

ISSN: 0212-0747

---

# ANUARIO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL

---

Nº 39  
2023

REVISTA DEL  
DEPARTAMENTO DE DERECHO  
INTERNACIONAL PÚBLICO /  
FACULTAD DE DERECHO /  
UNIVERSIDAD DE NAVARRA /  
PAMPLONA. ESPAÑA

---

SEPARATA

---

Eulalia W. PETIT DE GABRIEL  
*'Clean Hands Revisited'*. El eterno  
retorno de una doctrina discutible



Universidad  
de Navarra

---

# ANUARIO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO  
FUNDADA EN 1974  
UNIVERSIDAD DE NAVARRA  
PAMPLONA, ESPAÑA / ISSN: 0212-0747  
2023 / VOLUMEN 39

---

## CODIRECTORAS / CO-DIRECTORS

**Eugenia López-Jacoiste**  
ejacoiste@unav.es

**María José Cervell Hortal**  
cervell@um.es

EL ANUARIO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL ES UNA REVISTA GENERAL DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y RELACIONES INTERNACIONALES. PUBLICA ARTÍCULOS CIENTÍFICOS SOMETIDOS A REVISIÓN POR EXPERTOS RELATIVOS A TODOS LOS SECTORES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL Y LA PRÁCTICA INTERNACIONAL MÁS ACTUAL. COMPLETAN CADA VOLUMEN LA SECCIÓN DE DECISIONES DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL Y RECENSIONES

THE ANUARIO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL IS A GENERAL JOURNAL OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW AND INTERNATIONAL RELATIONS. IT PUBLISHES PEER-REVIEWED SCIENTIFIC ARTICLES ON ALL SECTORS OF THE INTERNATIONAL LEGAL SYSTEM AND THE MOST CURRENT INTERNATIONAL PRACTICE. EACH VOLUME IS COMPLETED BY A SECTION ON DECISIONS OF NATIONAL COURTS IN THE FIELD OF INTERNATIONAL LAW AND REVIEWS.

---

## CONSEJO DE REDACCIÓN / ADVISORY BOARD

**Georges Abi-Saab** (SUIZA)  
Profesor del Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales (Ginebra)  
Miembro del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio

**José Juste Ruiz** (ESPAÑA)  
Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Valencia

**José A. Pastor Ridruejo** (ESPAÑA)  
Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Complutense de Madrid  
Ex-Juez en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

**Lucius Cafilisch** (SUIZA)  
Profesor del Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales (Ginebra)  
Juez en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

**Alberto Herrero de la Fuente** (ESPAÑA)  
Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Valladolid

**Jean-Pierre Quéneudec** (FRANCIA)  
Profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad de París I (Sorbona)

**Tullio Scovazzi** (ITALIA)  
Profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad «degli Studi di Milano-Bicocca»

**Francisco Aldecoa Lizarraga** (ESPAÑA)  
Catedrático de Relaciones Internacionales Universidad Complutense de Madrid

**Armin von Bogdandy** (ALEMANIA)  
Director del *Max planck Institut für Ausländisches und Öffentliches Recht und Völkerrecht, Heideberg*

**Carlos R. Fernández Liesa** (ESPAÑA)  
Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Carlos III de Madrid

**Consuelo Ramón Chornet** (ESPAÑA)  
Catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad de Valencia

**Valentín Bou Franch** (ESPAÑA)  
Catedrático de Derecho Internacional Público. Universidad de Valencia

**Francesco Seatzu** (ITALIA)  
Profesor de Derecho Internacional Público  
Universidad de Cagliari

**Romualdo Bermejo García** (ESPAÑA)  
Catedrático de Derecho Internacional Universidad de León

**Cesáreo Gutiérrez Espada** (ESPAÑA)  
Catedrático de Derecho Internacional Universidad de Murcia

---

**Dirección, redacción y correspondencia:**

«Anuario Español de Derecho Internacional»  
Departamento de Derecho Internacional Público  
Edificio de Bibliotecas  
Universidad de Navarra.  
31080 Pamplona (España)  
Tel.: 948 425 600 (ext. 2839/2487)  
Fax: 948 425 636  
e-mail: ejacoiste@unav.es

DL: NA 816-1975  
SP ISSN: 0212-0747

**Edita:**

Servicio de Publicaciones  
de la Universidad de Navarra  
Campus Universitario  
31080 Pamplona (España)  
T. 948 425 600

**Maquetación:**

pretexto@pretexto.es

**Impresión:**

Ulzama Digital

**Tirada:** 200 ejemplares

**Tamaño:** 170 x 240 mm

**Fecha impresión:** 20/04/2023

**Suscripciones**

publicaciones@unav.es

**Precios 2023:**

- Suscripciones para España  
Edición impresa + electrónica / individual: 95 €  
Edición impresa + electrónica / institucional: 125 €
- Suscripciones para otros países:  
Edición impresa + electrónica / individual: 105 €  
Edición impresa + electrónica / institucional: 140 €

**Periodicidad:** Anual. Abril

---

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en la revista son de la exclusiva responsabilidad de sus autores. // Se autoriza la reproducción total o parcial de los originales publicados en la revista, citando la fuente. Se ruega notificar las republicaciones a la Redacción de la Revista. // El Comité Editorial no mantiene correspondencia con los autores de originales no solicitados por la Redacción, si éstos no son aceptados para publicación.

The author(s) of the articles that appear in this journal is/are solely responsible for the content thereof. // The journal grants permission to all users to reproduce, partially or as a whole, the articles in the review. Any uses and/or copies of this journal in whole or in part must include the customary bibliographic citations. Any republication of the material herein should be communicated to the Publishers of the journal. // The Editorial Committee does not maintain correspondence with the authors of articles that are not accepted for publication, unless otherwise requested by the Publishers.

# ANUARIO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL

2023 / VOLUMEN 39  
ISSN: 0212-0747

---

## ESTUDIOS SOBRE UCRANIA

**Romualdo BERMEJO GARCÍA**

La crisis ucraniana: algo más que un conflicto entre Rusia y Ucrania  
[The Ukrainian Crisis: more than a conflict between Russia and Ukraine]

9-80

**Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA**

De la guerra en Ucrania  
[Of the war in Ukraine]

81-99

**M<sup>a</sup> Dolores BOLLO AROCENA**

Agresión rusa a Ucrania, Crímenes Internacionales y Corte Penal  
Internacional  
[Russian Aggression against Ukraine, International Crimes and International  
Criminal Court]

101-146

---

## OTROS ESTUDIOS DOCTRINALES

**Jaume FERRER LLORET**

Las «consecuencias particulares» de las violaciones graves de normas de *ius  
cogens* en el Proyecto de la CDI de 2022: ¿desarrollo progresivo del Derecho  
Internacional?

149-207

[The «Particular consequences» of serious violations of *jus cogens* norms in the ilc Draft of 2022:  
progressive development of International Law?]

**Francisco JIMÉNEZ GARCÍA**

La «localización en red» de la comunidad internacional. El futuro de las  
ciudades ante los desafíos globales del derecho internacional del futuro  
[The «network localization» of the international community. The future of cities facing  
the global challenges of the international Law of the future]

209-263

**Ana MANERO SALVADOR**

El valor jurídico de las decisiones de los órganos basados en los tratados en materia de derechos humanos de Naciones Unidas y sus efectos en el ordenamiento español

265-287

[The legal value of the decisions of the United Nations human rights treaty bodies and their effects in the Spanish legal system]

**José Elías ESTEVE MOLTÓ**

Hacia una nueva estrategia Unión Europea-China. De la dependencia y competencia económicas a la rivalidad sistémica

289-340

[Towards A New European Union-China Strategy. From economic dependence and competition to systemic rivalry]

**Eulalia W. PETIT DE GABRIEL**

'Clean Hands Revisited'. El eterno retorno de una doctrina discutible

341-405

[Clean Hands Revisited. The Eternal Recurrence of a Controversial Doctrine]

**Víctor Luis GUTIÉRREZ CASTILLO**

Fundamentos epistemológicos del principio *uti possidet iuris* y análisis crítico de su evolución en la sociedad internacional

407-442

[Epistemological foundations of the *uti possidet iuris* principle and critical analysis of its evolution in international society]

**Elena C. DÍAZ GALÁN**

Contramedidas y uso de la fuerza armada: la ausencia de soluciones definitivas ¿o no?

443-496

[Countermeasures and use of armed force: the lack of final solutions or not?]

**Eduardo JIMÉNEZ PINEDA**

El método de delimitación marítima en tres etapas: concreción y desarrollo a través de la jurisprudencia internacional reciente

497-538

[The three-stage approach method: creation and development through the recent international case Law]

**Estrella DEL VALLE CALZADA**

La reivindicación del derecho a la tierra frente a la indefensión de las comunidades rurales. Análisis de las recientes aportaciones desde el sistema de las Naciones Unidas

539-578

[Reclaiming the right to land to address the defencelessness of rural communities. Analysis of recent contributions from the UN system]

**Raquel VANYÓ VICEDO**  
Naciones Unidas frente al espejo. De la política de tolerancia cero contra la explotación y los abusos sexuales a la exigencia de responsabilidad penal en operaciones de paz. Propuestas para frenar la impunidad sobre el terreno 579-628  
[The United Nations in the Mirror. From zero tolerance of sexual exploitation and sexual abuse to criminal accountability in peace operations. Proposals to curb impunity on the ground]

**Karla ZAMBRANO GONZÁLEZ**  
La ruta española hacia la descarbonización: ¿cumple España con sus compromisos internacionales en materia de cambio climático? 629-674  
[The Spanish pathway to Decarbonisation: is Spain complying with its international Climate Change commitments?]

---

## DECISIONES DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES 675-743

---

### RECENSIONES

**BADÍA MARTÍ, Ana María y HUICI SANCHO, Laura (dirs.),** *El Brexit y sus consecuencias* [Gonzalo Villalta Puig] 747

**GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo y CERVELL HORTAL, María José,** *Derecho Internacional (Corazón y funciones)* [Cástor Miguel Díaz Barrado] 749

**CASANOVAS, Oriol,** *Carl Schmitt pensador del orden internacional* [Montserrat Herrero López] 753

**FERNÁNDEZ LIESA Carlos; OLIVA MARTÍNEZ, J. Daniel y PÉREZ DE LA FUENTE, Óscar (ed.),** *Inflación y Deflación normativa* [Jaelee Arellano Pinzón] 755

**PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis y CORTÉS MARTÍN, José Manuel (coords.),** *Un mundo en continua mutación: desafíos desde el Derecho internacional Liber Amicorum* Lucía Millán Moro [Eugenia López-Jacoiste Díaz] 758

**MORÁN BLANCO, Sagrario (dir.), DÍAZ GALÁN, Elena (coord.),** *ODS y cultura: la implementación de la agenda 2030 en el ámbito cultural* [Mónica Chinchilla Adell] 760

**TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad y ESPÓSITO, Carlos (dirs.),** *Los desafíos de la Corte Internacional de Justicia frente a los derechos humanos* [María José Cervell Hortal] 765

**ESTRADA TANCK, Dorothy,** *Nuevos horizontes en la protección internacional de los derechos económicos y sociales* [Eulalia W. Petit De Gabriel] 769

**BLANC ALTEMIR, Antonio (dir.),** *Las relaciones comerciales de la Unión Europea con el resto del mundo. Un análisis desde la postpandemia y la agresión rusa a Ucrania* [Eugenia López-Jacoiste Díaz] 774

**CERVELL HORTAL, María José,** *Una unión de valores: ¿realidad o desiderátum? La protección del Estado de Derecho en el seno de la UE* [Valentín Bou Franch] 776

---

Criterios para el envío de contribuciones 781

---

# 'Clean Hands Revisited'

El eterno retorno de una doctrina discutible

## *Clean Hands Revisited*

*The Eternal Recurrence of a Controversial Doctrine*

**Eulalia W. PETIT DE GABRIEL**

Profesora Titular de Derecho Internacional Público

Universidad de Sevilla

[eulalia@us.es](mailto:eulalia@us.es)

<https://orcid.org/0000-0002-6448-6594>

RECIBIDO EL 13 DE ENERO DE 2023 / ACEPTADO EL 20 DE FEBRERO DE 2023

---

**Resumen:** Este trabajo propone una relectura de la doctrina *clean hands*, su estatus normativo y funciones a la luz de su actual migración desde la responsabilidad entre Estados a los contenciosos entre personas físicas y jurídicas y Estados. El examen comparado de los trabajos de codificación y de la jurisprudencia reciente de la Corte Internacional de Justicia ilustran un abandono, cuando menos crisis, de la doctrina *clean hands* en el marco de la responsabilidad interestatal. Sin embargo, como ya anunciara Miaja de la Muela en 1968, la doctrina *clean hands* resurge actualmente con fuerza en el arbitraje de inversiones. En paralelo, y mientras la visión *pro persona* del re-lator Dugard llevó a la exclusión de la regla en protección diplomática, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos otorga un papel significado –y sesgado– a la doctrina *clean hands*, como pone de manifiesto la sentencia de Gran Sala de 2020 en el asunto *N.D. y N. T. contra España*.

**Palabras clave:** responsabilidad internacional, doctrina *clean hands*, conducta incorrecta del reclamante, Comisión de Derecho Internacional, Corte Internacional de Justicia, arbitraje de inversiones, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

**Abstract:** This paper examines the clean hands doctrine, its regulatory status, and functions in light of its current migration from inter-State responsibility cases to litigation between natural and legal persons and States. A crisis, if not abandonment, of the clean hands doctrine in the framework of interstate responsibility is perceived when comparing the codification efforts with the recent jurisprudence of the International Court of Justice. However, as Miaja de la Muela foretold in 1968, this doctrine comes on strong in investment arbitration cases. In parallel, while rapporteur Dugard showed a *pro-persona* approach leading to the exclusion of the doctrine in the diplomatic protection realm, the European Court of Human Rights grants a significant –and biased– role to the doctrine, as evidenced by the 2020 Grand Chamber ruling in the matter *N.D. and N.T. v. Spain*.

**Keywords:** international responsibility, clean hands doctrine, wrongful conduct, International Law Commission, International Court of Justice, investment arbitration, European Court of Human Rights.

---

\* Investigación desarrollada en el marco del proyecto de investigación: «Construyendo la gobernanza internacional: la interpretación de los tratados a través de la práctica ulterior» (UHU-202037), financiado por la Junta de Andalucía conforme a la Convocatoria de ayudas en concurrencia competitiva de proyectos de I+D+i en el marco del Programa Operativo FEDER Andalucía 2014-2020, dirigido por la Prof.<sup>a</sup> Rosa Giles Carnero.

Agradezco muy sinceramente la profundidad y rigor de l@s revisores del trabajo, gracias a cuyos comentarios he podido precisar el alcance y metodología del análisis efectuado, y enriquecerlo en virtud de sus sugerencias.

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN: DE LA CULPA A LA CONDUCTA (IN)CORRECTA. II. LA CONDUCTA DEL RECLAMANTE Y LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL INTERESTATAL: UNA DOCTRINA EN BUSCA DE IDENTIDAD. II.1. Una doctrina controvertida: los trabajos de la CDI en relación con la responsabilidad del Estado. II.2. La norma excluida: los trabajos de la CDI en relación con la protección diplomática. II.3. Un análisis funcional: la ambivalencia de la doctrina *clean hands* y su escaso recorrido jurisprudencial. III. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO FRENTE AL PARTICULAR: «CRIMEN» Y CASTIGO. III.1. *Clean hands*, arbitraje de inversiones y protección de derechos humanos. III.2. La dispar jurisprudencia del TEDH o del uso sesgado de la doctrina. III.3. Cerrando el círculo: el reclamante incorrecto, ¿víctima o villano? IV. EPÍLOGO: RECAPITULA, QUE ALGO QUEDA. IV.1. La conducta incorrecta plantea tres preguntas: ¿de quién? ¿cuál? ¿cómo? IV.2. La (in)definición de la naturaleza jurídica de la doctrina en su carácter tridimensional. IV.3. Una nota crítica: no sólo de técnica jurídica vive la doctrina (*clean hands*). V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

«He who comes to equity for relief must come with clean hands’  
Thus a State which is guilty of illegal conduct may be deprived of the necessary  
*locus standi in judicio* for complaining of corresponding illegalities on the part of  
other States, especially if these were consequential on or were embarked upon  
in order to counter its own illegality – in short were provoked by it» (1957)<sup>1</sup>

«The use of the clean hands doctrine has been sparse,  
and its application in the instances in which it has been  
invoked has been inconsistent» (2007)<sup>2</sup>

«(...) article 41 [ECHR] does not distinguish  
between ‘good’ and ‘bad’ victims» (2018)<sup>3</sup>

## I. INTRODUCCIÓN: DE LA CULPA A LA CONDUCTA (IN)CORRECTA

La sentencia de Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el *caso N.D. y N.T. v. España*, de 13 de febrero de 2020<sup>4</sup>, ha suscitado la cuestión de si la entrada en territorio español por lugares no habilitados legalmente para ello era un elemento relevante a efectos de determinar el (in) cumplimiento por España del art. 4 del Protocolo 4 (art. 4 P4), que prohíbe las expulsiones colectivas. No es la primera ni la última vez que el TEDH se refiere a la conducta (in)correcta del reclamante en su jurisprudencia. La trascenden-

<sup>1</sup> FITZMAURICE, Sir G., «The General Principals of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law», *RCADI*, 1957-II, vol. 92, p. 119.

<sup>2</sup> *Guyana v. Suriname*, PCA, Award of 17 September 2007, para. 418.

<sup>3</sup> *Case of Otegi Mondragon and Others v. Spain*, nos. 4184/15, 4317/15, 4323/15, 5028/15 and 5053/15, Partly Dissenting Opinion of Judge Keller, § 20, ECHR 6.11.2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1106JUD000418415.

<sup>4</sup> *Case of N.D. y N.T. v. Spain* [GC], nos. 8675/15 and 8697/15, ECHR 13.2.2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0213JUD000867515. La Gran Sala consideró este hecho como determinante para negar la responsabilidad de España, modificando así la decisión previa de Sección, que había estimado la violación del art. 4 P4, ECHR 3.10.2017, ECLI:CE:ECHR:2017:1003JUD000867515.



cia de esta sentencia provoca un renovado interés por la doctrina *clean hands* al situarla en un escenario diferente al tradicional.

Afirmada desde comienzo del siglo XX, unida a la construcción de la teoría de la responsabilidad internacional y, en particular, de la protección diplomática, su destino parecía haber quedado zanjado con la adopción del artículo 39 sobre responsabilidad de los Estados por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en 2001 (CDI 2001), y su exclusión del proyecto de protección diplomática en 2006 (CDI 2006). No obstante, el examen de las sucesivas propuestas de los relatores en ambos proyectos y su comparación con la práctica y aplicación en la jurisprudencia más reciente de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) abren de nuevo la puerta a la indeterminación sobre la doctrina. La relevancia del tema se acrecienta actualmente por cuanto que la doctrina *clean hands* ha trascendido el ámbito de la responsabilidad interestatal para ser invocada y aplicada en la responsabilidad internacional del Estado frente a personas físicas y jurídicas, sea en el ámbito de la protección de las inversiones como ya «predijera» Miaja de la Muela en 1968<sup>5</sup>, sea en relación con los derechos humanos como muestra el asunto *N.D y N.T* citado.

Autores clásicos como Grocio o Gentili ligaban la responsabilidad internacional del Estado al concepto de culpa<sup>6</sup>. En el documento elaborado en 1949 por el Secretario General de Naciones Unidas como guía temática para la consideración de la CDI en su primera reunión todavía se afirmaba que «*the requirement of fault as a condition of liability (...) are common to all aspects of State responsibility.*»<sup>7</sup> Frente a ello, autores como Anzilotti<sup>8</sup> o Kelsen<sup>9</sup> se inclinaron ya por un concepto «objetivo» de responsabilidad, que la CDI haría suyo para referirse a la responsabilidad por violación de una obligación internacional,

---

<sup>5</sup> MIAJA DE LA MUELA, A., «Le rôle de la condition des mains propres de la personne lésée dans les réclamations devant les tribunaux internationaux», en *Mélanges Offerts à Juraj Andrassy*, Vladimir Ibler (dir.), Martinus Nijhoff, The Hague, 1968, pp. 191, 193-200 y 213.

<sup>6</sup> A/CN.4/425, Corr.1, Add.1 and Add.1/Corr.1, *Second Report on State responsibility of the Special Rapporteur, Mr. Gaetano Arangio-Ruiz*, 41st session of the ILC (1989), Yearbook, 1989, vol. II(1), p. 50, para. 167.

<sup>7</sup> A/CN.4/1/Rev.1, *Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission. Preparatory work within the purview of article 18, paragraph 1, of the Statute of the International Law Commission (Memorandum submitted by the Secretary-General)*, 1949, p. 56. El énfasis es nuestro.

<sup>8</sup> ANZILOTTI, D., «La responsabilité internationale de États à raison des dommages soufferts par des étrangers», *RGDIP*, t. 13, 1906, pp. 286-289; *idem*, *Cours de Droit International*, Paris, Recueil Sirey, 1929, pp. 496-505.

<sup>9</sup> KELSEN, H., *Principles of international law*, Rinehart, New York, 1952, pp. 11-13.

sin culpa o dolo del autor, tampoco dependiente de la existencia de daño al lesionado<sup>10</sup>. La noción de culpa tan sólo regresaría al debate sobre el hecho generador de la responsabilidad en el informe inicial de Crawford, al proponer la retirada de la distinción entre responsabilidad por delitos y por crímenes<sup>11</sup>, recogida en el artículo 19 del proyecto aprobado en primera lectura en 1980 bajo la relatoría de Roberto Ago<sup>12</sup>.

La proscripción del elemento subjetivo en el hecho generador de la responsabilidad internacional concentró la atención, en cambio, en la noción de culpa en relación con la conducta del lesionado, bajo el concepto de doctrina *clean hands* o conducta (in)correcta del reclamante. La academia ha prestado atención medida al tema, concentrándose la literatura existente en algunos trabajos históricos previos y paralelos a la codificación de la CDI<sup>13</sup>. Especialmente significativo resulta que, al menos entre los autores españoles, la doctrina de *clean hands* se aborda de manera extraordinariamente concisa en los cursos de Derecho internacional público, casi siempre en relación con la protección diplomática y el proyecto CDI 2006<sup>14</sup>, y no en el marco del contenido de la responsabilidad conforme

<sup>10</sup> *Vid.*, por ejemplo, *ILC Report, A/53/10*, 1998, chap. VII(B), para. 283.

<sup>11</sup> *A/CN.4/490, Primer informe sobre la responsabilidad de los Estados, del Sr. James Crawford, Relator Especial*, para. 77 *in fine*.

<sup>12</sup> *ILC Report, A/35/10*, 1980, chap. III, paras. 17-48, y el texto del artículo 19 en p. 31. Crawford afirmó que: «las razones para exigir expresamente y con carácter general un cierto grado de culpabilidad (dolo, culpa) son más fuertes en el caso de los crímenes internacionales. Cabría decir que son las normas primarias las que deberán resolver estas cuestiones (por ejemplo, mediante la definición de la agresión o el genocidio) y algunas normas primarias en la materia contienen efectivamente esos elementos. Sin embargo, la categoría de «crimen internacional», si existe, no puede ser una categoría estanca, y cabría esperar que incluyera por lo menos algunas normas comunes relativas al requisito de la culpa en la comisión de un crimen. El proyecto de artículos no contiene normas en tal sentido»

<sup>13</sup> Un examen detallado de la evolución del tratamiento de la conducta (in)correcta del reclamante en la codificación privada y pública, aunque restringido a la protección diplomática y hasta los trabajos de la CDI sobre responsabilidad interestatal bajo la relatoría de Roberto Ago, puede verse en JIMÉNEZ PIERNAS, C., *La conducta arriesgada del particular y la responsabilidad internacional*, Universidad de Alicante, 1990, pp. 53-70.

<sup>14</sup> CARRILLO SALCEDO, J. A., *Curso de Derecho Internacional. Introducción a su Estructura, Dinámica y Funciones*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 192; CASADO RAIGÓN, R., *Derecho Internacional*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2020, pp. 238-239; FERNÁNDEZ TOMÁS, A. F., SÁNCHEZ LEGIDO, Á., ORTEGA TEROL, J. M. y FORCADA BARONA, I., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 403; GONZÁLEZ CAMPOS, J. y otros, *Curso de Derecho Internacional Público*, Tirant lo Blanch, Valencia 2011, pp. 431-432; JIMÉNEZ PIERNAS, C., *Introducción al Derecho Internacional Público: Práctica de España y de la Unión Europea*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2011, pp. 434-435; JUSTE RUIZ, J. y CASTILLO DAUDÍ, M., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 3ª ed., 2018, p. 333; PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho*

al proyecto CDI 2001<sup>15</sup>. Ello nos lleva a dedicarle unas páginas al tratamiento de esta doctrina a través del proceso codificador de la responsabilidad internacional, no tan bien conocido como uno pudiera presuponer. Recientemente, ha suscitado algún interés en relación con el arbitraje de inversiones y, en mucha menor medida, con relación a la protección de derechos humanos.

