



Asamblea General

Distr.
LIMITADA

A/CN.4/L.619
7 de junio de 2002

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL
54º período de sesiones
Ginebra, 29 de abril a 7 de junio de 2002
y 22 de julio a 16 de agosto de 2002

PROYECTO DE INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL
SOBRE LA LABOR REALIZADA EN SU 54º PERÍODO DE SESIONES

Relator: Sr. Valery KUZNETZOV

Capítulo V

PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

ÍNDICE

<u>Capítulo</u>	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
V. A. Introducción	1 - 8	3
B. Examen del tema en el actual período de sesiones	9 - 86	5
1. Observaciones generales sobre el estudio	13 - 46	6
a) Introducción del Relator Especial	13 - 16	6
b) Resumen del debate	17 - 39	7
c) Observaciones finales del Relator Especial.....	40 - 46	13

ÍNDICE (continuación)

<u>Capítulo</u>	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
V. B. (<u>continuación</u>)		
2. Artículos 12 y 13	47 - 73	15
a) Introducción del Relator Especial	47 - 57	15
b) Resumen del debate	58 - 69	18
c) Observaciones finales del Relator Especial.....	70 - 73	21
3. Artículo 14		22
4. Artículo 15	74 - 86	23
a) Introducción del Relator Especial	74 - 79	23
b) Resumen del debate	80 - 85	25
c) Observaciones finales del Relator Especial.....	86	26

PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

A. Introducción

1. En su 48° período de sesiones, celebrado en 1996, la Comisión consideró que el tema de la "Protección diplomática" era uno de los tres temas idóneos para su codificación y desarrollo progresivo¹. Ese mismo año la Asamblea General, en su resolución 51/160, de 16 de diciembre de 1996, invitó a la Comisión a que examinara el tema e indicara su alcance y contenido a la luz de las observaciones formuladas en el curso del debate en la Sexta Comisión y de las observaciones que los gobiernos presentaran por escrito. En su 49° período de sesiones, celebrado en 1997, la Comisión, de conformidad con la citada resolución de la Asamblea General, estableció en su 2477ª sesión un Grupo de Trabajo sobre el tema². En el mismo período de sesiones el Grupo de Trabajo presentó un informe que fue aprobado por la Comisión³. El Grupo de Trabajo trató de: a) aclarar, en todo lo posible, el alcance del tema; y b) determinar las cuestiones que deberían estudiarse en el contexto de dicho tema. El Grupo de Trabajo propuso un esquema para el examen del tema y, por su parte, la Comisión recomendó al Relator Especial que adoptase ese esquema como base para la presentación de un informe preliminar⁴.
2. En su 2501ª sesión, celebrada el 11 de julio de 1997, la Comisión nombró al Sr. Mohamed Bennouna Relator Especial para el tema.
3. En el párrafo 8 de su resolución 52/156, la Asamblea General hizo suya la decisión de la Comisión de incluir en su programa el tema "Protección diplomática".
4. En su 50° período de sesiones, celebrado en 1998, la Comisión tuvo ante sí el informe preliminar del Relator Especial⁵. En el mismo período de sesiones, la Comisión estableció un

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/51/10), párr. 249 y anexo II, adición 1.*

² *Ibíd., quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/52/10), cap. VIII.*

³ *Ibíd.*, párr. 171.

⁴ *Ibíd.*, párrs. 189 y 190.

⁵ A/CN.4/484.

Grupo de Trabajo de composición abierta para que examinara las conclusiones que pudieran extraerse del debate en cuanto al enfoque del tema⁶.

5. En su 51º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión nombró al Sr. Christopher John R. Dugard, Relator Especial para el tema⁷, tras la elección del Sr. Bennouna como magistrado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

6. En su 52º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/506 y Corr.1 y Add.1). Por falta de tiempo la Comisión aplazó el examen del documento A/CN.4/506/Add.1 hasta su siguiente período de sesiones. En el mismo período de sesiones, la Comisión inició unas consultas officiosas de composición abierta, presididas por el Relator Especial, sobre los proyectos de artículo 1, 3 y 6⁸. Posteriormente la Comisión decidió, en su 2635ª sesión, remitir los proyectos de artículo 1, 3 y 5 a 8 al Comité de Redacción junto con el informe de las consultas officiosas.

7. En su 53º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión tuvo ante sí el resto del primer informe del Relator Especial (A/CN.4/506/Add.1), así como su segundo informe (A/CN.4/514 y Corr.1 y 2 (en español solamente)). La Comisión examinó el documento A/CN.4/506/Add.1 en sus sesiones 2680ª y 2685ª a 2687ª, celebradas el 25 de mayo y del 9 al 11 de julio de 2001, respectivamente. La Comisión también examinó el segundo informe del Relator Especial en sus sesiones 2688ª a 2690ª, celebradas del 12 al 17 de julio de 2001. Por falta de tiempo, la Comisión sólo pudo examinar las partes del segundo informe relativas a los proyectos de artículo 10 y 11, y aplazó hasta su próximo período de sesiones el examen del resto del documento A/CN.4/514, acerca de los proyectos de artículo 12 y 13. En su 2688ª sesión, celebrada el 12 de julio de 2001, la Comisión decidió remitir el proyecto de

⁶ Las conclusiones del Grupo de Trabajo figuran en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/53/10)*, párr. 108.

⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/54/10)*, párr. 19.

⁸ El informe de las consultas officiosas figura en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/55/10)*, párr. 495.

artículo 9 al Comité de Redacción, y en su 2690ª sesión, celebrada el 17 de julio de 2001, decidió remitirle los proyectos de artículos 10 y 11.

8. En su 2688ª sesión, la Comisión inició unas consultas officiosas de participación abierta, presididas por el Relator Especial, sobre el artículo 9.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

9. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el resto del segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/514 y Corr.1 y 2 (en español solamente)), relativo a los proyectos de artículo 12 y 13, así como su tercer informe (A/CN.4/523 y Add.1). La Comisión examinó las partes restantes del segundo informe, así como la primera parte del tercero, relativa a la situación actual del estudio sobre la protección diplomática y a los artículos 14 y 15, en sus sesiones 2712ª a 2719ª y 2729ª, celebradas los días 30 de abril a 14 de mayo y 4 de junio de 2002, respectivamente. Ulteriormente examinó la segunda parte del tercer informe, relativa al artículo 16, en sus sesiones 2725ª y 2727ª a 2729ª, celebradas el 24 de mayo, y del 30 de mayo al 4 de junio, respectivamente.

