

sus preocupaciones principales, y cuál es el grado de inserción del contenido de las normas propuestas en el derecho internacional positivo. El Relator Especial examina la cuestión de la carga de la prueba a la luz de todas las fuentes de información disponibles y llega a la conclusión, en el párrafo 117 del tercer informe, de que es difícil e imprudente establecer una norma concreta, salvo decir que la carga de la prueba debe ser compartida por las partes, alternando continuamente entre una y otra a lo largo del caso, y que la carga de probar una afirmación recae sobre la parte que la hace. El Sr. Fomba estima que corresponde a la Comisión extraer las consecuencias, y de la mejor manera posible. En cuanto a las cuestiones sobre las que el Relator Especial invita a la Comisión a pronunciarse en el párrafo 118, el Sr. Fomba admite que no tiene una posición concreta por el momento. No obstante, comparte en gran medida las conclusiones preliminares del Relator Especial.

35. En cuanto a si es necesario codificar el principio general enunciado en el párrafo 1 del artículo 15, el Sr. Fomba recuerda la definición de codificación que figura en el artículo 15 del estatuto de la Comisión («la más precisa formulación y la sistematización de las normas de derecho internacional en materias en las que ya exista amplia práctica de los Estados, así como precedentes y doctrinas»). Es cierto que esta definición se ha utilizado por comodidad, pero cabe preguntarse si se cumplen en el presente caso los criterios establecidos, y que en qué medida. Al parecer así lo estima el Relator Especial, puesto que en el párrafo 102 de su informe dice que generalmente se considera que la carga de la prueba recae sobre la parte que hace una afirmación. Por otro lado, cabría interrogarse sobre la necesidad de contar con una disposición de esa índole que, en términos absolutos, parece ser dictada por el carácter contencioso y contradictorio de la cuestión de los recursos internos, pero también por el deseo de garantizar una administración de justicia sana y equilibrada. Por consiguiente, sería necesario una reflexión más profunda, pero eso depende de la medida en que se estime necesario preparar el camino para los jueces y las partes con el ánimo de facilitar su trabajo.

36. En cuanto a la cuestión de la codificación del párrafo 2 del artículo 15, el Sr. Fomba estima que podría preverse *a priori*, en caso de que no haya un acuerdo sobre el párrafo 1, una disposición similar a la que figura en el párrafo 2, aunque a reserva de resolver los eventuales problemas de fondo y/o forma. Sin embargo, no tiene una propuesta concreta que hacer por el momento.

37. En lo que respecta a la propuesta de Kokott, el Sr. Fomba observa que el Relator Especial la califica de «breve, pero precisa». Se la podría adoptar en la medida en que es útil y menos problemática en cuanto al fondo y a la forma. Pero también son posibles otras formulaciones. El Sr. Fomba no tiene ninguna preferencia especial entre una u otra solución propuesta por el Relator Especial, por lo que se reserva su posición al respecto.

*Se levanta la sesión a las 11.30 horas.*

## 2716.ª SESIÓN

*Martes 7 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. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escrameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Koskeniemi, Sr. Kuznetsov, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Operti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Simma, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

### Protección diplomática<sup>1</sup> (continuación) (A/CN.4/514<sup>2</sup>, A/CN.4/521, secc. C, A/CN.4/523 y Add.1<sup>3</sup>, A/CN.4/L.613 y Rev.1)

[Tema 4 del programa]

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

1. El Sr. SIMMA sabe muy bien que al comentar los apartados *a*, *e* y *f* del artículo 14 y el artículo 15 pasa por un terreno muy trillado. Sin embargo, le parece que, en aras del consenso sobre el proyecto de artículos, merece la pena arriesgarse a repetir cosas que ya se han dicho.

2. En general, las propuestas relativas al artículo 14 son razonables y están bien equilibradas. El Relator Especial ha seguido el principio según el cual la renuncia a la exigencia de agotar los recursos internos no debería ser demasiado fácil: los hechos ilícitos cometidos contra extranjeros deberían, en la medida de lo posible, ser corregidos por el propio mecanismo legal y judicial de un Estado. La opción 2 del apartado *a* del artículo 14, es decir, que no es necesario agotar los recursos internos cuando no ofrezcan posibilidades razonables de éxito, no exige que la norma sobre el agotamiento de los recursos internos se tome suficientemente en serio, dispensando con demasiada facilidad al demandante del respeto de esa norma. La afirmación de Fitzmaurice citada por el Relator Especial en el párrafo 35 de su tercer informe (A/CN.4/523 y Add.1), de que «el simple hecho de que no existe la posibilidad razonable de que el reclamante obtenga el recurso, porque su caso es jurídicamente carente de mérito, no constituye el tipo de ausencia de posibilidad razonable que desplaza la norma de los

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

<sup>2</sup> Véase *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte).

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

recursos internos»<sup>4</sup>, es muy pertinente a este respecto. Debe haber una posibilidad razonable no de obtener un recurso, sino de que exista un recurso efectivo.

3. Según el párrafo 31 del informe, la opción 1, es decir, que no es necesario agotar los recursos internos cuando esos recursos sean obviamente inútiles, significa que debe ser «obvio y manifiestamente claro que el recurso interno no tendrá éxito». Si se aplicara ese criterio, el umbral sería demasiado alto y sería demasiado grande el riesgo para el demandante. Así, la opción 3, según la cual no es necesario agotar los recursos internos cuando no ofrecen una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo, se sitúa en una posición media adecuada y ofrece una visión equilibrada, aunque la repetición en el texto requiere algunos cambios editoriales.