Todo ello nos lleva a proponer la siguiente estructura en nuestro estudio. En la primera parte del trabajo abordaremos las diversas manifestaciones de la conducta (in)correcta del lesionado discutidas en los trabajos de la CDI sobre responsabilidad de los Estados (2.1) y protección diplomática (2.2). Ello permitirá estructurar un análisis funcional –tridimensional– del criterio de las «manos limpias», sometiéndolo al test de la reciente jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (2.3). Trasladaremos luego el foco de atención a la responsabilidad del Estado para con sujetos no estatales, examinando la aplicación de la doctrina *clean hands* en las reclamaciones en materia de inversiones (3.1), y el valor acordado a la conducta (in)correcta del reclamante frente a la vulneración de los derechos protegidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) (3.2). De tal análisis surge una valoración sobre el concepto y funciones de la doctrina *clean hands* en este diferente marco de responsabilidad internacional (3.3). El epílogo del trabajo sistematiza los ámbitos de discusión que cuestionan el cierre –en falso– del estatus de la doctrina *clean hands*: ¿De quién es la conducta que tiene trascendencia y en qué consiste la incorrección de la misma? ¿Qué función desempeña la existencia de una «conducta incorrecta» en la estructura de la relación de responsabilidad? (4.1) ¿Cuál es el estatus normativo de la doctrina? (4.2) Sin duda, la traslación de la doctrina del ámbito de la responsabilidad interestatal a la responsabilidad del Estado frente a personas físicas y jurídicas requiere una valoración axiológica final (4.3).

---

*Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 26ª ed., Tecnos, 2022, pp. 268-269; REMIRO BROTÓNS, A. y otros, *Derecho Internacional*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, 2010, p. 407; RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 6ª ed., Tecnos 2006, pp. 273-275; SALINAS DE FRÍAS, A. (dir.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 2ª ed. Tecnos, 2019, pp. 219-222. Hay manuales que no abordan la cuestión: ANDRÉS SAÉNZ DE SANTAMARÍA, P., *Sistema de Derecho Internacional Público*, 6ª ed., Aranzadi, 2020; y LÓPEZ MARTÍN, A. G. (ed.), *Derecho Internacional Público*, Dylex, 5ª ed. (antes dirigido por C. FERNÁNDEZ CASADEVANTE ROMANÍ).

<sup>15</sup> Así lo abordan DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª ed., Tecnos, Madrid, 2013, p. 884; GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, Mª J., *Derecho Internacional (Corazón y funciones)*, Civitas, 2022, pp. 322-323. Un caso especial, porque lo aborda tanto en protección diplomática como al analizar su valor ponderador en la reparación de la responsabilidad, es CASANOVAS Y LA ROSA, O. y RODRIGO, A., *Compendio de Derecho Internacional Público*, 11ª ed., Tecnos, 2022, pp. 327-328 y p. 563.

Desde una perspectiva metodológica, debemos precisar que en este trabajo nos referiremos fundamentalmente a la conducta (in)correcta del reclamante (*clean hands*) como doctrina y no como regla, norma o principio, salvo en citas textuales, donde se respeta naturalmente el concepto de los documentos manejados, sean de la CDI, la jurisprudencia o la academia. Por otra parte, el estudio se circunscribe a esta tríada de materiales en relación a la doctrina *clean hands* (CDI, jurisprudencia y doctrina). No abarca el estudio de la práctica estatal no contenciosa en materia de reclamaciones de responsabilidad, y en particular en ejercicio de la protección diplomática. Sin duda, ello representa un límite tanto del análisis como de sus conclusiones. Sin embargo, cualquier análisis profundo de dicha práctica –para ser concluyente y no aleatorio– requiere de medios, tiempo y, consecuentemente, extensión para su exposición, más propios de una monografía que de un artículo<sup>16</sup>. A ello se añade la dificultad de la verificación de la *opinio iuris* sobre tal práctica: siendo la reclamación del Estado un derecho y no una obligación, a menudo pesan consideraciones políticas, económicas o de otra índole en la decisión de reclamar y en la negociación de las reclamaciones no judiciales planteadas, especialmente en relación con la protección diplomática<sup>17</sup>. No debe ello entenderse en menosprecio del estudio de la práctica estatal no contenciosa, sino como delimitación del alcance restringido del presente trabajo.

## II. LA CONDUCTA DEL RECLAMANTE Y LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL INTERESTATAL: UNA REGLA EN BUSCA DE IDENTIDAD

La doctrina de la conducta correcta o *clean hands* parecía constituir una norma clara y preexistente a los trabajos de la CDI. La evolución de los trabajos de la misma sobre responsabilidad internacional del Estado y protección di-

<sup>16</sup> En este sentido, debemos señalar que los trabajos de la CDI en materia de responsabilidad no revisan la práctica estatal más allá de la relativa a procesos jurisdiccionales –casi siempre y solo– internacionales. *Ad abundantiam*, las alegaciones efectuadas por Estados y/o los razonamientos de los tribunales en casos contenciosos sobre la doctrina *clean hands* en cualquiera de los órdenes que examinamos (CIJ, CPA, arbitraje de inversiones o TEDH) no se fundamentan en ejemplos de práctica no contenciosa de los Estados.

<sup>17</sup> JIMÉNEZ PIERNAS, C., «La codificación del Derecho de la responsabilidad internacional: un balance provisional (1988)», en *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado. XIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 1989*, Alicante, 1990, separata, p. 80 con remisión a notas previas 60 y 61.

plomática se moverán en terrenos pantanosos tanto para definir de quién es la conducta relevante (si del Estado lesionado o también del particular, nacional del Estado reclamante) y para delimitar el valor y función legal de la misma, con variaciones significativas, e incluso aparentemente incompatibles. entre los trabajos sobre responsabilidad interestatal (2.1) y los trabajos sobre protección diplomática (2.2). Para integrar ambas perspectivas es necesario atender a la naturaleza tridimensional de las funciones que el concepto está llamado a jugar, aunque los resultados de la codificación son cuestionables a la luz de la jurisprudencia reciente de la CIJ (2.3).

### II.1. *Una doctrina controvertida: los trabajos de la CDI en relación con la responsabilidad del Estado*

Seleccionado como tema en la agenda inicial de la CDI en 1949, los trabajos sobre responsabilidad internacional no se iniciarían hasta 1955, con el nombramiento del primero de cinco relatores, F. V. García Amador, quien presentó seis informes entre 1956 y 1961, en relación con la responsabilidad por daños a extranjeros y sus propiedades. Este enfoque específico es heredero de los intentos codificadores previos de la responsabilidad internacional del Estado y reunía una práctica jurisprudencial abundante para el estudio de la responsabilidad<sup>18</sup>.

Esta aproximación de partida, que no distinguía claramente entre normas primarias y normas secundarias, «lastrará» el inicio de los trabajos. Ante disensiones de enfoque en el seno de la propia CDI, se aprobó reconducir el tema objeto de estudio y codificación hacia normas generales de la responsabilidad de naturaleza secundaria en 1963<sup>19</sup>. La CDI nombró relator especial a Roberto Ago (quien presentó ocho informes, entre 1969 y 1979). Tras su dimisión en 1978, la CDI nombró sucesivamente a Willem Riphagen (quien presentó siete informes entre 1980 y 1986), Gaetano Arangio-Ruiz (quien

---

<sup>18</sup> En 1929, un borrador de tratado preparado bajo los auspicios de *Harvard Research* se había ocupado de la responsabilidad internacional del Estado centrada en los daños a extranjeros y a sus propiedades. En la misma línea se desarrolló el intento codificador en tiempos de la Sociedad de las Naciones, centrado en los daños a extranjeros y sus propiedades en la preparación de la Conferencia de Codificación de 1930, citado en A/CN.4/1/Rev.1, 1949, p. 56.

<sup>19</sup> Con el apoyo de la Asamblea General en 1961, A/RES/1686 (XVI), de 18 de diciembre de 1961, y a propuesta de un subcomité creado por la propia Comisión en 1962, y presidido por R. Ago.

elaborara ocho informes entre 1988 y 1996) y James Crawford (quien concluyó los trabajos tras cuatro informes entre 1998 y 2001).

### II.1.1. García Amador, la conducta del particular y su función dual

El origen de los trabajos, enmarcado precisamente en los daños sufridos por los extranjeros y sus propiedades, determinará que la doctrina *clean hands* aparezca escuetamente en los trabajos del primer relator, F.V. García Amador. Igualmente, ello condiciona que sólo tenga en cuenta la conducta (in)correcta del particular, y no la contribución del Estado que reclama.

García Amador examinó la participación del lesionado en su tercer (1958) y cuarto (1961) informes. En el tercero se apoyó en algunos casos arbitrales<sup>20</sup> y en los trabajos del Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Neuchâtel de 1900 relativos a la responsabilidad del Estado en casos de revuelta interna<sup>21</sup>. En el cuarto amplió las referencias jurisprudenciales<sup>22</sup> y se apoyó en el artículo 8, apartado tercero de los artículos aprobados en primera lectura por el Tercer Comité de la Conferencia de La Haya de 1930<sup>23</sup>. Desde la perspectiva funcional, el relator manifestó la doble posibilidad de aplicar la figura de la conducta incorrecta del nacional como causa de exclusión de la ilicitud

<sup>20</sup> Los asuntos citados tuvieron en cuenta la conducta de los particulares como un factor de ponderación de la indemnización debida: *Delagoa Bay Railway* (1900), *García y Garza y Lillie S. Kling* (General Claims Commission, United States and Mexico, 1923), *Costa Rica Packet* (1897), en A/CN.4/111, *Third report on State responsibility of the Special Rapporteur, Mr. F.V. García-Amador*, 10th session of the ILC (1958), Yearbook, 1958, vol. II, p. 53, par. 17.

<sup>21</sup> Los trabajos sobre el tema se iniciaron en la sesión de París de 1894, siendo relatores sucesivamente Jellinek, Brusa y de Bar. El proyecto de artículos se aprobó en 1900 bajo la presidencia de Lardy. El artículo 3 estableció la pérdida del derecho de indemnización «lorsque les personnes lésées sont elles-mêmes cause de l'événement qui a entraîné le dommage (par exemple en cas de conduite particulièrement provocatrice à l'égard de la foule)», *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 18, 1900, pp. 233-256 con la discusión del artículo en pp. 244-246 y el texto final aprobado en pp. 255-256.

<sup>22</sup> Cita asuntos en los que no se concedió indemnización por falta de diligencia de los particulares, como en el asunto *Cowper*, asunto del Buque Ballenero Canada (*Whaling Vessel Canada*, 1870) o en el asunto *Wimbledon* (CPJI, 1923). En uno de los casos referidos, fue la conducta del Estado la que privó de reparación al reclamante (*Macedonian case*, 1841: «In disallowing the claim for interest, the arbitrator drew attention to the fact that «the Government of the United States had done nothing to hasten a settlement» for twenty years after the date of the incident»), en A/CN.4/134 and Add.1, *Sixth report on State responsibility of the Special Rapporteur, Mr. F.V. García-Amador*, 13th session of the ILC (1961), Yearbook, 1961, vol. II, p. 44, par. 174.

<sup>23</sup> *Idem*, p. 44, par. 174, remitiendo en nota a pie a *Yearbook of the International Law Commission*, 1956, vol. II, p. 225. Y a las respuestas de Dinamarca y Polonia sobre el punto XIV del cuestionario enviado a los Estados (*League of Nations publication*, 1929.V.3, pp. 147-148, 150).

(«*exonerating*»)<sup>24</sup> o como circunstancia atenuante («*extenuating*»). Esto último comportaría la modulación del contenido y alcance de la reparación.

Variando apenas la redacción de una versión a la siguiente, definió la conducta incorrecta como un impedimento para la «atribución» de la responsabilidad en el artículo 13 de su proyecto inicial de 1958<sup>25</sup> y como artículo 17 en 1961,<sup>26</sup>:

«Similarly, the act or omission shall not be imputable to the State if it was provoked by some fault on the part of the injured alien himself».

En paralelo, el artículo 26 (*Restitution and pecuniary damages*), apartado cuarto, dentro del Capítulo VIII sobre la naturaleza y medida de la reparación, indicó que:

«In the determination of the nature and measure of the reparation, the fault imputable to the injured alien and any of the other circumstances described as extenuating circumstances in article 17, paragraph 4, of this draft shall be taken into account»<sup>27</sup>.

Estos informes de García Amador no fueron discutidos en el plenario de la Comisión, que se concentró en otros temas de su agenda de trabajo por la cercana renovación de su composición. Una vez que el primer relator especial sobre la materia dejó de formar parte de la CDI se redefinieron las líneas del proyecto, cuyas riendas tomaría el nuevo relator Roberto Ago<sup>28</sup>. En su revisión de los trabajos previos, el nuevo relator mostró un claro desapego por la noción de *clean hands*, alegando la posible confusión que la contribución

---

<sup>24</sup> Doctrinalmente, esta posición sería la sostenida por Jean SALMON («Des ‘mains propres’ comme condition de recevabilité des réclamations internationales», *AFDI*, vol. X, 1964, pp. 228-232 y pp. 237-239) en uno de los trabajos más citados sobre la doctrina. Tras analizar la doctrina previa favorable a la doctrina *clean hands* como requisito de admisibilidad de la reclamación de protección diplomática, rechaza el requisito y considera su eventual función de exclusión y/o de atenuación de la ilicitud.

<sup>25</sup> A/CN.4/111, *Third report on State responsibility of the Special Rapporteur, Mr. F.V. García-Amador*, 10th session of the ILC (1958), Yearbook, 1958, vol. II, p. 50 y pp. 53-54.

<sup>26</sup> Acertadamente MIAJA DE LA MUELA critica el término de causa de exclusión de la atribución, prefiriendo que esta circunstancia opere a nivel de la atribución del ilícito como causa de justificación de la conducta del Estado, *op. cit.*, 1968, pp. 208-209.

<sup>27</sup> A/CN.4/134 and Add.1, *Sixth report on State responsibility of the Special Rapporteur, Mr. F.V. García-Amador*, 13th session of the ILC (1961), Yearbook, 1961, vol. II, pp. 48-49.

<sup>28</sup> A/7610/Rev.1 (A/24/10), *ILC Report*, 1969, chap. IV, para. 70-74.

del particular al perjuicio podría suscitar respecto del objeto de examen: la responsabilidad el Estado y no la del individuo<sup>29</sup>. Riphagen seguiría la misma línea de Ago, excluyendo toda referencia a la conducta incorrecta del particular como cuestión de admisibilidad de la reclamación. Este concepto de admisibilidad de la reclamación había sido empleado tradicionalmente por la academia para defender la existencia de una norma en relación con la doctrina *clean hands*: quien acudía sin manos limpias no podía reclamar<sup>30</sup>. En paralelo, al examinar las causas de exclusión de la ilicitud Riphagen incluyó la excepción *inadimplenti non est adimplendum*, una conducta sólo predicable del Estado lesionado, sin asociarla sin embargo con el concepto *clean hands*<sup>31</sup>.

### II.1.2. Arangio-Ruiz, la conducta del Estado y su función singular

La cuestión de la conducta incorrecta regresó a los trabajos de la CDI de la mano del relator Arangio-Ruiz, quien retomó la discusión de «los efectos de la culpa» en el examen de las formas y grados de reparación, sin analizar otras posibles funciones del concepto *clean hands*<sup>32</sup>. En su segundo informe (1989)

<sup>29</sup> A/CN.4/217, Corr.1 and Add.1, *First report on State responsibility of the Special Rapporteur, Mr. Roberto Ago*, 21st session of the ILC (1969), Yearbook, 1969, vol. II and Add.2, Yearbook, 1971 vol. II(1), p. 135-136, par. 65.

<sup>30</sup> BORCHARD, E. M., *Diplomatic Protection of Citizens Abroad: or the Law of International Claims*, The Banks Law Publishing Company, New York, 1915, pp. 713-791; WITENBERG, J. C., «La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales», *RCADI*, 1932-III, pp. 63-71; ROUSSEAU, C., *Derecho Internacional Publica*, Ariel, Barcelona, 1957, p. 347 y p. 357; GARCÍA ARIAS, L., «La doctrine des 'clean hands' en Droit international public», *Yearbook of the Association of Attendees and Alumni of The Hague Academy of International Law*, 1960, vol. 30, pp. 21-22.

<sup>31</sup> A/CN.4/380, *Sexto informe sobre el contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional (segunda parte del proyecto de artículos)*; y *Modo de «hacer efectiva» la responsabilidad internacional y solución de las controversias (tercera parte del proyecto de artículos) por el Sr. Willem Riphagen, Relator Especial*, pp. 12-13. La redacción dada al artículo 11 del entonces borrador excluía la aplicación de la excepción a los tratados multilaterales que afectaran a intereses colectivos. Esta excepción vuelve a ser tratada en el tercer informe de Arangio Ruiz: A/CN.4/440 and Add.1, *Third Report of the Special Rapporteur, Mr. Gaetano Arangio-Ruiz*, 43rd session of the ILC (1991), Yearbook, 1991, vol. II (1), pp. 13-14, paras. 33-35 y pp. 22-25, paras. 69-83. En este caso, su ubicación sistemática responde al análisis de las contramedidas como modo de aplicación coercitiva de la relación de responsabilidad. En tal sentido, examina las diferencias entre las suspensión y terminación de tratados (art. 60 de la CV'69 de derecho de Tratados) y las medidas de represalia. La posición de Riphagen sigue de cerca a SALMON, *op. cit.*, 1964, pp. 228-232 y pp. 237-239, quien analiza toda la doctrina previa favorable a la doctrina *clean hands* como requisito de admisibilidad de la reclamación de protección diplomática, rechaza el requisito y considera su eventual función de exclusión y/o de atenuación de la ilicitud.

<sup>32</sup> A/CN.4/425, Corr.1, Add.1 and Add.1/Corr.1, *Second Report on State responsibility of the Special Rapporteur, Mr. Gaetano Arangio-Ruiz*, 41st session of the ILC (1989), Yearbook, 1989, vol. II(1), pp. 49-56, paras. 164-190.



estudió la contribución del Estado al hecho ilícito, tanto en su dimensión ya abandonada y original de comportamiento negligente del Estado *autor* del ilícito<sup>33</sup>, como con relación a la conducta (in)correcta del *reclamante*.

Arangio Ruiz dio un peso jurídico específico a la conducta incorrecta del Estado reclamante como factor de ponderación de una modalidad específica de la reparación: la indemnización pecuniaria (*Reparation by equivalent*). Así, la versión B del artículo 8 propuesto por Arangio Ruiz, en su apartado quinto, establecía:

«5. Whenever the damage in question is partly due to causes other than the internationally wrongful act, including possibly the contributory negligence of the injured State, the compensation shall be reduced accordingly».<sup>34</sup>

El relator apoyó esta inserción exclusivamente en muy escasas referencias doctrinales y jurisprudenciales clásicas, aunque mezclando los casos en los que la indemnización se había visto afectada por conducta del Estado (*Costa Rica Packet*, 1897), o de los particulares (*Delagoa*, 1900).

### II.1.3. Crawford, la ampliación de la conducta y de su función

El relator Crawford continuó la línea previa, restringiendo en su segundo informe (1999) el tratamiento de la conducta incorrecta a su función de ponderación de la reparación debida. En el seno de las posteriores discusiones de la CDI, parte de los miembros sostuvieron que el examen de la doctrina debía trasladarse a los trabajos sobre protección diplomática, y que incluso en ese ámbito, la existencia de la regla era dudosa. Otros miembros, en cambio, consideraron la regla un principio básico de equidad y justicia que debía ser incluido como parte de la labor de codificación y desarrollo progresivo de los trabajos de la Comisión. Afirmaban, en todo caso, que la misma debía considerarse al analizar la reparación y no como causa de exclusión de la ilicitud. Como consecuencia de este debate, el relator mantuvo su percepción de que la doctrina *clean hands* no debía incluirse entre las causas de exclusión de la ilicitud, mínimo común denominador en la discusión<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Ello explica también la amplia digresión en este informe sobre el concepto de culpa como elemento constitutivo de la responsabilidad, en *idem*, pp. 49-55, paras. 164-182.

<sup>34</sup> *Idem*, p. 56.

<sup>35</sup> A/54/10, *ILC Report*, 1999, chap. V, paras. 411-415.

Consecuentemente, Crawford abordó el tratamiento de la doctrina *clean hands* en el tercer informe (2000) dedicado a las consecuencias del hecho ilícito del Estado. Tras analizar las diversas modalidades de reparación, incluyó la doctrina *clean hands* bajo el concepto de «culpa concurrente» («*Contributory fault*»)<sup>36</sup>, como factor de modulación de la reparación. El texto del artículo 42 apartado segundo, aprobado en primera lectura, parcialmente conforme a la propuesta del relator especial Arangio-Ruiz, establecía que

«En la determinación de la reparación se tendrá en cuenta la negligencia o la acción u omisión dolosa: a) del Estado lesionado; o b) del nacional de ese Estado, en nombre del cual se interponga la demanda, que haya contribuido al daño»<sup>37</sup>.

Frente a la formulación del anterior relator, Crawford incluyó expresamente en este artículo las dos manifestaciones de conducta (in)correcta: del Estado y del particular por quien se reclama, eventualmente. Consideró que la ponderación de la reparación por la conducta (in)correcta del particular lesionado constituía una norma codificadora, basada en amplia jurisprudencia previa. Frente a ello, la conducta incorrecta del Estado era un nuevo factor, que comportaba un desarrollo progresivo de la norma<sup>38</sup>.

En esa línea, su posición quiso fundarse en la entonces reciente decisión de la CIJ en el asunto del *proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* (1997). Crawford examinó como ejemplo de la contribución del Estado lesionado al daño la eventual existencia de una obligación de mitigar el daño por parte del Estado lesionado. Según el relator, la CIJ confirmó la doctrina *clean hands* como moduladora de la reparación y no como causa de exclusión de la ilicitud<sup>39</sup>, al indicar que, *de*

<sup>36</sup> A/CN.4/507, Add.1, Add.1/Corr.1, Add.2, Add.2/Corr.1, Add.2/Corr.2, Add.3, Add.3/Corr.1 and Add.4, *Third report on State responsibility of the Special Rapporteur, Mr. James Crawford*, 52nd session of the ILC (2000), pp. 64-65, paras. 216-221. Sobre este concepto, su origen en el Derecho interno y su codificación en el Derecho internacional, BEDERMAN, D. J. «Contributory Fault and State Responsibility», *Virginia Journal of International Law*, vol. 30, n° 2, Winter 1990, pp. 335-370. No obstante, este autor asume bajo este término la doctrina *clean hands* en cualquiera de sus manifestaciones funcionales y no sólo desde la perspectiva de la modulación de la reparación.

<sup>37</sup> A/CN.4/L.528/Add.3, *Draft articles on State responsibility adopted on first reading – Text of articles with commentaries*, p. 277 y comentario en p. 278 para. (7).

<sup>38</sup> A/CN.4/507, Add.1, Add.1/Corr.1, Add.2, Add.2/Corr.1, Add.2/Corr.2, Add.3, Add.3/Corr.1 and Add.4, *Third report on State responsibility of the Special Rapporteur, Mr. James Crawford*, 52nd session of the ILC (2000), p. 65, para. 221.

<sup>39</sup> A/55/10, *ILC Report*, 2000, chap. IV, para. 226.

*existir*, la obligación de reducir los daños podría ser tenida en cuenta al calcular el monto de la reparación del daño sufrido por el incumplimiento de Hungría, aunque nunca podría justificar el incumplimiento del tratado por Eslovaquia<sup>40</sup>.

La propuesta de Crawford extendiendo la doctrina *clean hands* a la conducta de los Estados fue objeto de discusión expresa, a raíz de las observaciones de países como Reino Unido y Estados Unidos. Estos buscaban una afirmación rotunda de la idea de que la conducta incorrecta del reclamante no incidía sobre la responsabilidad en sí misma, excluyéndola, sino que tan sólo limitaba el deber de reparar, opinión que prevaleció<sup>41</sup>.

#### II.1.4. Final de trayecto: el artículo 39 CDI 2001

Fruto de todo este recorrido, el proyecto de artículos aprobado en segunda lectura en 2001 tan sólo recogió de forma expresa la figura *clean hands* como factor de ponderación de la reparación en el artículo 39<sup>42</sup>. Finalmente, aunque apenas se modificó la redacción propuesta por el relator Crawford, la sustitución de la noción de culpa (*contributory fault*) por la de perjuicio (*contribution to the injury*) dio un nuevo paso hacia la objetivación de la terminología como ya ocurriera con anterioridad en relación a la conducta del Estado autor:

«Para determinar la reparación se tendrá en cuenta la contribución al perjuicio resultante de la acción o la omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado o de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación»<sup>43</sup>.

En los comentarios al artículo, al explicar la inclusión de acciones tanto intencionadas como negligentes e incluso omisiones<sup>44</sup>, se puso énfasis en la

---

<sup>40</sup> *Case Concerning The Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, ICJ Judgment of 25 September 1997, para. 80.

