

*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.

**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. GAJA considera que la cuestión de la renuncia puede contemplarse desde diversos aspectos. Recuerda que en el apartado *a* del artículo 45 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión en su 53.º período de sesiones<sup>4</sup> se abordaba la renuncia por el Estado lesionado, mientras que en el caso presente se trata de una renuncia del Estado demandado. En la práctica, esta renuncia se referirá en la mayor parte de los casos a la obligación de agotar los recursos internos, pero también podría referirse a otras condiciones de la admisibilidad, como la nacionalidad de la persona agraviada. Sería lógico incluir una disposición general relativa a la renuncia, sea del Estado demandante, sea del Estado demandado, y establecer también una disposición general sobre el *estoppel* (regla de los actos propios), como se ha hecho en el apartado *b* del artículo 45 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en lo que concierne al Estado lesionado y en lo que concierne al Estado demandado de igual modo en el apartado *b* del artículo 14 propuesto por el Relator Especial. De cualquier modo, si la Comisión considera útil formular una norma especial sobre la renuncia al derecho a exigir el agotamiento de los recursos internos, sería prudente separar esa norma de las disposiciones relativas a la eficacia de los recursos internos o a la presencia de un vínculo efectivo entre la persona agraviada y el Estado demandado, ya que estas disposiciones guardan relación con la admisibilidad de las reclamaciones en general, mientras que la cuestión de la renuncia no concierne sino al ejercicio de la protección diplomática en un caso particular. Además, conviene evitar cualquier confusión entre la renuncia y un posible acuerdo celebrado entre el Estado demandante y el Estado demandado en virtud del cual no sería obligatorio el agotamiento de los recursos internos, acuerdo que produciría el mismo efecto y sería asimilable a una *lex specialis* pero que queda fuera de la codificación del derecho internacional.

2. En caso de ausencia de vínculo voluntario entre la persona agraviada y el Estado demandado o cuando el hecho internacionalmente ilícito no haya sido cometido en el territorio de éste, y aunque la práctica sobre esa cuestión no sea unívoca, el Sr. Gaja estima, de igual modo que el Relator Especial, que entonces puede estar injustificado imponer que los recursos internos se agoten siempre y que en el marco del desarrollo progresivo está justificado establecer excepciones a esa norma. Sin embargo, el texto de los apartados *c* y *d* del artículo 14 quizá vaya demasiado lejos al dejar entender que la ausencia de vínculo vo-

luntario y el hecho de que el acto se haya producido fuera del territorio son suficientes por sí solos para justificar la excepción, por lo que el Sr. Gaja propone establecer una disposición única que admita una derogación de la norma del agotamiento de los recursos internos en uno u otro de esos dos casos, cuando las circunstancias lo justifiquen.

3. La Sra. ESCARAMEIA está de acuerdo con la excepción propuesta por el Relator Especial al apartado *b* del artículo 14 y no pondría objeción alguna a que esa disposición fuera remitida al Comité de Redacción.

4. Por lo que se refiere a los apartados *c* y *d*, considera que tocan el centro mismo de la cuestión, es decir de la institución de la protección diplomática misma, por lo que es necesario incluirlos en el proyecto. La Sra. Escarameia observa con satisfacción que el Relator Especial ha tenido presentes las nuevas realidades del mundo contemporáneo que hacen que, habida cuenta del desarrollo de los viajes, las personas estén, más que nunca, expuestas a verse perjudicadas por un Estado con el que no tienen vínculo alguno. En algunos casos precisos, no sería justo, ni razonable ni práctico exigir el agotamiento de los recursos internos y además no habría que dejar a las víctimas en la incertidumbre de qué es lo que pueden decidir los tribunales. Todo el debate sobre la cuestión pone de manifiesto la existencia de dos concepciones de la protección diplomática que se oponen una a otra: según la primera, tradicional, únicamente los Estados son sujetos del derecho y a ellos corresponde apreciar si la protección diplomática debe ser puesta en marcha. En ese caso hay pocas excepciones posibles, ya que el acento se pone en las normas de nacionalidad y de agotamiento de los recursos internos, que protegen la soberanía del Estado demandado, y las situaciones a las que se aplica la protección diplomática son limitadas. Estas no incluirían, por ejemplo, situaciones de daño transfronterizo al medio ambiente. La otra concepción, que tiene más en cuenta el hecho de que hoy día los desplazamientos son muy frecuentes, que se producen daños transfronterizos y que existen entidades que escapan al control del Estado, se vincula más con los daños sufridos por la persona. Dicha concepción está más abierta a las excepciones en relación con la nacionalidad o el agotamiento de los recursos internos y a la extensión de la protección diplomática a situaciones de daño transfronterizo. Naturalmente, la Comisión podría, en el momento de la redacción, adoptar la formulación menos rígida utilizando palabras ambiguas o equilibrar la inflexión dada en el párrafo por una inflexión contraria en otro párrafo, o incluso remitir el problema a la aplicación del texto por los tribunales, pero en relación con los dos puntos examinados convendría hacer una elección y decidir si la Comisión desea adaptarse a los cambios en el mundo contemporáneo. Por su parte, la Sra. Escarameia desea que éste último sea el camino elegido.

