembros de la Comisión a que ciñan sus observaciones a esas disposiciones y no aborden por el momento los apartados del artículo 14 relativos a la dispensa, el vínculo voluntario y la conexión territorial, ya que los presentará más adelante.

12. El Sr. MOMTAZ da las gracias al Relator Especial por su excelente informe, que ha llegado a poder de los miembros de la Comisión con suficiente antelación para poder estudiarlo cuidadosamente, y dice que primero se referirá a la cuestión del rumbo que debe darse a la labor futura. El Relator Especial ha propuesto que se limite el alcance del tema con el fin de concluir el examen del proyecto de artículos en segunda lectura durante el quinquenio presente. Es una intención digna de alabanza y que aumentaría la credibilidad de la Comisión, pero no se la debe poner en práctica empleando atajos que socavarían la evolución del derecho internacional en este campo. En su opinión, el proyecto de artículos debe establecer ciertas directrices sobre la protección funcional de sus funcionarios por las organizaciones internacionales con objeto de que los Estados puedan solucionar cualquier problema que pueda plantear esa protección. ¿Está legitimada una organización internacional para ejercitar esa protección funcional simultáneamente con el ejercicio de la protección diplomática por el Estado del cual es nacional el funcionario? ¿Debe darse preferencia al Estado en este terreno y situar quizá a la organización internacional en una posición inferior? Estas son las cuestiones que planteó la CIJ en su opinión consultiva relativa al asunto *Réparation*, cuestiones a las que todavía no se ha dado respuesta.

13. La evolución del derecho internacional se caracteriza por una preocupación cada vez mayor por el respeto a los derechos humanos. En el comentario al artículo 8 se podría mencionar el derecho del Estado de la nacionalidad de un buque o aeronave a presentar una reclamación en nombre de la tripulación, aunque tal vez no merezca que se le dedique un artículo separado. Esto también se podría hacer con respecto a la situación de las personas que se encuentran en un territorio administrado por una organización internacional a raíz de los abusos o atrocidades cometidos por ciertos Estados. Una serie de hechos recientes proporcionan ejemplos de situaciones de ese tipo.

14. En cuanto a la doctrina de las «manos limpias» mencionada por el Sr. Candioti, acerca de la cual el Sr. Brownlie y el Sr. Pellet tuvieron un debate muy interesante, se siente inclinado a aceptar la tesis expuesta por el Sr. Brownlie por varias razones. Aunque es cierto que los extranjeros tienen derecho a que se reconozcan las garantías procesales debidas en los países en los que residen y, a cambio, están obligados a respetar la ley y las normas legales de esos países, el hecho es que en una serie de casos la legislación interna del Estado en el que aquéllos residen puede estar en contradicción con el derecho internacional. Obviamente, en este tipo de situaciones no se aplica la doctrina de las «manos limpias». Los argumentos expuestos por Reuter ante la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction* también coinciden con la teoría del Sr. Brownlie. Reuter aludió en ese asunto al carácter heterogéneo del requisito de la admisibilidad de

las reclamaciones internacionales y señaló que la doctrina de las «manos limpias» estaba todavía por desarrollar. Se podría citar también en apoyo de la teoría del Sr. Brownlie un estudio publicado en la década de 1960 por Salmon, jurista belga, basado en un laborioso análisis de laudos arbitrales y de las decisiones de diversas comisiones de reclamaciones⁸.

15. Está de acuerdo con los que piensan que no es necesario entrar a discutir si el agotamiento de los recursos internos es una cuestión de procedimiento o de fondo. Como ha demostrado el Relator Especial en su informe, la distinción ha surgido sobre todo durante la codificación del derecho sobre la responsabilidad de los Estados, concretamente al intentar determinar el momento a partir del cual un hecho internacionalmente ilícito hace nacer la responsabilidad del Estado autor del hecho ilícito. En otras palabras, la cuestión está en determinar si la responsabilidad del Estado nace tan pronto como se comete el hecho internacionalmente ilícito, con independencia de que se hayan agotado los recursos internos. La respuesta a esta cuestión depende de que uno considere que el agotamiento de los recursos internos es una cuestión de procedimiento o de fondo. En su opinión esto no tiene nada que ver con la protección diplomática, ya que en este terreno el postulado fundamental es la existencia de un hecho internacionalmente ilícito. Personalmente está de acuerdo con las observaciones del Sr. Pellet sobre ese punto. Simplemente lo que hay que hacer es enunciar la norma del agotamiento de los recursos internos, que se aplicaría, como ha señalado el Relator Especial, cuando el daño ocasionado a un extranjero se deba a una violación del derecho interno. En este caso el agotamiento de los recursos internos será indudablemente una cuestión de fondo y no de procedimiento, aunque no es necesario indicarlo así en el proyecto de artículos. En cambio, si el daño es el resultado de la violación de una norma de derecho internacional, el agotamiento de los recursos internos es una mera cuestión de procedimiento. El ejercicio de la protección diplomática podría darse incluso en el supuesto de que no se respetara la norma del agotamiento de los recursos internos, en cuyo caso la invocación de esta norma sería obviamente inútil, sobre todo porque en una serie de situaciones el hecho en cuestión podría no estar prohibido por la ley nacional.