<sup>41</sup> Al respecto, véanse complementariamente el informe de la CDI de 1999 (A/54/10, ILC Report 1999, paras. 411-415) y el tercer informe del relator Crawford (A/CN.4/507, 2000, para. 220).

<sup>42</sup> Annexed to A/56/83, de 10 de diciembre de 2001, corr. A/56/49 (vol. I) / Corr. 4, *Draft articles on Responsibility of states for internationally wrongful acts, with commentaries*, Text adopted by the Commission at its fifty-third session, in 2001, Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II (Part Two).

<sup>43</sup> A/56/10, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, with commentaries 2001, p. 109.

<sup>44</sup> Los comentarios de la CDI remiten a los conceptos de derecho interno *contributory negligence*, *comparative fault*, en inglés y *faute de la victime*, en francés, en A/56/10, pp. 109-110, par. 2.

exigencia de un cierto umbral de participación en el perjuicio. La negligencia u omisión debía «*manifest a lack of due care on the part of the victim of the breach for his or her own property or rights*»<sup>45</sup>.

En los comentarios se afirmó que se trataba de una regla aceptada de manera constante por la doctrina y por la práctica, aunque el volumen de doctrina y jurisprudencia citada en apoyo de esta norma no fue prolijo y, en su mayor parte, relativo a supuestos de protección diplomática<sup>46</sup>, reforzando así la dualidad de la naturaleza codificadora de la doctrina en relación al particular, y de desarrollo progresivo respecto de la conducta incorrecta del Estado.

Si este artículo toma del proyecto de Arangio-Ruiz la función, acepta en cambio la propuesta de Crawford de incorporar la ponderación a toda forma de reparación debida, sea indemnizatoria o restitutoria: así, cabría una restitución parcial en el estado final si el deterioro fue causado por la propia conducta incorrecta del lesionado, por ejemplo. En los comentarios, sin embargo, solo se ofrece como ejemplo la posición de la CIJ en el asunto *Lagrand* en el que la eventual ponderación afectaría a la indemnización. Así, la sentencia indicó que si Alemania hubiera solicitado una indemnización en el caso, la Corte habría tenido que valorar la tardía reacción del Estado al someter el caso a la Corte en vísperas de la ejecución de los hermanos LaGrand<sup>47</sup>.

Con este artículo 39 CDI 2001 parecía zanjarse la triple cuestión de los sujetos cuya conducta debe ser tenida en cuenta, la función que desempeña la doctrina *clean hands* y la naturaleza jurídica de la norma. Sin embargo, los trabajos subsiguientes en relación con la protección diplomática reabrieron el debate.

<sup>45</sup> *Idem*, pp. 109-110, par. 5, en relación al par. 1.

<sup>46</sup> *Idem*, para. 4. Los comentarios citan tan sólo un artículo doctrinal y el arbitraje en el caso *Dela-goa Bay Railway* (G. F. DE MARTENS, *Nouveau recueil général de traités*, 2nd series, vol. XXX, p. 329 (1900)). Hay una referencia al asunto del *Wimbledon* (UNRIAA, vol. II, p. 31), pero para construir una argumentación a partir de los que los árbitros dejaban entrever y no dijeron, esto es, que la decisión del capitán en relación con la ruta seguida y por la que se causó el daño al barco tenía impacto en la indemnización, aunque la conducta del capitán fuera correcta y razonable en función de las circunstancias. La idea detrás del comentario en nota a pie de página de la CDI es que, si incluso la conducta correcta tenía repercusión en la evaluación de los daños que hiciera el tribunal, a fortiori, la conducta incorrecta debería minorar la indemnización debida. Pueden verse otras referencias jurisprudenciales en relación sólo a la protección diplomática y este requisito en el trabajo de GARCÍA ARIAS, L., *op. cit.*, 1960, pp. 18-20.

<sup>47</sup> *Idem*, para. 3 y *Lagrand Case (Germany v. United States of America)*, ICJ Judgment of 27 June 2001, para. 57. Sin embargo, Alemania no solicitó indemnización alguna y su petitum consistió en solicitar la declaración de violación, que no se ve «minorada» por la «conducta incorrecta del reclamante», *Idem*, para. 116.

## II.2. *La norma excluida: los trabajos de la CDI en relación con la protección diplomática*

El proyecto de artículos sobre protección diplomática responde igualmente a la reconducción de los infructuosos trabajos del tema inicialmente inscrito en la agenda como «trato de extranjeros». En 1995 la propia CDI recomendó retomar los trabajos sobre protección diplomática, para lo cual un Grupo de trabajo diseñó un primer bosquejo del contenido posible, que no debía sin embargo constreñir la futura propuesta del relator que se nombrara. En este primer documento no aparece la cuestión de la conducta del nacional como presupuesto o condición previa de la reclamación, ni como elemento de ponderación al establecer la eventual reparación<sup>48</sup>.

La CDI constituyó un grupo de trabajo en 1996 y nombró como relator especial a Mohamed Bennouna en 1997. Este arranque –derivación, reconducción y trabajo en paralelo al tema de la responsabilidad internacional del Estado, así como las dudas sobre la naturaleza indicativa o normativa del resultado– puede explicar por qué el primer relator especial planteó como cuestión inicial en 1998 y en su único informe la naturaleza de las normas que debían codificarse. Solicitó una decisión de la CDI sobre la identidad del proyecto como un conjunto de normas secundarias en sentido más o menos estricto<sup>49</sup>. El relator consideraba que ciertas normas primarias, como la nacionalidad y, por cuanto interesa aquí, el «principio de las manos limpias» (*clean hands principle, clean hands rule*), debían ser incorporadas a la codificación de las normas de protección diplomática, en sí mismas secundarias<sup>50</sup>. No obstante, Bennouna precisó que:

«no se trata de codificar ni la condición de los extranjeros ni el derecho a las inversiones; en todo caso, hay que tener presente la necesidad que pueda tener la Comisión de examinar como categorías generales ciertas normas

---

<sup>48</sup> A/51/10, *Recommendation of the Working Group on the Long-term Programme of Work (General outline: 1995)*, para. 161 y Adición I. Se consideró de interés que los trabajos discurren inicialmente en paralelo a los de la responsabilidad internacional de los Estados, sin prejuzgar el resultado. Se planteó incluso la posibilidad de elaborar una guía, destinada a los gobiernos para tramitar las reclamaciones, en lugar de una Convención.

<sup>49</sup> A/53/10, *ILC Report*, 1998, chap. VII(B), paras. 69.

<sup>50</sup> A/CN.4/484, *First Report on Diplomatic Protection of the Special Rapporteur, Mr. Mohamed Bennouna*, para. 3, para. 25 y para. 61, citando en este último a BROWNLIE, «International Law at the fiftieth anniversary of the United Nations», *RCADI*, vol. 255, 1995, p. 109.

primarias de manera de definir la nacionalidad de las personas físicas y jurídicas y su oponibilidad y de evaluar el comportamiento de éstas [personas por quienes se reclama] respecto del país receptor con miras a determinar su responsabilidad [del Estado receptor]»<sup>51</sup>.

La discusión en el seno de la Comisión zanjó el tema desde esta última perspectiva, considerando que no se trataba tanto de decidir el contenido de la norma (ya fuera la relativa a *clean hands* o a nacionalidad), sino de determinar el valor «procesal» o secundario de la misma, bien en relación con la admisibilidad de la reclamación o bien en relación con el fondo de la misma<sup>52</sup>.

Tras la elección del relator especial Bennouna como juez del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, John Dugard fue nombrado nuevo relator especial. Estuvo al frente de los trabajos hasta su conclusión, presentando siete informes entre 2000 y 2006<sup>53</sup>. Resulta esencial en el marco de este trabajo entender la visión *pro persona* del relator Dugard sobre la figura de la protección diplomática. Frente a quienes criticaban la «ficción» sobre la que se asentaba la misma (el Estado reclama su propio derecho), Dugard sostenía que la protección diplomática permitía salvar la falta de subjetividad internacional del individuo para poder reclamar por los derechos que le eran propios, y que el Derecho internacional le atribuía, y en particular por los derechos humanos. Así su primer informe contiene toda una declaración de principio sobre la relación entre la doctrina *clean hands*, la subjetividad internacional del individuo y la protección de los derechos humanos, marco en el cual, lentamente, el individuo podía comenzar a reclamar la protección directa e internacional de sus derechos.

«Mientras el Estado siga siendo el protagonista principal de las relaciones internacionales, el hecho de que los Estados hagan suyas las reclamaciones de transgresión de los derechos de sus nacionales sigue siendo el recurso más eficaz para la promoción de los derechos humanos»<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> *Idem*, para. 64.

<sup>52</sup> A/53/10, *ILC Report*, 1998, chap. VII(B), paras. 99.

<sup>53</sup> CRESPO NAVARRO, E., «El Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la protección diplomática: la protección de las personas físicas», *REDI*, vol. 57/1, 2005, pp. 221-238. Su análisis no llega al sexto informe, dedicado a la doctrina *clean hands*.

<sup>54</sup> A/CN.4/506 y Add.1, *Primer informe sobre la protección diplomática, del Sr. John R. Dugard, Relator Especial*, 2000, paras. 15-32 (citado para. 32 *in fine*). Puede verse también DUGARD, J., «Diplomatic Protection and Human Rights: The Draft Articles of the International Law Commission», *Australian Yearbook of International Law*, vol. 24, 2005, pp. 75-91.

El relator Dugard no fue proclive a abordar normas primarias en relación con la protección diplomática. En 2002, durante el debate del tercer informe (sobre la regla de agotamiento de los recursos internos, la carga de la prueba y la Doctrina Calvo), se suscitó en el seno de la CDI si debían abordarse en informes posteriores otros asuntos, entre ellos «*the 'clean hands' doctrine*». La Comisión estaba dividida entre las diversas funciones de este principio y cómo afectaba a la protección diplomática. Para algunos miembros el principio era un requisito de la protección diplomática misma. Para otros, como en el proyecto de responsabilidad de los Estados, su función debía estar confinada al ámbito de la reparación, rechazándose su naturaleza de causa de exclusión de la ilicitud<sup>55</sup>.

En las conclusiones de esta discusión, el relator especial manifestó que «*the 'clean hands' principle*» podía aplicarse a conductas diversas: aquella de la persona física o jurídica que sufre el daño, la del Estado reclamante, e incluso la conducta del Estado reclamado (retomando en este último caso una cuestión aparentemente ya cerrada en el proyecto de responsabilidad de los Estados por hecho ilícito). Por ello consideró difícil definir una regla única en aquel momento, aplicable a todas las situaciones. Trasladó su examen a futuro, con motivo del estudio pendiente de la cuestión de la nacionalidad de las empresas en el contexto del caso *Barcelona Traction*<sup>56</sup>. Si bien Dugard abordó la nacionalidad de la reclamación por daños a personas jurídicas en el cuarto informe, no apareció en él referencia alguna a la doctrina de manos limpias<sup>57</sup>. Dugard preparó un memorando separado sobre *clean hands*, que la CDI no pudo examinar en su sesión de 2004<sup>58</sup>. El tema se abordaría monográficamente en el –brevísimo– sexto informe del relator especial en 2005<sup>59</sup>, con una bibliografía sumaria de 12 referencias: sólo dos eran artículos específicos sobre el tema<sup>60</sup>, de autores contrarios (según Dugard<sup>61</sup>) a la figura.

---

<sup>55</sup> A/57/10, *ILC Report*, 2002, chap. V, paras. 137-138.

<sup>56</sup> *Idem*, para. 149.

<sup>57</sup> A/CN.4/530, Corr.1 and Add.1, *Fourth Report on Diplomatic Protection of the Special Rapporteur, Mr. John R. Dugard*, 55th session of the ILC (2003).

<sup>58</sup> A/59/10, *ILC Report*, 2004, chap. V, para. 54.

<sup>59</sup> A/CN.4/546, *Sixth Report on Diplomatic Protection of the Special Rapporteur, Mr. John R. Dugard*, 57th session of the ILC (2005), paras. 1-18. El informe tiene tan solo seis páginas.

<sup>60</sup> GARCÍA ARIAS, L., *op. cit.*, 1960, pp. 14-22; SALMON, J., *op. cit.*, 1964, pp. 225-266.

<sup>61</sup> GARCÍA ARIAS aceptaba el requisito en relación a la conducta del particular, pero no del Estado que reclama, el cual en todo caso actuaría en ejercicio de un abuso de derecho, *op. cit.*, 1960, p. 22.

El relator especial resumió y discutió los argumentos de los partidarios de la inclusión de un requisito de *clean hands* como elemento necesario para poder reclamar en ejercicio de la protección diplomática<sup>62</sup>: la doctrina no se aplica a controversias puramente inter-estatales; la doctrina se aplica a los supuestos de protección diplomática; la doctrina ha sido aplicada en numerosos casos de protección diplomática; la invocación de la doctrina afecta a la admisibilidad de la demanda. Dugard trataba de desvirtuar la existencia de un requisito específico en los casos de protección diplomática, sin cuestionar la función que en esa fecha ya se había acordado para la doctrina en el marco de la reparación. Firme defensor de la figura de la protección diplomática, entendía que la inclusión del requisito suponía dejar la protección de los derechos del particular establecidos por normas internacionales al albur del Estado en el que este se encontrara y su legislación interna.

De un lado, rechazó la alegación de que la norma fuera específica de los casos de protección diplomática sobre la base del examen de la jurisprudencia de la CIJ<sup>63</sup>. En la mayor parte de estos casos, el demandado solicitaba la inadmisión de la demanda sobre la base de la conducta incorrecta del Estado demandante, y no del particular. En tales asuntos la CIJ se abstuvo siempre de pronunciarse de forma específica sobre esta doctrina, lo que para Dugard era prueba de que la

<sup>62</sup> A/CN.4/546, *Sixth Report on Diplomatic Protection of the Special Rapporteur, Mr. John R. Dugard*, 57th session of the ILC (2005), para. 3.

<sup>63</sup> En tal sentido, en el para. 5 del sexto informe examina las alegaciones en los casos siguientes: *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 163, para. 63; *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2003, p. 176, para. 27; *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2001, pp. 488-489, paras. 61-63 (en relación no con la reclamación de protección diplomática sino con la conducta estatal; EEUU consideraba que Alemania no acudía con manos limpias pues exigía la nulidad de condenas en violación de la Convención de 1963 sin que el propio ordenamiento alemán ni su práctica lo contemplara); *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2004, p. 12; *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 76, para. 133; *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, Judge van den Wyngaert Belgian judge ad hoc) Dissenting Opinion, p. 160, para. 35; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 392, para. 268; y, por último, *Legality of the Use of Force (Yugoslavia v. Belgium; Yugoslavia v. Canada; Yugoslavia v. France; Yugoslavia v. Germany; Yugoslavia v. Italy; Yugoslavia v. Netherlands; Yugoslavia v. Portugal; Yugoslavia v. Spain; Yugoslavia v. United Kingdom, and Yugoslavia v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999, pp. 124, 259, 363, 422, 481, 542, 656, 761, 826 y 916, respectivamente. En el debate del plenario de la CDI se le hizo ver que no había tratado el caso *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992, p. 240 at p. 255, paras. 37-38 (A/60/10, ILC Report, 2005, chap. VII, para. 236).



doctrina no se aplica como condición o requisito de la reclamación de responsabilidad entre Estados<sup>64</sup>. Sin embargo, la CIJ nunca indicó que la doctrina *clean hands* no fuera aplicable a las controversias entre Estados. Tampoco confirmó en ningún supuesto que el argumento *clean hands* debiera ser abordado como causa de inadmisibilidad. En el asunto de las plataformas petrolíferas estimó que la alegación de Estados Unidos no se planteaba como una verdadera cuestión de admisibilidad, sino en relación con uno de los argumentos de fondo sin que considerara necesario abordar la doctrina tampoco para el fondo. En otros casos, como el asunto *Lagrand*, la CIJ consideró simplemente que la parte que alegaba la conducta incorrecta no había probado que tal conducta lo fuera<sup>65</sup>. En otros, la Corte simplemente consideró el argumento impertinente<sup>66</sup>.

En segundo lugar, el relator especial argumentó la inutilidad de la doctrina cuando se trata de reclamaciones de protección diplomática. Para Dugard, dada la falta de personalidad jurídico-internacional del individuo, el Estado de

<sup>64</sup> En alguno de estos casos, la cuestión podía responder también a la violación por parte del reclamante de la misma norma o tratado por cuya violación reclamaba al demandado, por lo que su análisis podría igualmente realizarse desde la perspectiva de las causas de exclusión de la ilicitud (como las contramedidas conforme a los artículos 22 y 49-53 de los artículos aprobados en 2001) o de la aplicación de la Convención de Viena de Derecho de Tratados (art. 60). Estas argumentaciones alternativas estaban presentes en los casos de las plataformas petrolíferas entre Estados Unidos e Irán y en el caso *Avena*. En el primero, Estados Unidos invocaba la exclusión de la ilicitud de su ataque como medida de legítima defensa frente al minado atribuido a Irán; la Corte no lo consideró probado y, en todo caso, insuficiente como umbral para justificar el uso de fuerza de los Estados Unidos, en *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2003, pp. 177-178, para. 72. En el segundo, Estados Unidos invocó que no debía atribuirse una carga más onerosa a un país que a otro en el cumplimiento del artículo 36 de la Convención de Viena de Relaciones Consulares. La Corte consideró que incluso si se probara el eventual incumplimiento de la esta misma disposición por parte México, ello no constituiría una causa de inadmisión, en *Avena et autres ressortissants mexicains (México c. Estados Unidos de América)*, fallo, CIJ Recueil 2004, p. 38, para. 47. No se discutió claramente sobre la base de las contramedidas, quizás porque ello habría llevado a discutir abiertamente si la asistencia consular integra las garantías procesales y, por tanto, puede o no ser suspendida a título de contramedida. La suspensión sobre la base de la Convención de Viena de Derecho de Tratados requeriría la activación de un procedimiento no empleado en el caso.

<sup>65</sup> En relación con el asunto *Lagrand* citado, el Relator indicó que «*The Court found that it need not decide whether the argument of the United States, if true, would result in the inadmissibility of Germany's submissions as the evidence adduced by the United States did not justify the conclusion that Germany's own practice failed to conform to the standards it demanded from the United States*», en para. 5.c) del sexto informe citado (A/CN.4/546).

<sup>66</sup> En el caso de la alegación israelí sobre la conducta Palestina de uso de fuerza, la CIJ consideró que la opinión consultiva iba dirigida a la Asamblea General y no a un Estado concreto, en *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, opinión consultiva, CIJ Recueil 2004, p. 164, párr. 64.

su nacionalidad reclama por la violación de su propio derecho. Por tanto, esa violación ocurre con independencia de la conducta del particular. A su entender, por ello Estados Unidos nunca planteó la alegación de que la conducta de los particulares –graves violaciones del derecho interno en aquellos casos, como son los asesinatos– fuera un elemento a considerar ni en la admisibilidad de la reclamación ni en las consecuencias de la responsabilidad de Estados Unidos en los asuntos *Lagrand y Avena*<sup>67</sup>. En cambio, sí alegó la conducta incorrecta de los Estados demandados por sus respectivos incumplimientos de la Convención de Viena de Relaciones Consulares.

En tercer lugar, el relator cuestionó los casos históricos del siglo XIX en los que tradicionalmente se sostenía que la doctrina de *clean hands* constituía una regla consuetudinaria respecto de la conducta del particular en el marco de la protección diplomática. Según Dugard, en ninguno se invocó como tal la doctrina. Por ello, siguiendo a autores que él consideraba que asumían esta posición, como García Arias, Salmon y Rousseau<sup>68</sup>, concluyó citando a este último al afirmar que:

«no es posible considerar a la teoría de las manos limpias como una institución de derecho consuetudinario general, a diferencia de las demás causales de inadmisibilidad»<sup>69</sup>.

Por último, en cuarto lugar, el relator consideró que la doctrina, llegado el caso, debiera ser invocada como causa de atenuación de la responsabilidad o de exoneración (circunstancia que excluye la ilicitud), y no como una causa de inadmisibilidad ante la CIJ<sup>70</sup>, remitiendo su tratamiento al proyecto general de responsabilidad de 2001.

Por todos estos argumentos, el relator estableció que no había apoyo suficiente para considerar una norma sobre este punto en tanto que codificación del derecho existente, «*in the light of the uncertainty relating to the very existence of the doctrine and its applicability to diplomatic protection*»<sup>71</sup>. El plenario

<sup>67</sup> A/CN.4/546, *idem*, paras. 8 y 9.

<sup>68</sup> *Idem*, paras. 11-13, donde se cita el laudo arbitral en el caso *Ben Tillett*, de 25 de abril de 1899 entre Bélgica y el Reino Unido, así como el caso del *Virginus*, entre Estados Unidos y España, resuelto mediante acuerdo de indemnización, A/CN.4/546.

<sup>69</sup> *Idem*, para. 15. García Arias suele ser considerado, en cambio, autor que apoyaba la doctrina como condición de admisibilidad, como se indica en notas 28 y 58 de este mismo trabajo.

<sup>70</sup> *Idem*, para. 16.

<sup>71</sup> *Idem*, para. 18, *in fine*.

de la CDI apoyó esta conclusión general del relator especial. No obstante, algunos miembros no veían impedimento en la falta de práctica anterior para el desarrollo progresivo del concepto; mientras otros indicaron que podía incorporarse al proyecto la indicación de que la cuestión de «*clean hands*» debía ser examinada como cuestión de fondo de los asuntos en los que se planteara, por incidir en la atenuación (y para un grupo menor, también como causa de exclusión) de la responsabilidad, más que en la admisibilidad<sup>72</sup>.

En suma, el rechazo de Dugard a incorporar la doctrina *clean hands* a los artículos relativos a la protección diplomática se fundó en el análisis de la falta de práctica jurisprudencial histórica y contemporánea, así como sobre la base de la escueta doctrina específica de la década de los sesenta, que ya había comenzado a rechazar la doctrina como elemento esencial o condición para la reclamación en protección diplomática. Ello determinó que el proyecto de artículos aprobado en segunda lectura en 2006 no incorporara ninguna referencia a esta doctrina<sup>73</sup>. Axiológicamente, el relator consideró siempre que la protección diplomática garantizaba el avance y la protección de los derechos humanos: la incorporación de la doctrina *clean hands* como un requisito de la protección diplomática hubiera debilitado aún más la posición del individuo<sup>74</sup>.

Este rechazo de la doctrina *clean hands* en protección diplomática nos lleva ahora abordar las diferentes funciones bajo las cuales la CDI discutió la doctrina *clean hands* y su estatus normativo.

### II.3. *Un análisis funcional: la ambivalencia de la doctrina clean hands y su escaso recorrido jurisprudencial*

A lo largo de la historia jurisprudencial y de la codificación del Derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, la doctrina *clean hands* es objeto de consideraciones aparentemente contradictorias. Sin duda, el hilo de

---

<sup>72</sup> A/60/10, *ILC Report*, 2005, chap. VII, paras. 231-235.

<sup>73</sup> *Draft articles on diplomatic protection, on second reading, together with commentaries*, ILC, 58th session, 2006; A/61/10, *ILC Report*, 2006, chap. IV, paras. 34-50; *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, Part Two.

<sup>74</sup> Resulta clarificador en relación con el enfoque de Dugard el trabajo de SHAPOVALOV, A., «Should a Requirement of «Clean Hands» be a Prerequisite to the Exercise of Diplomatic Protection? Human Rights Implications of the International Law Commission's Debate», *American University International Law Review*, 2005, vol. 20, pp. 829-866, en especial pp. 859-861. El autor realizó una estancia en la CDI bajo la dirección del Relator y como asistente en la redacción del sexto informe.

Ariadna que nos permite orientarnos en el laberinto es la naturaleza tridimensional de esta doctrina desde una perspectiva funcional. En ocasiones, las referencias abordan la doctrina como causa de inadmisibilidad de una reclamación; a veces se suscita como causa de exclusión de la ilicitud y, por último, en ocasiones se analiza como elemento de ponderación en las consecuencias de la violación, esto es, en la reparación<sup>75</sup>. La doctrina y los relatores no precisan siempre con propiedad desde qué perspectiva invocan y analizan la práctica y jurisprudencia, histórica y reciente, en apoyo de la aceptación de la doctrina.

### II.3.1. La doctrina *clean hands* como causa de inadmisibilidad

Los relatores y trabajos de la CDI se han referido a ella impropiamente, *en passant*, para concluir rechazando esta función de la doctrina *clean hands*.

El concepto de inadmisibilidad de la reclamación es ambivalente. En sentido estricto, la inadmisibilidad en el marco de un sistema jurisdiccional viene definida por normas procesales ajenas y distintas a las que regulan la responsabilidad o por normas primarias que excluyen la jurisdicción escogida en ciertas circunstancias. En cambio, la inadmisibilidad entendida como rechazo de una reclamación por no estar fundada objetivamente en la existencia de violación o por la concurrencia de una justificación, debe tratarse como cuestión sustantiva, relativa a los elementos de la responsabilidad y por tanto analizada como cuestión de fondo.