5. El Sr. KATEKA manifiesta su alivio al ver que los participantes se esfuerzan por evitar el debate sobre el carácter —norma de fondo o norma de procedimiento— del principio del agotamiento de los recursos internos. Considera que el artículo 12 podría ser remitido al Comité de Redacción. Por lo que se refiere al artículo 13, quizá fuera oportuno dejarlo de lado en el comentario. Por otra parte, observa que en el segundo informe sobre la protección diplomática (A/CN.4/514) se examinan los recursos judiciales y administrativos, aunque no se da ningún ejemplo

<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).

<sup>4</sup> Véase 2712.ª sesión, nota 13.

de recurso de carácter administrativo. Ejemplos de esa índole podrían enriquecer el estudio de la cuestión.

6. En su tercer informe sobre la protección diplomática (A/CN.4/523 y Add.1), el Relator Especial manifiesta su intención de incluir una adición, o dos adiciones distintas, sobre la cuestión de la cláusula Calvo y la cuestión de la denegación de justicia. Es evidente que la cláusula Calvo es un elemento pertinente y que convendría incluirla en el examen del proyecto de artículos.

7. Por lo que se refiere al apartado *a* del artículo 14 propuesto, el Sr. Kateka es favorable a la opción intermedia («no ofrecen una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo»). Considera que el apartado *e*, en que aparece el concepto de demora indebida, debería mantenerse, mientras que el apartado *f* le parece útil bajo ciertos aspectos. Por lo que respecta a la formulación del apartado *b*, ésta le parece problemática, habida cuenta de que no ve cómo una renuncia «tácita» puede manifestar una intención cierta e inequívoca. Por lo que se refiere a los «casos difíciles» previstos en los apartados *c* y *d*, la excepción a la norma del agotamiento de los recursos internos le parece justificada. Finalmente, el Sr. Kateka considera que la cuestión de la carga de la prueba debería poder ser integrada en el comentario.

8. El Sr. PELLET, recordando que está a favor de remitir al Comité de Redacción los apartados *a*, *e* y *f* del artículo 14, mientras que no lo está respecto del artículo 15, observa que los apartados *a*, *e* y *f* deben ser sometidos a debate. En principio, es evidente que la obligación del agotamiento de los recursos internos no existe más que en el caso en que éstos ofrezcan realmente una posibilidad de resolver la cuestión en un plazo aceptable; es ahí donde interviene la noción de denegación de justicia que es inseparable de la cuestión abordada en el apartado *a*. El Sr. Pellet observa que el Relator Especial vuelve a tomar, en el párrafo 21 de su informe, la definición de denegación de justicia dada en el artículo 9 del anteproyecto adoptado por el Comité III de la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional de La Haya de 1930<sup>5</sup> pero dándole un alcance que en realidad no tiene. Según esa definición, el agotamiento de los recursos internos no se impone de modo evidente en caso de denegación de justicia, sino que es una consecuencia de esa denegación de justicia. El Sr. Pellet considera que es inútil emprender ahora un debate sobre el carácter de norma primaria o de norma secundaria de esa noción. Le parece que el caso de la denegación de justicia se aborda de todos modos en los apartados *a*, *e* y *f* del artículo 14. Por lo tanto, es inútil consagrarle una disposición particular, y ese punto debería subrayarse en el comentario. Lo importante es que no haya posibilidad de utilizar recursos y que ello sea evidente para cualquier observador imparcial.

9. En lo que se refiere a la formulación del apartado *a*, el Sr. Pellet dice que ha quedado convencido por la argumentación del Relator Especial a favor de la opción 3. Pero, sea cual fuere la opción elegida, los términos propuestos dejan amplio lugar a la subjetividad del intérprete, tanto si se trata del término «inútil» como del término «razonable» que, aunque sea más familiar a quienes se mueven en el ámbito del *common law*, no es sin embargo

ajeno al derecho internacional público. No obstante, el criterio de lo que es «razonable» es bastante vago y remite al problema de la carga de la prueba, razón por la cual el Sr. Pellet había pedido al Relator Especial que presentara al mismo tiempo el artículo 14 y el artículo 15, esperando encontrar en este último un límite a la arbitrariedad aparente del criterio que estaba en la base del artículo 14. Sin embargo, esto no ha dado resultado. Sucede que el artículo 15 se sitúa en el terreno del procedimiento contencioso, lo cual es discutible en la esfera del derecho internacional, que es esencialmente un derecho sin jueces, y el proyecto está destinado a indicar a los Estados lo que deben hacer cuando se enfrenten a problemas de protección diplomática. Además, la carga de la prueba no es un problema específico del agotamiento de los recursos internos. Finalmente, lo que es más importante es que la cuestión no es saber quién debe demostrar algo, sino qué es lo que se debe demostrar. Por consiguiente, convendría precisar la noción de lo «razonable» en el contexto de la protección diplomática teniendo muy presente que el Estado autor del hecho ilícito que ha provocado el daño está obligado a conocer su derecho interno y puede, por lo tanto, evaluar las posibilidades de éxito de un recurso, mientras que ese derecho no es familiar al particular agraviado ni al Estado que trata de protegerlo, por lo que esa evaluación es difícil para estos últimos.