4. A su entender, el apartado *e* del artículo 14, relativo a la demora indebida, no es superfluo considerando el apartado *a* del artículo 14. Los casos a que se refieren los apartados *a* y *e* del artículo 14 son en cierto modo consecutivos: un remedio interno existente que al principio puede parecer una «posibilidad razonable» en el sentido del apartado *a* del artículo 14 se puede después abandonar considerando la demora indebida en su aplicación. Por supuesto, la aplicación del apartado *e* del artículo 14 dependerá mucho de las circunstancias individuales: puede entrañar una litigación complicada o bien la demora indebida puede deberse en parte al demandante. Y sin embargo no parece posible encontrar un término más preciso que «indebida» para cubrir todas esas posibilidades. Las normas establecidas en la jurisprudencia sobre derechos humanos relativa, por ejemplo, al artículo 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio europeo de derechos humanos), sobre las debidas garantías procesales, quizás ofrezcan algunas orientaciones en cuanto a la utilización del término en el derecho internacional general.

5. En cuanto al apartado *f* del artículo 14, sobre la falta de acceso a las instituciones, su impresión es que tanto el Relator Especial como Kokott, relatora de la Asociación de Derecho Internacional, interpretan esa excepción de manera estricta y física. El Sr. Gaja y otros se han referido al hecho de que no sería necesario que la persona agraviada tenga acceso personalmente a los tribunales si, por ejemplo, se ha designado a un abogado para representarla. Sin embargo, por lo menos en los comentarios debería hacerse alguna referencia al problema que se plantea cuando se disuade mediante intimidación a la persona o a su abogado de ocuparse del asunto. También será necesaria una disposición de ese tipo en los casos en que se requiera la presencia física de la persona en las actuaciones judiciales internas. No obstante, sigue planteándose la cuestión de si el caso a que se refiere el apartado *f* del artículo 14 no puede considerarse que esté cubierto por el apartado *a*. El argumento del Relator Especial a este respecto, expuesto en la última frase del párrafo 100 del informe, no es convincente. Sería mejor suprimir el apartado *f* del artículo 14 e incluir los argumentos pertinentes expuestos en el informe y durante el debate en el comentario al apartado *a*.

6. En lo que se refiere al artículo 15, comparte las dudas expuestas por diversos miembros en cuanto a la pertinencia de la jurisprudencia de derechos humanos elaborada sobre la base de disposiciones concretas derivadas de tratados en el marco de un sistema procesal para la tarea de delimitar la carga de la prueba en el derecho internacional general. Aunque la norma propuesta por el Relator Especial tiene a su favor su simplicidad, en la práctica la situación será forzosamente mucho más compleja. En sus comentarios (párrs. 105, 106, 114 y 116 del informe), el Relator Especial parece adoptar una posición mucho más circunspecta en cuanto a la necesidad del artículo. Personalmente no ve la necesidad de la disposición, ni desde el punto de vista sistemático ni desde el punto de vista de la política. En consecuencia, los apartados *a* y *e* del artículo 14 deberían remitirse al Comité de Redacción y deberían suprimirse el apartado *f* del artículo 14 y el artículo 15.

7. El Sr. KOSKENNIEMI, hablando primero sobre los artículos 12 y 13, elogia al Relator Especial por su análisis muy esclarecedor de la distinción entre normas procesales y normas sustantivas, análisis que, no obstante, no apoya realmente los propios artículos. Su conclusión es que la Comisión podría prescindir de cualquiera de los dos artículos. La idea del agotamiento de los recursos internos como norma sustantiva equivale, como ha señalado el Relator Especial, a considerarlo una denegación de justicia, que es en primer lugar una norma primaria cuyo incumplimiento constituye el hecho ilícito. Por otra parte, la denegación de justicia es también una cuestión compleja que, hablando estrictamente, está fuera del ámbito de la protección diplomática. En su opinión, la denegación de justicia está estrechamente vinculada a los diversos arreglos detallados que existen, por ejemplo, entre los países nórdicos sobre la no discriminación y la igualdad de acceso, y daba lugar a diversos criterios complejos sobre cuya base se podía definir la denegación de justicia.

8. El artículo 13 trataba muy de pasada la cuestión de la denegación de justicia como un caso en el que el no agotamiento de los recursos internos sería en sí una violación. Si se considera que la denegación de justicia no es necesaria –por ejemplo, porque incluirla requeriría definir con mucho más detalle lo que constituye una denegación de acceso o un trato discriminatorio a los extranjeros en el contexto de los procedimientos internos– entonces no será necesario el artículo 13.

9. De hecho, se plantea la cuestión de cuál es la finalidad del artículo 12, que mantiene la simetría de la «tercera posición» expuesta por el Relator Especial yuxtaponiendo los planteamientos sustantivo y de procedimiento de los artículos 13 y 12 respectivamente. Si se suprime el artículo 13 el concepto del agotamiento de los recursos internos será exclusivamente una cuestión de procedimiento. Tal como está formulado, el artículo 12 define simplemente los remedios internos a través de una referencia al debate académico sobre las normas sustantivas y las normas de procedimiento. Sus objetivos ya los cumple el artículo 11, que enuncia adecuadamente la norma del agotamiento de los recursos internos. Definir aún más esa exigencia normativa como condición previa de procedimiento no añade nada si ya se ha decidido que una norma sustantiva está fuera de lugar en el contexto del ejercicio. Así, en la medida en que el artículo 13 sea innecesario, el

<sup>4</sup>G. Fitzmaurice, «Hersch Lauterpacht – The scholar as judge», *The British Year Book of International Law*, 1961, vol. 37, págs. 60 y 61.

artículo 12 perderá su justificación como definición; habría que suprimir los dos artículos y por su parte reserva su posición en cuanto a la formulación del artículo 11.

10. Conviene en que para ser aceptables las opciones 1 y 2 del apartado *a* del artículo 14 son, respectivamente, demasiado estricta y demasiado vaga. No queda más alternativa que la opción 3. Sin embargo, en lo que se refiere a su redacción, quiere hacer la observación general —por primera vez, pero está seguro que no será la última— de que la utilización del término «razonable» es superflua e injusta en la medida en que implica *a contrario* que la gente se conducirá de manea irrazonable a menos que se le imponga específicamente la necesidad de conducirse de manera razonable. Bastaría con decir «[...] no ofrecen una posibilidad de constituir un recurso efectivo». La evaluación del carácter razonable, a este respecto como en otros, es inherente a la función jurídica de evaluación de la efectividad.

