



Asamblea General

Distr. general
7 de marzo de 2002
Español
Original: francés/inglés

Comisión de Derecho Internacional

Quincuagésimo cuarto período de sesiones

Ginebra, 29 de abril a 7 de junio
y 22 de julio a 16 de agosto de 2002

Tercer informe sobre la protección diplomática

John Dugard, Relator Especial

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
A. Introducción	1-17	2
1. Situación actual del estudio sobre la protección diplomática	1-10	2
2. Criterio aplicado por el Relator Especial	11-12	3
3. Orientación futura del proyecto de artículos	13-17	4
B. Excepciones al principio general de que se deben agotar los recursos internos	18-101	5
Artículo 14.		5
1. Inutilidad (párrafo a) del artículo 14)	18-45	6
2. Dispensa	46-64	18
3. Vínculo voluntario y conexión territorial	65-89	27
4. Dilación excesiva (apartado c) del artículo 14)	90-99	37
5. Denegación de acceso (apartado f) del artículo 14)	100-101	40
C. Carga de la prueba	102-118	41
Artículo 15.		41

A. Introducción*

1. Situación actual del estudio sobre la protección diplomática

1. En su 48º período de sesiones, celebrado en 1996, la Comisión consideró que el tema de la “Protección diplomática” era uno de los tres temas idóneos para su codificación y desarrollo progresivo¹. En ese mismo año, la Asamblea General, en su resolución 51/160, de 16 de diciembre de 1996, invitó a la Comisión a que examinara el tema e indicara su alcance y contenido a la luz de las observaciones formuladas en el curso del debate en la Sexta Comisión y de las observaciones que los gobiernos presentaran por escrito. En su 49º período de sesiones, celebrado en 1997, la Comisión, de conformidad con la citada resolución de la Asamblea General, estableció en su 2477ª sesión un Grupo de Trabajo sobre el tema². En el mismo período de sesiones, el Grupo de Trabajo presentó un informe que fue aprobado por la Comisión³. El Grupo de Trabajo trató de: a) aclarar, en todo lo posible, el alcance del tema; y b) determinar las cuestiones que deberían estudiarse en el contexto de dicho tema. El Grupo de Trabajo propuso un esquema para el examen del tema y, por su parte, la Comisión recomendó al Relator Especial que adoptase ese esquema como base para la presentación de un informe preliminar⁴.

2. En su 2510ª sesión, celebrada el 11 de julio de 1997, la Comisión nombró al Sr. Mohamed Bennouna Relator Especial para el tema. En el párrafo 8 de su resolución 52/156, de 15 de diciembre de 1997, la Asamblea General hizo suya la decisión de la Comisión de incluir en su programa el tema “Protección diplomática”.

3. En sus sesiones 2520ª a 2523ª, celebradas del 28 de abril al 1º de mayo de 1998, la Comisión examinó el informe preliminar (A/CN.4/484) del Relator Especial.

4. En su 2534ª sesión, celebrada el 22 de mayo de 1998, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo de composición abierta, presidido por el Sr. Bennouna, Relator Especial sobre el tema, para que examinara las posibles conclusiones que pudieran extraerse del debate en cuanto al enfoque del tema y para dar orientación con respecto a las cuestiones que deberían tratarse en el segundo informe, que el Relator Especial presentaría a la Comisión en su 51º período de sesiones. El Grupo de Trabajo celebró dos sesiones los días 25 y 26 de mayo de 1998. En lo que respecta al planteamiento del tema, el Grupo de Trabajo convino en lo siguiente:

a) El planteamiento de la protección diplomática desde el punto de vista del derecho consuetudinario debía ser la base para la labor de la Comisión sobre el tema;

b) El tema trataría de las normas secundarias del derecho internacional relacionadas con la protección diplomática; las normas primarias se examinarían sólo en caso de que la aclaración de esas normas fuese esencial a título de orientación para una clara formulación de una norma secundaria concreta;

* El Relator Especial desea reconocer con agradecimiento la asistencia prestada en la preparación del presente informe por la Sra. Zsuzsanna Deen-Racsmany, estudiante de doctorado de la Universidad de Leiden.