16. El Sr. PELLET dice que le resulta algo difícil de entender la posición del Sr. Momtaz acerca de la doctrina de las «manos limpias». Lo que ha dicho el Sr. Momtaz le parece acertado, pero conduce a la conclusión equivocada. Es cierto que esa teoría todavía está por desarrollar en el campo de la protección diplomática, pero quizá sea ahora precisamente el momento de hacerlo. Esta cuestión ha preocupado desde hace mucho a los juristas, y en vez de discutir el problema y luego dejarlo, ha llegado el momento de que la Comisión lo resuelva. Hay efectivamente casos en que la legislación interna puede estar en contradicción con el derecho internacional, pero en este caso la cuestión será saber si la persona perjudicada estaba obligada a respetar la legislación interna. Probablemente se considerará que esa persona no tiene las manos sucias, sino que las tiene limpias, y en consecuencia no se

⁸ J. J. A. Salmon, «Des “mains propres” comme condition de la recevabilité des réclamations internationales», *Annuaire français de droit international*, vol. 10 (1964), pág. 225.

planteará el problema. Aun así, se trataría de una excepción a la regla de las «manos limpias», y no entiende cómo se podría aducir eso como argumento para no considerar la cuestión. Piensa también que en general se supone que el derecho interno no está en contradicción con el derecho internacional.

17. El Sr. GAJA, refiriéndose primero al artículo 14, dice que está de acuerdo con el Relator Especial en que añadir el adjetivo «efectivos» a los recursos que deberán agotarse conforme al artículo 10 no significa que no se deba incluir una disposición más concreta sobre la eficacia. Esto es lo que se pretende enunciar en el artículo 14 con las disposiciones de los apartados *a*, *e* y *f*. Expresa su preferencia por la opción 2 del apartado *a*; aunque se podría redactar mejor, esa opción recoge la idea fundamental de que un recurso sólo debe agotarse si ofrece una posibilidad razonable de éxito. También sería mejor hablar de «recurso» en singular porque la eficacia de los recursos internos debe probarse recurso por recurso.

18. La excepción contemplada en el apartado *e*, la demora indebida, concierne a un aspecto de la eficacia que quizá habría que indicar expresamente. En su opinión, el texto debe hablar, no de «la demora indebida en ofrecer un recurso interno», sino de la demora del tribunal en tomar una decisión sobre el recurso que se haya utilizado. El problema estriba en que los tribunales tardan demasiado tiempo en tomar una decisión.

19. En cuanto al apartado *f*, si se impide utilizar una vía de recurso interno, habrá que concluir que no existe recurso alguno. La redacción de este apartado no corresponde a lo que se pretende. Los párrafos 100 y 101 del tercer informe se refieren a una situación diferente, esto es, a una en la cual se le niega a un extranjero la entrada en el territorio del Estado supuestamente responsable o existe un peligro para su seguridad si entra en ese territorio. Es muy raro que estos aspectos resulten decisivos si se pide una reparación por la vía civil. Normalmente no se requiere la presencia física del demandante en el territorio del Estado en el cual quiere hacer uso de su pretensión por la vía civil. La excepción debe circunscribirse a aquellos en los cuales la presencia física es una condición indispensable para el éxito del recurso ejercitado. Quizá bastase con mencionar esa posibilidad en el comentario como parte del criterio más general para determinar la eficacia de los recursos internos enunciado en el apartado *a* del artículo 14.