11. Puede aceptar la propuesta del Sr. Simma de que se suprima el apartado *f* del artículo 14. Sin embargo, si se conservara el artículo, se pregunta qué interés tiene limitar la condición a los casos en que sea el Estado demandado el que impida a la persona agraviada tener acceso a los recursos internos. Hay otras entidades no estatales que pueden representar un obstáculo para ese acceso: ejemplos manifiestos son la mafia o las organizaciones terroristas. Hay que volver a redactar el apartado *f* para tener en cuenta esas situaciones.

12. Por último, también él considera que el artículo 15 es innecesario. Teniendo en cuenta los requisitos tradicionales relativos a la carga de la prueba, parece poco probable que un órgano judicial o de otra índole se sienta constreñido por esa muy compleja disposición adicional.

13. El Sr. FOMBA dice que la norma sobre el agotamiento de los recursos internos es muy importante, especialmente desde el punto de vista teleológico, y en principio debe aplicarse de la manera más estricta y absoluta.

14. En lo que respecta al apartado *a* del artículo 14, en primer lugar hay una diferencia entre la opción 1, por una parte, y las opciones 2 y 3, por la otra, por cuanto en la opción 1 no se hace referencia explícita a la idea de resultado. En tales circunstancias, no puede ver una diferencia fundamental entre las opciones 2 y 3, pero de tener que escoger entre las tres opciones sería partidario de la opción 3, cuya finalidad está implícita en la opción 1 por las razones expuestas por el Relator Especial.

15. Las dos disposiciones enunciadas en los apartados *e* y *f* del artículo 14 no parecen constituir categorías específicas, en la medida en que una lectura adecuada del apartado *a*, esté redactado en la forma de la opción 1 o de la opción 3, abarcaría las excepciones previstas en los apartados *e* y *f*.

16. Así, su posición de principio es que ha de hacerse una distinción entre dos hipótesis principales. La primera cubriría todos los casos realmente excepcionales en que no existan recursos internos que agotar. Un ejemplo sería la situación de Rwanda en 1994 donde, después del genocidio, habían quedado destrozados el aparato judicial y todos sus locales y documentos, y habían sido diezmados sus funcionarios y su personal. La segunda hipótesis cu-

briría todos los casos en que no haya posibilidad razonable de que los recursos internos constituyan un recurso efectivo, casos en que había una presunción de no agotamiento por el peligro reconocido de que los recursos no fueran efectivos. El Relator Especial ha identificado algunos de esos casos y habría que pasarlos cuidadosamente por un tamiz para quedarse con los más dignos de atención y crédito. Esto sería una tarea importante para los jueces y, en primer lugar, para la Comisión. Una manera de superar las dificultades sería considerar la posibilidad de establecer algún mecanismo central para supervisar y analizar los recursos internos, a fin de simplificar la evaluación de su aplicación y efectividad. En cualquier caso, su opinión es que el artículo 14 debe remitirse al Comité de Redacción.

17. El Sr. MANSFIELD dice que, hablando en general, le parecen bien los elementos del artículo 14 introducidos hasta ahora y el modo en que el Relator Especial enfoca el artículo en conjunto. Respecto del apartado *a*, se une a los que consideran convincentes los argumentos en favor de la opción 3. En cuanto al apartado *e*, parece que hay argumentos sustanciales en favor de la no necesidad de agotar los recursos internos cuando haya habido una dilación indebida en ofrecer el recurso. Lo que constituye una dilación indebida será cuestión que se estimará en cada caso, pero por su parte tiende a considerar que esa cuestión debería tratarse por separado en lugar de incluirse en el apartado *a* como un elemento de la inutilidad.

18. El interés de tratar por separado las circunstancias a que se refiere el apartado *f* es menos evidente. Si el Estado demandado impide efectivamente a un extranjero agraviado tener acceso a los tribunales, es evidente que en la práctica no habrá posibilidad razonable de recurso efectivo. Pero acepta que pueda haber casos en que el Estado demandado cree una situación que en la práctica niegue al extranjero el acceso a un recurso que, a primera vista, está disponible y parece efectivo. El Sr. Koskeniemi ha dicho con razón que debería hacerse referencia a los casos en que no sea el Estado sino otras entidades dentro del Estado quienes impidan el acceso. En conjunto se inclina por tratar esa cuestión por separado y remitirla al Comité de Redacción, que podrá decidir en última instancia que no hace falta tratar ese caso. De todos modos, convendría estudiarlo con más detalle.

19. Aunque no ve nada que objetar al artículo 15, se pregunta si se ha incluido simplemente para que todo quede completo. En cada caso particular habrá que determinar lo que sea necesario y no está convencido de la necesidad de codificar este aspecto particular. Quizás sea mejor suprimir el artículo 15 e incluir en el comentario alguna explicación de las razones por las que se ha excluido.

20. El PRESIDENTE, en su calidad de miembro de la Comisión, dice que desea seguir con el ejemplo que ha dado el Sr. Koskeniemi. Supongamos que la mafia impida a alguien ejercer sus derechos en un país A. Puede admitir fácilmente que se achaque al país A el no haber hecho posible el agotamiento de los recursos internos y, en consecuencia, atribuirle cierta responsabilidad. Sin embargo, ¿qué ocurre si es el país B el que hace imposible que el país A permita el agotamiento de los recursos internos? La razón para suspender la norma sobre el agotamiento de los recursos internos en esa situación no

es forzosamente la misma que en la primera situación. Hay una importante diferencia entre la imposibilidad de ejercer un derecho debido exclusivamente a que otro país ha detenido a una persona o ha cerrado su territorio, por ejemplo, y el hecho de que un Estado no pueda mantener el orden público hasta tal punto que una persona puede no ir a un tribunal por miedo de que la maten de un tiro a la entrada del tribunal. ¿Podría el Sr. Koskenniemi comentar este asunto?