¹ *Yearbook of the International Law Commission, 1996*, vol. II (Segunda parte), párr. 248, y anexo II, adición I.

² *Yearbook ... 1997*, vol. II (Segunda parte), cap. VIII.

³ *Ibid.*, párr. 171.

⁴ *Ibid.*, párrs. 189 y 190.

c) El ejercicio de la protección diplomática es un derecho que incumbe al Estado. En el ejercicio de ese derecho, el Estado debe tener en cuenta los derechos e intereses de sus nacionales respecto de los cuales ejerce la protección diplomática;

d) La labor de protección diplomática debe tener en cuenta el desarrollo del derecho internacional, que reconoce y protege cada vez más los derechos de las personas y les proporciona un acceso más directo, pero también indirecto, a los foros internacionales que puedan hacer efectivos sus derechos.

5. En su 2544^a sesión, celebrada el 9 de junio de 1998, la Comisión examinó el informe del Grupo de Trabajo y lo hizo suyo.

6. En 1999, el Sr. Bennouna renunció a la Comisión. El 14 de julio de 1999, la Comisión, en su 2602^a sesión, eligió al autor del presente informe Relator Especial sobre el tema de la protección diplomática.

7. En su 52^o período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tuvo ante sí el primer informe del actual Relator Especial (A/CN.4/506 y Corr.1 y Add.1). Por falta de tiempo, la Comisión aplazó el examen del documento A/CN.4/506 y Corr.1 y Add.1 hasta el 53^o período de sesiones. En ese mismo período de sesiones, la Comisión inició consultas officiosas de composición abierta, presididas por el Relator Especial, sobre los proyectos de artículo 1, 3 y 6⁵. Posteriormente, en su 2635^a sesión, la Comisión decidió remitir los proyectos de artículo 1, 3 y 5 a 8 al Comité de Redacción, junto con el informe de las consultas officiosas.

8. En su 53^o período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión tuvo ante sí el resto del primer informe del Relator Especial (A/CN.4/506/Add.1), así como su segundo informe (A/CN.4/514 y Corr.1 y 2). La Comisión examinó el documento A/CN.4/506/Add.1 en sus sesiones 2680^a y 2685^a a 2687^a, celebradas el 25 de mayo y del 9 al 11 de julio de 2001, respectivamente. La Comisión también examinó el segundo informe del Relator Especial en sus sesiones 2688^a a 2690^a, celebradas del 12 al 17 de julio de 2001. Por falta de tiempo, la Comisión sólo pudo examinar las partes del segundo informe relativas a los proyectos de artículo 10 y 11 y aplazó hasta el 54^o período de sesiones el examen del resto del documento A/CN.4/514, relativo a los proyectos de artículo 12 y 13.

9. En su 2688^a sesión, celebrada el 12 de julio de 2001, la Comisión decidió remitir el proyecto de artículo 9 al Comité de Redacción y, en su 2690^a sesión celebrada el 17 de julio, decidió remitirle los proyectos de artículo 10 y 11.

10. El Comité de Redacción todavía no ha tenido oportunidad de examinar ninguno de los artículos que le fueron remitidos. Se espera que el Comité comenzará a trabajar en esos proyectos de artículo en el 54^o período de sesiones de la Comisión.

2. Criterio aplicado por el Relator Especial

11. La protección diplomática es un tema sobre el cual se cuenta con mucho material en la forma de codificación, convenciones, práctica de los Estados, jurisprudencia y doctrina. De hecho, es probablemente cierto que no existe ninguna otra rama del derecho internacional sobre el que exista tanto material. Sin embargo, ello no quiere decir que necesariamente haya claridad o certeza en las normas que gobier-

⁵ El informe de las consultas officiosas figura en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/55/10)*, párr. 495.

nan la protección diplomática en general o el agotamiento de los recursos internos en particular. Por el contrario, las fuentes son en general incoherentes y contradictorias y apuntan a varias direcciones. En esas circunstancias, la tarea de la Comisión consiste en elegir entre normas que compiten entre sí. Al realizar su elección, debe guiarse por el peso de las fuentes que respaldan una norma y la justicia de esa norma en la sociedad internacional contemporánea. Si bien la tarea que realiza la Comisión es en gran parte de codificación, también realiza una tarea de desarrollo progresivo cuando elige entre normas contradictorias.