10. En su 2719ª sesión, celebrada el 14 de mayo de 2002, la Comisión decidió remitir los párrafos a), b), d) (para su examen en relación con el párrafo a)) y e) al Comité de Redacción. En su 2729ª sesión, celebrada el 4 de junio de 2002, decidió además, remitir el párrafo c) del artículo 14 al Comité de Redacción, para su examen en relación con el párrafo a).

11. En sus sesiones 2730ª a 2732ª, celebradas del 5 al 7 de junio de 2002, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción sobre los proyectos de artículo 1 a 7 [8]. Aprobó los artículos 1 a 3 [5] en su sesión 2730ª, 4 [9], 5 [7] y 7 [8] en su sesión 2731ª, y 6 en su sesión 2732ª.

12. En sus sesiones ... a ..., celebradas el ..., la Comisión aprobó los comentarios a los proyectos de artículo mencionados.,

1. Observaciones generales sobre el estudio

a) Introducción del Relator Especial

13. El Relator Especial, al introducir su tercer informe (A/CN.4/523), señaló que la protección diplomática era un tema sobre el que existía mucho material en forma de intentos de codificación, convenciones, práctica de los Estados, jurisprudencia y doctrina. No había ninguna otra rama del derecho internacional sobre la que existiera tanto. Sin embargo, la práctica era con frecuencia incoherente y contradictoria. Entendía que su misión era presentar todas las fuentes y posibilidades, a fin de que la Comisión pudiera elegir con conocimiento de causa.

14. En cuanto al ámbito del proyecto de artículo, el Relator Especial reiteró su renuencia a ir más allá de los temas tradicionales comprendidos en el tema de la protección diplomática, es decir, la nacionalidad de las reclamaciones y el agotamiento de los recursos internos.

Sin embargo, observó que, en el curso de los debates del quinquenio anterior, se habían hecho sugerencias de incluir otras cuestiones en la esfera de la protección diplomática, como la protección funcional por las organizaciones internacionales de sus funcionarios, el derecho del Estado de nacionalidad de un buque o aeronave a formular reclamaciones en nombre de la tripulación y posiblemente también en nombre de los pasajeros del buque o aeronave, cualquiera que fuera la nacionalidad de las personas interesadas, y el caso de que un Estado ejerciera la protección diplomática de un nacional de otro Estado como consecuencia de la delegación de ese derecho y el de que un Estado o una organización internacional administrasen o controlasen un territorio. En respuesta, sin dejar de reconocer la importancia de esas cuestiones, mantuvo que no debían ser examinadas por la Comisión en el contexto del actual proyecto de artículos, especialmente si se quería aprobar ese proyecto en primera y segunda lectura para finales del quinquenio. Además, advirtió de que el debate de algunas de esas cuestiones, por ejemplo, la del caso de que un Estado o una organización internacional administraran o controlaran un territorio, podría ir mucho más allá del campo tradicional de la protección diplomática.

15. Además, señaló que era imposible que la Comisión finalizara un estudio sobre la protección diplomática sin examinar la denegación de justicia y la cláusula Calvo, cuestiones ambas que figuraban destacadamente en la jurisprudencia sobre el tema.

16. El Relator Especial confirmó además su intención de examinar en su próximo informe la nacionalidad de las sociedades.

b) Resumen del debate

17. El Relator Especial fue felicitado por su informe y por la actitud abierta con que había abordado las cuestiones tratadas. Al propio tiempo, se expresó la opinión de que el método del Relator Especial parecía demasiado general. Por ello, se dio apoyo al examen de las cuestiones adicionales enumeradas por él en su tercer informe.

18. Se expresó la opinión de que la cuestión de la protección funcional por las organizaciones internacionales de sus funcionarios debía excluirse del proyecto de artículos, ya que constituía una excepción al principio de nacionalidad, fundamental para la cuestión de la protección diplomática. En su opinión consultiva en el asunto *Reparación de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*⁹, la Corte Internacional de Justicia había dejado en claro que la reclamación interpuesta por la Organización no se basaba en la nacionalidad de la víctima sino en su condición de agente de la Organización. De igual modo, en su sentencia de 11 de septiembre de 1964¹⁰, el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) había manifestado que los privilegios e inmunidades de los funcionarios de la OIT se concedían únicamente en interés de la Organización.

19. A la inversa, se propuso que la Comisión examinara las consecuencias para el Estado de nacionalidad del derecho de una organización internacional a ejercer la protección diplomática no funcional. La cuestión de las reclamaciones en conflicto del Estado de nacionalidad y de las Naciones Unidas con respecto a los daños personales a funcionarios de éstas se había planteado por la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva *Reparación de los daños*. Se propuso que la relación entre protección funcional y protección diplomática se estudiara detenidamente, haciendo en el proyecto de artículos alguna referencia a la protección funcional. De igual modo, se sugirió que se aclarara que, como había señalado la Corte en su opinión consultiva, la posibilidad de un conflicto entre el derecho del Estado a la protección diplomática

⁹ 1949, *I.C.J. Reports*, pág. 174.

¹⁰ *In re Jurado*, sentencia N° 70.

y el derecho de la organización a la protección funcional no podía traducirse en dos reclamaciones ni en dos actos de reparación. Por consiguiente, la Comisión podía examinar la necesidad de limitar las reclamaciones y reparaciones.

20. Se señaló también que la cuestión de la protección funcional de sus funcionarios por las organizaciones internacionales era de interés para los pequeños Estados cuyos nacionales estaban empleados en organizaciones internacionales, porque, si la posibilidad de protección correspondía únicamente al Estado de nacionalidad, habría el riesgo de que los funcionarios no recibieran un trato equitativo.

21. Otros pusieron en duda que esa protección pudiera calificarse de protección diplomática. Si la Comisión estaba de acuerdo en excluir la protección de los funcionarios diplomáticos y consulares del ámbito del tema, la misma lógica debía aplicarse a los funcionarios de las organizaciones internacionales. De igual modo, los miembros de las fuerzas armadas eran protegidos normalmente por el Estado de quien dependían las fuerzas, pero esa protección, como tal, no se consideraba "protección diplomática".

22. Desde otro punto de vista, la distinción entre protección diplomática y funcional no se aplicaba forzosamente en el contexto de la protección diplomática ejercida en nombre de miembros de los servicios armados. Esos casos suponían una aplicación de los intereses jurídicos del Estado al que pertenecían los soldados. Aunque el vínculo de la nacionalidad era la expresión más importante del interés jurídico por los nacionales, las sociedades nacionales y los organismos de los Estados, el derecho reconocía otras bases para el interés jurídico, como la pertenencia a las fuerzas armadas.