10. El Sr. Pellet no puede evitar en ese contexto pensar en la cuestión de las «ratificaciones imperfectas», que es indudablemente compleja pero que ha sido resuelta de modo aceptable y generalmente aceptado por el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (en adelante, «Convención de Viena de 1969») que lleva por título «Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados», en cuyo párrafo 1 se dispone que únicamente una violación del derecho interno de un Estado que sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental puede viciar un tratado, y en cuyo párrafo 2 se dice que «una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe». El Sr. Pellet no pretende que sea posible trasladar esta fórmula sin modificación alguna al ámbito de la protección diplomática, pero considera que el problema es comparable: en los dos casos se trata de permitir al Estado B protector o al particular agraviado que no estén familiarizados con el derecho interno del Estado A que ha causado el daño apreciar si ese derecho ofrece recursos cuyas posibilidades de éxito sean razonables, y en ambos casos existe sin duda una presunción en favor del Estado A y de la existencia de recursos internos en su régimen jurídico. El Sr. Pellet no está seguro que la fórmula enunciada en el párrafo 2 del artículo 46 de la Convención sea una panacea ni que la expresión «objetivamente evidente» sea más satisfactoria que el término «razonable», pero le parece que el Relator Especial y el Comité de Redacción deberían reflexionar sobre si seguir en el futuro esa dirección, ya que la inclusión en el proyecto en examen de una referencia a la práctica usual o a la buena fe permitiría introducir un criterio menos subjetivo y, por tanto, reduciría las fuentes de fricciones y de litigios entre los Estados.

11. Resumiendo en esta etapa su posición sobre ese punto, el Sr. Pellet considera que habría que abandonar

<sup>5</sup> *Ibíd.*, nota 18.

el artículo 15 y remitir el apartado *a* del artículo 14 al Comité de Redacción, precisando el contenido incluso si se mantiene la opción 3 como punto de partida.

12. El apartado *e* del artículo 14 suscita para el Sr. Pellet las mismas observaciones: naturalmente, la decisión debe poder adoptarse «sin dilación indebida», aunque sería sin duda conveniente y posible precisar en el texto del artículo qué se considera indebido. De modo análogo, el Sr. Pellet se pregunta si el apartado *e* no podría combinarse con el apartado *a* al cual debe de cualquier modo aproximarse, ya que es manifiestamente su prolongación necesaria y evidente. Al no formar parte del Comité de Redacción, se permite proponer un texto en ese sentido, que podría ser el siguiente: «No hay necesidad de agotar los recursos internos cuando el derecho del Estado autor responsable del hecho internacionalmente ilícito no ofrezca a la persona agraviada ninguna posibilidad objetiva de obtener reparación dentro de un plazo razonable». Más adelante podría precisarse que: «La posibilidad objetiva de obtener reparación en un plazo razonable debe ser apreciada de buena fe [según la práctica habitualmente seguida] o [conforme a los principios generales del derecho]».

13. Por lo que se refiere al apartado *f*, el Sr. Pellet comparte la opinión del Sr. Gaja: o bien esa disposición se interpreta en un sentido amplio, en cuyo caso duplica claramente el apartado *a*, o bien interpretada al pie de la letra significa que se impide físicamente a la persona perjudicada acceder a las instituciones que administran los recursos internos. De hecho, a juzgar por la posición adoptada por el Relator Especial en el párrafo 101 de su tercer informe, esta última interpretación es la válida. Sin embargo, de ese modo se comete pura y simplemente un error, y sin duda un error «derechohumanista»: siempre es posible agotar los recursos internos por intermedio de un abogado o de un representante. Esto, naturalmente, a condición de que la carga financiera no sea desproporcionada, ya que en tal caso se cae en el ámbito del apartado *a*. El Sr. Pellet no ve absolutamente por qué un recurso no es razonable ni efectivo debido a que el Estado responsable no permite a la persona perjudicada la entrada en su territorio: basta con que le permita estar representado de modo adecuado.

14. El Sr. Pellet no ha quedado convencido por la explicación que el Relator Especial ha dado a ese respecto al sugerir que se trata de un problema de incomprensión entre los juristas de la tradición del derecho romano y los que se basan en el *common law*. De hecho, tanto en los países que siguen la tradición romanogermánica como en los que se basan en la tradición del *common law* o del derecho islámico o hasta de los sistemas socialistas, es posible hacerse representar por un procurador, e incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos parece admitirlo. Por otra parte, si, debido a la obligación de hacer uso de los servicios de un abogado, el recurso se demuestra excesivamente oneroso, no podría ser considerado como efectivo, por lo que el Sr. Pellet se pregunta si no sería, por tanto, necesario mencionar de modo explícito esa hipótesis en el apartado *a*.

15. Siempre en referencia a la serie de apartados *a*, *e* y *f*, el Sr. Pellet señala que si, como él espera, se mantienen las ideas expresadas en ellos, le parece completamente inútil añadir al artículo 10 una referencia a los recursos legales

internos «adecuados y efectivos», ya que ello no sería más que una duplicación. El proyecto debe constituir un todo y es superfluo decir vagamente en el artículo 10 lo que se desarrollará y precisará en el artículo 14. Será suficiente enunciar en el artículo 10 la obligación de agotamiento de los recursos internos y enunciar en el artículo 14 los límites de esa obligación.

16. El Sr. Pellet desea manifestar, antes de abordar el examen de los apartados *b*, *c* y *d* del artículo 14, que falta en el último de ellos una idea que él considera importante: para que pueda considerarse que un particular ha agotado los recursos internos no es suficiente con que haya accedido a la jurisdicción interna competente, también es necesario que haya invocado ante ella los medios de derecho pertinentes si esos medios no son de naturaleza pública. Los casos *ELSI* y *LaGrand* juzgados por la CIJ, e incluso los casos *Vagabondage* juzgados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ofrecen materiales que merecen ser estudiados y que sin duda conducirían a incluir una disposición en ese sentido, bien sea en forma de un apartado suplementario en el artículo 14, bien sea bajo forma de un nuevo artículo en el proyecto.