12. La función del Relator Especial no es dictar a la Comisión una norma en particular. Por el contrario, su función es poner ante la Comisión todas las fuentes y posibilidades, a fin de que ésta pueda elegir la norma adecuada. Quien adopta las decisiones es la Comisión y no el Relator Especial. En ocasiones, el Relator Especial presenta a la Comisión varias opciones. Sin embargo, en la mayoría de los casos, el Relator Especial propone la norma particular que considera más adecuada en todas las circunstancias. Las contradicciones en las normas o en la redacción de las normas se incluyen en la parte explicativa del informe, junto con las fuentes que respaldan dicha norma, de manera que la Comisión pueda adoptar una decisión informada en caso de que prefiera una opción que no haya sido propuesta por el Relator Especial.

3. Orientación futura del proyecto de artículos

13. El primer informe sobre la protección diplomática se refirió esencialmente a la nacionalidad del reclamo, mientras que el segundo informe introdujo la norma del agotamiento de los recursos internos. El presente informe (tercero) se limita a dos proyectos de artículo: el artículo 14, en que se examinan las circunstancias en que no es necesario agotar los recursos internos, y el artículo 15, que considera la carga de la prueba en la aplicación de la norma de los recursos internos. El Relator Especial prevé preparar una adición (o dos adiciones separadas) al presente informe sobre dos temas controversiales que han figurado de manera prominente en la historia y el desarrollo de la norma de los recursos internos: la cláusula Calvo y la denegación de justicia. El Relator Especial es consciente de que en ciertos sectores existe oposición a que se incluya en el proyecto de artículos sobre la protección diplomática una disposición sobre la denegación de justicia, con fundamento en que ese concepto corresponde en gran medida (pero ciertamente no de manera exclusiva) al ámbito de las normas primarias⁶. No obstante, el Relator Especial considera que es apropiado que la Comisión decida si la inclusión de dicha disposición es tan importante para el estudio de la norma de los recursos internos como lo es el Príncipe de Dinamarca a *Hamlet*. La protección diplomática es un tema con raíces profundas en la historia y jurisprudencia de América Latina. Gran parte de esa historia se ha centrado en el alcance y el contenido del concepto de la denegación de justicia y las consecuencias jurídicas de la cláusula Calvo. En consecuencia, en ningún estudio adecuado sobre la protección diplomática se puede soslayar el examen de esos temas.

14. En el proyecto de artículos todavía no se ha examinado un componente fundamental de la nacionalidad del reclamo: la nacionalidad de las empresas. En el cuarto informe se presentarán varios artículos sobre el tema. En caso de que el tiempo lo permita, el Relator Especial propone que un grupo de trabajo examine sugerencias preliminares sobre ese tema en la segunda parte del actual período de sesiones.

⁶ Véase el segundo informe sobre la protección diplomática, A/CN.4/514, párr. 10.

15. Una vez que se haya examinado el proyecto de artículos al que se hace referencia en el párrafo 14, se habrá completado el estudio de las normas secundarias de la protección diplomática en su contexto tradicional. El Relator Especial propone a la Comisión que no trate de ampliar el alcance del proyecto de artículo más allá de las cuestiones que se consideran normal y tradicionalmente como correspondientes a la nacionalidad del reclamo y el agotamiento de los recursos internos. Si se aprobara esa propuesta, sería posible completar el presente estudio, tanto en primera como en segunda lectura, a fines del quinquenio actual.