23. En apoyo de la propuesta de ampliar el ámbito del proyecto de artículos a la protección diplomática de las tripulaciones y los pasajeros de los buques, se citó el ejemplo del asunto *The M/V "Saiga" (Nº 2) (San Vicente y las Granadinas c. Guinea)*¹¹, que se había planteado ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar en virtud de las disposiciones especiales del artículo 292 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y no como un caso general de protección diplomática.

¹¹ *The M/V "Saiga" (Nº 2) (San Vicente y las Granadinas c. Guinea)*, Tribunal Internacional del Derecho del Mar, sentencia de 1º de julio de 1999.

24. Se señaló también que la evolución del derecho internacional se caracterizaba por una preocupación cada vez mayor por el respeto de los derechos humanos. En consecuencia, se sugirió que, si los miembros de las tripulaciones podían recibir protección del Estado de nacionalidad del buque o aeronave, ello supondría únicamente una mayor protección y debía ser acogido con agrado.

25. Otros mantuvieron que el Relator Especial tenía razón al proponer que la Comisión excluyera del ámbito de proyecto de artículos el derecho del Estado de nacionalidad de un buque o aeronave a formular una reclamación en nombre de la tripulación o de los pasajeros. Se dijo que la cuestión no era saber cómo debía proteger un Estado a sus nacionales en el extranjero, sino cómo evitar reclamaciones contradictorias de distintos Estados. Si el buque enarbolaba un pabellón de conveniencia, el Estado de matrícula no tendría interés en ejercer la protección diplomática si los gobiernos de los nacionales de la tripulación no lo hacían. En su opinión, esos casos quedaban cubiertos en cualquier caso por el derecho marítimo.

26. Se observó que la cuestión de la protección de la tripulación de un buque estaba cubierta no sólo por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar¹² sino también por acuerdos internacionales anteriores. Por consiguiente, requería un examen más detenido de otros instrumentos internacionales.

27. Se observó también que los principios jurídicos que regulaban las cuestiones relativas a la nacionalidad de una aeronave se habían resuelto ya en derecho internacional, en particular en muchos instrumentos como el Convenio de Tokio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, que establecía, por ejemplo, la obligación de permitir a la tripulación y los pasajeros continuar su viaje. En ese ejemplo, el factor determinante era el vínculo especial entre el Estado de nacionalidad o el Estado de matrícula de un buque o aeronave determinados. No afectaba a las personas y, aunque esos instrumentos internacionales concedían en algunos casos al Estado el derecho a ejercer prerrogativas que, a primera vista, podían tener semejanza con la protección diplomática, se trataba de una protección de otro carácter. Por lo tanto, esas cuestiones resultaban desplazadas al examinar el tema de la protección diplomática.

¹² Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1833, pág. 3.

28. Se expresó desacuerdo con la sugerencia del Relator Especial de que la Comisión no examinara el caso de que un Estado que ejerciera la protección diplomática de un nacional de otro Estado como resultado de la delegación de ese derecho. Se trataba de un medio de ejercer la responsabilidad del Estado y, por ello, en principio no había razón para que un Estado no pudiera ejercer la protección diplomática en esas circunstancias. Otros señalaron que, si se consideraba la protección diplomática como un derecho discrecional del Estado, se podía decir en el comentario que el Estado tenía derecho a delegar en otros sujetos de derecho internacional el ejercicio de la protección diplomática en nombre de sus ciudadanos o de otras personas con los que tenía vínculos auténticos, en el marco de las excepciones establecidas al principio de nacionalidad. Sin embargo, era importante no confundir las normas relativas a la protección diplomática con otros tipos de protección de personas individuales o de sus intereses.

29. Se expresó apoyo a la opinión del Relator Especial de que el proyecto de artículos no debía examinar el caso de que una organización internacional controlara un territorio. Se señaló que ello implicaba una forma muy específica de protección, por lo menos tan estrechamente relacionada con la protección funcional como la protección diplomática; y, lo mismo que en el caso de los artículos sobre la responsabilidad de los Estados, la Comisión debía desechar todas las cuestiones relativas a las organizaciones internacionales. Al propio tiempo, se expresó apoyo a la propuesta de que el proyecto de artículos examinara la situación en que un Estado que administrase o controlase un territorio que no fuera suyo pretendiera ejercer la protección diplomática en nombre de los habitantes del territorio.

30. Desde otro punto de vista, en el caso en que una organización internacional administra un territorio, esa organización internacional cumple todas las funciones de un Estado y, en consecuencia, debe ejercer la protección diplomática con respecto a personas que pueden ser apátridas o de nacionalidad incierta. Además, mientras que el vínculo de la nacionalidad había tenido cierta importancia en el pasado, cuando los Estados eran los únicos actores en el escenario internacional, se había vuelto menos importante en un mundo en donde las organizaciones internacionales tenían un papel cada vez más importante que desempeñar junto con los Estados. En consecuencia, se sugirió que la cuestión se tratara en el proyecto de artículos. A la inversa se dijo que era muy arriesgado suponer que las funciones especiales y temporales transferidas, por

ejemplo, a las Naciones Unidas como administradoras de un territorio fueran análogas a la administración de los territorios por los Estados.

31. Según otra opinión, el núcleo de la cuestión de la protección diplomática era el principio de nacionalidad, es decir, el vínculo entre un Estado y sus nacionales en el extranjero. Cuando un Estado reclamaba un interés jurídico en el ejercicio de la protección diplomática por un acto internacionalmente ilícito derivado de un daño causado a un nacional, el vínculo entre el interés jurídico y el Estado era la nacionalidad de ese nacional. Se estimó que, si se trataran las cuestiones adicionales propuestas en el proyecto de artículos, incluso como casos excepcionales, sería inevitable que ello afectara a la naturaleza de las normas sobre protección diplomática, ampliando indebidamente el derecho de los Estados a intervenir.

32. Se sugirió también que si la Comisión decidiera no examinar esas cuestiones adicionales, al menos se podrían mencionar en el comentario.

33. La Comisión examinó además otras sugerencias de cuestiones que podrían incluirse en el ámbito del proyecto de artículos. Así, examinó la cuestión de si podría ser necesario incluir una referencia a la doctrina de las "manos limpias". Se expresó la opinión de que, aunque esa doctrina era pertinente para el examen de la protección diplomática, no podía recibir un trato especial en el proyecto de artículos. Se citó el ejemplo del trato de la doctrina en el contexto de los trabajos de la Comisión sobre el tema de la responsabilidad de los Estados, en que la Comisión decidió que no constituía una circunstancia que excluyera la ilicitud¹³. De igual modo, se sugirió de que el hecho de que una persona no tuviera las "manos limpias" no justificaría que se le privara de protección diplomática.