21. El Sr. KOSKENNIEMI dice que, en una relación compleja de dependencia en la que un tercer Estado pudiera manipular al Estado en que ha nacido la demanda hasta el punto de obligarle a retirar los recursos internos, en su opinión el tercer Estado está implicado en un hecho ilícito de tipo diferente que el presentado en su propio ejemplo. En lo que se refiere al demandante, no obstante, no hay ninguna diferencia en que sea el Estado en que el recurso exista o cualquier otro Estado quien impida utilizar el recurso: el recurso sigue sin estar disponible.

22. El Sr. BROWNLIE dice que tiene que reconocer la frustración constante que le produce el modo en que se estructura el debate. Sigue sin tratarse la cuestión del vínculo voluntario y muchas de las cuestiones concretas que se están discutiendo ahora no guardan una relación muy clara con los problemas normales de la demora, etc. La observación del Sr. Koskenniemi lleva a considerar una gama más amplia de circunstancias en las que personas, e incluso grupos de personas, tienen obligación de agotar los recursos internos en una jurisdicción con la que quizás no tengan ninguna relación en absoluto. Podría citarse el ejemplo de Chernóbil: la organización implicada en el desastre no era una organización estatal y, de haber presentado una demanda, los agricultores de las colinas de Cumberland y de otras partes del Reino Unido, por ejemplo, tendrían que cumplir la exigencia del agotamiento de los recursos internos en los tribunales de Ucrania. Exigir de grupos de personas que no sean grandes empresas, u organismos con importantes recursos como Greenpeace, que agoten los recursos internos en tales circunstancias es abusivo. Como la Comisión no se ha ocupado hasta ahora de la cuestión del vínculo voluntario, no obstante, ha de dejarse de lado la principal cuestión de todo el razonamiento en que se basa la norma del agotamiento de los recursos internos.

23. El Sr. PELLET dice que le sorprende oír mencionar el ejemplo de Chernóbil y no ve por qué razón los recursos internos no deben ser agotados en un caso así. En el caso de la grave contaminación provocada por el hundimiento del *Amoco Cadiz*, por ejemplo, todas las víctimas (comunidades, agricultores, etc.) unieron sus fuerzas para iniciar acciones ante los tribunales de los Estados Unidos.

24. El Sr. BROWNLIE dice que la observación del Sr. Pellet pone de relieve el hecho de que no se está examinando la razón básica de la norma del agotamiento de los recursos internos y que la Comisión debería considerar si los recursos internos deben o no excluirse en casos concretos. En cambio, se está discutiendo la cuestión general de lo que es abusivo, y el Sr. Koskenniemi ha citado el ejemplo muy útil de una situación local que en realidad haga que resulte peligroso y virtualmente imposible recurrir a los tribunales locales debido a las amenazas de organizaciones privadas locales. Toda la cuestión de si el

*locus in quo* proporciona asistencia jurídica, de lo que es abusivo y del vínculo voluntario, cuestión que considera absolutamente básica, no se está examinando porque hasta ahora la Comisión no ha podido ocuparse de los apartados *c* y *d* del artículo 14.

25. El Sr. SIMMA, recordando que en la Comisión ha habido un breve intercambio de opiniones sobre los desastres del tipo de Chernóbil, dice que en esa ocasión se refirió a las tensiones que existían entre la labor de la Comisión en la codificación del derecho internacional general y la evolución relativa a diversos instrumentos derivados de tratados. La Comisión ha incluido una disposición sobre la igualdad de acceso en su proyecto de artículos sobre los daños transfronterizos. Esto significa, por ejemplo, que los agricultores de Cumberland deberían tener igualdad de acceso a los recursos disponibles en Ucrania. Esas disposiciones, que se hallan en casi todos los tratados modernos sobre medio ambiente, alientan a las personas afectadas que viven en otros países a utilizar los recursos disponibles en el país de origen de la contaminación. Sin embargo, lo que la Comisión está haciendo en relación con el artículo 14 equivale en cierto modo a disuadir a los interesados de que utilicen sus recursos a menos que su conexión con el país de origen sea voluntaria. Esto pone de relieve el problema general de la fragmentación del derecho internacional. Cuando la Comisión haga algo en la esfera del derecho internacional general, debe tener presente la evolución en aspectos más concretos que puede apartarse de lo que está haciendo la Comisión.

26. El Sr. Sreenivasa RAO dice que en el problema del tercer Estado que ha planteado el Presidente se refiere esencialmente al control efectivo de un territorio. Si el Estado que no puede controlar a la mafia pero, no obstante, controla todo el territorio y el tercer Estado no tiene ese control, habrá que consultar los artículos sobre la responsabilidad de los Estados para determinar si un hecho internacionalmente ilícito puede atribuirse al primer Estado.

27. El Sr. PELLET pregunta por qué, en el caso de Chernóbil, las personas lesionadas fuera del territorio de Ucrania no tendrán obligación de agotar los recursos internos antes de que se pueda ejercer la protección diplomática en su nombre.

28. El Sr. Sreenivasa RAO contesta que está de acuerdo con el Sr. Simma en que todos los que resulten afectados por un incidente ocurrido dentro de un territorio, incluso si no son nacionales, deben tener acceso a los tribunales y debe dárseles la oportunidad de agotar los recursos internos.

29. El Sr. TOMKA dice que cuando antes se habló de Chernóbil preguntó si el ejemplo era apropiado, porque tenía grandes dudas de que el accidente hubiera sido una violación del derecho internacional. Existe, por supuesto, una cuestión de responsabilidad civil, pero no de responsabilidad penal. Tal como él lo entiende, la protección diplomática está ligada a la responsabilidad penal, no a la responsabilidad civil. En su opinión, el incidente de Chernóbil no tiene nada que ver con el debate sobre el agotamiento de los recursos internos porque se sitúa en el contexto de la responsabilidad civil por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho

internacional, no en el de la responsabilidad penal por una violación del derecho internacional.

30. El PRESIDENTE dice que está completamente de acuerdo con esta argumentación pero encuentra que es un tema muy interesante para debatirlo basándose en la hipótesis de que existía la responsabilidad penal, aunque no fuera ese el caso.