16. Se han hecho sugerencias en el sentido de que el actual proyecto de artículo debería ampliarse a fin de incluir varias cuestiones vinculadas a la nacionalidad del reclamo que tradicionalmente no se incorporan a ese ámbito. Entre ellas se pueden mencionar⁷: la protección funcional por parte de organizaciones internacionales a sus funcionarios⁸; b) el derecho del Estado de la nacionalidad de un buque o aeronave a formular un reclamo en nombre de la tripulación y tal vez también en nombre de los pasajeros del buque o aeronave, cualquiera sea la nacionalidad de las personas del caso⁹; c) el caso en que un Estado ejerce protección diplomática sobre el nacional de otro Estado a resultas de la delegación de ese derecho; y d) el caso en que un Estado o una organización internacional administra o controla un territorio.

17. El Relator Especial se opone a que se amplíe el proyecto de artículos a fin de incluir esas cuestiones. En particular, se opone a que en el presente estudio se incluya la protección funcional. Se trata de un tema complejo, que llevaría a la Comisión más allá de la protección diplomática de la manera en que se la entiende tradicionalmente y garantizaría la imposibilidad de finalizar el presente proyecto de artículos en el actual quinquenio. Ello no quiere decir que la protección funcional no sea un tema importante. Ciertamente lo es. No obstante, se sugiere que, en caso de que la Comisión estime que debería examinar el tema, lo haga en un estudio separado. El Relator Especial acogería complacido esa decisión, ya que dicho nuevo estudio aprovecharía lo establecido en los actuales artículos y lo complementaría. La cuestión se planteó frecuentemente en el quinquenio anterior, y una clara mayoría de los miembros se opuso a que la protección funcional se incluyera en el actual estudio. Ha llegado el momento de adoptar una decisión inmediata y final sobre la cuestión.

B. Excepciones al principio general de que se deben agotar los recursos internos

Artículo 14

No es necesario agotar los recursos internos cuando:

- a) los recursos internos:**
 - son obviamente inútiles (opción 1)**

⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/56/10)*, párr. 183.

⁸ *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (Advisory Opinion)*, 1949 *I.C.J. Reports*, pág. 174.

⁹ Véase *The M/V "Saiga" (No. 2) (San Vicente y las Granadinas contra Guinea)*, Tribunal Internacional del Derecho del Mar, fallo de 1° de julio de 1999, párr. 172, reimpresso en (1999) 38 *I.L.M.*, pág. 1323, en la página 1387; también publicado en www.itlos.org.

- no ofrecen posibilidades razonables de éxito (opción 2)
 - no ofrecen una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo (opción 3);
- b) el Estado demandado ha renunciado expresa o tácitamente a la exigencia de que se agoten los recursos internos, o no puede plantear esa exigencia en razón de sus propios actos;
- c) no existe un vínculo voluntario entre la persona agraviada y el Estado demandado;
- d) el acto internacionalmente ilícito en que se basa la reclamación internacional no se cometió dentro de la jurisdicción territorial del Estado demandado;
- e) el Estado demandado es responsable de la demora indebida en ofrecer un recurso interno;
- f) el Estado demandado impide a la persona agraviada tener acceso a las instituciones que ofrecen los recursos internos.

1. Inutilidad (párrafo a) del artículo 14)

Artículo 14

No es necesario agotar los recursos internos cuando:

- a) los recursos internos:
- son obviamente inútiles (opción 1)
 - no ofrecen posibilidades razonables de éxito (opción 2)
 - no ofrecen una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo (opción 3);

...

Observaciones preliminares

18. En el segundo informe sobre la protección diplomática presentado a la Comisión se propuso en el artículo 10¹⁰ que un Estado no podrá interponer una acción internacional por el daño sufrido por un nacional antes que la persona agraviada “haya agotado todos los recursos legales internos que existan”. En los debates en la Comisión y en la Sexta Comisión de la Asamblea General se sugirió que debía enmendarse esa disposición a fin de que se exigiera el agotamiento de “todos los recursos legales internos *adecuados y efectivos* que existan”. Se trataba de una sugerencia comprensible, ya que en el segundo informe no se había hecho referencia a la exigencia de que los recursos tuvieran que ser “efectivos” (o que no debían ser “ineficaces”), salvo en el párrafo 67, relativo a la “labor futura”, que sirvió para informar que la cuestión se encararía en el tercer informe.