34. Se expresaron otras reservas con respecto a la condición jurídica del concepto de "manos limpias". Se señaló que era escasamente utilizado, salvo como argumento sesgado, y la Comisión debía cuidar de no legitimarlo "accidentalmente". A la inversa, se dijo que era legítimo plantearlo en relación con la protección diplomática. No podía desconocerse la cuestión de si las personas en cuyo nombre se ejercía la protección diplomática tenían o no las "manos limpias" y, cualesquiera que fueran las conclusiones, era importante que la cuestión se planteara.

¹³ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/54/10)*, cap. V.B.48a), párrs. 411 a 415.

Otros señalaron que sería mejor que la Comisión no adoptara posición sobre la norma de las "manos limpias", en ningún sentido.

35. La Comisión examinó también la necesidad de incluir una disposición sobre la denegación de justicia. Se recordó que la Comisión no había previsto anteriormente referirse a ella de forma explícita en el proyecto de artículos. Se mantuvo también que el concepto de denegación de justicia era parte del derecho sustantivo y del tema del trato de los extranjeros, y no estaba directamente relacionada con la protección diplomática. Sucedió que, cuando los extranjeros recurrían a los tribunales, se producía a veces una denegación de justicia y ello podía ocurrir con total independencia de las circunstancias de la utilización de los recursos internos. Ocuparse del tema sería ilógico y pondría a la Comisión en enormes dificultades.

36. A la inversa, se señaló que la cuestión de la denegación de justicia afectaba a un problema sustantivo en la medida en que se refería a la igualdad de trato de extranjeros y nacionales en cuanto al acceso a los sistemas judiciales. Ese tema se trataba extensamente en el derecho internacional privado y había convenciones sobre él, especialmente en el ámbito interamericano, que establecían el derecho de los extranjeros a tener acceso a los mismos recursos que los nacionales, derecho reafirmado en otros textos más recientes. Era difícil hacer caso omiso de la cuestión de la denegación de justicia, que podía ser una de las situaciones que dieran lugar al ejercicio de la protección diplomática.

37. Como otras sugerencias, se propuso que se pensara en la posibilidad de examinar los efectos del ejercicio de la protección diplomática como parte del presente estudio.

38. Se expresó apoyo también a la propuesta del Relator Especial de examinar la cuestión de la protección diplomática de las sociedades.

39. Desde el punto de vista de la terminología, se señaló que el concepto de "nacionalidad de las reclamaciones" era confuso y al ser anglófono, no tenía analogía en otros idiomas oficiales. En respuesta, el Relator Especial reconoció que la frase tenía connotaciones de derecho anglosajón, pero señaló que había sido utilizada por el Presidente de la Corte Internacional de Justicia, que no era anglófono, en la opinión consultiva *Reparaciones de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*.

c) Observaciones finales del Relator Especial

40. El Relator Especial observó que, en general, parecía haber apoyo a su deseo de limitar el proyecto de artículos a las cuestiones relativas a la nacionalidad de las reclamaciones y a la norma del agotamiento de los recursos locales, de forma que pudiera ser posible terminar el examen del tema dentro del quinquenio de la Comisión.

41. En cuanto a las cuestiones señaladas en su tercer informe vinculadas a la nacionalidad de las reclamaciones pero que no quedaban tradicionalmente comprendidas en ese ámbito, el Relator Especial señaló que no había habido apoyo para realizar un estudio completo de la protección funcional por las organizaciones de sus funcionarios. Sin embargo, varios oradores habían subrayado la necesidad de distinguir en el comentario entre protección diplomática y protección funcional, haciendo referencia especial a la respuesta de la Corte a la cuestión II en la opinión consultiva *Reparaciones de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, sobre cómo podía armonizarse el ejercicio de la protección funcional por las Naciones Unidas con el derecho del Estado de nacionalidad a proteger a sus nacionales. Propuso tratar la cuestión, en el contexto de las reclamaciones de protección en conflicto, dentro del comentario al artículo 1, aunque seguía abierta la posibilidad de incluir una disposición separada sobre el tema.

42. El Relator Especial señaló que parecía haber también escaso apoyo a la propuesta de ampliar el proyecto de artículos para incluir el derecho del Estado de nacionalidad de un buque o aeronave a formular una reclamación en nombre de la tripulación o los pasajeros. Sin embargo, señaló que la cuestión se trataría igualmente en el comentario, con referencia especial al asunto *M/V Saiga*.

43. En cuanto al caso de que un Estado delegara el derecho a ejercer la protección diplomática en otro Estado, observó que en la práctica no se daba con frecuencia y apenas se examinaba por la doctrina. Señaló también que la cuestión se trataba en parte en el contexto del artículo sobre nacionalidad continua.

44. El Relator Especial señaló además que había habido algún apoyo, aunque escaso, a la propuesta de incluir en el ámbito del estudio el ejercicio de la protección diplomática por un Estado que administrara, controlara u ocupara un territorio. Señaló además que algunos miembros habían propuesto examinar la cuestión de la protección por una organización

internacional de las personas que vivieran en un territorio que esa organización controlara, como en el caso de las Naciones Unidas en Kosovo y (anteriormente) en Timor Oriental. Aunque había habido cierto apoyo a la idea, estimaba que la mayoría de la Comisión creía que esa cuestión podría tratarse mejor en el contexto de la responsabilidad de las organizaciones internacionales.

45. Por lo que se refería al principio de "manos limpias", el Relator Especial señaló que podía plantearse en relación con la conducta de la persona lesionada, el Estado demandante o el Estado demandado, lo que hacía difícil formular una norma aplicable a todos los casos. Observó también que la cuestión se trataría en la adición a su tercer informe, relativo a la cláusula Calvo (A/CN.4/523/Add.1), así como en el comentario al artículo 3 [5] en el contexto del asunto *Nottebohm*¹⁴ y en relación con la nacionalidad de las sociedades, en el contexto del asunto *Barcelona Traction*¹⁵.