17. Pasando al apartado *b* del artículo 14, el Sr. Pellet dice que no comprende en qué medida la cuestión de saber si la norma enunciada es una norma de procedimiento o una norma de fondo puede influir en el problema del que se ocupa la Comisión, habida cuenta de que el objetivo es de todos modos proteger al Estado responsable autor del hecho internacionalmente ilícito, y éste puede renunciar a esa protección por voluntad propia. Una vez dicho esto, acepta el principio enunciado en ese apartado, aunque desea hacer constar ciertas reservas con respecto a la redacción. En primer lugar, no le entusiasma la idea de incluir el término y la noción de *estoppel* (regla de los actos propios): no solamente son típicos del *common law* y suscitan cierta desconfianza entre los juristas que pertenecen a la tradición del derecho romano, sino también porque la hipótesis del *estoppel* está abarcada por la hipótesis, más amplia, de la renuncia implícita. Por otra parte, considera conveniente precisar que la renuncia debe ser clara, aun cuando sea implícita, y debe estar desprovista de ambigüedad. La jurisprudencia y la doctrina citadas por el Relator Especial parecen ir en ese sentido. Finalmente, y esto es una cuestión fundamental, el Sr. Pellet manifiesta su preocupación, como mínimo, por la irrupción inopinada de la expresión «Estado demandado», que correspondería a la elaboración de un texto de procedimiento contencioso y que además no parece figurar ni en los artículos que ya han sido remitidos al Comité de Redacción ni en los artículos 12 y 13. No comprende la justificación de esto y considera que en relación con esa cuestión sería importante mantener la terminología empleada en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. En el contexto actual, están presentes un Estado lesionado en la persona de uno de sus nacionales, y un Estado responsable.

18. Por lo que se refiere a los apartados *c* y *d* del artículo 14, el Sr. Pellet confiesa que la lectura del informe ha aumentado su curiosidad por la noción de «vínculo voluntario» (respecto del apartado *c*), aunque no ha disipado por completo su perplejidad. Explica que ésta se debe más al modo en que el Relator Especial presenta esa

noción —examinándola al mismo tiempo que la noción de «conexión territorial» (respecto del apartado *d*) y situando ambas nociones en un mismo plano a pesar de que la segunda no es sino la ilustración ambigua de la primera— que a la noción misma, que considera atractiva y por completo adecuada, aunque refleje más la doctrina que la práctica. El Sr. Pellet cree entender que la noción de «vínculo voluntario» significa que los recursos internos no tienen por qué ser agotados en el caso de que un Estado cause un daño a una persona que no ha tenido culpa alguna de su desgracia, no ha asumido en principio riesgo alguno, no ha tomado la iniciativa del contacto y no ha entrado en el territorio del Estado responsable ni ha invertido en él. Si se hace abstracción de la práctica, esa idea parece razonable y resolvería los problemas que el Sr. Pellet ha planteado en la sesión anterior, además de eliminar las hipótesis expuestas por el Relator Especial en el párrafo 83 de su tercer informe. El Sr. Pellet comprende que el Relator Especial vea indicios de méritos en esa idea, pero no comprende que acabe por mostrarse favorable a rechazar la norma enunciada en el apartado *c*. En principio esa norma parece responder a consideraciones de sentido común y de equidad. Bien es verdad que no ha sido consagrada claramente por la jurisprudencia, pero la práctica mencionada por el Relator Especial la justificaría suficientemente, aun cuando parecen existir prácticas contrarias, especialmente en materia de reparación de los daños causados por la contaminación. A ese respecto, el Sr. Pellet dice que lamenta haber mencionado en la sesión anterior casos de contaminación marítima como el del *Torrey Canyon* o el del *Amoco Cadiz*, que, a ese respecto, son ajenos al tema examinado. Una vez cerrado este paréntesis, manifiesta que la Comisión tiene en el apartado *c* una oportunidad excelente de promover el desarrollo progresivo del derecho internacional, por lo que está a favor de ese apartado sea remitido al Comité de Redacción, y añade que sin duda sería preferible proporcionar una definición de la expresión «vínculo voluntario», que no está consagrada ni es evidente, y no en el comentario sino en el artículo mismo.

19. Por el contrario, el Sr. Pellet no cree que el apartado *d* tenga interés alguno ya que, tal como lo presenta el Relator Especial, no le parece que sea sino una subhipótesis más de la hipótesis representada por el apartado *c*, que además, interpretada literalmente, sólo serviría para contradecir inútilmente la hipótesis del «vínculo voluntario». Por ejemplo, en el caso de un incidente aéreo en el que un avión sea abatido por el Estado A en el propio territorio del Estado A, no existe un vínculo voluntario entre el Estado A autor del hecho internacionalmente ilícito cometido en su jurisdicción territorial, su espacio aéreo y la parte perjudicada, pero lo que justifica la hipótesis del vínculo voluntario se aplica de modo especial: las personas que estaban a bordo del avión no eligieron evidentemente ningún vínculo territorial, simplemente se encontraban sobre el territorio del Estado A. Mejor sería abandonar el apartado *d*.