19. No hay objeciones en incluir en el artículo 10 una referencia a la necesidad de contar con recursos adecuados y efectivos, siempre que en una disposición separada se encare la cuestión de los recursos ineficaces o inútiles. Según se observó en el artículo 15, en la ma-

¹⁰ A/CN.4/514, Secc. B.

yoría de las circunstancias, la carga de la prueba en relación con la disponibilidad y efectividad de los recursos internos recaerá en distintas partes. Se exigirá al Estado demandado que demuestre que se ofrecen recursos internos, mientras que la carga de la prueba recaerá en el Estado demandante a fin de que demuestre que dichos recursos son ineficaces o inútiles. En consecuencia, la ineficacia corresponde a la categoría de excepciones a la norma de los recursos internos, y en esa disposición se la trata de esa manera.

20. Un recurso interno es ineficaz cuando es “obviamente inútil”/“no ofrece posibilidades razonables de éxito”/o “no brinda una posibilidad razonables de constituir un recurso efectivo”. Esas frases son más precisas que el término genérico “ineficaz” y, en consecuencia, son preferidas por los tribunales y los doctrinarios cuando describen el fenómeno del recurso interno ineficaz. La prueba de la “inutilidad obvia” es más alta que la correspondiente a “no brinda posibilidades razonables de éxito”, mientras que la prueba de “no brinda una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo” ocupa un lugar intermedio. Se presentan las tres posibilidades para que sean examinadas por la Comisión. Todas gozan de algún tipo de respaldo en las fuentes.

21. La denegación de justicia es un concepto que corresponde en gran medida al ámbito de la norma primaria. Sin embargo, está inextricablemente vinculada a muchas características de la norma de los recursos internos, incluso la de la ineficacia y, en tal sentido, puede decirse que tiene una naturaleza secundaria. Según se sugirió en el segundo informe¹¹, se la puede considerar norma secundaria cuando excusa tener que interponer más recursos internos y como norma primaria cuando da lugar a responsabilidad internacional. Las dos caras de la denegación de justicia quedan bien ilustradas por los artículos aprobados en primera lectura por la Tercera Comisión de la Conferencia de La Haya de 1930 para la codificación del derecho internacional, que en el artículo 9 definió a la denegación de justicia como norma primaria cuando las autoridades judiciales hayan impedido a un extranjero el ejercicio de su derecho a interponer un recurso judicial o en su trámite haya encontrado obstáculos o demoras injustificables que entrañen una denegación de justicia, y luego le dio un carácter secundario al exceptuar al extranjero agraviado de agotar los recursos internos cuando hubiera sufrido esa denegación de justicia (párrafo 2) del artículo 4)¹².

22. En estas observaciones se hará todo lo posible por evitar utilizar la expresión denegación de justicia. Sin embargo, ello no será siempre posible, ya que la norma de los recursos internos y la denegación de justicia están históricamente entrelazadas. Como se indica en la introducción al presente informe, el lugar correspondiente a la denegación de justicia en el presente proyecto de artículo se examinará en una adición al tercer informe.

Introducción

23. No es necesario agotar los recursos internos cuando éstos son ineficaces o su agotamiento sería inútil. La razón de ello es que no se exige al demandante que agote la justicia de un Estado extranjero “cuando no hay justicia que agotar”¹³.

¹¹ A/CN.4/514, párr. 10.

¹² Reproducido en F. V. García Amador, primer informe, en el *Yearbook ... 1956*, vol. II, pág. 173, en la página 226, A/CN.4/96.

¹³ *Robert E. Brown claim* (1923), 6 *U.N.R.I.A.A.*, pág. 120, en la página 129; Secretario de Estado de los Estados Unidos de América Fish al Sr. Pile, 29 de mayo de 1873, en J. B. Moore, *History and Digest of Internatioinal Arbitrations to which the United States has been a Party*, vol. 6., pág. 677 (llamado a partir de ahora *International Arbitrations*); *Finnish Ships Arbitration* (1934) 3 *U.N.R.I.A.A.*, pág. 1479, en la página 1497.