Generalmente, es en este último sentido en el que se plantea la doctrina *clean hands* como causa de inadmisibilidad en los trabajos de la CDI. Su origen ligado a las discusiones académicas sobre la protección diplomática —la conducta correcta como condición previa para el ejercicio de la misma— condiciona su encasillamiento como cuestiones de admisibilidad impropiamente, consagrada por los autores clásicos, en sentido análogo a si no concurría el requisito de la nacionalidad o el agotamiento de los recursos internos<sup>76</sup>. Se

<sup>75</sup> Esta sistemática es difícil de encontrar en la literatura sobre el tema. Está presente, por ejemplo, en el análisis de KAŁDUŃSKI, M., «Principle of clean hands and protection of human rights in international investment arbitration», *Polish Review of International and European Law*, vol. 4, issue 2, 2015, p. 73, aunque sin extraer mayores consecuencias en relación con su examen del principio de manos limpias en relación con el arbitraje de inversiones y la protección de derechos humanos. Un análisis funcional más amplio, y quizás excesivamente generoso con el papel de la doctrina *clean hands* en BEDERMAN, D. J., *op. cit.*, 1990, pp. 342-353.

<sup>76</sup> En ese sentido aparece estudiado en las obras citadas de BORCHARD (1915), GARCÍA ARIAS (1960), SALMON (1964) o MIAJA DE LA MUELA (1968). Este último autor, no obstante, identifica claramente que el examen de la concurrencia de la conducta correcta aparece en la juris-

trataría como otros requisitos de la protección diplomática en relación con el particular por quien se reclama, en su caso, y no como normas procesales del sistema jurisdiccional ante el que se sustancie la reclamación.

En cambio, como causa de inadmisibilidad en sentido propio se trata de una excepción procesal indefectiblemente ligada a los procedimientos jurisdiccionales de arreglo, sea arbitraje o arreglo judicial. Su origen histórico se remonta a aforismos jurídicos latinos clásicos como *ex turpi causa non oritur actio* o *ex injuria jus non oritur*, que fundamentan posiciones doctrinales frecuentemente citadas<sup>77</sup>. En tales ámbitos, el Estado demandado alega la conducta incorrecta del reclamante (del Estado que reclama, no del particular por quien reclama) para enervar la acción de la que es destinatario, intentando que no se entre a examinar el fondo del asunto<sup>78</sup>. La carga de la prueba debe recaer así en el Estado demandado.

La jurisprudencia citada en los trabajos de la CDI sobre responsabilidad del Estado es escasa<sup>79</sup>: varios asuntos arbitrales del siglo XIX, el *asunto de las aguas del río Mosa* (CPJI, 1937), la opinión disidente del Juez Schwebel en el *asunto Nicaragua* (CIJ, 1986)<sup>80</sup> y la opinión disidente del Juez Van den Wyn-

---

prudencia vinculado al fondo a expensas de una cláusula específica sobre admisibilidad que lo permita, operando funcionalmente como causa de justificación o como atenuante de la responsabilidad, en MIAJA DE LA MUELA, A., *op. cit.*, 1968, p. 208.

<sup>77</sup> Como la referida en la cita de FITZMAURICE (1959) al iniciar este artículo, y que es seguido por doctrina contemporánea como POMSON, O. & HOROWITZ, Y., «Humanitarian intervention and the Clean hands Doctrine in International Law», *Israel Law Review*, vol. 48(2), 2015, pp. 242-243. Entre la doctrina española, MIAJA DE LA MUELA considera que la alegación podría estar amparada como excepción preliminar en fase de admisibilidad en el artículo 62 del Reglamento de la CIJ (conforme a su versión vigente en 1968), sin perjuicio de su consideración por el Tribunal en esa fase o en la de fondo: MIAJA DE LA MUELA, A., *op. cit.*, 1968, pp. 189-190 y pp. 211-212.

<sup>78</sup> España no llegó a formular esta excepción en el asunto *Barcelona Traction*, por ejemplo, pese a haber sido discutida por el equipo legal. Algunos autores examinaron los argumentos sobre denegación de justicia por las autoridades administrativas y judiciales españolas en términos de *clean hands*: SALMON, J., *op. cit.*, 1964, pp. 225-226; NOVAK TALAVERA, F., «Caso Barcelona Traction Light and Power Company Limited. España c. Bélgica (1979)», *Agenda internacional*, 1997, pp. 86, 106-108. La doctrina española analizó las alegaciones desde la noción de abuso de derecho: DÍEZ DE VELASCO, M., «La pretendida responsabilidad internacional del Estado español por actos de sus autoridades administrativas en el caso 'Barcelona Traction'», *REDI*, 1970, vol. 2/3, pp. 455-457 y 462-463; CASANOVAS Y LA ROSA, O., «Abuso de derecho, desviación de poder y responsabilidad internacional», *REDI*, 1970, vol. 2/3, pp. 465-490.

<sup>79</sup> Analizan detalladamente la jurisprudencia más invocada: SHAPOVALOV, A., *op. cit.*, 2005, 851-856; POMSON, O. & HOROWITZ, Y., *op. cit.*, 2015, pp. 227-242.

<sup>80</sup> ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment 27 June 1986, Dissenting Opinion of Judge Schwebel, para 268-272.

gaert en el *asunto relativo a la Orden de Detención de abril de 2000* (CIJ, 2002)<sup>81</sup>. Hemos analizado previamente la jurisprudencia citada por Dugard en los trabajos de protección diplomática (sección 2.2).

A la misma conclusión se llega al examinar la jurisprudencia posterior a los trabajos de la CDI, pues la invocación de la doctrina *clean hands* como objeción a la admisibilidad es igualmente escasa y siempre infructuosa: el asunto *Avena y otros* (México vs. Estados Unidos de América)<sup>82</sup>, el asunto de la *delimitación marítima entre Somalia y Kenya* (sentencia sobre excepciones preliminares<sup>83</sup>), el asunto relativo a *ciertos activos iraníes* (Irán vs. Estados Unidos de América) y el asunto *Jadhav* (India vs. Pakistán). En el asunto relativo a los activos iraníes, el demandado invocó el apoyo al terrorismo internacional como objeción a la admisibilidad del asunto bajo la figura de *clean hands*.<sup>84</sup> En su sentencia de 13 de febrero de 2019, la Corte descartó la alegación brevemente sin entrar a discutir la naturaleza jurídica de la excepción invocada y sin perjuicio de valorar la alegación en el fondo del asunto<sup>85</sup>. En el asunto *Jadhav*, frente a la alegación de la incorrecta conducta india como excepción de admisibilidad, el tribunal no aclaró la naturaleza jurídica de la doctrina, aunque negó la oponibilidad en el caso del principio *ex turpi causa non oritur actio*, alegado por Pakistán como fundamento de la misma<sup>86</sup>.

<sup>81</sup> ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment 14 February 2002, Dissenting Opinion of Judge ad hoc Van den Wyngaert, para 84, *in fine*.

<sup>82</sup> *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I), p. 38, para. 47.

<sup>83</sup> ICJ, *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)*, Preliminary Objections Judgment of 2 February 2017, paras. 139-142.

<sup>84</sup> En las alegaciones orales, Estados Unidos caracterizó este argumento como una manifestación del abuso de derecho procesal, junto con una alegación de abuso de derecho sustantivo, pero la Corte consideró que cada una de las alegaciones debía ser examinada separadamente, ICJ, *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objections Judgment of 13 February 2019, paras. 105-106.

<sup>85</sup> ICJ, *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objections Judgment of 13 February 2019, paras. 122-123: «Without having to take a position on the «clean hands» doctrine, the Court considers that, even if it were shown that the Applicant's conduct was not beyond reproach, this would not be sufficient per se to uphold the objection to admissibility raised by the Respondent on the basis of the «clean hands» doctrine. (...) Such a conclusion is however without prejudice to the question whether the allegations made by the United States, concerning notably Iran's alleged sponsoring and support of international terrorism and its presumed actions in respect of nuclear non-proliferation and arms trafficking, could, eventually, provide a defence on the merits». El Juez Brower, en su opinión separada, analiza detalladamente las disfunciones interpretativas de la jurisprudencia histórica sobre *clean hands*, paras 1-7.

<sup>86</sup> ICJ, *Jadhav (India v. Pakistan)*, Judgment of 17 July 2019, para. 64.

Es hasta cierto punto comprensible que esta dimensión del principio quede excluida en los artículos de la CDI en materia de responsabilidad por hecho ilícito (2001), dada su vinculación al procedimiento de arreglo y no a la responsabilidad misma: como tal, debiera estar regulada en los reglamentos de procedimiento de los tribunales (sean judiciales o arbitrales) o en las normas primarias que remitan a un determinado modo de arreglo. En cierto sentido, la propia CDI así lo reconoció en los comentarios al capítulo dedicado a las contramedidas en 2001<sup>87</sup>.

## II.2.2. La doctrina *clean hands* como causa de exclusión de la ilicitud

El debate más sustancial de la CDI reside en la dualidad de la doctrina *clean hands*, bien como causa de exclusión de la ilicitud (*exonerating circumstance*) que determina la inexistencia de responsabilidad, bien como causa de modulación de la misma (*attenuating circumstance*), desplegando efectos en la ponderación de la reparación.

Como causa de exclusión de la ilicitud, la doctrina *clean hands* requiere un examen de fondo, esto es, que la reclamación sea declarada admisible si estamos en un procedimiento de arreglo jurisdiccional, que se pruebe que existe una conducta atribuida al Estado demandado que vulnera una obligación internacional para con el demandante. La carga de la prueba de estos dos elementos incumbe al Estado demandante. A partir de ahí, la doctrina *clean hands* debe ser invocada por el demandado como medio de defensa, a quien corresponderá probar que el demandante actuó incorrectamente (aunque podrá ser examinada *de oficio*).

---

<sup>87</sup> A/56/10, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, with commentaries 2001, p. 72, par. 9: «The principle that a State may not benefit from its own wrongful act is capable of generating consequences in the field of State responsibility but it is rather a general principle than a specific circumstance precluding wrongfulness. (See, e.g., *Factory at Chorzów, Jurisdiction* (footnote 34 above), p. 31; cfr. *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (footnote 27 above), p. 67, para. 110). The so-called «clean hands» doctrine has been invoked principally in the context of the admissibility of claims before international courts and tribunals, though rarely applied. It also does not need to be included here (See J. J. A. SALMON, «Des 'mains propres' comme condition de recevabilité des réclamations internationales», *Annuaire français de droit international*, vol. 10 (1964), p. 225; A. MIAJA DE LA MUELA, «Le rôle de la condition des mains propres de la personne lésée dans les réclamations devant les tribunaux internationaux», *Mélanges offerts à Juraj Andrássy (The Hague, Martinus Nijhoff, 1968)*, p. 189, and the dissenting opinion of Judge Schwebel in *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (footnote 36 above), pp. 392-394)».

La dificultad de admitir esta función, basada en el aforismo *exceptio in-adimplenti non est adimplendum*, en relación con la doctrina *clean hands* es su cercanía a otras figuras jurídicas, al menos en relación con las conductas incorrectas atribuibles al Estado. La propia CDI subsume las conductas impropias que implican vulneración de una norma internacional en las contramedidas y/o en la suspensión y terminación conforme al artículo 60 de la Convención de Viena de derecho de tratados de 1969<sup>88</sup>. La jurisprudencia ha evitado identificar estas figuras y la doctrina *clean hands* en asuntos como *Avena y otros*<sup>89</sup>. En todo caso, estas vías alternativas no permiten dotar de valor jurídico en el plano de la exclusión de la ilicitud a aquellas conductas incorrectas que no lleguen a suponer la violación de una obligación internacional o que, violando una norma internacional no cumplan los requisitos de las citadas figuras (sean procedimentales en el caso de la Convención de Viena de 1969 o sustantivos como los que recoge el artículo 50 CDI 2001). Estas figuras tampoco darían cobertura a la conducta incorrecta del particular que está detrás de una reclamación por protección diplomática.

A pesar de ser una función rechazada en los artículos de responsabilidad, resulta significativo que los Estados invoquen ante la CIJ como demandados la cláusula para fundar la exclusión de la ilicitud de su propia conducta sobre la base de la conducta incorrecta del Estado demandante, y nunca respecto de la conducta de los particulares, aun existiendo ocasión para ello, como en los asuntos relativos a la información consular.

La CIJ no ha apreciado hasta el presente esta causa de exclusión de la ilicitud. En su sentencia de 1970 en el asunto *Barcelona Traction* excluyó –*obiter dictum*– el valor de la doctrina *clean hands* como causa de exclusión de la ilicitud<sup>90</sup>. Como muestra el análisis de la jurisprudencia realizado por Dugard

<sup>88</sup> A/CN.4/498, Add.1, Add.2, Add.3 and Add.4, *Second report on State responsibility of the Special Rapporteur, Mr. James Crawford*, 51st session of the ILC (1999), para. 333-336.

<sup>89</sup> Puede verse un examen crítico de la jurisprudencia relativa a alegaciones de conducta incorrecta que se fundan en violación de obligaciones recíprocas en POMSON, O. & HOROWITZ, Y., *op. cit.*, 2015, pp. 228-231.

<sup>90</sup> La CIJ desestimó el asunto por falta de *ius standi* de Bélgica. Sin embargo, y sin haber sido alegada por las partes aludió a la doctrina *clean hands*, afirmando que «*It has been argued on one side that unlawful acts had been committed by the Spanish judicial and administrative authorities, and that as a result of those acts Spain has incurred international responsibility. On the other side it has been argued that the activities of Barcelona Traction and its subsidiaries were conducted in violation of Spanish law and caused damage to the Spanish economy. If both contentions were substantiated, the truth of the latter would in no way provide justification in respect of the former*», ICJ, *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment of 5 February 1970, para. 102.



en su sexto informe ya referido, el tribunal nunca ha llegado a considerarlo en el examen de fondo del asunto (*asunto de las plataformas petrolíferas*) o no ha considerado probada la conducta incorrecta del Estado alegada (*caso La-grand*). La Corte continúa la misma ruta, pues nunca ha entrado a considerar la doctrina *clean hands* como una causa de exclusión de la ilicitud hasta ahora, estando pendiente la sentencia de fondo del asunto relativo a ciertos activos iraníes<sup>91</sup>. Podrá comprobarse entonces si la Corte va más allá del proyecto de artículos de responsabilidad y otorga algún peso a la doctrina en la configuración de la responsabilidad (como causa de exclusión), o lo postpone a la fase de reparación, en su caso, en relación con la cual el demandante se ha reservado el derecho a formular una reclamación concreta posterior.

### II.2.3. La doctrina *clean hands* como criterio de ponderación en la reparación

El artículo 39 finalmente aprobado por la CDI en 2001 relativo a la responsabilidad de los Estado por hecho ilícito tan sólo sanciona el valor de la doctrina *clean hands* como factor a tener en cuenta al modular la reparación. Se admitió así la existencia de una norma consuetudinaria sobre la conducta incorrecta en relación con los particulares (claramente desde los informes de Arangio Ruiz) y su desarrollo progresivo en relación con la conducta de los Estados (según Crawford), sobre la base de un apoyo doctrinal y jurisprudencial escaso.

Desde esta perspectiva funcional, la doctrina *clean hands* no ha sido aplicada en la jurisprudencia, ni en relación con la conducta incorrecta «del Estado lesionado», ni respecto de la «de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación»<sup>92</sup>. Es difícil encontrar siquiera alegaciones de esta

---

<sup>91</sup> Pueden examinarse las alegaciones en la contra-memoria y la réplica de Estados Unidos: ICJ, *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Counter-Memorial Submitted by The United States of America, October 14, 2019, Part III, Chapter 8, «Iran comes to the Court with Unclean hands», pp. 54-63; Rejoinder Submitted by The United States of America, May 17, 2021, Chapter 4, «Iran comes to the Court with Unclean hands», pp. 22-33. La fase oral se ha desarrollado en agosto de 2022.

<sup>92</sup> El relator Arangio Ruiz citó en su Segundo informe el asunto *Wimbledon* como ejemplo de la posible incidencia de la conducta del particular (el capitán del barco al mantener el barco en puerto durante once días, tras ser denegado el paso) en la reparación. No obstante, sin haber sido siquiera alegada por el demandado, la Corte Permanente de Justicia Internacional consideró la conducta correcta, por lo que no llegó a pronunciarse expresamente sobre la doctrina (*vid. CPJI, Case of The S.S. «Wimbledon»*, Judgment of August 17<sup>th</sup> 1923, p. 31 y A/CN.4/425, Corr.1, Add.1 and Add.1/Corr.1, p. 16, para. 50).

naturaleza en la jurisprudencia de la CIJ, ante la escasez de supuestos en los que las partes solicitan que la Corte entre a determinar las reparaciones<sup>93</sup>.

Alegada en el asunto *Gabčíkovo Nagymaros* bajo la forma del incumplimiento de una pretendida obligación del Estado lesionado de reducir el daño, la CIJ analizó la conducta eslovaca como una violación en sí misma del tratado, que generaba responsabilidad, y no como un factor para el cálculo de la reparación debida por Hungría por incumplir el mismo. En los asuntos acumulados sobre *actividades llevadas a cabo en la zona fronteriza entre Costa Rica y Nicaragua*, Nicaragua sostuvo en su contra-memoria de 2017 la improcedencia de la indemnización de aquellos daños que el Estado lesionado podía haber evitado o a cuya existencia habría contribuido, invocando el artículo 39 sobre responsabilidad de los Estados<sup>94</sup>. Dado que Costa Rica basaba su reclamación de compensación de daños medioambientales en el coste documentado de las actividades de prevención de daños expresamente requeridas por las órdenes de medidas provisionales de la CIJ de 2011 y 2013, el argumento no apareció posteriormente ni en la réplica ni en la dúplica de las partes, ni en la sentencia sobre compensación, de 2 de febrero de 2018<sup>95</sup>.

En relación con la conducta de los particulares, ni el demandado ha alegado, ni la CIJ ha valorado, el comportamiento de los particulares en ninguna sentencia, ni siquiera en la serie de asuntos consulares (*Lagrand, Avena y otros, Diallo, Jadhav*). En tales casos, podría haberse invocado la violación de la normativa de extranjería en algunos casos por ser irregulares, la no comunicación del hecho de ser extranjero, irregularidades empresariales, la supuesta comisión de actos de espionaje, como factores a tener en cuenta en la determinación de la reparación debida. Ni las partes lo alegaron ni la CIJ lo consideró en sus sentencias.

Por tanto, a pesar de que el artículo 39 CDI 2001 resultó ser la única dimensión que la CDI identificaba con una norma de Derecho internacional (como codificación en el caso de la conducta del particular, y desarrollo pro-

<sup>93</sup> Son pocos los casos en los que las partes solicitan y la Corte decide una sentencia de compensación. En los últimos años la CIJ ha dictado sentencias de reparaciones en el asunto *Diallo* (sentencia de 19 de junio de 2012, donde no se alega ni cita la doctrina *clean hands*) y en el citado asunto sobre *actividades en la zona fronteriza entre Costa Rica y Nicaragua*.

<sup>94</sup> ICJ, *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Counter-Memorial of the Republic of Nicaragua on Compensation, 2 June 2017, pp. 35-38.

<sup>95</sup> ICJ, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, proceedings joint with *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, Judgment on Compensation owed by the Republic of Nicaragua to the Republic of Costa Rica, 2 February 2018. Tras la acumulación de asuntos, el juez *ad hoc* designado por Costa Rica fue John Dugard.

gresivo en lo relativo al Estado), la práctica de los Estados y la jurisprudencia han demostrado su crisis funcional, al menos en el ámbito contencioso.

No cabe duda de que, en el ámbito específico de la protección diplomática, la naturaleza discrecional del derecho del Estado en su ejercicio permite dar una vida para-legal a la doctrina *clean hands*: la conducta incorrecta del particular puede ser un criterio –junto a otros de naturaleza (geo)política o económica– que fundamenta la decisión de reclamar o no, y, en su caso, la vía escogida, así como determinar el «ambiente» o atmósfera de la reclamación<sup>96</sup>. Sin duda ello explica parcialmente la escasez de referencias en la jurisprudencia por responsabilidad interestatal en relación con conductas incorrectas en el marco de la protección diplomática. Paradójicamente, la doctrina *clean hands* ha encontrado un nuevo ámbito de afirmación en las jurisdicciones en las que se sustancia la responsabilidad directa del Estado frente a particulares, sean personas físicas o jurídicas: los asuntos ante tribunales arbitrales de inversiones y tribunales de derechos humanos.

### III. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO FRENTE AL PARTICULAR: «CRIMEN» Y CASTIGO

En las dos últimas décadas, desde el cierre los trabajos de la CDI sobre responsabilidad y protección diplomática, la doctrina *clean hands* ha regresado a su terreno original, la protección de los extranjeros y sus inversiones, como ya pronosticara Miaja de la Muela (3.1), avanzando también en su eventual aplicación en el marco de la protección de los individuos, cualquiera que sea su nacionalidad (3.2). El examen de esta práctica reciente permite ofrecer un balance de las paradojas de la doctrina *clean hands* desde la perspectiva de la protección de la persona, criterio inspirador del relator Dugard al excluir la regla en los artículos de protección diplomática (3.3).

#### III.1. Clean hands, *arbitraje de inversiones y protección de derechos humanos*

Aunque la primera referencia expresa a la doctrina *clean hands* por un tribunal arbitral se encuentra en una decisión arbitral de 2013 en el asun-

---

<sup>96</sup> GONZALEZ CAMPOS, J. y otros, *op. cit.*, 2008, pp. 431-432; JIMÉNEZ PIERNAS, C., *La conducta...*, *op. cit.*, 1990, pp. 271-278; *idem*, *op. cit.*, 2011, pp. 434-435.

to *Niko*<sup>97</sup>, elaborada más detalladamente en 2014 en la decisión *Yukos*<sup>98</sup>, estos asuntos consolidan una línea jurisprudencial previa<sup>99</sup>.

A juicio de la doctrina especializada, la noción de conducta correcta en el arbitraje de inversiones comienza a ser aplicada mediante la referencia al principio de la buena fe o a brocados como *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* o *ex turpi causa non oritur action* desde al menos 2001 en el asunto *Salini*<sup>100</sup>. La proscripción de la conducta (in)correcta del reclamante toma la forma de cláusulas insertas en los acuerdos bilaterales de inversiones (BIT) que condicionan la protección del acuerdo –y el consiguiente recurso al arbitraje de inversiones–<sup>101</sup> al respeto por el inversor de la normativa del Estado receptor. Así, se ha invocado o aplicado la cláusula a incumplimientos de la normativa del Estado derivada de engaños o falseamiento de datos<sup>102</sup>, fraude<sup>103</sup>, y soborno

<sup>97</sup> *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. V. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation*, ICSID Case n° ARB/10/11, Decision on Jurisdiction of 19 August 2013, paras. 476-485. El tribunal arbitral decidió, sin embargo, no aplicar la noción al caso por no reunir los requisitos establecidos por el tribunal arbitral del asunto *Guyana v. Suriname* (vid. sección 4, nota 157). Existen alegaciones previas de las partes sobre la doctrina en dos sentencias, aunque el tribunal no las considera: *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15, Award, 1 June 2009, para. 163; *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case n° ARB/07/24, Award 18 June 2010, para. 317.

<sup>98</sup> *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case n° AA 226, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case n° AA 227, *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case n° AA 228, Final Awards (joint cases) of 18 July 2014.

<sup>99</sup> La selección de casos del estudio procede de la búsqueda del término *clean hands* en la base de datos [www.italaw.com](http://www.italaw.com). La consulta devuelve 21 sentencias y dos decisiones en recursos de anulación, que se extienden al período 2009-2022. Para nuestro estudio se han sumado a las mismas varias decisiones sobre jurisdicción, y doce sentencias previas que abordan el problema sin recurrir al término *clean hands* en el período 2001-2009.

<sup>100</sup> *Salini Costruttori S. p. A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case n° ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001, para. 46.

<sup>101</sup> MOLOO, R., «A Comment on the Clean Hands Doctrine in International Law», *Transnational Dispute Management*, vol. 8, issue 1, 2011, p. 2 y pp. 6-10; DUMBERRY, P. & DUMAS-AUBIN, G., «The Doctrine of ‘Clean Hands’ and the inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law», *Transnational Dispute Management*, vol. 10, issue 1, 2013, pp. 3-7; DUMBERRY, P., «State of Confusion: The Doctrine of Clean Hands in Investment Arbitration after, the Yukos Award», *World Investment & Trade*, vol. 17, n° 2, 2016, p. 234.

<sup>102</sup> *Fraport AG Frankfurt Airport Serv. Worldwide v. Republic of the Philippines*, ICSID Case n° ARB/03/25, award 16 August 2007, paras. 397-404.

<sup>103</sup> *Inceysa Vallisoletana S.I. v. El Salvador*, ICSID Case n° ARB/03/26, laudo de 2 de agosto de 2006, paras. 248-252; *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case n° ARB/05/16, Award of 29 July 2008, paras. 235 y 310.

y corrupción<sup>104</sup>. Existen además supuestos de acuerdos con una cláusula que prohíbe específicamente la corrupción<sup>105</sup>. Como se afirma en el asunto *Inceysa*,

«De este modo, la inclusión de la cláusula “conforme a la legislación» en los acuerdos de protección recíproca de inversiones obedece a políticas públicas internacionales tendientes a sancionar actos ilícitos y sus efectos consecuentes»<sup>106</sup>.