31. El Sr. BROWNLIE dice que parece que no se ha entendido la cuestión. Si se produjera en Ruritania un desastre del tipo de Chernóbil, las sales de cesio de la nube radiactiva cayeran en el Reino Unido y se dijera a los agricultores que no pueden vender sus ovejas pero que recibirán una indemnización —en otras palabras, que hay una responsabilidad *prima facie* de Ruritania por los daños causados por un desastre del tipo de Chernóbil y la instalación que ha causado el daño no fuera una instalación del Estado— entonces, según una concepción del derecho, tendría que aplicarse la norma de los recursos internos. Parece de simple sentido común decir que para los pequeños agricultores sería muy complicado tener que ir a Ucrania, un mundo en el que carecen de experiencia, y buscar fondos para poder agotar los recursos en ese *locus in quo* particular. Precisamente porque la Comisión tiene un mandato que entraña el desarrollo progresivo del derecho internacional y también se ocupa de los derechos humanos, sería lógico que se ocupara de establecer qué se entiende por circunstancias excesivamente complicadas para las personas que tuvieron que agotar los recursos internos en otras jurisdicciones.

32. El Sr. OPERTTI BADAN está totalmente de acuerdo con el Sr. Brownlie. El apartado *f* del artículo 14 sólo cubre la situación en que el Estado demandado impide el acceso a los recursos internos. Sin embargo, no cubre la situación en que el obstáculo existe para la persona agraviada no como consecuencia de la actitud del Estado demandado sino como resultado de una situación de hecho que no puede achacarse necesariamente sólo al Estado demandado. Pueden recordarse otros principios del derecho procesal: por ejemplo, el adagio viejo pero válido sobre la suspensión de los plazos, es decir, que los plazos no se aplican cuando, por una razón válida, se impide a la persona interesada cumplir dichos plazos. En otras palabras, de la imposibilidad de cumplir un requisito no pueden derivarse consecuencias negativas para el ejercicio de los derechos de una persona. El proyecto mejoraría apreciablemente si la Comisión no limitara el ámbito del apartado *f* del artículo 14 al caso en que el Estado demandado es quien impide el acceso a los recursos internos y lo hiciera extensivo a las situaciones *de facto* que dificulten el acceso a los tribunales y, en consecuencia, el agotamiento de los recursos internos.

33. El Sr. PELLET no está seguro de si está por completo de acuerdo con el Sr. Brownlie, aunque no cabe duda de que lo que ha dicho da que pensar. No se puede dar por zanjada la cuestión de cuándo se han agotado los recursos internos diciendo que es cuando algo sea contrario a la noción general de los derechos humanos. Hay que considerar qué norma se ha infringido, si se trata de una norma *erga omnes*, por ejemplo, o si se ha causado un perjuicio al patrimonio común de la humanidad, etc. En tales casos está de acuerdo en que no es preciso agotar los recursos internos.

34. La posición del Sr. Tomka, que ha hecho suya el Presidente, según la cual Chernóbil no había implicado la responsabilidad penal de un Estado, es indefendible y plantea el problema de si la responsabilidad civil tiene un contenido. La responsabilidad penal interviene claramente si no se ha respetado el deber de prevenir. No es posible considerar que la Unión Soviética haya respetado la obligación de prevenir: de no ser así, resultaría inútil el proyecto de artículos sobre la prevención de los daños transfronterizos aprobado el período de sesiones anterior.

35. La Sra. XUE, respecto al ejemplo de la mafia, dice que el Estado demandado sigue siendo responsable de que se ofrezca un recurso interno sin dilación indebida. En la situación apuntada por el Presidente, en la que el país B impide la presentación de una demanda, lo que importa es el control efectivo o la soberanía del Estado demandado. El país B puede tener cierta influencia sobre el Estado demandado pero la cuestión es el peso de esa influencia. La cuestión será grave, pero de otra naturaleza, si la presión es tal que el Estado demandado no puede cumplir sus obligaciones internacionales. Si, por otra parte, a pesar de ser objeto de una cierta presión, el Estado demandado sigue pudiendo ofrecer recursos internos, la situación es muy diferente. En breve, tomando el ejemplo de la mafia, no hay razones para que el Estado demandado incumpla su responsabilidad o para que el Estado demandante afirme simplemente que existe una amenaza que le lleva a creer que no hay recursos internos disponibles. Es una cuestión de control efectivo o de los derechos y deberes soberanos por parte del Estado demandado.

36. El ejemplo de Chernóbil y el argumento del Sr. Brownlie acerca de un vínculo voluntario son interesantes. No obstante se pregunta si realmente se está hablando del trato de los extranjeros en este tipo de situación. ¿No se habla realmente de efectos extraterritoriales? Si las personas agraviadas no se tomaran la molestia de obtener recursos internos, su gobierno podría presentar en su nombre una demanda internacional. Tal es la práctica general. En las cuestiones ambientales internacionales es frecuente que se defienda el principio de la igualdad de acceso. Si ese principio se aplica también, sería una contradicción que entrara en juego la norma del vínculo voluntario. En los casos de daños causados por contaminación, hay que tener muy en cuenta primero si hay una norma internacional que rija la responsabilidad internacional del Estado causante, en segundo lugar, si las partes perjudicadas pueden realmente utilizar el acceso a la justicia que en teoría está designado para ellas y, en tercer lugar, si el asunto puede considerarse un caso de protección diplomática o más bien uno de responsabilidad internacional por un daño extraterritorial. Estas cuestiones no deben confundirse.