20. En lo concerniente al artículo 15, dice que no está seguro de que se deban incluir en el proyecto de artículos sobre este tema normas relativas a la práctica de la prueba. Si se decidiera incluirlas, la Comisión debería examinar también las cuestiones concernientes a la prueba de la nacionalidad. De todos modos, es difícil establecer cuáles son, si es que existen, las normas consuetudinarias en materia de práctica de la prueba. Existen grandes diferencias entre los países de derecho anglosajón y los países de tradición jurídica romanista en lo tocante a los principios más fundamentales, entre ellos la carga de la prueba. En los países de tradición jurídica romanista no existe el sistema de la prueba indiciaria. Esto tiene sus repercusiones en los tribunales internacionales. Las normas relativas a la práctica de la prueba también varían considerablemente, según el tipo de procedimiento internacional.

Existe una enorme diferencia entre el procedimiento que se sigue en la CIJ y los que aplican los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. Además, el mismo órgano de uno de estos tratados puede aplicar normas diferentes relativas a la práctica de la prueba en cada fase del procedimiento. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede decidir que una demanda es inadmisibile por no haberse agotado los recursos internos, incluso sin que tenga que notificarlo al Estado demandado. Si se lo notifica, entonces la posición que éste adopte ante el agotamiento de los recursos internos tendrá su importancia, ya que si no objeta la resolución del Tribunal en la que éste determina que no se agotaron los recursos internos, el Tribunal no examinará por propia iniciativa la cuestión. En relación con esto también puede decirse que si un Estado plantea la cuestión del no agotamiento de los recursos internos, recaerá sobre él una carga de la prueba que excedería la que se impone al Estado demandado en otras instancias procesales internacionales. Al margen de lo que diga sobre la carga de la prueba, todo dependerá de los principios y reglas aplicables a cada procedimiento concreto.

21. Sirve de poco afirmar como principio general, como se hace en el párrafo 1 del artículo 15, que quien afirma algo debe probarlo. Se trata de una vieja máxima que de todos modos no es exacta. Lo que importa realmente no es lo que se afirma, sino el interés que pueda tener esa parte en acreditar determinado hecho que le parezca pertinente. Aunque el párrafo 1 menciona el agotamiento de los recursos internos, un principio general de ese tipo está totalmente fuera de lugar en un proyecto de artículos sobre la protección diplomática.

22. La distinción «noruega» que se establece en el párrafo 2 del artículo 15 entre la existencia de un recurso interno, que debe probar el Estado demandado, y la ineficacia de ese recurso, que debe probar el Estado demandante, es un tanto artificial. Un recurso que no ofrezca ninguna posibilidad de éxito, esto es, que no sea eficaz, no es un recurso que sea necesario agotar. En consecuencia, el interés del Estado demandado no se limita a probar que existe el recurso. Debe también probar que éste ofrece posibilidades razonables de éxito. El lenguaje utilizado en el fallo sobre el asunto *ELSI* parece transmitir en parte la idea de que el Estado demandado sólo tiene que probar que existe un recurso interno. Pero no cabe la menor duda de que el recurso existía; lo que se discutía más bien era la eficacia del recurso al no haber en el momento en que se produjo el supuesto daño ningún precedente judicial pertinente. Se trataba más de una cuestión de eficacia del recurso que de su existencia o no.

23. Hay en la doctrina y en la jurisprudencia ejemplos que confirman que la carga de la prueba recae sobre el Estado demandado en lo que se refiere al agotamiento de los recursos internos y que esa carga es más severa que otros aspectos concernientes a la admisibilidad o a cuestiones de fondo. Pero se pregunta si eso se debe a algo propio que tiene que ver específicamente con el agotamiento de los recursos internos o si existen otras razones. Por ejemplo, es muy difícil para la CIJ decidir si en un Estado existe un recurso eficaz. El Estado demandado está en mucha mejor situación que los jueces o el demandante para demostrar la existencia de recursos internos. También el Estado de nacionalidad es el que mejor puede

proporcionar pruebas sobre la nacionalidad de la persona. En este último caso la carga de la prueba recae sobre el Estado demandante. Por consiguiente, que el Estado sea el demandante o el demandado parece tener menos importancia que la posibilidad de aportar la prueba.

24. El Sr. BROWNLIE dice para empezar que quiere disipar toda impresión que pueda haber dado antes de ser excesivamente crítico con el tercer informe del Relator Especial, que de hecho es un modelo en su género.