Con posterioridad a *Salini*, algunos tribunales arbitrales han afirmado la obligación del inversor de respetar el derecho nacional, incluso en ausencia de una cláusula expresa, entendiendo que la obligación de respetar el derecho nacional «*is implicit even when not expressly stated in the relevant BIT*»<sup>107</sup>. Se produce así una extensión de la aplicación de la doctrina *clean hands* en el ámbito de las inversiones, en tanto que principio general del derecho nacional e internacional, derivado de la buena fe, excepto cuando el derecho aplicable excluya o limite expresamente los efectos de una alegación *clean hands*<sup>108</sup>.

En ese desarrollo expansivo, la aplicación del concepto de conducta correcta del reclamante ha sido replicada en relación con un tratado multilateral específico, la Carta de la Energía (ECT). Si bien la Carta no contiene una disposición de sumisión al derecho nacional, un tribunal arbitral sostuvo en el caso *Plama* en 2008 que las inversiones contrarias al Derecho búlga-

<sup>104</sup> *World Duty Free Company Limited v. Kenya*, ICSID Case n° ARB(AF)/00/7, Award 4 October 2006, para. 157. Examina la cuestión de forma breve MOLOO, R., *op. cit.* 2011, pp. 7-8; *Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/12/1, Decision on Jurisdiction and Liability, 10 November 2017, paras. 677 y 687; *Krederi Ltd. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/14/17, Award, 2 July 2018, paras. 371-394.

<sup>105</sup> CARBAJAL VALENZUELA, C. y MENDOZA NEYRA, Y., «El arbitraje internacional de inversiones y la lucha internacional contra la corrupción», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 86, 2021, pp. 107-142.

<sup>106</sup> *Inceysa*, ICSID 2006, para. 247.

<sup>107</sup> *Phoenix Action, Ltd. V. Czech Republic*, ICSID n° ARB/06/5, Award 15 April 2009, para. 101. Sin ser tan explícito, podemos encontrar el argumento en casos anteriores *Yaung Chi Oo Trading Pte. Ltd. v. Myanmar*, ASEAN Case n° ARB/01/01, Award 31 March 2003, para. 58; *Fraport*, ICSID 2007, para. 402; y posteriores, como en *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case n° ARB/07/24, Award 18 June 2010, para. 124; *SAUR International v. Argentina*, ICSID Case n° ARB/04/4, Decision on Jurisdiction and Liability 6 June 2012, para. 306; *Fraport AG Frankfurt Airport Serv. Worldwide v. Republic of the Philippines*, ICSID Case n° ARB/11/12, Award 10 December 2014, para. 328.

<sup>108</sup> *Lao Holdings N.V. v. Lao People's Democratic Republic*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/6, Award, 6 August 2019, paras. 144-149, en relación con los efectos limitados de la doctrina en el Derecho de Nueva York, al cual remite el arreglo entre las partes sobre el que versa el arbitraje.

ro quedaban fuera del amparo del tratado. Para ello razonó sobre la base de la interpretación teleológica, dado que una de las finalidades expresamente descritas en el Preámbulo de la Carta de la energía era reforzar la noción de Estado de derecho en el ámbito de la energía<sup>109</sup>. Fundándose en el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, consideró durante el examen de fondo que el demandante no podía alegar las protecciones de la Carta debido a su propia conducta, decidiendo que la reclamación era inadmisibile. En una decisión previa, había estimado que existía jurisdicción sobre el caso<sup>110</sup>. Esta aproximación a la Carta de la Energía se confirma tras el laudo en los asuntos acumulados *Yukos*<sup>111</sup> decididos en 2014 y otros posteriores<sup>112</sup>. Recientemente ha sido analizada la doctrina *clean hands* en relación con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, incluso en ausencia de alegación de parte<sup>113</sup>.

En sentido funcional, la cláusula inserta en los tratados bilaterales ha servido para que los tribunales arbitrales decidieran la inexistencia de jurisdicción, bajo el argumento de que la legalidad de la inversión es un requisito esencial para que la misma esté dentro de la protección del acuerdo de inversión<sup>114</sup>. Cuando no existe una cláusula expresa en los BIT, los tribunales arbitrales han interpretado que la conducta incorrecta del reclamante –al no respetar el derecho del Estado donde se produce la inversión– es una causa de inadmisibilidad del asunto, a pesar de que el tribunal tendría, en principio, jurisdicción. Consideramos que es una manifestación del principio *Kompetenz Kompetenz*. En ambos escenarios, la conducta (in)correcta se construye como una excepción procesal al servicio del demandado para enervar la acción<sup>115</sup>,

<sup>109</sup> *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*, ICSID Case n° ARB/03/24, award 27 August 2008, paras. 139-146.

<sup>110</sup> *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*, ICSID Case n° ARB/03/24, Decision on jurisdiction, 8 February 2005, paras. 126-130 y 229.

<sup>111</sup> *Yukos*, UNCITRAL, 2014, para. 1349-1356.

<sup>112</sup> *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/14/3, Final Award, 27 December 2016, paras. 272-276; *Festorino Invest Limited and others v Poland*, SCC Case No. V2018/098, Award, 20 June 2021, paras. 610-611, no considerando en ninguno de estos casos probada la alegación.

<sup>113</sup> *Resolute Forest Products Inc. v Government of Canada*, PCA Case No. 2016-13, Final Award, 25 July 2022, para. 760.

<sup>114</sup> Como en *Inceysa*, ICSID 2006, para. 248-252; *Fraport*, ICSID 2007; *Metal-Tech Ltd. v. Uzbekistan*, ICSID Case n° ARB/10/3, Award 4 October 2013, para. 389.

<sup>115</sup> MOLOO, R., *op. cit.* 2011, pp. 5 y 7. La diferencia entre el tratamiento procesal como cuestión de jurisdicción o de admisibilidad ha sido desarrollada, por ejemplo, en la opinión disidente del árbitro Keith Hight en el asunto *Waste Management, Inc. v. Mexico*, ICSID Case n° ARB(AF)/00/3, Award 30 April 2004, paras. 57-58.

hasta el punto de que en 2022 han sido rechazados por primera vez sendos recursos planteados por España en el marco de los contenciosos sobre cambio en la legislación de las energías renovables. España, previamente declarada responsable, alegó en sus solicitudes de anulación de los laudos la conducta incorrecta del inversor. La alegación fue rechazada por no haberse formulado tal argumento en los procedimientos de origen como cuestión de jurisdicción o competencia<sup>116</sup>. No obstante, los tribunales han afirmado que en ocasiones puede ser necesario entrar en el fondo del asunto para analizar si la conducta del demandante vulneraba o no la norma nacional y constituía, por tanto, una conducta (in)correcta<sup>117</sup>. Ello, en ciertos supuestos, llevó a casos en los que no se consideró probada la conducta incorrecta<sup>118</sup>.

En 2014, el tribunal arbitral que debía resolver la serie de casos acumulados *Yukos*<sup>119</sup> introdujo el examen de la aplicación temporal del requisito de la conducta correcta del reclamante<sup>120</sup>, distinguiendo entre la conducta incorrecta en el momento de realizar la inversión (fraude, sobornos, etc.) y la conducta incorrecta posterior a una inversión correctamente realizada. El tribunal arbitral asumió en *Yukos* el criterio previo de que la conducta incorrecta del reclamante al realizar la inversión determinaba la falta de jurisdicción del tribunal, por ser una inversión al margen del tratado, cuando existía la cláusula «conforme a la legislación nacional», o la inadmisibilidad del asunto, en los demás casos. Sin embargo, en el segundo supuesto, la conducta incorrecta durante la vida de la inversión (impago de impuestos y/o evasión fiscal, en el caso<sup>121</sup>), el tribunal esti-

<sup>116</sup> *NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/11, Decision on annulment, 18 March 2022, paras. 54, 196-215 & 280-298; *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/12, Decision on annulment, 10 June 2022, paras. 94, 108-125, 260-26, 313-322 & 425-442. Puede verse un comentario muy reciente en PASCUAL-VIVES, F. y ARAGONÉS-MOLINA, L., «Crónica de Derecho Internacional Público: La doctrina de las manos limpias como causa de anulación del laudo: ¿Un último recurso para España? (InfraRed c. España y NextEra c. España)», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2022, pp. 34-39 (<https://doi.org/10.17103/reei.44.13>).

<sup>117</sup> *Fraport*, ICSID 2007; *Phoenix Action*, ICSID 2009, paras. 102-104; *GPF GP S.à.r.l v. Republic of Poland*, SCC Case No. V 2014/168, Award, 29 April 2020, paras. 386-387.

<sup>118</sup> *Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic*, PCA, UNCITRAL, Partial Award of 17 March 2006, paras. 217-221; *Rumeli*, ICSID 2008, para. 331.

<sup>119</sup> *Yukos*, PCA 2014.

<sup>120</sup> BJORKLUND, A. K. & VANHONNAEKER, L., «Yukos: The Clean hands Doctrine Revisited», *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2015, pp. 377-384; DUMBERRY, P., *op. cit.*, 2016, p. 237.

<sup>121</sup> La compañía recurrió en paralelo al TEDH argumentando una violación del art. 6 CEDH (garantías procesales) y el artículo 1 del Protocolo Adicional (derecho de propiedad), obteniendo una sentencia condenatoria de Rusia. Posteriormente, ante la inejecución del fallo, la compañía

mó que la conducta incidía en el cálculo de la reparación a título de *contributory fault*, tal y como prevé el art. 39 de los artículos de responsabilidad aprobados en 2001 por la CDI, citando expresamente el artículo, aunque sustituyendo el concepto final adoptado por la CDI –*contribution to the injury*– por el utilizado previamente por Arangio-Ruiz –*contributory fault*–. El tribunal arbitral distinguió el concepto de *contributory fault* de la obligación de los Estados de reducir el daño (discutida en la CDI en los trabajos de responsabilidad por hecho ilícito, sin conclusión específica), y de la conducta incorrecta del reclamante que no estuviera relacionada con el hecho ilícito del Estado<sup>122</sup>. Además, el vínculo entre la conducta incorrecta del particular y el daño o perjuicio sufrido debía superar un umbral mínimo, definido como «*material and significant*», quedando su apreciación al amplio margen de discrecionalidad del Tribunal<sup>123</sup>, aplicación del principio de proporcionalidad, según la doctrina<sup>124</sup>. Con posterioridad a este laudo, ha habido algún caso en el que la conducta posterior al establecimiento de la inversión ha sido en cambio considerada como causa de inadmisión de la demanda de arbitraje, y no como contribución al daño (en la ponderación de la reparación)<sup>125</sup>, subrayando sin embargo la necesidad de una conducta suficientemente grave y conectada con la reclamación<sup>126</sup>.

Las discusiones sobre la naturaleza de la regla de la conducta correcta, si bien no están presentes en todos los casos, se suscitan en algunos de ellos<sup>127</sup>.

---

solicitó del TEDH que fijara la indemnización debida y a quién debía indemnizarse, dado que las autoridades habían disuelto la compañía matriz. En esta sentencia sobre el art. 41 CEDH, el TEDH hace referencia a los procedimientos abiertos ante las jurisdicciones arbitrales, pendientes en ese momento de decisión (en realidad decididos unos días antes, aunque no públicos), *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, no. 14902/04, Judgement (Just Satisfaction), § 43-44, 31.07.2014, ECLI:CE:ÉCHR:2014:0731JUD001490204.

<sup>122</sup> *Yukos*, UNCITRAL, 2014, paras. 1594-1600.

<sup>123</sup> *Yukos*, UNCITRAL, 2014, para. 1600: «*The contribution must be material and significant. In this regard, the Tribunal has a wide margin of discretion in apportioning fault*».

<sup>124</sup> KALDUŃSKI, M., *op. cit.* 2015, p. 95. DUMBERRY considera que deben calificarse como *clean hands* sólo los actos que determinan la falta de jurisdicción o admisibilidad de una demanda arbitral. Este autor rechaza que la contribución al daño durante la vida de la inversión sea manifestación de la doctrina *clean hands*, en DUMBERRY, P., *op. cit.*, 2016, pp. 242-245.

<sup>125</sup> *Hesbam Talaat M. Al-Warraq v. Indonesia*, Arbitration under the Agreement on Promotion, Protection and Guarantee of Investments among Member States of the Organization of the Islamic Conference, Final Award 15 December 2014, paras. 646-648.

<sup>126</sup> *Bank Mellat Iran and Bank Saderat Iran v Babrain*, PCA Case No. 2017-25, Award, 9 November 2021, paras. 360-376.

<sup>127</sup> En *Niko* se valora tanto su posible naturaleza de principio general del derecho interno en los sistemas anglosajones, el informe de Crawford en el que rechaza su naturaleza consuetudinaria (limitando la cita y no refiriéndose a la consideración de la regla en el ámbito de la protección



Las consideraciones varían desde la naturaleza de principio general del derecho en los sistemas anglosajones<sup>128</sup> y, de manera extrapolable, como principio general del Derecho internacional<sup>129</sup>, las escasas referencias a una posible norma consuetudinaria<sup>130</sup>, la asunción de su existencia sin cuestionamiento<sup>131</sup> y el rechazo en algunos laudos a la existencia de una norma general relativa a la conducta correcta del reclamante, fuera de una concreta disposición convencional<sup>132</sup>.

Paradójicamente, algunos autores especializados en este sector, consideran que la doctrina *clean hands* podría ser una vía para inducir el respeto de las obligaciones en materia de derechos humanos a los inversores en el marco del arbitraje de inversiones. Con ello no pretenden afirmar que exista una obligación de los inversores (personas o empresas) en relación con obligaciones internacionales (del Estado o autónomas de los inversores) en materia de derechos humanos. La propuesta limita la exigibilidad de conducta a las empresas a aquellas normas de derechos humanos que se consideren derecho interno en el Estado donde se produce la inversión<sup>133</sup>.

Los inconvenientes de la propuesta, así concebida, son claros pues el alcance de las obligaciones del inversor depende del Derecho del Estado en el que se realiza la inversión (y no del Estado de nacionalidad del inversor o de

---

diplomática), la discusión del principio en el asunto *Guyana v. Suriname* en relación con la escasez de casos de aplicación (CPA, 2007) y la opinión separada del Juez Schwebel en el asunto *Nicaragua* (CIJ 1986), y su posible naturaleza como principio general del derecho internacional, *Niko*, ICSID 2013, paras. 476-478

<sup>128</sup> KALDUŃSKI, M., *op. cit.* 2015, p.70.

<sup>129</sup> *Hamster*, ICSID 2010, para. 124.

<sup>130</sup> *Niko*, ICSID 2013, paras. 436, notas 287-289, cita como doctrina pertinente en relación con los actos de corrupción como manifestación de una doctrina *clean hands* como principio general del derecho a CREMADES, B. M., «Corruption and Investment Arbitration», en *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, Asken et al. (eds), ICC, 2005, pp. 203, 205 y 208; y CHENG, B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London, Stevens & Sons Ltd, 1953, pp. 149-158. Ese mismo asunto, en para. 478, nota 320, en un análisis general de la doctrina *clean hands* contrapone el rechazo de Crawford a su carácter normativo a las posiciones expresadas por DUMBERRY & DUMAS-AUBIN, *op. cit.* 2013, p. 3, y a KREINDLER, R., «Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine», en *Between East and West: Essays in honour of Ulf Franke*, Höber et al. (eds.), Iuris, 2010, p. 317.

<sup>131</sup> *Bank Mellat Iran and Bank Saderat Iran*, PCA 2021, paras 375.

<sup>132</sup> *South American Silver Limited v. Bolivia*, PCA Case No. 2013-15, Award, 22 November 2018, paras. 348-438, alegaciones de las partes frente a las cuales el tribunal rechaza la existencia de la norma en paras. 439-453.

<sup>133</sup> DUMBERRY & DUMAS-AUBIN, *op. cit.* 2013, pp. 7-10; KALDUŃSKI, M., *op. cit.* 2015, pp. 97-99.

un conjunto de obligaciones propias y universales en materia de inversiones), en un doble sentido. De un lado, la obligación de las empresas extranjeras de respetar los derechos humanos dependería del volumen de tratados internacionales ratificados por el Estado que acoge la inversión; en segundo lugar, la exigibilidad de las obligaciones derivadas de tales tratados dependería de su sistema interno de incorporación, rango y eventual eficacia directa del derecho internacional (especialmente en relación con sistemas dualistas, en los que no bastaría la ratificación de tratados de protección de derechos humanos), dado que se aplican en tanto que «vulneración de la cláusula de conformidad con el derecho interno». Finalmente, la eficacia de la propuesta requiere aceptar que el principio de conducta correcta del inversor rige no sólo en el momento de creación de la inversión, sino a lo largo de la vida de la misma. Conforme a la decisión arbitral en el asunto *Yukos*, luego cuestionada en *Al-Warraq*, las conductas posteriores a la inversión (como la «explotación» de mano de obra contraria a derechos humanos) tendrían impacto en la ponderación de la reparación y no en la admisibilidad de la reclamación<sup>134</sup>.

En todo caso, este esfuerzo por construir una protección de los derechos humanos en relación con los inversores a partir de la aplicación de la doctrina *clean hands* nos lleva a plantear el supuesto opuesto: ¿tiene la conducta incorrecta de una eventual víctima de violación de derechos humanos algún valor en relación con la reclamación que formula frente al Estado en cuya jurisdicción se encontraba en el momento de la presunta vulneración?

### III.2. *La dispar jurisprudencia del TEDH o del uso sesgado de la doctrina*

Los sistemas de protección de derechos humanos que otorgan subjetividad al individuo superan la protección diplomática clásica en un doble sentido, sin que sea incompatible la protección de los mismos por la vía interestatal<sup>135</sup>.

<sup>134</sup> Es el único caso en el que, por ejemplo, DUMBERRY acepta que las ilegalidades cometidas por el inversor durante la vida de la inversión se examinen como causa de inadmisibilidad y no como contribución al daño (y, por tanto, en la determinación de la reparación), conforme al asunto *Yukos*, en DUMBERRY, P., *op. cit.*, 2016, p. 245

<sup>135</sup> TORROJA MATEU, H., «La «protección diplomática» de los «derechos humanos» de los nacionales en el extranjero: ¿situaciones jurídicas subjetivas en tensión?», *REDI*, vol. 58/1, 2006, pp. 220-222; VERMEER-KÜNZLI, A. M., *The protection of individuals by means of diplomatic protection: diplomatic protection as a human rights instrument*, Doctoral Thesis 2007, Universiteit Leiden, retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/12538>.

En primer lugar, el individuo no depende de la actuación discrecional del Estado de su nacionalidad para proteger sus derechos cuando se encuentra bajo la jurisdicción de un tercer Estado<sup>136</sup>. En segundo lugar, puede exigir responsabilidad incluso al Estado de su nacionalidad por la violación de los derechos mientras se encuentra bajo la jurisdicción del mismo<sup>137</sup>.

Como ha afirmado parte de la doctrina, los sistemas de protección de derechos humanos tratan de blindar al individuo frente a la conducta, a veces reactiva, del Estado en el que se encuentra<sup>138</sup> y frente a la ausencia de obligación de protección del Estado cuya nacionalidad ostentan, que puede recurrir a la conducta incorrecta como criterio de contexto o razón para no ejercerla. La noción de que la viabilidad de la protección de los derechos humanos dependa del propio comportamiento del titular de los derechos ha sido doctrinalmente repudiada<sup>139</sup>, y puede sustentarse sobre el propio rechazo de la doctrina *clean hands* como condición del ejercicio de la protección diplomática que Dugard promoviera.

En el marco del sistema interamericano de protección de derechos humanos, la Comisión ha manifestado de forma explícita su rechazo a la doctrina *clean hands*<sup>140</sup>. De forma implícita, la Corte Interamericana ha rechazado la doctrina *clean hands* al decidir sobre reparaciones<sup>141</sup>. En cambio, en tiempos recientes se ha consolidado una línea jurisprudencial del TEDH.

<sup>136</sup> El relator Dugard propuso un artículo *–de lege ferenda–* para establecer el carácter obligatorio del ejercicio de la protección diplomática por el Estado dentro de ciertos parámetros. Fue rechazado, como explica en DUGARD, *op. cit.*, 2005, pp. 80-91.

<sup>137</sup> ANDRÉS SAÉNZ DE SANTAMARÍA, P., *op. cit.* 2020, p. 297.

<sup>138</sup> LAPLANTE, L., «The Law of Remedies and the Clean Hands Doctrine: Exclusionary Reparation Policies in Peru’s Political Transition», *American University International Law Review*, 2007, vol. 52, pp.64-68.

<sup>139</sup> FLAUSS, J-F., «Protection Diplomatique et Protection Internationale des Droits de l’Homme», *Swiss Review of International and European Law*, 2003, p. 16.

<sup>140</sup> IACHR, *Martorell v. Chile*, Caso 11.230, Informe No. 11/96, 3 de mayo de 1996. En el caso se alega que el Sr. Martorell no podía verse protegido por los órganos del sistema por su propia conducta incorrecta (publicación de una obra difamatoria). En la nota 6 del informe se describe la posición de la Comisión interamericana en las audiencias sobre excepciones preliminares en el caso *Fairén-Garbi v. Honduras*, respondiendo a la pregunta directa formulada por el Jue Rigoberdo Espinal sobre si existe alguna posible relación entre la violación de derechos humanos y la doctrina *clean hands*.

<sup>141</sup> La Corte Interamericana ha acordado reparaciones incluidas las morales sin distinción respecto de que el demandante fuera o no un delincuente, terrorista, guerrillero, a pesar de las alegaciones de los Estados demandados. Véanse, por ejemplo, *Neira Alegria v. Perú*, n° 29, Sentencia de 19 de septiembre de 1996 (Reparaciones y Costas); *Castillo Páez v. Perú*, n° 43, Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones y Costas); *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, n° 91, Sentencia de 22 de febrero

Gran parte de la jurisprudencia del TEDH –y de cualquier órgano de protección de derechos humanos– tiene como presupuesto de hecho una conducta incorrecta y/o ilícita del reclamante en el ámbito interno, la cual da lugar a una acción (u omisión) del Estado reclamado que potencialmente vulnera los derechos del particular. Así, el ya citado asunto *Yukos* llegó igualmente al TEDH para determinar si el procedimiento sancionador seguido contra la empresa por la «ingeniería» y evasión fiscal había sido procesalmente correcto<sup>142</sup>.

En principio, debemos entender que no toda conducta del particular que provoca una respuesta estatal debe ser estudiada como conducta (in)correcta del reclamante en el sentido de la doctrina *clean hands*. Una detención de una persona que conduce sin carnet, una evasión fiscal objeto de un procedimiento sancionador... un incumplimiento de la normativa migratoria, no debieran en sí mismas y a priori calificarse como «conducta incorrecta del reclamante» en el sentido de la doctrina *clean hands* para descartar el control de la conducta del Estado cuando detiene al conductor, sanciona el fraude fiscal... o tramita la expulsión del extranjero. Aquellas conductas son el presupuesto de hecho generador de estas respuestas estatales, objeto de examen y control por el TEDH desde la perspectiva del respeto de los derechos del particular. Este artículo no pretende agotar el tema, y por ello no afronta la titánica labor de examinar con carácter general las condiciones en las que las alegaciones del Estado y/o argumentos del TEDH parten de la noción de conducta del reclamante (*own conduct*), sin calificarla específicamente como *culpable conduct* o relacionarla con la doctrina *clean hands*<sup>143</sup>. En consecuencia, para acotar esta parte del estudio, la delimitación de la jurisprudencia del TEDH se ha realizado a partir de los resultados exhaustivos de búsqueda de sentencias y decisiones bajo los términos *clean hands*<sup>144</sup> y *culpable*

---

de 2002 (Reparaciones y Costas), entre otras referencias. Sin embargo, sostiene una posición crítica respecto de la aplicación de la doctrina *clean hands* a las indemnizaciones CONSTANTINO, R., «¿Manos limpias y corazón puro?: La aplicación de la doctrina de manos limpias por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Estudios de derecho*, vol. 79, n.º 173, 2022, pp. 15-18 y 21-32.

<sup>142</sup> *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, no. 14902/04. El asunto dio lugar a dos sentencias, una sobre el fondo, ECHR 20.9.2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0920JUD001490204, y otra sobre reparación ECHR 31.7.2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0731JUD001490204.

<sup>143</sup> La búsqueda en HUDOC de sentencias y decisiones en las que se utiliza el término *own conduct* ofrece a 15 de febrero de 2022, 644 resultados en inglés. Este volumen de jurisprudencia requiere de una metodología específica, cuyos resultados bien pueden ser objeto de otro estudio monográfico sobre el TEDH.

<sup>144</sup> La búsqueda del término *clean hands* en HUDOC, incluyendo sentencias y decisiones en inglés y francés, arroja a 15 de febrero de 2023, 16 resultados. De ellos, tan sólo siete se refieren al concepto en relación con este estudio.