20. El Sr. BROWNLIE, volviendo al apartado *c* del artículo 14, se sorprende de que el Relator Especial se muestre tan tímido respecto de la noción de «vínculo voluntario». No está de acuerdo con la afirmación hecha en el párrafo 70 del tercer informe de que no haya fundamentos claros a favor o en contra de la exigencia de un vínculo

voluntario. De hecho, esa exigencia encuentra un apoyo considerable en diversas fuentes. El Sr. Brownlie observa a ese respecto, en relación con la cuestión general del «daño directo», que si el accidente de Chernóbil suscitó tanta prudencia por parte de varios países europeos y no dio lugar a una multitud de reclamaciones, fue por razones de interés personal. El Gobierno británico, por ejemplo, no presentó ninguna reclamación. Pero es posible pensar que en casos de ese tipo haya grupos de presión que intervengan ante sus gobiernos respectivos para que éstos adopten medidas. El Sr. Brownlie desearía, por tanto, que la Comisión mantuviera el apartado *c* del artículo 14 y que lo remitiera al Comité de Redacción. Aun así, hay que decir que esa disposición, lejos de constituir una excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos es una condición para su aplicación y que, desde ese punto de vista, no tiene cabida en el artículo 14, que está consagrado a las excepciones a la norma, por lo que convendría reexaminar el lugar que ocupa.

21. El Sr. Brownlie piensa, de igual modo que el Sr. Pellet, que el apartado *d* del artículo 14 es inaceptable, y añade que no hace ninguna aportación, no tiene un fundamento sólido y no es realmente compatible con el apartado *c*.

22. El Sr. KOSKENNIEMI dice que tiende cada vez más a compartir la opinión del Sr. Brownlie de que los debates en curso no se refieren a una pequeña excepción a la norma sino por completo a la razón de ser de dicha norma. Comprende las consideraciones de orden político que subyacen a la noción de «vínculo voluntario» que el Relator Especial ha explicado y a las que han hecho referencia algunos otros miembros de la Comisión. Sin embargo, teme que esos debates desvíen la atención de la Comisión en una dirección errónea. Existen casos en que, a pesar de la existencia de un vínculo voluntario, es conveniente que pueda ejercerse una protección diplomática. También es verdadero lo contrario: en determinadas situaciones en que no existe vínculo voluntario no es conveniente que pueda existir esa protección. El Sr. Koskenniemi se pregunta, pues, por la pertinencia de esa noción de vínculo voluntario. Considera que la cuestión fundamental consiste más bien en saber quién tiene necesidad de una protección diplomática y quién no tiene verdaderamente necesidad. Cuando hay personas perjudicadas, especialmente en los casos en que son particularmente vulnerables, tiene importancia que puedan ser protegidas. Ese ha sido el caso de los trabajadores asiáticos en Kuwait que tuvieron que abandonar ese país cuando fue invadido por el Iraq en 1990 y tuvieron que refugiarse en países vecinos como el Irán o la Arabia Saudita. Según el Sr. Koskenniemi, esas personas tenían derecho a beneficiarse de la protección diplomática del Estado del que eran nacionales respecto de esos Estados, aunque el hecho de encontrarse en su territorio no respondiera realmente a una elección voluntaria. Por el contrario, en el caso de entidades comerciales multinacionales que llevan a cabo actividades transnacionales, por ejemplo por conducto de la web, eso no es necesariamente deseable. En este caso también podría decirse que no existe vínculo voluntario con ningún Estado en particular, sin embargo no hay necesidad social ni moral de prescindir de la necesidad de agotar los recursos internos. La cuestión de la existencia o ausencia de un vínculo voluntario no es, por tanto, la perspectiva ideal

para abordar determinadas situaciones y no debe ponerse en el mismo plano que las demás excepciones enunciadas en el artículo 14.

23. El Sr. TOMKA dice que no se trata de saber si hace falta proporcionar o no la protección diplomática sino de estudiar la práctica y de establecer normas al respecto. Por lo que se refiere al ejemplo de los trabajadores asiáticos en Kuwait, conviene no olvidar que han sufrido un daño causado no por Kuwait, país con el que habían establecido un vínculo voluntario, sino por el Iraq, país con el que no tenían vínculo alguno. El Estado de nacionalidad que ejerce la protección diplomática debe, pues, dirigir su reclamación al Iraq.

24. El Sr. KOSKENNIEMI dice que pensaba en realidad en la protección diplomática de que podrían beneficiarse esas personas en otros países de la región en la que se habían refugiado voluntariamente.

25. El Sr. PELLET dice que no está totalmente convencido por la argumentación del Sr. Koskenniemi. El ejemplo de los refugiados de Kuwait que ha puesto tiene más bien a favorecer la noción de vínculo voluntario, incluso si no se puede hablar de voluntad en ese caso, sino que podría tratarse de un vínculo «necesario». El orador recuerda que la norma del agotamiento de los recursos internos está destinada a proteger al Estado responsable permitiéndole la reparación de los daños que ha causado ilícitamente, y no a proteger a los particulares. Naturalmente, sería posible suprimirla, y el orador mismo estaría a favor de un reconocimiento de la personalidad jurídica internacional de los particulares, pero ese no es el problema. El otro ejemplo, el de las sociedades transnacionales, es más convincente en el sentido de que lleva a reflexionar sobre qué es el vínculo, aunque se trata de un caso tan poco concreto que no es necesario examinarlo muy atentamente.