46. Con respecto a denegación de justicia, el Relator Especial señaló que, aunque no era partidario de incluir un artículo sobre ella, había que reconocer que, lo mismo que en el caso de la cláusula Calvo, esa cuestión había ocupado un lugar destacado en la evolución de la protección diplomática, especialmente en América Latina, y varios de los miembros de la Comisión de esa región la habían planteado reiteradamente. Su evaluación del debate en la Comisión era que la mayoría de los miembros era contraria o, en el mejor de los casos, neutral con respecto a la inclusión de esa cuestión en el estudio. Varios miembros habían subrayado que se trataba de una norma primaria, mientras que otros habían señalado que la denegación de justicia surgía en una serie de contextos procesales y, por consiguiente, era una norma secundaria. Sin embargo, el contenido del concepto de la denegación de justicia era incierto. A comienzos del siglo XX, había supuesto la negativa de acceso a los tribunales; los eruditos latinoamericanos habían incluido en el concepto la justicia sesgada y la demora en la justicia, mientras que otros estimaban que la denegación de justicia no se limitaba a la acción o inacción judicial, sino que incluía las violaciones del derecho internacional por la administración y el poder legislativo, abarcando así todo el ámbito de la responsabilidad del Estado. En la

¹⁴ *I.C.J. Reports 1955*, pág. 4.

¹⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, I.C.J. Reports 1970*, pág. 3.

actualidad, la opinión general era que la denegación de justicia se limitaba a los actos del poder judicial o al procedimiento judicial, adoptando la forma de procedimientos inadecuados o decisiones injustas. En cualquier caso, aparecía cada vez menos en la jurisprudencia, habiendo sido sustituida en gran parte por las normas de justicia establecidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, especialmente el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁶. Como la Comisión creía evidentemente que el concepto no correspondía al estudio, el Relator Especial no tenía ya la intención de preparar una adición al respecto.

2. Artículos 12 y 13¹⁷

a) Introducción del Relator Especial

47. El Relator Especial recordó que los artículos 12 y 13 se recogieron en su segundo informe, presentado a la Comisión en su 53º período de sesiones, celebrado en 2001, pero no se examinaron por falta de tiempo. Observó que las dos disposiciones debían leerse conjuntamente y, en consecuencia, propuso que se examinaran de esa forma. Ambas se referían a la cuestión de

¹⁶ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, pág. 171.

¹⁷ Los artículos 12 y 13 dicen así:

Artículo 12

El requisito de agotar los recursos internos es una condición de procedimiento que debe cumplirse antes de que un Estado pueda formular una reclamación internacional basada en el perjuicio causado a un nacional derivado de un hecho internacionalmente ilícito cometido contra el nacional cuando el hecho denunciado constituya una violación del derecho interno y del derecho internacional.

Artículo 13

Cuando un nacional extranjero entabla procedimientos judiciales ante los tribunales internos de un Estado con el fin de obtener reparación por una violación del derecho interno de ese Estado que no constituya un hecho internacionalmente ilícito, el Estado en el que se entablen esos procedimientos podrá incurrir en responsabilidad internacional en caso de denegación de justicia al nacional extranjero. A reserva de lo dispuesto en el artículo 14, el nacional extranjero agraviado deberá agotar cualquier otro recurso interno que tenga a su disposición antes de que pueda formularse una reclamación internacional en su nombre.

saber si la norma del agotamiento de los recursos internos era procesal o sustantiva, una de las cuestiones más controvertidas en esa materia.

48. Se señaló que la Comisión había adoptado anteriormente una posición al respecto, en el contexto de la responsabilidad de los Estados. Recordó que en 1977 se aprobó una disposición, confirmada en 1996, como parte de la primera lectura del proyecto de artículos sobre ese tema¹⁸. Sin embargo, en su opinión, la norma era esencialmente de procedimiento y no de fondo, y por ello la cuestión debía reconsiderarse.

49. Había tres posiciones: la sustantiva, la procesal y la que él llamaba posición "mixta". Quienes estaban a favor de la posición sustantiva, entre ellos Borchard y Ago, mantenían que el acto internacionalmente ilícito del Estado infractor no se completaba hasta haber agotado los recursos internos. Por consiguiente, la norma del agotamiento de los recursos internos era una condición sustantiva de la que dependía la existencia misma de la responsabilidad internacional.

50. Quienes apoyaban la posición procesal, por ejemplo Amerasinghe, aducían que el agotamiento de los recursos internos era una condición procesal que debía satisfacerse para poder interponer una reclamación internacional.

51. La posición mixta, mantenida por Fawcett, establecía una distinción entre los daños a un extranjero con arreglo al derecho nacional y los daños en virtud del derecho internacional. Si los daños se habían causado únicamente por infracción del derecho nacional y de forma que no constituyeran una infracción de derecho internacional, por ejemplo a causa del incumplimiento de un contrato de concesión, la responsabilidad internacional sólo surgía del acto del Estado demandado que constituyera una denegación de justicia, por ejemplo, los prejuicios del poder judicial cuando un extranjero trataba de hacer valer sus derechos ante un tribunal nacional. En esa situación, la norma del agotamiento de los recursos internos era claramente una condición sustantiva que debía cumplirse. En cambio, si los daños al extranjero infringían el derecho internacional, o el derecho internacional y el derecho interno a un tiempo, la responsabilidad internacional surgía en el momento de los daños, y la norma del agotamiento de los recursos

¹⁸ Artículo 22. Véase *Anuario...*, 1977, vol. II (segunda parte), párr. 31; y *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), párr. 65.

internos era una condición de procedimiento para poder interponer una reclamación internacional.

52. Observó además que, aunque algunos aducían que las tres posiciones eran simplemente académicas, la cuestión del momento en que surgía la responsabilidad internacional tenía a menudo una importancia práctica considerable. En primer lugar, con respecto a la nacionalidad de las reclamaciones, el extranjero debía ser nacional en el momento de la comisión del acto ilícito internacional. Por ello, era importante determinar el momento en que se había cometido ese acto. En segundo lugar, podía haber un problema de competencia, como había ocurrido en el asunto *Fosfatos de Marruecos*¹⁹, en el que se planteó la cuestión de cuándo había surgido la responsabilidad internacional, para decidir si el Tribunal tenía o no competencia. En tercer lugar, podía no ser posible para un Estado renunciar a la norma del agotamiento de los recursos internos si esa norma era sustantiva, ya que no se habría cometido ningún acto ilícito internacional si no se agotaban los recursos internos.

53. El Relator Especial observó la dificultad que planteaba el hecho de que las fuentes no fueran claras en cuanto al método que debía seguirse. Además, resumió diversos intentos anteriores de codificación, descritos en su informe. Observó que mientras, en 1977, la Comisión había preferido la tesis sustantiva en su artículo 22 de entonces del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados, en 2000 Kokott había adoptado una posición puramente procesal en la Asociación de Derecho Internacional.