37. El Sr. SIMMA dice que el Sr. Koskeniemi ha iniciado un debate sobre si es una buena idea limitar el apartado *f* del párrafo 14 de modo que cubra los casos en que el Estado demandado hace algo intencionalmente, o si entra en juego un elemento subjetivo. El principio general se expone en el apartado *a* del artículo 14, según el cual el criterio es si existe una posibilidad razonable de acceder a un recurso efectivo. No tendría sentido que si el Estado demandado impide a una persona agotar los recursos internos, dicha persona no tenga que seguir todo el procedimiento, pero que si un tercero o incluso

las condiciones meteorológicas impiden el acceso a los tribunales, la persona seguirá teniendo que agotar los recursos internos. El criterio ha de ser objetivo; la respuesta no debe depender de si el Estado en que puede obtenerse el recurso impide subjetiva o intencionalmente el acceso a ese recurso.

38. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que el apartado *f* del artículo 14 ha suscitado un debate inesperadamente interesante. El Sr. Gaja y el Sr. Koskeniemi se han referido a situaciones en que la parte agraviada puede iniciar una acción judicial extraterritorialmente con ayuda de abogados locales o de abogados de su propio Estado que puedan tener acceso al territorio de que se trate. Esto apunta a la división entre los sistemas de *common law* y de derecho romano. En el sistema de *common law*, la persona agraviada puede tener que testificar en persona ante el tribunal, y si no se le permite visitar el Estado demandado, no se podrá presentar una demanda.

39. El apartado *b* del artículo 14 trata de la renuncia y el *estoppel* (regla de los actos propios). La norma sobre los recursos internos está concebida para beneficiar al Estado demandado, de modo que ese Estado puede renunciar a su aplicación. Es evidente que puede hacerlo expresamente, y si puede hacerlo tácitamente es algo que depende de las circunstancias. La renuncia al agotamiento de los recursos internos crea algunas dificultades de jurisprudencia y entra en juego la distinción entre norma de procedimiento y norma sustantiva. Si la norma del agotamiento de los recursos internos tiene carácter de procedimiento, no hay razón alguna para no poder renunciar a ella. Se trata simplemente de un procedimiento que debe seguirse y el Estado demandado puede en consecuencia renunciar a él. El hecho internacionalmente ilícito no resulta afectado y la controversia puede ser zanjada por un tribunal internacional.

40. Si, por otra parte, la norma sobre el agotamiento de los recursos internos es una norma sustantiva, el Estado demandado no puede renunciar a ella, porque el hecho ilícito sólo se completará después de que se haya producido una denegación de justicia en el agotamiento de los recursos internos o si se establece que no hay remedios adecuados o efectivos en el Estado demandado. Eso explica por qué algunos partidarios de la norma sustantiva no han tratado la cuestión y por qué, en una ocasión anterior, al aprobar el artículo 22 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, la Comisión no se refirió a la cuestión de la renuncia en el texto de la disposición ni en el comentario. Hay que reconocer que algunos sustantivistas, como Borchard y Gaja, opinan que esto puede reconciliarse con la posición sustantiva, algo que por su parte acepta. Pero esto daba lugar a un debate de jurisprudencia. Esta era una de las razones por las que ha afirmado que no cabe dar simplemente de lado el debate sobre procedimiento y sustancia, aunque tiene la impresión de que la Comisión decidirá hacerlo.

41. La renuncia puede ser expresa o implícita o puede derivarse de la conducta del Estado demandado, en cuyo caso cabe decir que el Estado demandado no ha podido plantear la exigencia del agotamiento de los recursos internos en razón de sus propios actos.

42. Se puede incluir una renuncia expresa en un acuerdo de arbitraje *ad hoc* para resolver una controversia ya existente; también puede darse en el caso de un tratado general que estipule que las futuras controversias se resolverán por arbitraje. Esas renunciaciones son aceptables y por lo general se consideran irrevocables. Las renunciaciones tácitas plantean más dificultades, como puede verse en el asunto *ELSI* (párr. 53 del informe): la CIJ «no podía aceptar una renuncia tácita de un principio importante del derecho internacional consuetudinario de no haber palabras que expresaran claramente la intención de hacerlo» [párr. 50 del fallo]. Así pues, debe haber una manifestación clara de tal intención y algunos juristas han sugerido que existe una presunción, aunque no irrefutable, contra la renuncia tácita. Pero cuando la intención de renunciar a la aplicación de la norma de los recursos internos está clara en el texto del acuerdo o en las circunstancias del asunto, debe considerarse implícita. Es imposible enunciar una norma general sobre cuándo puede considerarse implícita dicha renuncia, pero da cuatro ejemplos que figuran en el tercer informe (párrs. 56 a 59) en que pueden aplicarse consideraciones especiales. El primero es el caso de un acuerdo general de arbitraje: cuando el Estado demandado ha aceptado someter a arbitraje las controversias que puedan surgir en el futuro con el Estado demandante y no se hace mención de la norma de los recursos internos, hay una presunción contra la renuncia tácita. Esto parece desprenderse de la decisión relativa al asunto *ELSI*. El silencio en un acuerdo general de arbitraje relativo a las futuras controversias no implica una renuncia. El segundo ejemplo es el de la cuestión que se planteó en una ocasión ante la CPJI, concretamente si la presentación de una declaración conforme a la cláusula facultativa entrañaba una renuncia. En el asunto *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, un magistrado de la Corte sostuvo la opinión disidente de que sí constituía una renuncia tácita, pero la Corte no aceptó esa opinión y desde entonces la práctica de los Estados sugiere la opinión contraria. El tercer ejemplo es el caso de un acuerdo de arbitraje *ad hoc* concertado después de la controversia y en el que no se hace mención de la norma relativa a los recursos internos. En este caso cabe interpretar que el silencio significa renuncia, pero eso porque el acuerdo *ad hoc* se ha concertado después de surgida la controversia. El cuarto ejemplo se refiere a la situación más difícil en la que un contrato entre un extranjero y el Estado demandado implica una renuncia tácita a la norma de los recursos internos y luego el Estado demandado se niega a recurrir el arbitraje. Si el Estado de nacionalidad se hace cargo de la demanda en tales circunstancias, la renuncia tácita también puede extenderse a las actuaciones internacionales, pero las autoridades no están todas de acuerdo a este respecto.