26. El Sr. Pellet apoya vigorosamente la propuesta del Sr. Brownlie tendiente a disociar el apartado *c* del resto del artículo 14. Las normas de que tratan uno y otro son de carácter diferente. Sería preferible tratar en un lugar completamente aparte la noción de vínculo voluntario.

27. La Sra. XUE considera muy útil el comentario sobre el artículo 14 del Relator Especial en que éste hace un análisis claro de la cuestión y cita numerosas fuentes de interés. De las tres opciones propuestas respecto del apartado *a* del artículo 14, la última merece una atención particular. Hay tres elementos que hay que tener en cuenta a los efectos de la redacción. Conviene recordar en primer lugar que en debates anteriores de la CDI y de la Sexta Comisión de la Asamblea General en relación con el artículo 10 se sugirió modificar esa disposición para exigir el agotamiento de todos los recursos internos «adecuados y efectivos». Es necesario examinar atentamente la expresión «posibilidad razonable», habida cuenta de que los términos «posibilidad» y «razonable» que figuran en el texto actual pondrían de manifiesto una evaluación subjetiva del Estado demandante. Sería conveniente reformular la introducción del artículo 14 y el apartado *a*. Finalmente, parece existir cierta superposición entre el apartado *a* y los apartados *c*, *d*, *e* y *f*, los cuales se refieren a situaciones particulares en las que podría suceder que no hubiera ninguna posibilidad de recurso efectivo. Una

vez dicho esto, la Sra. Xue muestra su acuerdo en que se remita el apartado *a* al Comité de Redacción.

28. Por lo que se refiere a los apartados *e* y *f*, en ambos se destaca la responsabilidad del Estado en que se ha causado el daño, garantizando el acceso a los recursos internos. Ese enfoque es pertinente, pero el modo en que se ha formulado el apartado podría ser reexaminado teniendo en cuenta la modificación que se introducirá en el apartado *a*.

29. Por lo que se refiere al apartado *b*, la Sra. Xue considera que sería mejor no hacer mención del *estoppel*, noción que a menudo es fuente de malentendidos. En cuanto a la renuncia implícita, puede no ser inequívoca en todos los casos. Sería preferible indicar simplemente que el Estado demandado debe haber renunciado de modo explícito y sin ninguna ambigüedad a exigir el agotamiento de los recursos internos. Bajo reserva de esa modificación, dicha disposición también podría ser remitida al Comité de Redacción.

30. Por lo que se refiere a los apartados *c* y *d*, la noción de vínculo voluntario es muy útil cuando se trata de explicar por qué es necesario agotar los recursos internos antes de que se pueda ejercer la protección diplomática. Sin embargo, cuando no hay vínculo voluntario ni otra conexión jurisdiccional, la solución reside en las normas de derecho internacional. Como ha observado el Relator Especial en su informe, no sería razonable exigir al extranjero perjudicado que agote los recursos internos en casos difíciles como son los daños transfronterizos al medio ambiente, pero tratar el vínculo involuntario como una excepción a la norma del agotamiento de los recursos internos ampliará indebidamente el alcance de la protección diplomática.

31. El Sr. DUGARD (Relator Especial) observa que en muchas intervenciones se ha mencionado que el apartado *c* merece una atención particular y que la cuestión que en él se aborda debería ser examinada aparte. El orador se pregunta si de ello hay que concluir que quienes así piensan desean trasladar esa disposición al artículo 11, que trata del principio del agotamiento de los recursos internos. Si ello es así, el orador no opone objeción alguna; únicamente deberá informar de ello al Comité de Redacción.

32. El Sr. BROWNLIE, volviendo a la cuestión planteada por el Relator Especial, manifiesta interés por las diversas propuestas de modificación estructural que se han hecho. Él mismo no tiene ninguna propuesta concreta que hacer, pero también considera que el Relator Especial y el Comité de Redacción podrían trasladar a un lugar más apropiado las disposiciones relativas al vínculo voluntario, por ejemplo al artículo 11.

33. El Sr. SIMMA dice que, por lo que se refiere al apartado *b* del artículo 14, el Sr. Gaja tiene razón al considerar que la renuncia expresa puede asimilarse a una *lex specialis* por lo que no tendría que ver con el tipo de renuncia concebida por el Relator Especial en ese apartado. En cuanto a la renuncia tácita, aparte de que hay pocos casos a ese respecto que estén exentos de ambigüedad, su existencia no puede ser dada por cierta. Muy al contrario. La argumentación desarrollada por el Relator Especial a ese respecto en el párrafo 56 de su informe viene