54. El Relator Especial observó además que las decisiones judiciales eran también vagas y se prestaban a diferentes interpretaciones que apoyaban tanto la posición procesal como la sustantiva. Por ejemplo, en relación con el asunto *Fosfatos de Marruecos*, el Relator Especial Ago había mantenido que la Corte Permanente no había fallado en contra de la posición sustantiva. Sin embargo, la interpretación del actual Relator Especial de un pasaje esencial del fallo era que la Corte apoyó la tesis francesa de que la norma sobre los recursos internos era sólo de procedimiento.

¹⁹ 1938 *P.C.I.J. Reports*, serie A/B, N° 74.

55. El Relator Especial señaló también que la práctica de los Estados tenía escaso valor, porque adoptaba normalmente la forma de argumentos presentados en un procedimiento internacional e, inevitablemente, el Estado abrazaba la posición que más convenía a sus intereses. Por ello, no podían deducirse conclusiones claras de los argumentos aducidos por los Estados.

56. Además, se observó que también la opinión académica estaba dividida en esta cuestión. El Relator Especial reconoció que la tercera posición, que él prefería, había recibido escasa atención. Por ejemplo, un Estado que torturase a un extranjero incurriría en responsabilidad internacional en el momento de cometer el acto, pero podría haber violado también su propia legislación. Si existía un recurso interno, debía agotarse antes de plantear la reclamación internacional; en tal caso, la norma de los recursos internos era de carácter procesal. Los proyectos de artículos 12 y 13 trataban de dar efecto a esa conclusión, y la opinión académica ofrecía cierto apoyo para ello.

57. La Comisión se encontraba también ante la decisión de desviarse de la posición que había adoptado en el antiguo artículo 22 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Sin embargo, al proponer ese artículo, el entonces Relator Especial sobre la responsabilidad de los Estados había asumido que el documento en su forma definitiva distinguiría entre obligaciones de conducta y obligaciones de resultado, distinción que no se mantuvo. Por consiguiente, en opinión del Relator Especial, la Comisión podía adoptar libremente la posición que él, por su parte, proponía.

b) Resumen del debate

58. En apoyo de la posición sustantiva, se observó que, cuando se exigía agotar los recursos internos y no se había hecho, no se podía ejercer la protección diplomática. Por consiguiente, no se podía formular ninguna reclamación por una presunta infracción ni se podían adoptar contramedidas. No resultaba claro cuál era la importancia práctica de una presunta infracción que no tenía consecuencias en el nivel internacional para el Estado ni para el individuo afectado, y contra la que no existía recurso. Dado que la condición previa se aplicaba a todos los procedimientos relacionados con el caso, debía considerarse sustantiva.

59. Otros expresaron su apoyo a la posición procesal. Se observó, en relación con el pronunciamiento de un fallo declaratorio cuando no se hubiera agotado los recursos internos, que, desde la perspectiva de un Estado pequeño, ese agotamiento no era una posibilidad práctica, por ejemplo, a causa del costo prohibitivo del procedimiento. Un fallo declaratorio obtenido a falta del agotamiento de los recursos internos podía ser un remedio potencialmente importante que llevara a cambios prácticos. Sin embargo, esa posibilidad quedaría excluida si se definía la norma del agotamiento de los recursos internos como sustantiva.

60. Se expresó también preferencia por la "tercera opinión" preconizada por Fawcett, como se describía por el Relator Especial en su informe. A la inversa, se manifestó la opinión de que las diversas posibilidades mencionadas en el estudio de Fawcett sobre la distinción entre recursos disponibles en virtud del derecho nacional y recursos disponibles en virtud del derecho internacional podía llevar a un debate teórico que complicara innecesariamente la cuestión.

61. La opinión predominante en la Comisión fue que los proyectos de artículo 12 y 13 debían suprimirse, ya que esos artículos no añadían nada al artículo 11. Se reconoció que, aunque la adopción de una u otra de las teorías podía tener consecuencias, y la cuestión de saber si esos recursos eran de naturaleza sustantiva o procesal resultaba, en cierto grado, ineludible en circunstancias especiales como las del asunto *Fosfatos de Marruecos*, no tenían importancia primaria y no justificaban la inclusión de esos proyectos de artículo. De igual modo, se dijo que la distinción no era muy útil ni pertinente como enfoque general del problema del agotamiento de los recursos internos. Tampoco tenía mucha utilidad práctica. De hecho, se expresó la preocupación de que esa distinción pudiera complicar grandemente la tarea de la Comisión, ya que implicaría el examen detenido de los recursos que debían agotarse. Se dijo también que los artículos 12 y 13 o reiteraban la declaración del principio contenido en los artículos 10 y 11, o simplemente se referían a conceptos, como el de la denegación de justicia, que no desarrollaban plenamente.

62. Además, se señaló que, vista únicamente en el contexto de la protección diplomática, la distinción parecía perder su pertinencia. El postulado era que un acto internacionalmente ilícito se había cometido; la única cuestión que debía considerarse era, por lo tanto, en qué condiciones -y quizá, con arreglo a qué procedimiento- podía ser necesaria una reparación cuando una persona fuera lesionada; ya que, a falta de un acto ilícito internacional, la protección

diplomática no surgiría. Vista desde esa perspectiva, la cuestión era clara: la protección diplomática era un procedimiento en virtud del cual podía aplicarse la responsabilidad internacional del Estado; el agotamiento de los recursos internos era un requisito previo para aplicar ese procedimiento; y el que fuera una norma sustantiva o procesal tenía escasa importancia.

63. Se recordó que la distinción se había hecho en un principio en el contexto de la determinación del momento exacto en que se cometía un acto ilícito, al examinar el tema de la responsabilidad de los Estados. La cuestión era saber si la responsabilidad del Estado surgía en cuanto se cometía el acto ilícito internacional, con independencia del agotamiento de los recursos internos. Por ello, se propuso que, en interés de la armonización, la Comisión siguiera el enfoque adoptado en el artículo 44, "Admisibilidad de la reclamación", del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. De igual modo, se señaló que el proyecto de artículo 12 era susceptible de debate: se preguntó cómo podía una infracción del derecho interno constituir por sí misma un acto ilícito internacional. Ello parecía contradecir tanto el espíritu como la letra de los artículos sobre la responsabilidad de los Estados y, en particular, su artículo 3.

64. Además, algunos oradores pusieron en duda la afirmación de que las renunciaciones fueran incompatibles con la naturaleza sustantiva de la norma de los recursos internos. Los Estados podían renunciar a un requisito de admisibilidad con respecto a una cuestión sustantiva o a una cuestión procesal. Esas normas no eran de carácter imperativo sino que estaban abiertas al acuerdo entre los Estados.