*conduct*<sup>145</sup>, sumando a estos dos casos anteriores y uno posterior conectados por referencia expresa del TEDH, como luego referiremos.

De un total de sesenta y cuatro casos, producto de la búsqueda descrita, han resultado pertinentes para nuestro análisis veintiún casos, habiendo descartado los asuntos en los que los términos se utilizan en referencia exclusivamente a normativa o procesos de derecho interno, y no se formulan como alegaciones o argumentos en el proceso ante el TEDH<sup>146</sup>. Se han excluido igualmente del estudio los dos únicos supuestos en los que la alegación *clean hands* o *culpable conduct* se refiere al Estado demandado<sup>147</sup>. La práctica habitual del TEDH es recoger tales asuntos de conducta incorrecta del Estado demandado con el término diferenciado de *wrongful conduct*, y no *culpable conduct* ni *clean hands*<sup>148</sup>.

Para presentar las líneas del TEDH nos valdremos de la triple aproximación funcional de la doctrina, como causa de inadmisión, como circunstancia de exclusión de la ilicitud de la conducta del demandado o como criterio ponderador de la reparación. De los veintiún asuntos pertinentes para el estu-

<sup>145</sup> La búsqueda del término *culpable conduct* en HUDOC, incluyendo sentencias y decisiones en inglés y francés, arroja, a 15 de febrero de 2023, 45 resultados de los cuales once invocan específicamente al objeto de este estudio.

<sup>146</sup> En relación con el término *clean hands*, ocho asuntos no son pertinentes por mencionar *clean hands* en referencia a otras cuestiones como el sindicato «Manos limpias» (España) o la operación «Mani pulite» (Italia). Respecto del término *culpable conduct*, 33 asuntos utilizan el término en relación con los hechos o normas en el Derecho interno y procedimientos nacionales previos a la demanda ante el TEDH.

<sup>147</sup> En el primer grupo (asuntos que incluyen el término *clean hands*), en su opinión separada en el asunto *Chapman*, el Juez Bonello consideró que el Estado, que había incumplido una obligación legal (*Caravan Sites Act* de 1968) de proveer alojamiento adecuado a los gitanos en su área o cercana a ella, no podía alegar que su decisión de desalojo era una restricción de los derechos de la demandante «conforme a la ley». En concreto afirmó que: «*a public authority which is in breach of its legal obligations should not be allowed to plead that it is acting «in accordance with the law».* *The classic constitutional doctrine of «clean hands» precludes those who are in prior contravention of the law from claiming the law’s protection», Chapman v. The United Kingdom*, no. 27238/95, Separate opinion of Judge Bonello § 5, ECHR [GC] 18.1.2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0118JUD002723895. La Comisión había emitido un informe el 4 de marzo de 1998 en el que, como posteriormente la Gran Sala, consideró que no existía violación. En el segundo grupo (asuntos relativos al término *culpable conduct*).

En el segundo grupo, asuntos relativos a *culpable conduct*, el demandado alega la conducta incorrecta, culpable en el texto inglés, del Estado por no poner en práctica una orden de medidas provisionales del Tribunal. En la sentencia, el TEDH considera que el Estado cumplió con la medida en cuanto fue notificada correctamente y localizado el afectado, por lo que no había «*indication of any bad faith or culpable conduct on the part of the Finnish Government*», en *A.N.H. against Finland*, no. 70773/11, § 27, ECHR 12.2.2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0212DEC007077311.

<sup>148</sup> La búsqueda en HUDOC del mismo aporta 44 sentencias y 20 decisiones (lengua inglesa solo).

dio, tres son relevantes para el examen de la doctrina *clean hands* como causa de inadmisión, diecisiete como causa de exclusión de la ilicitud (de las cuales catorce en relación con el art. 4 P4, que prohíbe las expulsiones colectivas), siendo el asunto restante pertinente para el examen del impacto de la doctrina *clean hands* en la reparación.

### III.2.1. La inadmisión como respuesta a la conducta incorrecta

El TEDH no cuenta con jurisprudencia sobre la aplicación de la doctrina *clean hands* como causa de inadmisibilidad. Sin embargo, ha sido residualmente invocada por algún Estado como mecanismo de defensa en fase de admisibilidad, siendo acogida tan sólo en opiniones separadas.

El primer caso es el asunto *Van Der Tang v. Spain*. En concreto, España alegó la conducta incorrecta del reclamante (la fuga del demandante en violación de las condiciones de la libertad provisional) como causa de inadmisión de la demanda con referencia al adagio *ex delicto non oritur actio* o también al brocardo *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. El TEDH rechazó este tipo de alegación en su sentencia en 1995<sup>149</sup>. No obstante, el juez Morenilla mantuvo en su opinión separada que la conducta incorrecta del reclamante alteraba sustancialmente su posición procesal. Sin embargo, consideró innecesario acudir a la doctrina de las manos limpias, por su dudoso estatus en Derecho internacional y por cuanto que la reclamación en virtud del CEDH está lejos del modelo de responsabilidad interestatal y de protección diplomática respecto de la que la doctrina *clean hands* era alegada habitualmente. Además, sostuvo que la conducta incorrecta alegada no tenía conexión con la violación por la que reclamaba<sup>150</sup>.

<sup>149</sup> *Van Der Tang v. Spain*, no. 19382/92, § 49 (alegación del Estado) y § 53 (cita del tribunal, énfasis añadido) ECHR 13.7.1995, ECLI:CE:ECHR:1995:0713JUD001938292.

<sup>150</sup> *Van Der Tang v. Spain*, Separate opinion of Judge Morenilla, para. 6: «*This new ground for the inadmissibility of an application already accepted and declared admissible by the Commission makes it unnecessary to consider the question of the application to this case of the doctrine borrowed from equity and relied on by the Spanish Government («a man must come into a court of equity with clean hands»), which is moreover a very controversial one in international law (Jean J.A. Salmon, «Des mains propres comme condition de recevabilité des réclamations internationales», Annuaire français de droit international, vol. X, 1964, pp. 225 et seq.; C. Rousseau, Droit international public, Sirey, Paris, 1983, vol. V, pp. 171-72; M. Díez de Velasco, Instituciones de Derecho Internacional Público, Tecnos, Madrid, 1983, vol. I, pp. 395-96). Furthermore, human rights proceedings do not belong to the class of international disputes concerning the diplomatic protection of nationals prejudiced by acts contrary to international law which are ascribed to another State, and the applicant's unlawful conduct in the instant case did not give rise to the violation he complained of or contribute to bringing it about.*».

Más recientemente el Juez Seghides ha sostenido tajantemente en sus opiniones disidentes en los asuntos *Güzelyurtlu and Others* (2017)<sup>151</sup> y *Khachatryan and Konovalova* (2021) que aquel que no respeta las normas del Estado (en el caso más reciente, la necesidad de presentar un certificado médico para la renovación y transformación de un permiso de residencia temporal en permanente) no puede solicitar la protección del convenio<sup>152</sup>.

En consecuencia, no puede afirmarse que exista una práctica frecuente como alegación del Estado, menos aún una línea jurisprudencial, que acoja esta función de la doctrina *clean hands* en el sistema del CEDH.

### III.2.2. La doctrina *clean hands* como justificación y protección del Estado

Paradójicamente, la jurisprudencia del TEDH ha recogido en las dos últimas décadas referencias a la conducta (in)correcta del reclamante como causa que enerva la responsabilidad al Estado por su conducta, aunque sin elaborar técnicamente la doctrina *clean hands*. Los asuntos son pocos, no obstante, muy significativos.

Los primeros casos de aplicación de la doctrina *clean hands* no contienen mención expresa a la misma: se convierten, sin embargo, en referencia posterior constante de una línea argumental precisa que excluye la violación del art. 4 P4, el cual prohíbe las expulsiones colectivas de inmigrantes, cuando se da un supuesto de *culpable conduct* del demandante como expresión de la doctrina *clean hands*. Aunque se trata de sendas decisiones de inadmisión por considerar las demandas «*manifestly ill-founded*» en el sentido del artículo 35.3.a CEDH, no hemos situado su examen en el apartado anterior porque el razonamiento utilizado no aborda el derecho a reclamar –admisibilidad en sentido procesal estricto conforme a la propuesta funcional avanzada en el apartado 2.3 del trabajo–. El TEDH analiza la incidencia de la conducta del demandante para concluir que no existe violación manifiesta por parte del Estado (art. 35

---

<sup>151</sup> *Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey*, no. 36925/07, Partly Dissenting Opinion of Judge Serghides §53, ECHR 4.4.2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0404JUD003692507.

<sup>152</sup> *Khachatryan and Konovalova v. Russia*, no. 28895/14, Partly Dissenting Opinion of Judge Serghides §7, ECHR 13.7.2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0713JUD002889514: «*Relevant in this respect are the equitable principles ex turpi causa non oritur actio (no action arises out of a wrongful consideration) and nemo auditur propriam turpitudinem allegans (no one can be heard whose claim is based on his own wrongdoing). An applicant who comes to court must come with clean hands in order to seek justice and cannot be heard if relying on his or her own wrongdoing*». Cfr. la argumentación del tribunal en §§ 23-29 de la sentencia.

CEDH). Este criterio de rechazo en fase de admisibilidad se realiza sobre la base de un análisis de fondo del asunto<sup>153</sup>.

En el asunto *Berisha and Haljiti v. «the Former Republic of Macedonia»*, el TEDH rechazó en 2005 la alegación de «expulsión colectiva» de las dos reclamantes porque fue la propia conducta de las reclamantes la que generó una respuesta única del Estado: habían llegado juntas, habían solicitado asilo en una solicitud conjunta, sobre las mismas bases y hechos, aportando la misma prueba y planteando un único recurso de apelación conjunto frente a la decisión de expulsión<sup>154</sup>. Por todo ello, en esta decisión el TEDH consideró que el Estado no había realizado una expulsión colectiva, al valorar individualmente las circunstancias de cada demandante, siendo el hecho de que se notificara en un solo escrito consecuencia de la actuación de las reclamantes. Posteriormente, y de forma similar, en 2011 en el asunto *Dritsas contre l'Italie* los demandantes, nacionales griegos desplazados a Italia con motivo de la cumbre del G-8 en 2001, alegaban entre otras violaciones la expulsión colectiva de extranjeros sin una decisión individual (art. 4 P4). El TEDH consideró probado que los demandantes se habían negado a acreditar su identidad cuando las fuerzas del orden se lo requirieron a los efectos de dictar las órdenes de expulsión. El TEDH consideró, por ello, que la inexistencia de una orden de expulsión individual no podía «en ningún caso atribuirse al Estado» como ilícito<sup>155</sup>.

Este argumento –que la conducta incorrecta del reclamante excluía la violación del art. 4 P4– había sido invocado expresamente por Bélgica como manifestación de la doctrina *clean hands* en el asunto *Čonka en 2002*, sin que el TEDH lo acogiera ni directa ni indirectamente<sup>156</sup>. Sin embargo, el TEDH hace

---

<sup>153</sup> Es una práctica frecuente basada en la economía procesal, resolviendo mediante decisión –y no sentencia–, por tanto, no revisable por remisión del asunto a la Gran Sala conforme al artículo 43, que sólo permite este recurso frente a sentencias de sala. Sin embargo, es criticable a nuestro entender por cuanto que este tipo de decisiones han contribuido a forjar criterios jurisprudenciales en temas relevantes como este que nos ocupa o como el desarrollo de las condiciones de aplicación del concepto de «discurso de odio».

<sup>154</sup> *Dzavit Berisha and Baljic Haljiti v. «the Former Republic of Macedonia»*, no. 18670/03, § 2, ECHR (dec.) 17.6.2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0616DEC001867003.

<sup>155</sup> *Theodoros Dritsas contre l'Italie*, no. 2344/02, § 7 ECHR (déc.) 1.2.2011, ECLI:CE:CHR:2012:0223JUD002776509: «Dans ces circonstances, force est de constater que l'absence de toute décision individuelle d'éloignement à l'encontre des requérants ne peut en aucun cas être mise à la charge du gouvernement défendeur. Cette partie de la requête doit donc être rejetée pour défaut manifeste de fondement, au sens de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention».

<sup>156</sup> *Čonka v. Belgium*, no. 51564/99, §37 (alegación del Estado) y § 41 (posición del TEDH), ECHR 5.2.2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0205JUD005156499.



suya la alegación a partir de 2012 en la sentencia de Gran Sala en el asunto *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, aunque evita mencionar la doctrina *clean hands* expresamente. Introduce en cambio el término *culpable conduct*, que hasta entonces sólo había sido utilizado en relación con el juicio *in absentia*<sup>157</sup>. Así, en 2012 construye sobre el concepto de *clean hands* alegado por Bélgica en *Čonka* (2002) un argumento formal de referencia para el examen de las reclamaciones relativas a la existencia de una «expulsión colectiva» con mención expresa de la noción de conducta culpable. El tenor del argumento es desde 2012:

«Lastly, the Court has ruled that there is no violation of Article 4 of Protocol No. 4 if the lack of an expulsion decision made on an individual basis is the consequence of the applicants' own culpable conduct»<sup>158</sup>.

En esta sentencia de Gran Sala y a partir de ella, el TEDH emplea este argumento como «principio general» del análisis del art. 4 P4 en varios casos, sin llegar no obstante a aplicarlo por no darse las circunstancias de hecho. Así ocurre en *Hirsi Jamaa*, en los asuntos *M.A. v. Cyprus* (2013) y *Kblaifia and others v. Italy* (2015 y GS 2016) y en la sentencia de sala del asunto *N.D. y N.T. v. Spain* (2019)<sup>159</sup>.

La primera sentencia aplicando esta línea argumental construida sobre el argumento belga en *Čonka* (2002), las decisiones de inadmisión vistas (2005 y 2011) conforme a la formulación en *Hirsi Jamaa* de Gran Sala (2012) resulta ser nada menos que la sentencia de Gran Sala en el asunto *N.D. y N.T. v. Spain* (2020).

En ella, el TEDH sostuvo por primera vez que la naturaleza ilegal del intento de entrada por el reclamante excluía una eventual ilicitud de la conducta estatal de expulsión colectiva, sin examen individual. El TEDH nunca había antes cuestionado la vigencia y aplicación de la prohibición de las expulsiones colectivas a los inmigrantes ilegales, una vez estos están bajo la jurisdicción

---

<sup>157</sup> Véase infra, al final de esta sección.

<sup>158</sup> *Hirsi Jamaa and others*, § 184 ECHR [GC] 23.2.2012 (énfasis añadido), citando las decisiones de admisibilidad en *Berisha and Haljiti y Dritsas and Others*.

<sup>159</sup> *M.A. v. Cyprus*, no. 41872/10, § 247, ECHR 23.7.2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0723JUD004187210; *Kblaifia and others v. Italy*, no. 16483/12, § 184, ECHR 1.9.2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0901JUD001648312; *Kblaifia and others v. Italy*, no. 16483/12, § 240, ECHR [GC] 15.12.2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1215JUD001648312; *N.D. and N.T. v. Spain*, nos. 8675/15 and 8697/15, §§ 102-108, ECHR 3.10.2017, ECLI:CE:ECHR:2017:1003JUD000867515.

del Estado<sup>160</sup>. En *N.D. y N.T. contra España*, la Gran Sala del TEDH consideró que los reclamantes estaban bajo la jurisdicción del Estado, y, por tanto, bajo el amparo del convenio<sup>161</sup>. Sin embargo, restringió la aplicación del derecho a no ser objeto de una expulsión colectiva en diversas circunstancias: en aquellos casos en los que se produce una entrada en grupo, con violencia y que dificulta el control y pone en peligro la seguridad pública<sup>162</sup>, y, con relación al principio de *non refoulement*, cuando el acceso se produce por puntos en los que no puede solicitarse el derecho de asilo conforme a la normativa nacional<sup>163</sup>. El TEDH hizo, así, desaparecer la protección de un derecho individual (frente a la expulsión colectiva) ante la concurrencia de una conducta colectiva (asalto tumultuario y violento), un interés público (dificultad de control y riesgo para la seguridad) y la regulación nacional sobre puntos de solicitud de asilo<sup>164</sup>.

La jurisprudencia posterior que se ha referido a la conducta culpable en el marco del art. 4 P4, citando el asunto de Gran Sala *N.D. y N.T.*, se ha movido entre el rechazo de jueces singulares y el intento del propio TEDH por reducir o limitar el alcance de la línea argumental tal y como se configura tras el asunto de 2020.

<sup>160</sup> *Khlaifia and others v. Italy*, no. 16483/12, Partly dissenting opinion of Judge Serghides §§ 55-60, ECHR [GC] 15.12.2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1215JUD001648312. El juez Serghides analizó los trabajos preparatorios, el texto literal y la interpretación sistemática del art. 4 P4 para afirmar que las expulsiones prohibidas incluyen las expulsiones colectivas de extranjeros en situación ilegal sea por carecer de residencia legal o por haber entrado ilegalmente en el territorio. Dicha posición individual se ve confirmada por la falta de discusión sobre el alcance de la protección del Protocolo en casos tan antiguos como *Conka v. Belgium* (no. 51564/99, ECHR 5/5/2002), en el que se examinaba la expulsión (colectiva o no) de inmigrantes en situación irregular tras haberseles denegado la solicitud de asilo, afirmando el TEDH la existencia de violación del art. 4 P4.

<sup>161</sup> *N.D. and N.T. v. Spain*, nos. 8675/15 and 8697/15, §§ 102-111, ECHR [GC] 13.2.2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0213JUD000867515.

<sup>162</sup> *N.D. and N.T. v. Spain*, [GC] § 200 y §§ 206-210.

<sup>163</sup> *N.D. and N.T. v. Spain*, [GC] § 201 y §§ 211-222. Cfr. LAMBERT, H., «Protection against refoulement from Europe: Human Rights come to rescue», *ICLQ*, 1999, vol. 48, p. 544, quien sostenía que la protección otorgada por el CEDH a los solicitantes de asilo es más amplia que la resultante de la Convención de 1951, por no estar la primera restringida por la aplicación de la doctrina *clean hands*.

<sup>164</sup> GONZÁLEZ VEGA, J., «¿Un difícil equilibrio? la sentencia TEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020, *N.D. y N.T. c. España*, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo», *RGDE*, vol. 52, 2020, pp. 14-16, aunque rechazamos su –aparente– valoración positiva del peso de la conducta (in)correcta del reclamante al excluir la violación del CEDH por España (en sus conclusiones, p. 23). No entramos a valorar los argumentos sustantivos del caso por no ser el objeto de este trabajo y existir ya literatura abundante. Cfr. SOSA NAVARRO, M., «Devoluciones en caliente a la luz de la doctrina de la conducta culpable: el asunto «*N.D. y N.T. contra España*» ante el TEDH», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 67, 2020, pp. 1051-1057.

Apenas un mes después de la sentencia de Gran Sala contra España, en el asunto *Asady* los jueces Lemmens, Keller y Schembri Orland plantearon si la conducta de los reclamantes debía excluir la ilicitud de la conducta del Estado, aplicando la doctrina del asunto *N.D. y N. T.*<sup>165</sup>. En su opinión separada estimaron que la decisión previa de la Gran Sala requería la concurrencia acumulativa de los tres elementos (entrada masiva y violenta, dificultad de control y riesgo para la seguridad pública y existencia de puntos y procedimientos de entrada legal). Con ello, trataron de reducir el impacto de la misma o minimizar los supuestos en que pudiera ser aplicable en el futuro. No obstante, resulta significativa su afirmación de que «*This position should not be taken as defiance of the Grand Chamber. On the contrary, it merely reflects the limited circumstances in which that judgment is applicable*». En una línea mucho más crítica aún se ha mostrado el Juez Pinto de Albuquerque en 2021<sup>166</sup>.

Por su parte, el propio TEDH ha intentado reducir el impacto de la jurisprudencia *N.D. y N. T.* haciendo una interpretación estricta del triple requisito de aplicación, exigiendo un umbral significativo de prueba al Estado de la disponibilidad de puntos de acceso legales donde reclamar protección internacional para eximir de la obligación de examen individualizado en expulsiones colectivas por accesos ilegales<sup>167</sup>. Por cuanto nos interesa en este trabajo, el

---

<sup>165</sup> *Asady and others v. Slovakia*, no. 24917/15, Joint Dissenting Opinion of Judges Lemmens, Keller and Schembri Orland, § 7 y §§ 15-25, ECHR 24.3.2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0324JUD002491715. Es significativo señalar que la sentencia declaró la inexistencia de violación del artículo 4 P4 (adoptada por cuatro votos, frente a los tres jueces disidentes citados) sin recurrir a valorar la conducta de los reclamantes. La opinión separada, en cambio, consideró que existía violación del art. 4 P4 quienes consideraban que el Estado había eventualmente violado el art. 4 P4, al considerar que los casos de los demandantes no habían sido objeto de un examen razonable y objetivo. En ese contexto, el análisis de la conducta de los reclamantes realizado confirma claramente su consideración de –eventual– causa de exclusión de la ilicitud de la conducta estatal.

<sup>166</sup> El Juez Pinto de Albuquerque aprovecha su extensa opinión parcialmente disidente en un asunto interestatal para formular una crítica profunda al razonamiento seguido por el TEDH en *N.D. y N.T.* en relación con el valor de la conducta culpable, en *Georgia v. Russia (II)*, no. 38263/08, Partly Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque, §17, ECHR [GC] 21.1.2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0121JUD003826308.

<sup>167</sup> *M.K. and Others v. Poland*, nos. 40503/17, 42902/17 and 43643/17, §§ 203 y 207, ECHR 23.7.2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0723JUD004050317; *M.H. and others v. Croatia*, nos. 15670/18 and 43115/18, §§ 295-304, ECHR 18.11.2021, ECLI:CE:ECHR:2021:1118JUD001567018. Véase HAKIKI, H. y RODRIK, D., «M.H. v. Croatia: Shedding Light on the Pushback Blind Spot», *VerfBlog*, 2021/11/29 (<https://doi.org/10.17176/20211130-192013-0>); DE CONINCK, J., «MH and Others v. Croatia : Resolving the Jurisdictional and Evidentiary Black Hole for Expulsion Cases?», *STRASBOURG OBSERVERS*, no. 14/01/2022, Human Rights Centre, 2022 (<http://hdl.handle.net/1854/LU-8757021>).

recurso persistente a este test de tres elementos otorga carta de naturaleza al tratamiento de la conducta incorrecta como una causa de exclusión de la licitud o justificación de la conducta del Estado.

El TEDH ha hecho referencia de forma excepcional a la relación de la conducta incorrecta del reclamante con la responsabilidad del Estado por violación de otros derechos del CEDH. Así, en el asunto *Berisha v. Switzerland*, en 2013 aplicó la doctrina en relación con el artículo 8 CEDH (derecho a la vida de familia), de manera matizada y como un elemento de la ponderación debida por el Estado entre el interés particular (la reunificación familiar) y el interés público (el control migratorio)<sup>168</sup>. Junto a otras motivaciones, este argumento facilitó la conclusión de que el Estado no había vulnerado el artículo 8 CEDH al rechazar una segunda solicitud de reagrupación familiar de la demandante con sus hijos: la conducta incorrecta de la reclamante consistía en su previa inacción ante una primera denegación de reagrupación familiar presentada unos años antes, dejándola devenir firme sin plantear recurso. En su opinión disidente, los jueces Jočienė y Karakaş consideraron que la conducta incorrecta no era una causa suficiente para excluir la ilicitud de la conducta del Estado, que fue en todo caso desproporcionada y, por tanto, vulneró el artículo 8 CEDH<sup>169</sup>.

Sólo hay otro problema jurídico respecto del cual el TEDH ha analizado el impacto de la conducta culpable del demandante: los juicios *in absentia* cuando dicha situación ha sido voluntariamente buscada por el demandante. En esta cuestión, una sentencia de 2001 interpretó que las consecuencias de esta conducta se determinan a nivel nacional, dentro del margen de apreciación propio del Estado<sup>170</sup>.

En general, el TEDH no se ha hecho eco de las alegaciones de la doctrina *clean hands* del Estado demandado. Así, en relación con el derecho de propiedad protegido por el art. 1 del Protocolo adicional, el TEDH ha desoído alegaciones de conductas incorrectas como retrasar la comunicación en la que un bien entra

<sup>168</sup> *Berisha v. Switzerland*, no. 948/12, § 61, ECHR 30.7.2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0730JUD000094812.

<sup>169</sup> *Berisha v. Switzerland*, no. 948/12, § 61, ECHR 30.7.2013, Dissenting Opinion of Judges Jočienė and Karakaş, § 6. En este caso substituyó el término *culpable conduct* por el de *wrongful conduct*.