25. Está de acuerdo en general con el planteamiento utilizado en el artículo 14, pero no con el tratamiento dado al requisito del vínculo voluntario en el apartado *c*, pues se dice que no es necesario agotar los recursos internos cuando no existe un vínculo voluntario entre la persona agraviada y el Estado demandado. Lo que se afirma realmente en el comentario del Relator Especial es más bien una sugerencia. En el párrafo 70 se afirma que no hay fundamentos claros a favor o en contra de la exigencia de un vínculo voluntario. Esto es cierto, pero no entiende qué conclusión se puede sacar de este hecho. La Comisión podría iniciar un desarrollo progresivo de esta cuestión, y sería un ejemplo clásico de intentar una tarea semejante teniendo en cuenta el antecedente de un gran número de principios ya existentes. Hacerlo no significaría partir de cero, pues existe abundante material sobre los recursos internos. Se trata exactamente de una cuestión ante la cual la Comisión debe adoptar una posición clara. Los párrafos 84 y 85 del informe, en los que parece sugerirse que la cuestión no se planteará con mucha frecuencia, se refieren a asuntos en los cuales se puede argumentar que existe un perjuicio directo al Estado de todos modos y que, en consecuencia, no se aplicaría la norma del agotamiento de los recursos internos. Pero con esto se elude la cuestión de si debe existir un vínculo voluntario. El párrafo 89 contiene también una conclusión bastante provisional, pero esencialmente negativa, sobre la cuestión de si la existencia del vínculo voluntario debe ser requisito para la aplicabilidad de la norma del agotamiento de los recursos internos. Resulta desalentador que el Relator Especial haya evitado entrar a discutir una cuestión de política como ésta. Lo que ha hecho ha sido quejarse de que se trate de una cuestión de procedimiento o de fondo, no de que no se plantee tal cuestión, sino de que ésta sea la única cuestión teórica que parece haberse debatido. La Comisión debería ocuparse más directamente de las cuestiones de política. No está de acuerdo con la conclusión que se desprende del comentario de que la cuestión del vínculo voluntario es un tema puramente académico. Las circunstancias que rodearon el asunto *Incident aérien du 27 juillet 1955* no son por desgracia tan excepcionales, y se trata ciertamente de una cuestión muy seria que es preciso abordar.

26. El Sr. Gaja está en lo cierto al decir que no necesario debatir separadamente el apartado *f* del artículo 14. Esta disposición se podría examinar dentro del debate sobre la cuestión general de la eficacia.

27. Con respecto al artículo 15 opina, como el Sr. Gaja, que no es necesaria tal disposición. Será difícil llegar a un acuerdo sobre la cuestión a que se refiere ese artículo. También le parece innecesario incluir un artículo consagrado expresamente a la carga de la prueba, que es una cuestión que se plantea en cualquier situación y que debe

ser abordada dentro de ese contexto; no le parece necesario que cada vez que se discute un problema haya que incluir una disposición al respecto.

28. El Sr. MOMTAZ dice que le complace que el Sr. Pellet haya admitido que la doctrina de las «manos limpias» todavía no ha tomado cuerpo. Es una cuestión que debe dejarse, no a la codificación, sino al desarrollo progresivo del derecho internacional.

29. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que sería mejor que los miembros de la Comisión se abstuvieran por el momento de comentar el apartado *c* del artículo 14, pues todavía no lo ha presentado. Refiriéndose a una observación que hizo el Sr. Brownlie, manifiesta que es indudable que toda persona que acepta actuar como Relator Especial escuchará inevitablemente duras críticas de otros miembros. Después de todo, esto forma parte de la naturaleza de los debates de la Comisión.

30. El Sr. Brownlie y el Sr. Gaja han suscitado una cuestión que habría que tratar con más profundidad, a saber, la de si hace falta verdaderamente incluir normas de procedimiento. El Sr. Gaja se ha referido al conflicto entre los enfoques propios del derecho anglosajón y los propios de la tradición jurídica romanista. En el ámbito del derecho penal actual, por ejemplo los tribunales especiales o la Corte Penal Internacional, el intento de llegar a una posición común es un aspecto muy importante. Se pregunta si no ha llegado el momento de que la Comisión intente establecer unos principios en materia de normas sobre la práctica de la prueba que fueran aplicables tanto a los países del derecho anglosajón como a los países de tradición jurídica romanista.