65. Se señaló además que la cuestión de la naturaleza de la norma de los recursos internos planteaba difíciles cuestiones teóricas y tenía consecuencias políticas, ya que se consideraba que la teoría procesal disminuía la importancia de una norma que muchos Estados consideraban fundamental. A la vista de esos problemas y de la falta de consenso en la Comisión, se estimó poco sensato adoptar ninguna de las opiniones que competían entre sí.

66. Se expresó la opinión de que, en cambio, la Comisión podría considerar la posibilidad de hacer un estudio empírico de los recursos internos como base de políticas, prácticas e historia. Por ejemplo, se dijo que el principio de la asunción de los riesgos, la existencia de un vínculo voluntario entre el extranjero y el Estado de acogida, y la aplicación del sentido común a los recursos internos podían ser de mayor pertinencia que las cuestiones de procedimiento o sustancia.

67. Como otra sugerencia, la cuestión podría tratarse en los comentarios a los artículos 10, 11 y 14.

68. Otros mantuvieron que los artículos 12 y 13 eran útiles, aunque no en la forma en que se habían presentado. Se expresó la opinión de que la norma de los recursos internos, aunque de carácter procesal, podía tener también resultados sustantivos. Por ello, se propuso que se introdujeran excepciones para tener en cuenta situaciones en que la aplicación de la norma podría ser injusta, como cuando hubiera un cambio de nacionalidad o una negativa a aceptar la competencia de un tribunal internacional. En tal caso, sería necesario determinar el momento en que surgía el derecho del Estado a reclamar protección diplomática, momento que probablemente sería el de la producción del daño al nacional de ese Estado. Si se redactaran en esos términos, los artículos 12 y 13 no duplicarían el artículo 10.

69. Se sugirió también que sólo se remitiera al Comité de Redacción el artículo 12 y se suprimiera el artículo 13 por quedar fuera del ámbito de proyecto de artículos, ya que trataba de una situación en que el daño era consecuencia de una infracción del derecho interno.

c) Observaciones finales del Relator Especial

70. El Relator Especial confirmó que no tenía una preferencia firme por conservar la distinción entre las posiciones procesal y sustantiva en el proyecto de artículos. Estuvo de acuerdo con la afirmación de que éste no constituía un marco para estudiar la protección diplomática. Sin embargo, no podía desconocerse totalmente en un estudio sobre el agotamiento de los recursos internos, ya que había figurado de forma destacada en la primera lectura del proyecto de

artículos sobre la responsabilidad de los Estados, concretamente del artículo 22, así como en todos los estudios sobre la norma de los recursos internos. También tenía consecuencias prácticas para determinar el momento en que se producía el daño, cuestión que se suscitaba con respecto a la nacionalidad de las reclamaciones, porque el extranjero lesionado debía ser nacional del Estado de que se tratase en el momento de ocurrir el daño.

71. En respuesta a la sugerencia de que hubiera sido más útil ofrecer una explicación de la norma del agotamiento de los recursos internos examinando las razones por las que el derecho internacional la había establecido, observó que, en su primer informe, había incluido una sección introductoria sobre las razones de esa norma, pero la explicación no había sido bien recibida por la Comisión. En consecuencia, remediaría la omisión en el comentario al artículo 10.

72. Observó que los artículos 12 y 13 habían sido objeto de críticas considerables y no habían recibido aprobación general. Se habían considerado demasiado teóricos, poco pertinentes, basados en la posición dualista y demasiado influidos por la distinción entre procedimiento y fondo. Admitió que algunas críticas al artículo 13 estaban justificadas. Citó como ejemplo el hecho de que la protección diplomática entrara en juego cuando se infringía una norma internacional, mientras que el artículo 13 se ocupaba principalmente de las situaciones en que todavía no se había producido un acto ilícito internacional. Señaló también que algunos miembros habían indicado que el artículo 13 trataba principalmente la cuestión de si se había cometido un acto internacionalmente ilícito; por consiguiente, era evidente que no quedaba comprendido en la norma sobre el agotamiento de los recursos internos.

73. Por ello, propuso que los artículos 12 y 13 no se remitieran al Comité de Redacción, solución que tendría la ventaja de evitar determinar si la norma de los recursos internos era de carácter procesal o sustantivo y dejaría a los miembros en libertad de mantener sus opiniones al respecto.

3. Artículo 14

[Véase: A/CN.4/L.619/Add.1.]

4. Artículo 15²⁰

a) Introducción del Relator Especial

74. El Relator Especial observó que la carga de la prueba en el contexto de los litigios internacionales se refería a lo que debía probarse y a lo que correspondía probar a cada Parte. Era un tema difícil de codificar, en primer lugar porque no había normas detalladas de derecho internacional como se encontraban en la mayoría de los regímenes jurídicos nacionales y, en segundo, porque las circunstancias variaban según los asuntos y era difícil establecer normas generales que se aplicasen en todos los casos. No obstante, en su opinión el tema era importante para la norma sobre el agotamiento de los recursos internos y, por consiguiente, se justificaba su inclusión en el proyecto.

75. Observó además que, como principio general, la carga de la prueba recaía sobre la parte que hacía una afirmación. El párrafo 1 del artículo 15 recogía ese principio. Sin embargo, en su opinión, el principio general no era suficiente y, por ello, sugería que se incorporasen dos principios más en el párrafo 2. Se referían a la carga de la prueba con respecto a la disponibilidad y eficacia de los recursos internos. Recordó que intentos anteriores de codificar la norma de los recursos internos habían evitado la tentación de elaborar disposiciones sobre esos temas.

²⁰ El artículo 15 dice así:

Artículo 15

1. El Estado demandante y el Estado demandado comparten la carga de la prueba en las cuestiones relativas al agotamiento de los recursos internos de conformidad con el principio según el cual quien afirma algo debe probarlo.

2. De no haber circunstancias especiales y sin perjuicio de la secuencia que se ha de seguir en la prueba:

a) Recae sobre el Estado demandado la carga de probar que la norma sobre el agotamiento de los recursos internos es aplicable en el litigio y que no se han agotado los recursos internos disponibles;

b) Recae sobre el Estado demandado la carga de probar cualquiera de las excepciones mencionadas en el artículo 14 o probar que la demanda se refiere a una lesión directa al propio Estado.