<sup>170</sup> *Medenica v. Switzerland*, no. 20491/92, §§ 44-45 (alegación del demandante anticipando su defensa frente al argumento de conducta culpable como justificación de la conducta estatal); § 48 (alegación del Estado) y § 56 (análisis del TEDH como parte del margen de apreciación del Estado), ECHR 14.6.2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0614JUD002049192. Esta línea es reiterada en una segunda sentencia de en 2006, como elemento de contexto dado que no se daba el supuesto de hecho de ausencia voluntaria del demandante en el proceso penal interno: *Sejdovic v. Italy*, no. 56581/00, §§ 31-39, ECHR 1.3.2006, ECLI:CE:ECHR:2004:1110JUD005658100.

en la propiedad de un particular<sup>171</sup> o haberse beneficiado de una decisión en el marco de un procedimiento luego cuestionado ante el propio TEDH<sup>172</sup>. En relación con el artículo 5 CEDH y la detención, el tribunal no ha entrado a valorar alegaciones realizadas bajo la doctrina *clean hands* por el Estado, como por ejemplo el hecho de estar una persona escondida durante cinco años para evitar su ingreso en un centro psiquiátrico acordado por sentencia firme<sup>173</sup>.

En resumen, la exclusión de la ilicitud de la conducta del Estado sobre la base de la conducta culpable del demandante se ha construido como línea argumental en el ámbito fundamentalmente del art. 4 P4. Sólo ha sido aplicada en casos relativos a derechos de los migrantes. Siete de los nueve asuntos en los que el TEDH recurre al concepto de *culpable conduct* (todos ellos posteriores a 2012) analizan su incidencia como causa de exclusión de la ilicitud del comportamiento estatal en relación con comportamientos de población migrante, casi todos en el marco del art. 4 P4, uno en el marco del art. 8 CEDH. A ello debe sumarse la continuidad de la línea argumental *N.D. y N.T.* (2020) en jurisprudencia posterior, prescindiendo ya a veces de la referencia expresa a la noción de *culpable conduct* o a la doctrina *clean hands*. Conforme a los parámetros de delimitación de nuestro estudio, y salvo un asunto en relación a los juicios *in absentia* por voluntad del demandante, nunca se ha aplicado la doctrina a otros casos de conductas culpables para justificar la conducta del Estado, como por ejemplo en el marco de la gestación subrogada, dada la naturaleza ilícita o nula del contrato realizado por los padres comitentes en los Estados contra los que se ha reclamado hasta ahora.

Las menciones expresas a la doctrina *cleans hands* en la jurisprudencia del TEDH incluyen, por último, referencias a su aplicación en el marco de las reparaciones.

### III.2.3. La modulación de la reparación en función de la conducta del reclamante

El TEDH ha sostenido que el artículo 41 no establece un derecho individual a la reparación. Su jurisprudencia específica sobre reparaciones es

---

<sup>171</sup> *Beyeler c. Italy*, no. 33202/96, §§ 116-122, ECHR [GC] 5.1.2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0105JUD003320296.

<sup>172</sup> *Ukraine – Tyumen v. Ukraine*, no. 22603/02, § 34 ECHR 22.2.2008, ECLI:CE:ECHR:2007:1122JUD002260302.

<sup>173</sup> *Witek v. Poland*, no. 13453/07, § 38 (alegación del Estado) ECHR 21.10.2010, ECLI:CE:ECHR:2010:1221JUD001345307.

escasa. Y ello se traslada a la doctrina *clean hands* como factor de modulación de la misma.

La casuística en la que se menciona expresamente se reduce a un asunto. En el asunto *Beyeler*, la Gran Sala del TEDH decidió en 2000 en un caso relacionado con el derecho de propiedad condenar al Estado, a pesar de la concurrencia una conducta culpable del demandante.<sup>174</sup> Fue en la posterior fase sobre reparación cuando el juez Greve, en su opinión disidente, puso de manifiesto el carácter extraordinario de la indemnización acordada por el TEDH, tanto por cuanto que suponía un hito cuantitativo («*an all-time high in the history of the Court*») como porque la violación se refería a cuestiones pecuniarias y no a violaciones vitales de derechos humanos. Su argumento final subrayaba que no se había tenido en cuenta la conducta incorrecta del propio reclamante, «*normally decisive in compensation law*»<sup>175</sup>.

No existen otros asuntos en los que aparezca el término *clean hands* o *culpable conduct* en relación con las alegaciones del Estado, los argumentos del TEDH o las opiniones separadas o disidentes de los jueces en relación con reparaciones. Sin embargo, la doctrina especializada ha puesto de manifiesto cómo el TEDH ha distinguido a la hora de acordar una indemnización en función de la conducta del reclamante<sup>176</sup>.

Por conexión con uno de los asuntos analizados en materia de inversiones que fue también presentado ante el TEDH, hemos escogido el asunto *Yukos* para ilustrar cómo el TEDH aborda la conducta incorrecta sin calificarla como conducta culpable y sin dotarla de consecuencias específicas. En la sentencia de reparación de 2014 en el asunto *Yukos* el tribunal valoró las alegaciones del Estado sobre el impacto de la propia conducta del reclamante (*own conduct*), el cual había practicado una ingeniería fiscal destinada a la evasión de

<sup>174</sup> *Beyeler c. Italy*, no. 33202/96, §§ 116-122, ECHR [GC] 5.1.2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0105JUD003320296. El reclamante había ocultado que tenía en su poder desde 1977 una obra de arte respecto de la cual el Estado tenía un derecho de adquisición preferente. El Estado no ejerció su derecho cuando tuvo conocimiento de ello en 1983, y esperó a 1988, en una actuación punitiva que implicó una rebaja importante en el precio de adquisición.

<sup>175</sup> *Beyeler c. Italy*, no. 33202/96, Dissenting Opinion of Judge Greve p. 14, ECHR [GC] 28.5.2002 (Just satisfaction), ECLI:CE:ECHR:2002:0528JUD003320296. El tribunal fijó en 2002 la indemnización en 1.300.00 euros y 55.000 de costas y gastos.

<sup>176</sup> SHELTON, D., *Remedies in international human rights law*, Oxford University Press, 3<sup>rd</sup> edition, 2015, pp. 248-249; BANTEKAS, I. & OETTE, L., *International Human Rights Law and Practice*, Cambridge University Press, 3<sup>rd</sup> edition, 2020, pp. 696-697, mencionando el art. 8 de la Convención Europea sobre reparación de víctimas de crímenes violentos (ETS nº 116), que expresamente admite la doctrina *clean hands*.

impuestos. El TEDH rechazó tener en cuenta dicha conducta para determinar la reparación pues los demandantes ya habían respondido por tal conducta en los procedimientos sancionatorios internos<sup>177</sup>. Sin embargo, los jueces Bushev y Hajiyev apreciaron que hubiera debido ser tenida en cuenta una cierta contribución a la violación por parte de los demandantes a la hora de determinar la indemnización<sup>178</sup>.

Por otra parte, el sesgo no expreso puesto de manifiesto por la doctrina en materia de reparaciones resulta más de una percepción moral implícita que de una apreciación jurídica del valor de la conducta culpable o la naturaleza de los hechos que generan una respuesta del Estado declarada en violación del CEDH. Así, en la sentencia *Otegi Mondragón y otros*, de 2018<sup>179</sup>, el TEDH discutió la pertinencia de conceder la única indemnización pecuniaria solicitada por uno de los reclamantes. Aunque la sentencia no recoge la discusión sobre la cuestión y establece que, conforme a jurisprudencia previa, la propia sentencia es satisfacción suficiente, el voto parcialmente disidente del Juez Keller mencionó casos específicos en los que el TEDH sí tuvo en cuenta las circunstancias del caso para acordar una indemnización. Aunque los asuntos en los que se condena al Estado por violación de los derechos de criminales y terroristas son muy sensibles,

«However, the Court should not lose sight of the fact, when setting out the need for just satisfaction, Article 41 does not distinguish between «bad» and «good» victims. The Court should thus remain consistent in its interpretation of Article 41 of the Convention and avoid making an award for non-pecuniary damage to the former while resorting to a mere finding of a violation with regard to the latter»<sup>180</sup>.

---

<sup>177</sup> *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, no. 14902/04, §39 ECHR 31.7.2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0731JUD001490204

<sup>178</sup> *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, Partly Dissenting Opinion of Judge Bushev, Joined in Part by Judge Hajiyev, paras. 2 sobre «Causality», y 3, sobre «*Ex injuria jus non oritur*». Part of the applicant company's assets had been acquired as a result of illegal activities».

<sup>179</sup> *Otegi Mondragon and others v. Spain*, nos. 4184/15 and 4 other applications, ECHR 6.11.2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1106JUD000418415.

<sup>180</sup> *Otegi Mondragon and others v. Spain*, nos. 4184/15 and 4 other applications, Partly dissenting opinion of Judge Keller § 20, ECHR 6.11.2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1106JUD000418415 (énfasis añadido). El demandante solicitaba una indemnización por una condena ya cumplida, respecto de la cual un recurso de revisión tenía poco objeto y sí costes para el interesado. El juez afirmó la naturaleza reparatoria para el particular de la indemnización, a la par que preventiva e instructiva para el Estado.

A pesar de que el TEDH rehúye la mención de la doctrina *clean hands* en la fase de reparación, existen precedentes en los que distingue según la víctima haya o no realizado actos incorrectos o ilícitos, como ponen de manifiesto la doctrina especializada y las opiniones disidentes. Por otro lado, no todas las invocaciones de conducta incorrecta debieran considerarse parte de la doctrina *clean hands*, sino aquellas que contribuyen a la violación atribuible al Estado. En el asunto *Otegi* (2018), como antes en *McCann y otros* (1995)<sup>181</sup>, la conducta incorrecta referida (comisión de actos terroristas) no es causa ni contribuye a que la conducta del Estado resulte ilícita (violación del art. 2 CEDH o violación de garantías procesales). En el asunto *Beyeler*, en cambio, el retraso en el ejercicio del derecho de tanteo por el Estado estaba parcialmente condicionado por la ocultación de información por parte del demandante durante algunos años. Por todo ello consideramos que no parece existir aplicación expresa ni implícita de la doctrina *clean hands* en el conjunto del sistema del CEDH con el valor consagrado por el artículo 39 aprobado por la CDI en 2001 en relación con la responsabilidad del Estado por hecho ilícito.

### III.3. *Cerrando el círculo: el reclamante incorrecto, ¿víctima o villano?*

La aplicación de la doctrina *clean hands* en el marco de la responsabilidad internacional del Estado frente a particulares –personas físicas o jurídicas– nos devuelve al origen de los trabajos de la CDI sobre responsabilidad: las normas primarias de protección de los extranjeros y sus bienes. Durante las dos últimas décadas ha constituido un ámbito de aplicación de la doctrina *clean hands* que permite confirmar el análisis funcional tridimensional de la doctrina, aunque mostrando un diferente impacto jurídico.

El arbitraje de inversiones nos ha mostrado la aplicación procesal pura de la doctrina *clean hands* como causa de inadmisibilidad de una reclamación de responsabilidad. En conjunto, el estudio de los asuntos sobre arbitraje de inversiones confirma que la conexión entre la doctrina *clean hands* y la admisibilidad de las reclamaciones depende de las normas específicas del marco jurisdiccional aplicable, y no de las normas relativas a la regulación de la responsabilidad. Así,

---

<sup>181</sup> *McCann and others v. United Kingdom* (no. 18984/91, §219, ECHR 27.9.1995, ECLI:CE:ECHR:1995:0927JUD001898491) en el que el TEDH negó una indemnización a los familiares de terroristas miembros del IRA, víctimas de una violación del art. 2 CEDH (derecho a la vida), por el hecho de que pretendían poner una bomba en Gibraltar.



la aplicación procesal pura de la doctrina puede depender tanto de la regulación material de la relación jurídica primaria (que excluye la jurisdicción para manifestaciones genéricas o concretas de la doctrina *clean hands*) como de la aplicación por el órgano jurisdiccional del principio *Kompetenz Kompetenz*.

En términos axiológicos, la doctrina permite así blindar al Estado frente al «imperialismo inversionista», como avanzara Miaja de la Muela. Siendo el arbitraje de inversiones alternativa a la sumisión a la jurisdicción interna del Estado receptor de la inversión, salvaguarda, en suma, que el crimen del mal inversor reciba su castigo y la inversión incorrectamente realizada o gestionada no se vea especialmente protegida. En un ámbito cada vez más favorable al inversor –la misma existencia del arbitraje de inversiones frente a la opción de la sumisión al orden jurisdiccional del Estado territorial– la doctrina *clean hands* ofrece una defensa que permite reforzar el control procesal en favor del Estado.

En paralelo, esta aplicación de la doctrina *clean hands* permitiría negar la protección de la jurisdicción arbitral a los inversores que vulneraran el estándar de protección de derechos humanos que el Estado receptor de la inversión hubiera consentido. Esta posibilidad, no obstante, debe ser examinada a la luz del verdadero destinatario de los derechos que se intentan proteger. Desde tal perspectiva, estaríamos a lo sumo en lo que se ha venido a llamar «protección vicaria», de forma similar a las demandas interestatales sobre tratados de derechos humanos ante la CIJ y las demandas interestatales en el marco del CEDH<sup>182</sup>.

En el ámbito de la protección directa de los derechos humanos, la doctrina *clean hands*, desarrollada a través del correlativo concepto de *culpable conduct*, presenta un perfil bajo en términos cuantitativos en la jurisprudencia del TEDH tomando en consideración el importante número de demandas en las que la conducta del Estado es reacción a una conducta inicialmente incorrecta del reclamante (*own conduct*).

Dada la ausencia de una previsión expresa en relación al comportamiento incorrecto del reclamante como causa de inadmisibilidad no existe jurisprudencia al respecto, aunque algunos Estados lo hayan alegado en ocasiones y

---

<sup>182</sup> PETTIT DE GABRIEL, E. W., «Georgia, Rusia, la CIJ y el TEDH: Límites jurisdiccionales, complementariedad y protección vicaria de los derechos humanos», en S. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO y C. ESPÓSITO MASSICCI (dirs.), *Los desafíos de la Corte Internacional de Justicia frente a los derechos humanos*, 2022, La ley/Wolters Kluwer, pp. 226-228, definida la protección vicaria como una «protección media, interpuesta, indirecta, en la que desaparece la persona, la víctima, el titular del derecho humano, y aparece tan solo la noción de garantía colectiva y orden público a través del ejercicio de la soberanía del Estado».

ciertos jueces hayan barajado el argumento en sus opiniones separadas. Un estudio futuro podría analizar si el recurso por el TEDH al concepto de abuso procesal, previsto expresamente como causa de inadmisibilidad, comporta una aplicación implícita de la doctrina *clean hands*.

En realidad, el TEDH analiza la doctrina *clean hands* generalmente como una cuestión ligada al fondo (sea de forma preliminar para inadmitir, o para sentenciar) que permite –o no– excluir la responsabilidad del Estado. En ese contexto, los supuestos de mención de la doctrina son poco numerosos y muy recientes, concentrados en los últimos veinte años de jurisprudencia, derivando la mención *clean hands* a la más frecuente de *culpable conduct*. Aunque afectan a un grupo reducido de derechos, la jurisprudencia más abundante es la relativa a la conducta de poblaciones migrantes en relación al art. 4 P4 y al art. 8 CEDH. Este criterio de respeto de la normativa interna no se aplica en el contexto de otros colectivos y derechos, al menos bajo el mismo concepto de *culpable conduct*. Ello no significa que un estudio de la jurisprudencia relativa al término *own conduct* no pudiera desvelar otros casos. No obstante, la utilización del término *culpable conduct* de forma casi exclusiva para demandas de migrantes es en sí mismo un dato objetivo, fruto de este estudio, de necesaria valoración. Las referencias al concepto *culpable conduct* como causa de exclusión de la ilicitud del comportamiento del Estado en asuntos fuera del contexto migratorio proceden de alegaciones estatales, desestimadas en casi su totalidad. La excepción es la aplicación de la doctrina *clean hands* en una sentencia única (*Medenica*, 2001) relativa al juicio *in absentia* por voluntad del acusado, y que el TEDH resolvió remitiendo el valor de tal conducta al margen de apreciación del Estado.

Por todo ello, so capa de consagrar un cierto margen a los Estados en el marco de las crisis migratorias recientes, consideramos que el TEDH es rehén de, o puede inducir, una cierta visión del migrante irregular como villano, antes que víctima necesitada de protección una vez se encuentra bajo la jurisdicción de los Estados parte en el convenio, en contravención con el espíritu del mismo:

«The Court stresses that the Convention is intended to guarantee to those within its jurisdiction not rights that are theoretical and illusory, but rights that are practical and effective»<sup>183</sup>.

<sup>183</sup> *Case of N.D. y N.T. v. Spain* [GC], nos. 8675/15 and 8697/15, § 171 y 221, ECHR 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0213JUD000867515, citando su jurisprudencia anterior. Esta noción de derechos efectivos, dotados de contenido, está presente en jurisprudencia del TEDH que se

En todo caso, los comportamientos incorrectos o culpables del reclamante, y aquellos que vulneran el derecho interno de los Estados debieran ser tratados de igual manera cuando se demanda por la infracción del derecho de propiedad (asunto *Yukos*) o por el principio que prohíbe las expulsiones colectivas (asuntos *N.D y N. T.*). Si la sanción de la conducta incorrecta corresponde al Estado –mediante procesos de sanción fiscal o mediante una decisión *individualizada* de expulsión–, toda aplicación de la doctrina *clean hands* por el TEDH carece de sentido. Hubiera debido rechazarse su aplicación como causa de exclusión de la responsabilidad del Estado (asuntos migratorios) o como criterio de ponderación de la reparación (asunto *Yukos*) por igual. Paralelamente, ese juicio moral –la «villanía» de ciertas víctimas– queda subrayado por la desigual jurisprudencia en materia de reparaciones, en tanto en cuanto se ponen en desvalor ciertas conductas que inciden en la reparación, aunque no siempre presentan un nexo directo o suficiente con la violación de derechos sufrida.

#### IV. EPÍLOGO: RECAPITULA, QUE ALGO QUEDA

En 1949 aún se planteaba la cuestión de la contribución culpable o negligente –una conducta incorrecta– del Estado autor del hecho ilícito. Con el desarrollo de una «teoría objetiva» de la responsabilidad, se excluyó el concepto de culpa en el tratamiento de la conducta del Estado autor del ilícito de forma temprana en los trabajos de la CDI. Los trabajos posteriores reconducen la noción de culpa al examen de la doctrina de manos limpias en la conducta del reclamante. Sin duda, la conexión original de todos los trabajos de codificación con la protección de los extranjeros y sus bienes explica parcialmente los vaivenes de la noción *clean hands* en los trabajos de codificación. Paradójicamente resulta ser hoy también el escenario para la aplicación contemporánea de una doctrina mal elaborada. La evolución terminológica es una muestra formal: a pesar de los esfuerzos por objetivar la terminología en la CDI (pasando de *contributory fault* a *contribution to the injury*), el TEDH recupera el término *culpable conduct* como manifestación específica de la doctrina *clean hands*. Más allá del lenguaje, son varias las cuestiones pendientes.

---

remonta a final de la década de los años setenta. Como estableció en *Airey v. Ireland*, no. 6289/73, § 24, ECHR 1979, ECLI:CE:ECHR:1979:1009JUD000628973: «The Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective».

En primer lugar, no existe un estudio sistemático coherente y completo de en qué consiste la conducta incorrecta, sus elementos y sus funciones, ni doctrinal ni jurisprudencial<sup>184</sup>, siendo aún la referencia principal la obra de Borchard que se remonta a 1915, la cual se refiere exclusivamente a la figura en el marco de la protección diplomática. En segundo lugar, no se ha llegado a establecer con claridad la naturaleza de la doctrina como norma consuetudinaria existente o *in fieri*, o como principio de Derecho internacional. En tercer lugar, es cuestionable la existencia de una única norma o principio, siendo más adecuada la aproximación funcional a la doctrina, examinando al menos tres (eventuales) reglas diferenciadas: en relación con la dimensión procesal pura como causa de (in)admisión de una reclamación; en relación con la existencia misma de la responsabilidad, como causa de exclusión de la ilicitud; en relación con las consecuencias de la reparación, como factor de modulación de las diversas modalidades de aquella. Más allá de la técnica jurídica positivista, la actualidad de la doctrina *clean hands* presenta una dimensión axiológica indudable.

#### IV.1. *La conducta incorrecta plantea tres preguntas: ¿de quién?, ¿cuál?, ¿cómo?*

En relación con la definición subjetiva de la conducta incorrecta (*¿de quién es la conducta alegada?*), los artículos aprobados en 2001 por la CDI en relación con la responsabilidad interestatal incluyeron las manifestaciones de conducta del Estado lesionado (desarrollo progresivo del Derecho, según Crawford) y de todo aquel por quien se sustancie la reclamación, en el sentido del ejercicio de la protección diplomática (codificación del derecho preexistente, para este mismo relator). La escasa práctica en contenciosos interestatales se refiere

---

<sup>184</sup> Tan sólo encontramos un asunto arbitral en el que se propone la definición y elementos de la doctrina: *Guyana v. Suriname*, PCA, Award of 17 September 2007, paras. 419-421. Según este laudo, a) la violación tiene un carácter continuado; b) la protección buscada debe incidir en el cese del ilícito en el futuro, más que en la reparación de la violación pasada; c) debe existir una obligación idéntica o recíproca que el demandante no está cumpliendo. Sin embargo, es objeto de crítica por parte de KALDUŃSKI por considerar que esa definición encaja con la de causas de exclusión de la ilicitud como las contramedidas. A su vez, propone como elementos de la regla: a) la existencia de una conducta ilegal o incorrecta de la primera parte; b) una conducta subsiguiente de la segunda parte que implica un incumplimiento de una obligación internacional (hecho ilícito); c) una relación causal entre la conducta de la primera parte y la segunda; d) una relación de proporcionalidad entre la conducta de la segunda parte y la conducta de la primera, en KALDUŃSKI, M., *op. cit.* 2015, pp. 69-71.

siempre a alegaciones de conducta incorrecta del Estado demandante, y no a la de sus nacionales. En cambio, es obvio que en los contenciosos de inversiones y protección de derechos humanos las alegaciones versan sobre la conducta de los particulares demandantes.

La definición de la conducta (in)correcta requiere asimismo la identificación de en qué consiste la «incorrección» (*¿cuál es o en qué consiste la conducta incorrecta?*): ¿requiere el incumplimiento de una norma internacional o interna? ¿basta un comportamiento inadecuado, aunque no sea ilegal?<sup>185</sup>

El incumplimiento de una norma internacional por el Estado demandante en la responsabilidad interestatal se canaliza, en principio, a través de figuras alternativas a la doctrina *clean hands*. Operan generalmente como causas de exclusión de la ilicitud autónomas, conforme a la figura de las contramedidas y/o del incumplimiento de un tratado como causa de terminación o suspensión del mismo. Quizás la doctrina *clean hands* pudiera llegar a aplicarse en aquellos casos en los que tales conductas no respetaran los requisitos de aplicación de las citadas figuras, aunque conforme a los trabajos de la CDI, no afectaría a la ilicitud sino a la reparación, en su caso. En cambio, en el marco de la responsabilidad del Estado frente a personas –sea para la protección de inversiones o de derechos humanos– la conducta incorrecta del particular puede traer causa de la vulneración de una obligación internacional dirigida al particular (existir, existen<sup>186</sup>). La práctica, sin embargo, no es fértil en ejemplos de esta naturaleza.

La aplicación de la doctrina *clean hands* otorga valor jurídico al comportamiento contrario al Derecho interno del Estado reclamado especialmente en los contenciosos entre personas físicas y jurídicas y Estados, aunque también podría darse en asunto interestatales en relación con conductas del Estado demandante que vulneren el Derecho interno del demandado. La práctica en los contenciosos interestatales vistos en la sección 2.3 no aporta ejemplos de alegaciones de parte o argumentaciones de la CIJ de esta naturaleza. Así, por

---

<sup>185</sup> Esta cuestión y sus diferentes respuestas ha sido obviada en muchos trabajos. Ha sido objeto de análisis de forma limitada en relación con la doctrina *clean hands* y la protección diplomática por autores históricos como BORCHARD, E. M., *op. cit.*, 1915, pp. 713-791; WITENBERG, J. C., *op. cit.*, 1932, pp. 63-71; SALMON, J., *op. cit.*, 1964, pp. 240-265. En la doctrina española actual, abordan esta cuestión DÍAZ BARRADO, C., «La protección diplomática en el derecho internacional contemporáneo: cuestiones generales», *The Yearbook of Diplomatic and Consular Law*, n° 1, 2016, pp. 181-182.

<sup>186</sup> Como ya pusiera de manifiesto Miaja de la Muela, rebatiendo la posición más restrictiva de Salmon, en MIAJA DE LA MUELA, A., *op. cit.*, 1968, p. 210.

ejemplo, Estados Unidos nunca alegó las conductas delictivas de las personas en el corredor de la muerte como conducta incorrecta. En cambio, es ejemplo claro la jurisprudencia arbitral en materia de inversiones, que canaliza así la aplicación de la doctrina como conducta contraria al Derecho interno. En sentido análogo, este es el supuesto subyacente en la sentencia *N.D. y N.T.* de Gran Sala del TEDH (2020), aunque no en las formulaciones previas de la línea argumental aplicada.