corroborada por el hecho de que uno de los pocos tratados generales sobre la solución de diferencias, es decir, el Convenio europeo para el arreglo pacífico de las controversias, contiene una disposición que indica expresamente que es necesario haber agotado los recursos internos. De igual modo, en el caso *LaGrand*, en el que se invocó el Protocolo facultativo de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares sobre la jurisdicción obligatoria para la solución de controversias, que puede ser comparado a lo que el Relator Especial denomina tratados generales de arbitraje, los Estados Unidos, Estado demandado, rechazaron claramente la argumentación general fundada en la protección diplomática, pero no demostraron que, por ello, hubiera que deducir una renuncia a la exigencia de agotamiento de los recursos internos. Finalmente, la cuestión del *estoppel* es una fuente de numerosos malentendidos. Ese elemento del apartado *b* no está exento de vínculos con el tipo de planteamiento que el Relator Especial concibe en el apartado *f* del mismo artículo 14, en que el Estado demandado impide a la persona agraviada tener acceso a las instituciones que ofrecen los recursos internos. Los ejemplos que el Relator Especial menciona en relación con el *estoppel* son, sin excepción, casos en que se ha dictado un laudo o sentencia en el sentido de que el Estado demandado al haber mantenido silencio sobre la cuestión del agotamiento de los recursos internos no puede posteriormente invocar el no agotamiento de dichos recursos. Las consecuencias son aquí las mismas que en el caso del planteamiento en que el Estado declara expresamente que no es necesario agotar los recursos internos y posteriormente cambia de opinión. Por lo tanto puede haber una cierta superposición entre el *estoppel* mencionado en el apartado *b* y el planteamiento mencionado en el apartado *f* en los casos en que haya impedimento por el comportamiento y no por el hecho de que el Estado demandado no haya dicho expresamente que los recursos internos debían ser agotados.

34. Por lo que se refiere a las cuestiones del vínculo voluntario y de la conexión territorial (apartados *c* y *d*), el Sr. Simma se pregunta de igual modo que el Sr. Brownlie por qué el Relator Especial se muestra inseguro respecto del principio de que si no hay vínculo voluntario no hay obligación de agotar los recursos internos. Sin embargo esa actitud prudente sólo sería extraña si el Relator Especial estuviera tan firmemente convencido como el Sr. Pellet parece estarlo de la solidez y del carácter convincente del principio del vínculo voluntario. Sin embargo, no parece ser esto lo que se expone en los párrafos 65 y 89 del informe del Relator Especial. Pero el problema más fundamental que plantea la noción de vínculo voluntario, tal como se presenta en la mayor parte de la jurisprudencia y de la doctrina, reside en el hecho de que ese vínculo remite a una noción casi física. Se trata, como en el siglo XIX, de considerar a personas que se desplazan físicamente. Esa visión de las cosas se encuentra todavía en el caso *Emprunts norvégiens* (párr. 73 del informe), en que Francia adujo que sus nacionales propietarios de títulos noruegos pero residentes en Francia no estaban obligados a agotar los recursos internos en Noruega, a menos que tuvieran un vínculo voluntario con ese país. Pero, si se pasa de los decenios de 1940 y 1950 a la situación de mundialización económica que reina en la actualidad, se comprueba que los particulares pueden, sin grandes obstáculos jurídicos internacionales, quebrar e incluso

arruinar estructuras económicas enteras. Conviene, pues, preguntarse si no haría falta ser un poco «anti derechos humanos» y considerar que la norma del agotamiento de los recursos internos está destinada a proteger al Estado demandado, cuyos intereses deben ser tenidos en cuenta. Evidentemente, en el 85% de los casos son los particulares quienes son vulnerables y no el Estado, pero no por ello hay que hacer caso omiso de la posibilidad contraria. En el contexto de los casos de contaminación transfronteriza, cabe preguntarse si es prudente introducir de modo forzado el caso Chernóbil en el paradigma de la protección diplomática. La protección diplomática presupone un hecho internacionalmente ilícito, cosa que está por demostrarse en el caso Chernóbil, y sería artificial y torpe asimilar las medidas adoptadas por el Reino Unido y otros países en ese caso al ejercicio de la protección diplomática. Se trata aquí de una nueva rama del derecho, el derecho del medio ambiente, que no hay razón para abordar con viejos esquemas.

35. Por otra parte, se ha demostrado poco interés por los casos límite de la presencia física: un tránsito de tres horas entre dos aviones, una visita de seis días o dos semanas de vacaciones, ¿son suficientes para establecer un vínculo voluntario? Ese aspecto sólo se aborda de modo marginal en el proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a extranjeros elaborado por la Facultad de Derecho de Harvard<sup>6</sup> (párr. 81 del informe) o por Roberto Ago, pero no por ello deja de ser importante, habida cuenta del hecho de que las personas se desplazan cada vez más y que es necesario definir las incidencias de ese fenómeno en la noción de vínculo voluntario. El Relator Especial tiene razón al decir que en los planteamientos más espectaculares el Estado de origen del interesado resultará directamente lesionado, por lo que no tendrá que recurrir a la protección diplomática. En algunos otros casos, el criterio de preponderancia previsto en el artículo 11 permitirá solucionar el problema. Hay otras situaciones que podrían entrar en el esquema del apartado *a* del artículo 14 y ser explicadas de modo convincente en ese marco. Una vez dicho esto, si se logra un consenso sobre la oportunidad de retirar de ese artículo la noción de vínculo voluntario y trasladarla, por ejemplo, cerca del artículo 11, esa solución sería aceptable si dicha noción fuera sometida realmente a un debate a fondo.