76. Se observó que el tema había sido examinado con cierto detenimiento por los órganos encargados de la vigilancia de la aplicación de los tratados de derechos humanos y que la jurisprudencia de éstos apoyaba dos propuestas, a saber, la de que el Estado demandado debía probar que existía un recurso disponible que no había agotado el Estado demandante, y que, si había recursos disponibles, el Estado demandante debía probar que eran ineficaces o se aplicaba alguna otra excepción a la norma de los recursos internos. Sin embargo, admitió que esa jurisprudencia estaba determinada en gran parte por los instrumentos que crearon los órganos de supervisión de los tratados, y era dudoso si los principios expuestos por esos órganos resultarían directamente pertinentes para los principios generales de la protección diplomática.

77. En cuanto a las decisiones judiciales y arbitrales, el Relator Especial observó que podía encontrarse algún apoyo para los principios que había descrito en el asunto *Ferrocarril Panevezys-Saldutiskis*²¹, el arbitraje *Buques finlandeses*²², la reclamación *Ambatielos*²³, el asunto *ELSI*²⁴, el asunto *Incidente aéreo de 27 de julio de 1955 (Israel c. Bulgaria)*²⁵ y el asunto *Préstamos Noruegos*²⁶. De esos asuntos podían deducirse dos conclusiones: en primer lugar, la carga de la prueba correspondía al Estado demandado, en el sentido de que tenía que probar la disponibilidad de recursos internos y, en segundo, recaía sobre el Estado reclamante la carga de probar que, aunque hubiera recursos disponibles, eran ineficaces o se aplicaba alguna otra excepción, por ejemplo, el daño directo para el Estado reclamante.

78. Al mismo tiempo, admitió que era difícil establecer normas generales, ya que el resultado estaba vinculado en cada caso a los supuestos de hecho. Recordó el asunto *Préstamos Noruegos*, que entrañaba una serie de hechos específicos y en cuyo contexto el Juez Lauterpacht sentó cuatro principios que contaban con apoyo considerable en la doctrina: incumbía al Estado

²¹ 1939 *P.C.I.J. Reports*, series A/B, N° 76.

²² *Finnish Vessels Arbitration* (1934), 3 *U.N.R.I.A.A.* 1479.

²³ (1956) 12 *U.N.R.I.A.A.* 120.

²⁴ *Elettronica Sicala S.p.A. (ELSI)*, *I.C.J. Reports* 1989, pág. 15.

²⁵ (Objeciones Preliminares) 1959 *I.C.J. Reports*, 127.

²⁶ 1957 *I.C.J. Reports*, 41.

demandante probar que no había recursos eficaces que hubiera podido utilizar; no se requería esa prueba si había disposiciones legales que aparentemente privaban a los demandantes de recurso; en tal caso, incumbía al Estado demandado probar que, no obstante la aparente falta de recurso, cabía suponer razonablemente su existencia; y por último, la carga de la prueba no debía resultar indebidamente onerosa.

79. El Relator Especial afirmó que, en su opinión, los cuatro principios aducidos por Lauterpacht se derivaban de las circunstancias insólitas del asunto *Préstamos Noruegos*. Por ello, no afectaban a su propia hipótesis de que había esencialmente dos normas sobre la disponibilidad y eficacia de los recursos internos, como establecían los apartados a) y b) del párrafo 2 del artículo 15.

b) Resumen del debate

80. Aunque se expresó cierto apoyo al artículo 15, en la Comisión hubo una fuerte oposición a que se incluyera ese artículo sobre la carga de la prueba. Se dudó de que, en el ámbito del tema debieran incluirse normas de prueba. Además, las normas de prueba consuetudinarias, si existían, eran difíciles de determinar. Se hizo referencia a las diferencias existentes entre los sistemas de derecho anglosajón y de tradición romanista con respecto a la cuestión. Igualmente se señaló que las normas de prueba variaban mucho en función del tipo de procedimiento internacional. Además, el mismo órgano creado en virtud de un tratado podía aplicar normas de prueba diferentes en las distintas etapas de un procedimiento. Se citó al respecto el ejemplo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se observó además que, en vista de los requisitos tradicionales relativos a la carga de la prueba, parecía improbable que ningún órgano judicial o de otra índole se sintiera vinculado por lo que era una disposición adicional sumamente compleja.

81. Se observó que el Estado demandante estaba en mucho mejor posición que los jueces o el demandante para demostrar la existencia de recursos. De igual modo, el Estado de nacionalidad era el que mejor podía proporcionar pruebas de la nacionalidad de la persona. En ese caso, la carga de la prueba correspondía al Estado demandante. Por ello, la posición de un Estado como demandante o demandado parecía menos importante que la disponibilidad de las pruebas.

82. Además, se expresaron dudas sobre la pertinencia de la jurisprudencia sobre derechos humanos -elaborada sobre la base de disposiciones concretas de tratados en el marco de un sistema procesal- para delimitar la carga de la prueba en el derecho internacional general. Aunque la norma propuesta por el Relator Especial resultaba atrayente por su sencillez, la situación podía ser mucho más compleja en la práctica. Se señaló también que sería difícil llegar a un acuerdo sobre el tema del artículo 15.

83. Se sugirió que lo mejor sería dejar la carga de la prueba a las normas de procedimiento o *compromis* en el caso de los foros judiciales internacionales, y al derecho del Estado en los casos en que se acudiera a foros de decisión nacionales. Se propuso también que el comentario incluyera un examen de la cuestión de la carga de la prueba.

84. Con respecto al párrafo 1, se expresó la opinión de que ofrecía escasa orientación a un Estado como principio general, en el sentido de que la parte que hiciera una afirmación debía probarla. Lo que importaba no era la afirmación sino el interés que la parte podía tener por probar un hecho determinado que resultara pertinente. A la inversa, se expresó la opinión de que el párrafo 1 era útil y debía incluirse.

85. En cuanto al párrafo 2, se expresó la opinión de que la distinción entre la disponibilidad de un recurso, que debía probar el Estado demandado, y su falta de eficacia, que debía demostrar el Estado demandante, era artificial. Un recurso que no tuviera probabilidades de éxito, es decir, que no fuera eficaz, no tenía por qué ser agotado. Por ello, los intereses del Estado demandado iban más allá de la determinación de la existencia de un recurso: tenía que probar también que ese recurso tenía probabilidades de éxito razonables. Lo que se debatía era la eficacia de un recurso a falta de precedentes judiciales pertinentes en el momento de producirse el daño. Para otra opinión, el problema era simplemente de redacción y debía ocuparse de él el Comité de Redacción.

c) Observaciones finales del Relator Especial

86. El Relator Especial observó que, aunque el artículo 15 se había considerado inocuo por algunos y demasiado complejo por otros, una gran mayoría se había opuesto a su inclusión. En consecuencia, no recomendaría que se remitiera al Comité de Redacción.