43. Cabe pues concluir que no puede aceptarse fácilmente una renuncia tácita pero que cuando hay indicaciones claras de la intención de renunciar a esa norma por parte del Estado demandado, debe entenderse que hay una renuncia tácita. Por esa razón sugiere que en el apartado *b* del párrafo 14 se conserve la referencia a la renuncia tácita.

44. En el caso del *estoppel* (regla de los actos propios) se aplican consideraciones análogas. Si el Estado demandado se comporta de manera que parezca sugerir que ha abandonado su derecho a reclamar el agotamiento de los

recursos internos, puede verse impedido en razón de sus propios actos de reclamar ulteriormente que se aplique la norma del agotamiento de los recursos internos. La posibilidad del *estoppel* en ese caso ha sido aceptada por una Sala de la CIJ en el asunto *ELSI* y también la apoya la jurisprudencia en materia de derechos humanos.

45. Desea destacar la necesidad del apartado *b* del artículo 14. Es evidente que el Estado demandado está facultado para renunciar expresamente a la aplicación de la norma de los recursos internos. En ciertas circunstancias puede ser posible invocar una renuncia tácita o determinar que el Estado demandado se ha visto impedido en razón de sus propios actos de reclamar el agotamiento de los recursos internos. Así, la Comisión debe hacer alguna referencia a la renuncia tácita y al *estoppel*, teniendo presente que no se aceptarán fácilmente y que dependerá de las circunstancias de cada caso.

46. En lo que se refiere a los apartados *c* y *d* del artículo 14, ha sugerido que la Comisión examine las disposiciones sobre el vínculo voluntario y la conexión territorial, que están estrechamente relacionadas entre sí. Hay un cierto apoyo en favor de esas normas, pero también puede aducirse que la norma existente sobre la exclusión de los recursos internos puede cubrir esos dos apartados. Cuando la Comisión examinó la cuestión en relación con el artículo 22 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, se había decidido que era innecesario incluir esas disposiciones. Fue una de las pocas ocasiones en que él mismo salió en defensa del artículo 22, aunque sin demasiado entusiasmo. En su informe plantea la cuestión de si la Comisión necesita una o más disposiciones separadas para tratar de la ausencia de un vínculo voluntario o de una conexión territorial. El origen de los debates sobre esta cuestión es el asunto *Incident aérien du 27 juillet 1955*, en que el problema era si los nacionales israelíes estaban obligados a agotar los recursos internos en Bulgaria antes de poder presentar una demanda internacional contra este último país debido a que un avión de El Al había sido derribado sobre Bulgaria. Evidentemente, no había existido un vínculo voluntario entre las partes damnificadas y Bulgaria. Meron ha señalado que en todos los casos tradicionales relativos a la norma del agotamiento de los recursos internos ha existido algún tipo de vínculo entre las personas damnificadas y el Estado demandado, en forma de presencia física, residencia, posesión de bienes o de relación contractual con el Estado demandado<sup>5</sup>. Meron y otros han afirmado que la protección diplomática ha experimentado grandes cambios en los últimos años. En el pasado la protección diplomática se había ocupado de los casos en que un nacional se había desplazado al extranjero y cabía esperar que agotara los recursos internos antes de poder presentar una demanda en el plano internacional. Hoy, sin embargo, existe el problema de los daños transfronterizos al medio ambiente; por su parte, ha citado el ejemplo de Chernóbil y el asunto *Incident aérien du 27 juillet 1955*. Evidentemente se trata de tipos de situaciones diferentes de las que se habían dado en el pasado cuando, por ejemplo, un nacional de los Estados Unidos iba a un país de América Latina, se dedicaba a explotar a los nacionales del país y cuando tenía problemas

pedía ayuda al Tío Sam. Los que apoyaban la adopción de una excepción a la regla de los recursos internos basada en el vínculo voluntario o en la conexión territorial insistían en que, en los casos tradicionales, el extranjero había asumido un riesgo por cuanto se había sometido a la jurisdicción del Estado demandado y en consecuencia era de esperar que agotara los recursos internos.

47. Por desgracia, no hay autoridad clara en cuanto a la necesidad de incluir una norma separada. Las decisiones judiciales son ambiguas. Los partidarios de una excepción a la norma de los recursos internos se han referido al asunto *Interhandel*, en el cual la CIJ declaró que «se ha considerado necesario que el Estado en que tuvo lugar la infracción tenga una oportunidad de subsanarla por sus propios medios» (párr. 72 del informe). Amerasinghe ha afirmado que la referencia al Estado en que ha ocurrido la infracción indica que debe haber alguna conexión territorial<sup>6</sup>. Así, en el asunto *Salem* un tribunal arbitral declaró que «por norma, todo extranjero debe reconocer que el tipo de justicia que esté instituido en el país en que ha decidido residir es aplicable a su propia persona». Pero en ninguno de los dos casos se planteó si debía haber una excepción a la norma de los recursos internos.

48. La cuestión se planteó más claramente en el asunto *Emprunts norvégiens*, en el que Francia alegó que los ciudadanos franceses que poseían bonos noruegos pero residían en Francia no estaban obligados a agotar los recursos internos en Noruega. La CIJ no estimó necesario pronunciarse sobre la cuestión, pero en una opinión disidente el magistrado Read dijo que ningún precedente avalaba la posición francesa. La cuestión ha sido discutida de manera persuasiva por Rosenne, quien ha destacado que «todos los precedentes demuestran que la norma sólo se aplica cuando el extranjero, la persona agraviada, ha creado o se considera que ha creado una conexión voluntaria, consciente o deliberada entre su propia persona y el Estado extranjero cuyos actos se denuncian. Los precedentes se refieren siempre a casos en que se ha originado un vínculo de esta índole, por ejemplo, por razón de la residencia en ese Estado, la realización en él de actividades comerciales, la posesión de propiedades» (párr. 74 del informe). Tampoco en este caso consideró la Corte necesario pronunciarse sobre el asunto.