31. El PRESIDENTE agradece al Relator Especial su posición global sobre la cuestión objeto de debate.

32. La Sra. XUE dice que ella es partidaria de excluir del ámbito de la protección diplomática las cuestiones mencionadas en el párrafo 16 del tercer informe. El núcleo de la cuestión de la protección diplomática es el principio de nacionalidad, esto es, el vínculo entre un Estado y los nacionales suyos que se encuentran en el extranjero. Cuando un Estado afirma tener un interés jurídico en ejercitar la protección diplomática ante un hecho internacionalmente ilícito resultante de un perjuicio causado a un nacional suyo, el vínculo entre el interés jurídico y ese Estado debe ser la nacionalidad del nacional. En conjunto se puede decir que hasta el momento se ha respetado ese principio en todo el proyecto. Ahora bien, si se incluyeran las cuestiones mencionadas en el párrafo 16, incluso como casos excepcionales, esto afectaría inevitablemente a la naturaleza de las normas sobre la protección diplomática, ya que ampliarían excesivamente el derecho de los Estados a intervenir. Dados los antecedentes históricos de su aplicación, lo que acaba de decir no es en absoluto disparatado.

33. Comprende la preocupación por proteger a los funcionarios de organizaciones internacionales, pero se pregunta si a eso se le puede llamar protección diplomática. Si la Comisión está de acuerdo en excluir del ámbito del tema que se examina la protección de los funcionarios diplomáticos y consulares, habría que aplicar la misma lógica a los funcionarios de las organizaciones

internacionales. También el personal de las fuerzas armadas está protegido normalmente por el Estado al que pertenecen dichas fuerzas, pero esta protección como tal no se considera protección diplomática. Está de acuerdo con el Relator Especial en que esa protección funcional sea objeto de un estudio separado en caso de que se considere necesario examinarla.

34. En el caso de la tripulación de un buque o aeronave la cuestión radica, no en el tipo de protección que debe dispensar un Estado a sus nacionales en el extranjero, sino en cómo evitar reclamaciones contrapuestas de distintos Estados. Si el buque enarbola un pabellón de conveniencia, el Estado de matrícula no tendrá más interés en ejercer la protección diplomática sobre la tripulación que su propio Estado de nacionalidad si éste no lo hace. El derecho marítimo o el derecho aéreo deben ocuparse de la cuestión, si tal protección ha planteado realmente un problema en derecho internacional.

35. En la práctica se dan casos en los cuales un Estado delega el derecho de ejercer la protección diplomática de sus nacionales o sus intereses económicos en otro Estado cuando se han suspendido las relaciones diplomáticas o se trata de una emergencia, pero en este tipo de situaciones procede hablar más bien de representación anticipatoria que de protección diplomática. Está de acuerdo con el Sr. Mansfield en que es difícil imaginar que esa delegación culmine en un procedimiento judicial sin que haya intervención directa del Estado que delega.

36. El último caso mencionado en el párrafo 16 del tercer informe parece querer decir que el Estado o la organización internacional que administra o controla un territorio debe tener el derecho de ejercer la protección diplomática sobre los habitantes de ese territorio mientras se encuentran en el extranjero. Sin embargo, en la práctica, esa administración o control suele tener un carácter temporal hasta que se puede investir un gobierno legítimo; ese tipo de representación, aunque se ejerza con el fin de proteger los derechos humanos, no se debe calificar de protección diplomática.

37. Lo que más le preocupa del contenido de los artículos 12 y 13 es la distinción que se hace entre las violaciones del derecho interno y las violaciones del derecho internacional. Habría que reconsiderar el artículo 13 y lo mejor sería suprimirlo, mientras que se debería dar una redacción más severa al artículo 12 estableciendo en él la obligatoriedad de la norma del agotamiento de los recursos internos con respecto tanto al procedimiento como al fondo, si se quisiera diferenciar ambos aspectos. En ese caso sería esencial indicar cuáles serían las excepciones que se autorizarían a aquella norma.

38. El comentario del Relator Especial sobre el artículo 14 es muy útil, pero aunque se dan muchos casos de denegación de justicia en el terreno del procedimiento y existen numerosos estudios académicos sobre esta cuestión, no todos tienen las mismas opiniones acerca del tema. Además, algunas de las disposiciones redactadas para dar concreción a la norma de la inutilidad podrían dejar demasiado espacio para el juicio subjetivo del demandante, y por ejemplo el apartado *b* del artículo 14, relativo a la dispensa, se podría mejorar estudiando con mayor detalle las diferentes cuestiones que plantea la dispensa tácita.

39. En lo que se refiere al artículo 15, manifiesta que el Sr. Gaja ha señalado acertadamente que, a causa de las diferencias que existen entre los distintos ordenamientos jurídicos, es difícil establecer reglas generales en el ámbito del derecho internacional.