36. El Sr. OPERTTI BADAN señala que la Comisión, sin decirlo de modo explícito, está a punto de debatir el ámbito de aplicación de ese antiguo instrumento que es la protección diplomática. Ese instrumento posee su tradición, su evolución histórica y su práctica, pero frente a fenómenos nuevos se plantea la cuestión de si se ha adaptado suficientemente o si hace falta elaborar otro instrumento. En todos los casos citados (*Amoco Cadiz*, *Bhopal*, etc.), los demandantes, que son particulares, pueden elegir entre su jurisdicción nacional y la del Estado demandado para que se comprueben los perjuicios sufridos y se obtenga una reparación, pero el hecho ilícito que está en el origen del daño no se inscribe en una relación contractual. La noción de daño transfronterizo tiene sus características

<sup>6</sup> Reproducido en L. B. Sohn y R. R. Baxter, «Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens», *American Journal of International Law* (Washington D.C.), vol. 55 n.º 3 (julio de 1961), pág. 548.

propias, que no se ajustan necesariamente a las de la protección diplomática. Se trata de una realidad nueva, que entraña sin duda aspectos políticos, pero el derecho no debe temer ni a lo nuevo ni a lo político. Por todos esos motivos, convendría no remitir de modo apresurado los apartados *c* y *d* del artículo 14 al Comité de Redacción antes de que hayan sido examinados a fondo.

37. El Sr. BROWNLIE se pregunta si el Sr. Simma no da una importancia excesiva a las incertidumbres y a las dificultades de aplicación inherentes a la noción de vínculo voluntario. Son numerosas las nociones aceptadas de modo general y familiares —por ejemplo, la de plataforma continental— respecto a las cuales la incertidumbre sólo se ha disipado de modo progresivo y después de varios años, mientras que una noción de derecho internacional privado tan conocida como la de domicilio continúa planteando problemas de aplicación. De igual modo, en materia de contaminación transfronteriza, el accidente de Chernóbil fue algo totalmente nuevo debido al número de personas afectadas, aunque, en sí mismo, el riesgo de accidentes nucleares se había previsto en varias convenciones multilaterales europeas importantes que se habían establecido precisamente para delimitar las responsabilidades de las partes contratantes en caso de que se produjera un accidente de ese tipo. Por ejemplo, el caso *Fonderie de Trail* (Trail Smelter) que se remonta a 1935 era ya un caso de contaminación transfronteriza. La Comisión no debería desdeñar la importancia de la noción de vínculo voluntario por el solo motivo de que plantea problemas de aplicación.

38. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO comparte las opiniones expuestas por el Sr. Kateka, la Sra. Xue y el Sr. Simma respecto a la posibilidad de una renuncia tácita de la exigencia de agotamiento de los recursos internos (apartado *b* del artículo 14). La renuncia es un acto unilateral que debe ser irrevocable y no puede presumirse. Ni la jurisprudencia (el caso *Barcelona Traction*, entre otros) ni la doctrina plantean esa presunción.

### Organización de los trabajos del período de sesiones (continuación\*)

[Tema 2 del programa]

39. El Sr. CANDIOTI (Presidente del Grupo de Planificación) informa a la Comisión que el Grupo de Planificación ha celebrado dos reuniones. En la primera reunión, que se celebró el 1.º de mayo de 2002, se decidió recomendar a la Comisión que incluyera en su programa de trabajo el tema titulado «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional» y estableciera un grupo de trabajo sobre esa cuestión, y que incluyera también en su programa de trabajo el tema titulado «Responsabilidad de las organizaciones internacionales», nombrara a un relator especial sobre esta cuestión y estableciera un grupo de trabajo encargado de ayudar al relator especial durante el período de sesiones en curso de la Comisión. En la misma reunión, el Grupo de Planificación también

decidió restablecer su grupo de trabajo sobre el programa a largo plazo y nombrar al Sr. Pellet presidente de dicho grupo de trabajo.

40. En su segunda reunión, celebrada el 6 de mayo de 2002, el Grupo de Planificación decidió recomendar a la Comisión que incluyera en su programa de trabajo el tema titulado «Recursos naturales compartidos», nombrara un relator especial sobre esa cuestión y estableciera un grupo de trabajo encargado de ayudar al relator especial durante el período de sesiones en curso de la Comisión, así como que estableciera un grupo de estudios sobre el riesgo de fragmentación del derecho internacional. El Grupo de Planificación se reunirá nuevamente para examinar otras cuestiones incluidas en su programa.

41. El PRESIDENTE, sobre la base de las consultas celebradas, propone confiar al Sr. Sreenivasa Rao la tarea de presidir el Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, nombrar al Sr. Gaja relator especial sobre la cuestión de la responsabilidad de las organizaciones internacionales y confiar al Sr. Simma la tarea de presidir el grupo de estudio sobre el riesgo de fragmentación del derecho internacional, en el entendimiento de que seguirán realizándose consultas en relación con la cuestión de los recursos naturales compartidos.

*Así queda acordado.*

42. El Sr. GAJA expresa su profunda gratitud a la Comisión por su nombramiento como Relator Especial. Invita a los miembros interesados en la cuestión cuyo examen le ha sido confiado a que reflexionen sobre la dirección que podrían tomar los trabajos y a que sugieran bibliografías y otros materiales para su estudio.

43. El Sr. SIMMA informa a los miembros interesados por la cuestión de la fragmentación del derecho internacional de que el informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 52.º período de sesiones contiene en el anexo un breve estudio sobre la cuestión, elaborado por Sr. Hafner<sup>7</sup>.

44. El Sr. Sreenivasa RAO dice que el Grupo de Trabajo encargado de examinar la cuestión que le ha sido confiada utilizará como documento de base el informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 48.º período de sesiones<sup>8</sup>.

*Se levanta la sesión a las 13.00 horas.*

<sup>7</sup> Véase 2714.ª sesión, nota 1.

<sup>8</sup> *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), anexo I, pág. 110.

\* Reanudación de los debates de la 2714.ª sesión.