Por último, ciertas conductas incorrectas alegadas no son en sí mismas ilícitas, como pone de manifiesto la jurisprudencia inicial del TEDH sobre la conducta culpable, que valora acciones del particular, que no siendo ilícitas sino inadecuadas, determinan la respuesta del Estado (por ejemplo, presentar una misma alegación y un escrito conjunto dos migrantes, o retrasar la comunicación de información sobre una venta). En los casos interestatales, podríamos entender como conducta inadecuada pero lícita, por ejemplo, la falta de identificación de una persona como extranjera (porque el individuo niega esa condición), como conducta que determina que no le sean comunicados sus derechos consulares. No ha sido, en cambio, un supuesto reflejado en el marco de la jurisprudencia de la CIJ.

Si bien determinar la naturaleza de la «incorrección» de la conducta es relevante y complejo, resulta esencial establecer la intensidad del vínculo de la conducta con la violación por la que se reclama (*¿cómo está vinculada la conducta del reclamante con la violación del reclamado?*)<sup>187</sup>. En el ámbito de los contenciosos interestatales, el relator Dugard sobre protección diplomática consideró que la eventual conducta incorrecta de los individuos por quienes se reclamaba en la serie de asuntos consulares (*Lagrand y Avena*, en concreto), derivaba de la comisión de graves crímenes (violación del derecho interno). Sin embargo, dicha conducta no tenía un nexo suficiente con la vulneración de la Convención de Viena de 1963, por la que se reclamaba responsabilidad a Estados Unidos<sup>188</sup>. En relación a la conducta del Estado, la CIJ rechazó en el asunto *Jadhav* la alegación de Pakistán por no existir conexión entre la conducta incorrecta alegada (la negativa india a colaborar en la investigación,

<sup>187</sup> La doctrina que analiza la cuestión del nexo entre la conducta incorrecta del reclamante y el ilícito del Estado responsable es muy escasa. Puede verse WITENBERG, J. C., *op. cit.*, 1932, pp. 63-71; GARCÍA ARIAS, L., *op. cit.*, 1960, p. 18; SALMON, J., *op. cit.*, 1964, p. 259; POMSON, O. & HOROWITZ, Y., *op. cit.*, 2015, pp. 231-233.

<sup>188</sup> Como algunos miembros del plenario de la CDI, por otra parte, pusieron de manifiesto. *A/60/10, ILC Report*, 2005, chap. VII, para. 234.

el hecho de que hubiera facilitado un pasaporte con nombre falso y hubiera permitido, organizado o alentado las actividades de espionaje del Sr. Jadhav) y la violación de la Convención de Viena de Relaciones Consulares: ninguna de las conductas impedía a Pakistán cumplir sus deberes de comunicación de los derechos consulares<sup>189</sup>.

No se trata de establecer una causalidad necesaria, sino un umbral de conexión significativo, como afirmó el tribunal arbitral del asunto *Yukos* en 2014. Esta aproximación al vínculo entre la conducta incorrecta del reclamante y la violación atribuida al reclamado debe servir para explicar por qué es tan escasa la jurisprudencia del TEDH sobre la doctrina, aun cuando un número extraordinariamente alto de casos planteados se basan en conductas incorrectas (no siempre ilegales desde la perspectiva interna) de quien reclama frente a la respuesta por el Estado. En la mayor parte de los casos, no puede entenderse que la respuesta considerada contraria al CEDH del Estado haya sido causada, provocada, inducida, condicionada o facilitada por la conducta del particular. Así, este es para nosotros el elemento diferencial entre las aplicaciones previas a la sentencia de Gran Sala en *N.D. y N.T.* del concepto de conducta culpable y el uso consagrado en tal sentencia y sus sucesoras. En las primeras, la conducta del migrante tenía un vínculo directo con la conducta estatal (por ejemplo, la presentación de una solicitud única por dos migrantes, resuelta por tanto en expediente único, o la negativa a ser identificado). En la decisión de 2020, la Gran Sala no estableció el vínculo entre la conducta del individuo (el acceso por un lugar no habilitado legalmente) y la conducta del Estado (la expulsión sin instrucción de un expediente que, además, debe ser individual). Este mismo criterio –la suficiencia e intensidad del vínculo– nos permite además calificar la jurisprudencia del TEDH que distingue reparaciones en función de la conducta de la víctima como resultado de un sesgo moral, antes que aplicación de la doctrina *clean hands*.

#### IV.2. *La (in)definición de la naturaleza jurídica de la doctrina en su carácter tridimensional*

Es difícil mantener en la actualidad que la doctrina *clean hands* constituye una norma consuetudinaria. Tanto los trabajos de la CDI como la jurisprudencia internacional, citada por la misma y por la doctrina especializada en los distin-

---

<sup>189</sup> ICJ, *Jadhav (India v. Pakistan)*, Judgment of 17 July 2019, paras. 61-65.

tos contextos de responsabilidad hacen referencia a un número muy limitado de casos históricos y a una práctica contemporánea exigua. En particular, es necesario llamar la atención sobre la diversidad de lecturas que se hacen de las propias referencias académicas e incluso de las jurisprudenciales<sup>190</sup>, que producen análisis variados sobre la admisibilidad y naturaleza de la doctrina *clean hands*.

Tras su paso por el filtro de codificación y desarrollo progresivo de la CDI, la única «versión» de la norma aceptada fue aquella que establece su valor como factor de ponderación de la reparación. Afirmada parcialmente como codificadora (respecto de la conducta del particular) y como desarrollo progresivo (en relación con la conducta del Estado), rara vez ha sido invocada y nunca aplicada como tal en la jurisprudencia interestatal. Quizás al menos sirva para entender como evolución, y no como contradicción, las muy citadas posiciones del Juez Schewebel. En 1986 afirmó en su opinión disidente a la sentencia Nicaragua la naturaleza de principio general del Derecho de la doctrina *clean hands* como causa de inadmisibilidad. En 2014, sin adjuntar declaración alguna, suscribió la decisión unánime del tribunal arbitral en el asunto *Yukos* que negaba tal norma como causa de inadmisibilidad, aplicándola en cambio a la ponderación de la reparación (*contributory fault*) por conductas incorrectas posteriores a la inversión que da a origen a la demanda. Por otra parte, alegada y aplicada en un único caso en materia de inversiones (y sólo en relación a conductas posteriores a la inversión protegida), el valor ponderador de la reparación de la doctrina *clean hands* en la jurisprudencia del TEDH ya ha sido definido como moralizante, antes que jurídicamente ligado a una supuesta aplicación normativa de la doctrina *clean hands*.

La práctica interestatal muestra, en cambio una querencia por su alegación como causa de inadmisión, que es rechazada sistemáticamente hasta hoy por la CIJ. La doctrina sólo recibe acomodo en el contencioso arbitral de inversiones, derivando su aplicación de una norma expresa contenida en los

---

<sup>190</sup> Baste citar la interpretación del Relator Dugard sobre la posición de ROUSSEAU o de GARCÍA ARIAS, como autores que no admitían el requisito de *clean hands* para la admisibilidad de las reclamaciones en protección diplomática. Ocurre igual con ciertos autores académicos: DUM-BERRY, P., *op. cit.*, 2016, pp. 246-252; BJORKLUND, A. K. & VANHONNAEKER, L., *op. cit.*, 2015, p. 368, quien confunde la función y naturaleza de la doctrina *clean hands*: niega su naturaleza jurídica de forma absoluta en la sentencia *Yukos*, cuando esta en realidad sólo niega su valor jurídico en admisibilidad, aplicándola en cambio para modular la reparación. Cfr. *Yukos*, UNCITRAL, 2014, paras. 1357-1363. En el último de estos párrafos dice expresamente: «*The Tribunal therefore concludes that «unclean hands» does not exist as a general principle of international law which would bar a claim by an investor, such as Claimants in this case.*» (cursiva añadida).



acuerdos de inversiones (norma primaria convencional) o de la facultad del tribunal de definir su propia competencia, y no de una regla jurídica relativa a la responsabilidad misma (norma secundaria).

Tradicionalmente se ha intentado caracterizar la regla como un principio general del Derecho (interno o internacional). Los principios latinos clásicos que se invocan generalmente derivan el estudio de la doctrina al examen de sus eventuales funciones. *Ex turpi causa non oritur actio* y sus diversas fórmulas es el adagio de referencia cuando se sustenta el valor de la doctrina como causa de inadmisión de la reclamación; *ex inadimplenti non est adimplendum* sirve para fundamentar la exclusión de la ilicitud como función de la doctrina. Ninguna de tales funciones ha sido recibida en la codificación de la responsabilidad internacional del Estado y de la protección diplomática.

Más allá del estricto valor legal, resulta relevante subrayar el carácter que tiene, en el marco de la protección diplomática al menos, la conducta incorrecta, ilícita, inadecuada o arriesgada en la decisión del Estado de presentar una reclamación, así como su eventual uso en las reclamaciones como un factor de ambiente. Este mismo hecho hace difícil el examen de la práctica estatal de este concreto sector –la protección diplomática– de aplicación de la doctrina. Por ello, si cabe, es tan relevante el estudio de la misma en el marco de contenciosos directos entre el Estado y los particulares, personas físicas y jurídicas.

A nuestro entender, y más allá del valor para-legal que se le otorgue a la conducta incorrecta, la doctrina *clean hands* en sus múltiples manifestaciones actuales es emanación y aplicación del principio de buena fe, sin que exista una norma específica al respecto, a diferencia de la posición más tradicional que trata de buscar una autonomía para la regla, principio o norma *clean hands*<sup>191</sup>. Como manifestación de la buena fe, debe estar sujeta a una interpretación funcional y axiológica de su aplicación. Desde esta perspectiva, sería interesante un estudio singular sobre la relación entre la doctrina *clean hands* y el abuso de derecho (procesal y/o sustantivo), emanación igualmente del principio buena fe, y recogido en algunos instrumentos jurídicos<sup>192</sup>. Dicha perspectiva podría

---

<sup>191</sup> GARCÍA ARIAS, L., *op. cit.*, 1960, p. 18, ya consideraba necesario distinguir ambas figuras. Sobre la relación entre buena fe y doctrina *clean hands*, MIAJA DE LA MUELA, *op. cit.*, 1968, p. 201-202; SHAPOVALOV, A., *op. cit.*, 2005, pp. 834 y 839.

<sup>192</sup> Ya se apunta la posible relación entre la doctrina *clean hands* y el abuso de derecho en GARCÍA ARIAS, L., *op. cit.*, 1960, p. 22. Para este autor, siendo la doctrina solo aplicable a la conducta del particular por quien se reclama, el abuso de derecho sería la figura que definiría la conducta del Estado que reclama por ese particular.

permitir, igualmente, limitar el uso inadecuado o excesivo de la categoría de conducta culpable o doctrina *clean hands* en el marco de los mecanismos de protección de derechos humanos.

#### IV.3. *Una nota crítica: no sólo de técnica jurídica vive la doctrina (clean hands)*

Más allá de la delimitación técnica de la doctrina *clean hands* y de su pérdida de relevancia en la práctica y jurisprudencia de las relaciones interestatales en cualquiera de sus funciones, la exportación de la figura a la estructura de la responsabilidad internacional del Estado frente a los particulares es inquietante. De un lado, en los contenciosos arbitrales en materia de inversiones, su aplicación procesal como causa de inadmisión ante la ausencia de una cláusula expresa en los tratados de inversión queda al albur de la interpretación de los tribunales del principio *Kompetez Kompetenz*. Si bien ello favorece que el inversor no se vea protegido frente a su conducta incorrecta, priva de efecto útil la interpretación de que las normas de derechos humanos que obligan al Estado están incluidas en ese análisis de la conducta (in)correcta. La inadmisión del asunto en nada protege ni repara a las víctimas de violaciones de derechos humanos.

De otro lado, debe preocupar su utilización como causa de exclusión de la ilicitud de la conducta del Estado en la jurisprudencia del TEDH. Este recurso contradice la propia evolución de la alegación, aplicación y codificación de la doctrina *clean hands*. En primer lugar, dicha función fue contundentemente rechazada durante los trabajos de la CDI sobre responsabilidad internacional de los Estados por los sucesivos relatores, por los miembros de la Comisión y por los propios Estados en sus comentarios a los proyectos. En segundo lugar, su exclusión como condición del ejercicio de la protección diplomática servía, para el relator especial Dugard, al avance de la protección de los derechos humanos en un contexto de subjetividad limitada de los individuos. En tercer lugar, la literatura académica sobre protección en derechos humanos y los órganos del sistema interamericano de derechos humanos la rechazan frontalmente por ser un instrumento de protección del Estado y restringir el ámbito subjetivo de aplicación del convenio. En cuarto lugar, la concreta puesta en práctica por el TEDH de la doctrina *clean hands* muestra un sesgo cierto, mayoritariamente en relación con demandas relativas a derechos de migrantes. Su finalidad es blindar y salvaguardar la soberanía del Estado, así como su libertad de acción en este ámbito.

Esta aplicación no sólo produce una criminalización, «villanización», de quienes se encuentran en grave posición de desprotección. Este regreso abre una puerta a la devolución al Estado de ámbitos de (des)control sobre los derechos de los extranjeros, noción que creíamos superada por la propia definición de protección de los derechos humanos basada en la igual dignidad del ser humano. Cabe cuestionar si esta aplicación selectiva de la doctrina se justifica, verdaderamente, sobre el principio de la buena fe.

El relator Dugard defendió el papel de la protección diplomática como mecanismo de garantía de los derechos de las personas, incluidos los extranjeros, ante su falta general de subjetividad internacional. En ese marco, la exclusión de la doctrina *clean hands* reducía las posibilidades del Estado reclamado de rehuir su responsabilidad. Ya en 1968 el profesor Miaja de la Muela había denunciado el abuso de la doctrina *clean hands* en la protección diplomática como mecanismo «regulador» del volumen de reclamaciones aceptables por los Estados occidentales en el marco de un Derecho internacional «imperialista». Hoy se defiende el valor procesal de la cláusula en el marco del arbitraje de inversiones como mecanismo de lucha contra la corrupción y, eventualmente, como posible alternativa para canalizar el respeto de los derechos humanos.

¿Debemos seguir al TEDH en el camino inverso, facilitando la defensa del Estado, mediante la exclusión de la ilicitud de su conducta sin control de su proporcionalidad o necesidad, para absolverlo selectivamente de sus obligaciones de derechos humanos en la gestión de los flujos migratorios, aun cuando estos sean masivos, imprevistos o desordenados? ¿Aconseja la situación política y jurídica actual en los Estados miembros del Consejo de Europa blindar el poder legislativo y ejecutivo estatal a costa de reducir las garantías individuales?

Asistimos, atribulados, al eterno retorno de una doctrina discutida y discutible.

## V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRÉS SAÉNZ DE SANTAMARÍA, P., *Sistema de Derecho Internacional Público*, 6ª ed., Aranzadi, 2020, 768 pp.
- ANZILOTTI, D., «La responsabilité internationale de États à raison des dommages soufferts par des étrangers», *RGDIP*, t. 13, 1906, pp. 29 y 285-309.
- ANZILOTTI, D., *Cours de Droit International*, Paris, Recueil Sirey, 1929, 536 pp.
- BANTEKAS, I. & OETTE, L., *International Human Rights Law and Practice*, Cambridge University Press, 3rd edition, 2020, 1018 pp.

- BEDERMAN, D. J. «Contributory Fault and State Responsibility», *Virginia Journal of International Law*, vol. 30, n° 2, Winter 1990, pp. 335-370.
- BJORKLUND, A. K. & VANHONNAEKER, L., «Yukos: The Clean Hands Doctrine Revisited», *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2015, pp. 365-386 (<https://doi.org/10.12829/80851>).
- BORCHARD, E. M., *Diplomatic Protection of Citizens Abroad: or the Law of International Claims*, The Banks Law Publishing Company, New York, 1915, 988 pp.
- CARBAJAL VALENZUELA, C. y MENDOZA NEYRA, Y., «El arbitraje internacional de inversiones y la lucha internacional contra la corrupción», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 86, 2021, pp. 107-142 (<https://doi.org/10.18800/derechopucp.202101.004>).
- CARRILLO SALCEDO, J. A., *Curso de Derecho Internacional. Introducción a su Estructura, Dinámica y Funciones*, Tecnos, Madrid, 1991, 336 pp.
- CASANOVAS Y LA ROSA, O., «Abuso de derecho, desviación de poder y responsabilidad internacional», *REDI*, 1970, vol. 2/3, pp. 465-490.
- CASANOVAS Y LA ROSA, O., y RODRIGO, A., *Compendio de Derecho Internacional Público*, 11ª ed., Tecnos, 2022, 627 pp.
- CHENG, B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London, Stevens & Sons Ltd, 1953, 495 pp.
- CERVANTES VALAREZO, A., «La doctrina de las ‘manos limpias’ en el arbitraje de inversión y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Una visita al derecho internacional.», *Iuris Dictio*, vol. 22, 2018, pp. 71-87 (<https://doi.org/10.18272/iu.v22i22.1133>).
- CONSTANTINO, R., «¿Manos limpias y corazón puro?: La aplicación de la doctrina de manos limpias por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Estudios de derecho*, vol. 79, n.º 173, 2022, pp. 13-36 (<https://doi.org/10.17533/udea.esde.v79n173a01>).
- CREMADES, B. M., «Corruption and Investment Arbitration», en *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, Asken et al. (eds), ICC, 2005, pp. 203-220.
- CRESPO NAVARRO, E., «El Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la protección diplomática: la protección de las personas físicas», *REDI*, vol. 57/1, 2005, pp. 221-238.
- DE CONINCK, J., «MH and Others v. Croatia: Resolving the Jurisdictional and Evidentiary Black Hole for Expulsion Cases?», *STRASBOURG OBSERVERS*, no. 14/01/2022, Human Rights Centre, 2022 (recuperado de <http://hdl.handle.net/1854/LU-8757021>).
- DÍAZ BARRADO, C., «La protección diplomática en el derecho internacional contemporáneo: cuestiones generales», *The Yearbook of Diplomatic and Consular Law*, n° 1, 2016, pp. 163-182.

- DÍEZ DE VELASCO, M., «La pretendida responsabilidad internacional del Estado español por actos de sus autoridades administrativas en el caso 'Barcelona Traction'», *REDI*, 1970, vol. 2/3, pp. 433-464.
- DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª ed., Tecnos, Madrid, 2013, 1208 pp.
- DUGARD, J., «Diplomatic Protection and Human Rights: The Draft Articles of the International Law Commission», *Australian Yearbook of International Law*, vol. 24, 2005, pp. 75-91.
- DUMBERRY, P. & DUMAS-AUBIN, G., «The Doctrine of 'Clean Hands' and the inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law», *Transnational Dispute Management*, vol. 10, issue 1, 2013, 10 pp.
- DUMBERRY, P., «State of Confusion: The Doctrine of Clean Hands in Investment Arbitration after the Yukos Award», *World Investment & Trade*, vol. 17, nº 2, 2016, pp. 229-260.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, A. F., SÁNCHEZ LEGIDO, A., ORTEGA TEROL, J. M. y FORCADA BARONA, I., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 470 pp.
- FLAUSS, J.-F., «Protection Diplomatique et Protection Internationale des Droits de l'Homme», *Swiss Review of International and European Law*, 2003, pp. 1-36.
- GARCÍA ARIAS, L., «La doctrine des 'clean hands' en Droit international public», *Yearbook of the Association of Attendees and Alumni of The Hague Academy of International Law*, 1960, vol. 30, pp. 14-22.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. y otros, *Curso de Derecho Internacional Público*, Tirant lo Blanch, Valencia 2011, 1140 pp.
- GONZÁLEZ VEGA, J., «¿Un difícil equilibrio? la sentencia TEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020, N.D. y N.T. c. España, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo», *RGDE*, vol. 52, 2020, 26 pp.
- GUTIÉRREZ ESPADAS, C. y CERVELL HORTAL, Mª J., *Derecho Internacional (Corazón y funciones)*, Civitas, 2022, 624 pp.
- HAKIKI, H. y RODRIK, D., «M.H. v. Croatia: Shedding Light on the Pushback Blind Spot», *VerfBlog*, 2021/11/29 (<https://doi.org/10.17176/20211130-192013-0>).
- JIMÉNEZ PIERNAS, C., «La codificación del Derecho de la responsabilidad internacional: un balance provisional (1988)», en *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado. XIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 1989*, Alicante, 1990, separata, 109 pp.
- JIMÉNEZ PIERNAS, C., *La conducta arriesgada del particular y la responsabilidad internacional*, Universidad de Alicante, 1990, 340 pp.
- JIMÉNEZ PIERNAS, C., *Introducción al Derecho Internacional Público: Práctica de España y de la Unión Europea*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2011, 528 pp.

- JUSTE RUIZ, J., y CASTILLO DAUDÍ, M., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 3ª ed., 2018, 576 pp.
- KALDUŃSKI, M., «Principle of clean hands and protection of human rights in international investment arbitration», *Polish Review of International and European Law*, vol. 4, issue 2, 2015, pp. 69-101.
- KELSEN, H., *Principles of international law*, Rinehart, New York, 1952, 461 pp.
- KREINDLER, R., «Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine», en *Between East and West: Essays in honour of Ulf Franke*, Höber et al. (eds.), Juris, 2010, 619 pp.
- LAMBERT, H., «Protection against refoulement from Europe: Human Rights come to rescue», *ICLQ*, 1999, vol. 48, pp. 515-544.
- LAPLANTE, L., «The Law of Remedies and the Clean Hands Doctrine: Exclusionary Reparation Policies in Peru's Political Transition», *American University International Law Review*, 2007, vol. 52, pp. 23-51.
- LÓPEZ MARTÍN, A. G. (ed.), *Derecho Internacional Público*, Dylex, 5ª ed., 437 pp.
- MIAJA DE LA MUELA, A., «Le rôle de la condition des mains propres de la personne lésée dans les réclamations devant les tribunaux internationaux», en *Mélanges Offerts à Juraj Andrassy*, Vladimir Ibler (dir.), Martinus Nijhoff, The Hague, 1968, pp. 189-213.
- MOLOO, R., «A Comment on the Clean Hands Doctrine in International Law», *Transnational Dispute Management*, vol. 8, issue 1, 2011, 10 pp.
- NOVAK TALAVERA, F., «Caso Barcelona Traction Light and Power Company Limited. España c. Bélgica (1979)», *Agenda internacional*, 1997, pp. 77-115.
- PASCUAL-VIVES, F. y ARAGONÉS-MOLINA, L., «Crónica de Derecho Internacional Público: La doctrina de las manos limpias como causa de anulación del laudo: ¿Un último recurso para España? (InfraRed c. España y NextEra c. España)», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2022, pp. 34-39 (<https://doi.org/10.17103/reei.44.13>).
- PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 26ª ed., Tecnos, 2022, 885 pp.
- PETIT DE GABRIEL, E. W., «Georgia, Rusia, la CIJ y el TEDH: Límites jurisdiccionales, complementariedad y protección vicaria de los derechos humanos», en *Los desafíos de la Corte Internacional de Justicia frente a los derechos humanos*, Soledad Torrecuadrada García-Lozano, Carlos Espósito Massicci (dirs.), 2022, La ley/Wolters Kluwer, pp. 199-228.
- POMSON, O. & HOROWITZ, Y., «Humanitarian intervention and the *Clean hands* Doctrine in International Law», *Israel Law Review*, vol. 48(2), 2015, pp. 219-251.
- ROUSSEAU, Ch., *Derecho internacional público*, Ariel, Barcelona, 1957, 697 pp.
- REMIRO BROTONS, A. y otros, *Derecho Internacional*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, 2010, 877 pp.

- SALINAS DE FRÍAS, A. (dir.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 2ª ed. Tecnos, 2019, 425 pp.
- SALMON, J. A. «Des 'mains propres' comme condition de recevabilité des réclamations internationales», *AFDI*, vol. X, 1964, pp. 225-266.
- SHAPOVALOV, A., «Should a Requirement of «Clean Hands» be a Prerequisite to the Exercise of Diplomatic Protection? Human Rights Implications of the International Law Commission's Debate», *American University International Law Review*, 2005, vol. 20, pp. 829-866.
- SHELTON, D., *Remedies in international human rights law*, Oxford University Press, 3<sup>rd</sup> edition, 2015, 513 pp.
- SOSA NAVARRO, M., «Devoluciones en caliente a la luz de la doctrina de la conducta culpable: el asunto «N.D. y N.T. contra España» ante el TEDH», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 67, 2020, pp. 1039-1061 (<https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.67.08>).
- TORROJA MATEU, H., «La «protección diplomática» de los «derechos humanos» de los nacionales en el extranjero: ¿situaciones jurídicas subjetivas en tensión?», *REDI*, vol. 58/1, 2006, pp. 205-238.
- VERMEER-KÜNZLI, A. M. H., *The protection of individuals by means of diplomatic protection: diplomatic protection as a human rights instrument*, Doctoral Thesis 2007, Universiteit Leiden, retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/12538>.
- WITENBERG, J. C., «La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales», *RCADI*, 1932-III, pp. 1-136.