40. Por último, se muestra renuente a entrar a discutir la norma de las «manos limpias»; como política, no se debe permitir que los demandantes utilicen la protección diplomática como medio de evitar la responsabilidad jurídica en que incurren como consecuencia de sus propios actos ilícitos según el derecho interno al que ellos mismos se han sometido voluntariamente.

41. El Sr. BROWNLIE dice que la distinción entre protección diplomática y protección funcional es válida en ciertas situaciones, como lo ha demostrado la CIJ en su opinión consultiva sobre el asunto *Réparation*. En cambio, no le ha convencido del todo la Sra. Xue cuando ha empleado esa distinción en relación con la protección diplomática ejercida en favor de miembros del personal de las fuerzas armadas. En este caso concreto lo que ocurre es que el Estado al que pertenecen las tropas hace valer su interés jurídico; lo mismo ocurre con las tripulaciones de buques o aeronaves, como se ha reconocido en varios fallos judiciales recientes.

42. La protección diplomática se suele considerar una cuestión en la que interviene la admisibilidad de la reclamación. Sin embargo, en realidad es a la vez la expresión de un interés jurídico y el instrumento mediante el cual un Estado hace valer ese interés al efectuar una reclamación diplomática. Cuando se somete un asunto a la CIJ o a un tribunal de arbitraje, suponiendo que no se plantee ningún problema de competencia o admisibilidad, la vertiente instrumental entra dentro del dominio del derecho y lo demás pertenece al terreno de los intereses nacionales. El principio de nacionalidad es desde luego la expresión principal del interés jurídico de los Estados en proteger a sus nacionales, empresas y organismos, pero la ley puede reconocer otras bases en las que fundamentar ese interés jurídico, por ejemplo, la pertenencia a las fuerzas armadas.

43. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO manifiesta su aprecio y respeto por la labor que ha realizado el Relator Especial en el complejo tema de la protección diplomática. Está de acuerdo en que al no poderse pronunciar con seguridad sobre las normas que han de regir la protección diplomática, la Comisión debe escoger entre las distintas normas posibles basándose en su equidad en la sociedad internacional contemporánea; la labor de la Comisión en este terreno es tanto de codificación como de desarrollo progresivo del derecho, pero teniendo en cuenta los cambios que se producen constantemente en este ámbito.

44. La protección funcional de sus funcionarios por las organizaciones internacionales (párr. 16 del informe) no se debe incluir en el proyecto de artículos porque constituye una excepción al principio de nacionalidad, que es fundamental para la cuestión de la protección diplomática. Esta protección, que ha sido tratada ampliamente por distintos juristas y por la CIJ, supone la personación de una organización internacional en nombre de sus funcionarios en una demanda contra el Estado del territorio, entendiéndose por éste el Estado en cuyo territorio aquellos funcionarios

han sufrido el daño, definición que habría que pensar en incluir en la lista de términos que se deberán definir en el proyecto de artículos. En su opinión consultiva sobre el asunto *Réparation*, la Corte ha indicado claramente que la reclamación presentada por la Organización se basaba, no en la nacionalidad de la víctima, sino en su condición de agente de la Organización. En su fallo relativo al asunto *Jurado*, el Tribunal Administrativo de la OIT afirmó también que los privilegios e inmunidades de los funcionarios de la OIT se concedían exclusivamente por razón de los intereses de la Organización.

45. Estas decisiones plantean cuestiones interesantes cuando el Estado de nacionalidad y una organización internacional entablan reclamaciones contrapuestas. Lo que sí debe estar claro es que, como ha señalado la CIJ en su opinión consultiva en el asunto *Réparation*, la posibilidad de competencia entre el derecho de protección diplomática del Estado y el derecho de protección funcional de la organización no pueden dar origen a dos reclamaciones o dos actos de reparación. En consecuencia, aunque está de acuerdo en que las cuestiones mencionadas en los párrafos 16 y 17 del tercer informe no caen dentro del ámbito del tema que se discute, sí podrían justificar que se debatiese la necesidad de limitar las reclamaciones y reparaciones.