49. Los casos que entrañan daños transfronterizos tienden a sugerir que no es necesario agotar los recursos internos. En el asunto *Fonderie de Trail* (Trail Smelter) no se insistió en el agotamiento de los recursos internos. No había recursos internos que agotar en el Canadá ni, por otra parte, en los Estados Unidos de América. Pero el asunto *Fonderie de Trail* (Trail Smelter) también puede explicarse diciendo que se trata de un perjuicio directo del Estado demandante (los Estados Unidos de América) por el Estado demandado (Canadá) y que en esa situación no había sido necesario agotar los recursos internos.

50. Los partidarios de la exigencia de un vínculo voluntario o conexión territorial han aportado argumentos muy convincentes. Los oponentes son menos persuasivos y puede inducir a error el que se citen los asuntos *Arbitrage relatif aux navires finlandais*, *Ambatielos* y

<sup>5</sup> T. Meron, «The incidence of the rule of exhaustion of local remedies», *The British Year Book of International Law*, 1959, vol. 35, pág. 83, en particular pág. 94.

<sup>6</sup> C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, Cambridge, Grotius, 1990, pág. 145.

*ELSI* (párr. 76 del informe), en los que no existe ninguna conexión estrecha entre la persona agraviada y el Estado demandado. Los partidarios de la exigencia del vínculo voluntario nunca han equiparado ese vínculo con la residencia. Si la residencia fuera un requisito, esto excluiría la aplicación de la norma del agotamiento de los recursos internos en los casos de expropiación de bienes propiedad de extranjeros y de las transacciones contractuales en que el extranjero agraviado no es residente permanente del Estado demandado. Esa práctica no está clara. En el párrafo 79 del informe señala que cuando un Estado es responsable de haber derribado accidentalmente un avión extranjero, en muchos casos no ha insistido en que primero se agoten los recursos internos. Lo mismo se aplica a los daños ambientales transfronterizos; en este caso ha citado el convenio arbitral sobre la presa de Gut<sup>7</sup>, en el que el Canadá renunció a esa exigencia, y el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, que tampoco exigía el agotamiento de los recursos internos.

51. Los esfuerzos de codificación (párrs. 81 y 82 del informe) han sido discretos en este tema porque normalmente se han centrado en la responsabilidad del Estado por daños causados en el territorio de ese Estado a la persona o los bienes de extranjeros y en la situación tradicional en que un extranjero se desplaza a otro Estado para residir y efectuar operaciones comerciales allí. La Comisión se ha abstenido de incluir una excepción a la norma de los recursos internos sobre la cuestión porque ni en la práctica de los Estados ni en la jurisprudencia se ha planteado la cuestión, por lo que la Comisión ha considerado preferible dejar que se apliquen las normas existentes y que la práctica de los Estados evolucione, de ser necesario de conformidad con una excepción específica.

52. Había buenas razones para prestar atenta consideración a la inclusión de las reglas de excepción en los apartados *c* y *d* del artículo 14. Parece poco práctico e injusto insistir en que un extranjero tenga que agotar los recursos internos en las cuatro situaciones a las que se ha referido en el párrafo 83 del informe: los daños ambientales transfronterizos causados por la contaminación, la lluvia radioactiva u objetos espaciales fabricados por el hombre; el derribo de un avión fuera del territorio del Estado demandado o de un avión que ha penetrado accidentalmente en su espacio aéreo; la muerte de un nacional del Estado A por un soldado del Estado B estacionado en el territorio del Estado A; el secuestro transfronterizo por agentes del Estado demandado de un nacional extranjero desde el Estado del que es nacional o desde un tercer Estado. La Comisión tiene que examinar si esos ejemplos requieren una norma especial que les deje fuera del ámbito de la norma de los recursos internos, o si ya están cubiertos por las normas existentes. En muchos de esos casos el daño producido al Estado demandante por el Estado demandado es directo. Si la Comisión acepta la norma de la preponderancia que propuso en el proyecto del artículo 11, verá que la norma de los recursos internos queda excluida en muchos de esos casos porque el perjuicio es directo. Esto ocurre en la mayoría de los casos de

daños ambientales transfronterizos, el derribo accidental de un avión y el secuestro transfronterizo de un nacional. Puede haber situaciones en que el Estado demandante prefiera no presentar una demanda directa y entonces puede decirse que se aplicará la norma de los recursos internos, pero también en este caso es muy probable que no se tenga acceso a un recurso efectivo. Esto hace que vuelva a los argumentos expuestos contra el hecho de que se esperara que las personas perjudicadas por el desastre de Chernóbil agotaran los recursos internos en la Unión Soviética. Jiménez de Aréchaga ha expuesto el argumento persuasivo de que sería injusto exigir que una persona busque remedios efectivos en un Estado extranjero<sup>8</sup> (párr. 86 del informe).

53. No tiene una opinión formada sobre este asunto y puede ver las razones para incluir esa norma; por eso ha propuesto los apartados *c* y *d* del artículo 14. No obstante, está dispuesto a aceptar que en la mayor parte de los casos las excepciones existentes a la norma de los recursos internos, es decir, la ausencia de necesidad de agotar los recursos internos por un daño directo y la ausencia de un recurso efectivo, cubrirían esos casos. Deja que la Comisión decida si desea hacer lo mismo que en su 48.º período de sesiones y dejar que la cuestión se derive de la práctica de los Estados, o si considera necesario intervenir *de lege ferenda*.

*Se levanta la sesión a las 11.40 horas.*

<sup>8</sup> E. Jiménez de Aréchaga, «General Course in Public International Law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1978-I, Sijthoff y Noordhoff, vol. 159, pág. 296.

## 2717.ª SESIÓN

*Miércoles 8 de mayo de 2002, a las 10.00 horas*

*Presidente:* Sr. Robert ROSENSTOCK

*Miembros presentes:* Sr. Addo, Sr. Al-Marri, Sr. Bae-na Soares, 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. Operti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Simma, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

<sup>7</sup> Reproducido en *International Legal Materials*, vol. 4, n.º 3 (mayo de 1965), pág. 468.