46. Es preciso llegar a un equilibrio entre el principio general según el cual deben agotarse los recursos internos, aspecto que debe quedar indicado claramente, y las excepciones a esa norma. La inutilidad de los recursos internos es una cuestión compleja porque entraña un juicio subjetivo y también por la relación que tiene con la carga de la prueba; en efecto, plantea el problema de si el Estado de nacionalidad puede presentar una reclamación ante un tribunal internacional apoyándose exclusivamente en su creencia de que los recursos internos son por varios motivos inútiles. Aunque no se puede ignorar esta cuestión, se la debe enfocar con mucho cuidado. La Comisión no debe dar la impresión de que establece un principio de jurisdicción complementaria otorgando la competencia a un órgano internacional en aquellos casos en que, en opinión del reclamante, los recursos internos o no existen o son ineficaces. Es importante tener en cuenta la posición adoptada por la CIJ en el asunto *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* e impedir interpretaciones extremas sea a favor del Estado reclamante, sea a favor del Estado del territorio. Por eso, como ha concluido el Relator Especial (párr. 45 del informe), la tercera opción presentada en el apartado *a* del artículo 14 del proyecto resulta preferible como base para redactar una disposición que sea adecuada. Los apartados *e* y *f* del artículo 14 plantean cuestiones que, aunque sean importantes, no son estrictamente esenciales desde el punto de vista del tema que se discute.

47. El Sr. OPERTTI BADAN dice que todavía no ha escuchado ninguna razón de fondo para incluir o excluir las cuatro situaciones mencionadas en el párrafo 16 del tercer informe. La protección funcional de sus funcionarios por las organizaciones internacionales es normalmente un asunto que deben decidir de mutuo acuerdo los Estados y las organizaciones que trabajan en su territorio; la protección diplomática no es la vía a la que se deba acudir en primer lugar. Las reclamaciones presentadas en nombre de las tripulaciones o los pasajeros de buques, que pueden ser buques que operan en zonas de gran actividad pes-

quera o buques de investigación científica que se encuentran en aguas territoriales, pueden plantear cuestiones difíciles de resolver. Un Estado no puede delegar el derecho de ejercer la protección diplomática a menos que se vea en la imposibilidad de ejercer ese derecho. Por último, piensa en una situación hipotética en la cual el Estado de nacionalidad hubiera ejercido la protección diplomática en nombre de nacionales suyos que se encontraban bajo la administración de la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK) tras la intervención de la OTAN. Sería útil que el Relator Especial diera más detalles acerca de las referidas cuatro cuestiones para que la Comisión pueda decidir si las excluye del examen del tema de la protección diplomática. Se impone un debate más amplio, pero también más completo.

48. La Sra. XUE dice que, aunque agradece la aclaración que ha hecho el Sr. Brownlie, el problema principal es el de la conexión entre el Estado reclamante y la persona. Es importante justificar el ejercicio de la protección diplomática por los Estados. Cuando se trasladan al extranjero, los ciudadanos privados establecen un vínculo voluntario que les somete al derecho interno del Estado que los acoge. En cambio, los funcionarios diplomáticos o consulares no crean tal vínculo, como tampoco lo hacen los miembros de las fuerzas armadas o las tripulaciones de buques y aeronaves. Debe también quedar claro que el Estado reclamante no puede intervenir a menos que el Estado del territorio no ofrezca a los nacionales extranjeros una protección acorde con el derecho internacional. Además, si bien la reparación de los daños sufridos por funcionarios de organizaciones internacionales es en efecto una cuestión que cae dentro del ámbito del derecho internacional, lo que más debe interesar a la Comisión es la relación entre el derecho interno y el derecho internacional. Es importante no confundir la protección funcional con la protección diplomática.

49. El Sr. SIMMA señala que varios miembros han expresado sus dudas de que se dé en la práctica el caso de que un Estado ejerza la protección diplomática sobre el nacional de otro Estado como resultado de la delegación de ese derecho (párr. 16 del informe). Se pregunta si ese caso hipotético se basa en una interpretación equivocada del artículo 8 C del Tratado de la Unión Europea, que afirma que «todo ciudadano de un Estado miembro de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado». Ahora bien, esa situación no es un caso de protección diplomática, sino más bien de protección consular normal de los nacionales.

50. El Sr. DUGARD (Relator Especial) está de acuerdo en que la delegación de la protección en el ámbito de la Unión Europea no se puede considerar protección diplomática, aparte de que esta cuestión también ha sido abordada en el proyecto de artículo 9.

51. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO dice que la protección funcional de sus funcionarios por organizaciones internacionales se basa en la condición del funcionario de agente de la organización, lo que trae por consecuencia que esa organización pueda presentar una reclamación

contra un Estado que no sea siquiera miembro de ella, mientras que la protección diplomática se basa en un vínculo de nacionalidad.

Se levanta la sesión a las 11.45 horas.

2715.ª SESIÓN

Viernes 3 de mayo de 2002, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Marri, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Koskenniemi, Sr. Kuznetsov, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Opertti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Protección diplomática¹ (continuación) (A/CN.4/514², A/CN.4/521, secc. C, A/CN.4/523 y Add.1³, A/CN.4/L.613 y Rev.1)

[Tema 4 del programa]

INFORMES SEGUNDO Y TERCERO DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. La Sra. ESCARAMEIA, volviendo sobre la cuestión del carácter de la norma del agotamiento de los recursos internos, planteada en relación con los artículos 12 y 13 que figuran en el segundo informe (A/CN.4/514), y completando sus observaciones formuladas en una sesión anterior, señala, esclarecida por el debate, que esa norma, si bien pertenece al ámbito del procedimiento, también atañe al fondo en sus aspectos prácticos. Señala al respecto que deberían hacerse excepciones para tener en cuenta las situaciones en que su aplicación resulta injusta, por ejemplo, en los casos de cambio de nacionalidad o de rechazo de la competencia de un tribunal internacional. No obstante, habría que comenzar por determinar el momento en que nace el derecho del Estado de hacer valer la protección diplomática, que sería probablemente el mo-

mento en que su nacional resulta perjudicado. Pasando al tercer informe (A/CN.4/523 y Add.1) y al artículo 14, en particular su apartado *a* (inutilidad), la Sra. Escarameia se suma a la opinión del Relator Especial y al consenso que parece formarse en favor de la opción 3, a saber, que no es necesario agotar los recursos internos cuando no ofrecen una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo. A su juicio son pertinentes los apartados *e* (demora indebida) y *f* (denegación de acceso).

2. A propósito del artículo 15, la Sra. Escarameia considera que el párrafo 1 es útil y ocupa un lugar central en el proyecto. En cuanto al párrafo 2, está de acuerdo con el Sr. Gaja en que es menos importante probar que existen los recursos internos que probar que son eficaces. Cree entender que el Relator Especial comparte esa opinión. Se trata entonces de un problema de formulación, que compete al Comité de Redacción.

3. En cuanto a la orientación futura del proyecto de artículos, y en particular al párrafo 16 del tercer informe, la Sra. Escarameia comparte parcialmente las opiniones del Relator Especial sobre la ampliación del ámbito del proyecto. Cree, por ejemplo, que la cuestión de la delegación a otro Estado del derecho de ejercer la protección diplomática es demasiado específica y excepcional para inscribirse en el marco del proyecto. En cuanto a la cuestión de la protección funcional de las organizaciones internacionales, la Sra. Escarameia dice que ha apreciado la intervención del Sr. Momtaz de la sesión anterior. Esa cuestión, incluso si se ha planteado ante los tribunales, todavía no se ha resuelto si bien cobra cada vez mayor trascendencia, y debería ser objeto de un estudio a fondo, tal vez aparte. Además, la Sra. Escarameia piensa que la cuestión de la ampliación del proyecto para incluir el derecho del Estado de la nacionalidad de un buque o aeronave a presentar un reclamo en nombre de los tripulantes, y eventualmente también de los pasajeros, cualquiera sea la nacionalidad de las personas interesadas, merece mayor consideración. Comprende las reservas del Relator Especial actual y del anterior. No obstante, el asunto *Saiga* justifica una reflexión más profunda sobre este tema. Por el contrario, la Sra. Escarameia considera de particular interés la protección en el caso en que una organización internacional administra un territorio, como ha sido el caso en Kosovo o Timor Oriental. En su calidad de tal, la organización internacional es titular de todas las funciones que corresponden a un Estado y debe brindar protección a una población librada a su suerte, cuyos miembros son tal vez apátridas o no poseen una nacionalidad bien definida. Esta cuestión merece ser incluida en el proyecto de artículos que se examina.

4. Por último, en lo que respecta a la cuestión del vínculo de la nacionalidad, la Sra. Escarameia considera que en otra época la cuestión revestía interés, cuando los Estados eran los únicos actores, pero que ahora ese interés se ha perdido en parte puesto que las organizaciones internacionales y otros actores ocupan un lugar cada vez más destacado paralelamente a los Estados. La Comisión debería tener en cuenta esta realidad.

5. El Sr. PELLET está en desacuerdo con la Sra. Escarameia sobre dos puntos importantes.

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... 2001*, vol. II (primera parte).

³ Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).