Este principio está respaldado por decisiones judiciales¹⁴, la doctrina jurídica¹⁵, la práctica de los Estados¹⁶ y la codificación de la norma de los recursos internos¹⁷. En el artículo 22 del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados aprobado en primera lectura se exige únicamente el agotamiento de los recursos “efectivos”¹⁸. Aunque se acepta ese principio, su formulación precisa es controversial, como se señala a continuación.

24. La inutilidad del recurso interno se debe determinar en el momento en que se lo debe utilizar¹⁹. Además, la decisión sobre la inutilidad de dichos recursos se debe adoptar en la presunción de que el reclamo tiene fundamento²⁰.

25. Parecería obvio que el tribunal internacional competente debería decidir sobre la efectividad o no de los recursos internos. Según señala Amerasingue:

“En términos generales, hay tres alternativas posibles. El tribunal puede aceptar la palabra del Estado reclamante en lo que respecta al recurso, o puede aceptar la palabra del Estado demandado, o puede investigar la cuestión teniendo en cuenta las pruebas presentadas y arribar a su propia conclusión. Aplicando la razón y el sentido común, parecería que se trata de una cuestión de hecho y de derecho que en condiciones ordinarias el tribunal debe investigar y decidir según las pruebas que tiene ante sí. Para determinar el efecto del recurso hay que realizar una estimación de las probabilidades y no hay motivo por el cual el Tribunal no deba ser competente para realizar esa estimación.”²¹

Esa verdad obvia aparentemente estaría contradicha por lo afirmado por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en la causa *Panevezys-Saldutiskis Railway*:

“La cuestión de si los tribunales de Lituania son o no competentes para conocer de una demanda en particular depende del derecho de Lituania y se trata de una cuestión sobre la cual únicamente los tribunales de Lituania pueden

¹⁴ Véanse los casos a que se hace referencia *supra* en la nota 13 y en la causa *Panevezys-Saldutiskis Railway*, 1939 *P.C.I.J. Series A/B*, No. 76, pág. 4, en la página 19; causa *Ambatielos* (1956), 12 *U.N.R.I.A.A.*, pág. 83, en las páginas 122 y 123; causa *Interhandel*, 1959 *I.C.J. Reports*, pág. 6, en las páginas 27 a 29.

¹⁵ Véase *infra*, en particular las notas 53, 54, 59, 60, 64 y 66.

¹⁶ Para las declaraciones sobre la práctica estatal norteamericana y británica, respectivamente, véase *Restatement of the Law of the Foreign Relations Law of the United States* (Second) (1965), párr. 207, comentario b), en las páginas 615 y 616; (Third) (1989), Part II, párr. 713, comentario f), pág. 219; C. Warbrick, *Protection of Nationals Abroad: Current Legal Problems* (1988) 37 *I.C.L.Q.*, pág. 1002, en la página 1008.

¹⁷ Véanse *infra* las notas 26, 27, 30 y 31. Una excepción a ello es el informe Guerrero, de 1926, que excusó el cumplimiento de la norma de los recursos internos únicamente cuando se denegaba a los extranjeros el acceso a los tribunales internos: (1926) 20 *A.J.I.L.*, pág. 176, en las páginas 202 y 203.

¹⁸ *Yearbook ... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 60.

¹⁹ C. F. Amerasingue, “The Exhaustion of Procedural Remedies in the Same Court” (1963), 12 *I.C.L.Q.*, pág. 1285, en la página 1312 (llamado a partir de ahora Exhaustion of Procedural Remedies).

²⁰ *Finnish Ships Arbitration*, *supra*, nota 13, pág. 1504; causa *Ambatielos*, *supra*, nota 14, págs. 119 y 120. Véase también G. Schwarzenberger, *International Law*, tercera edición (1957), vol. I, pág. 609; G. Fitzmaurice, “Hersch Lauterpacht – The Scholar as Judge” (1961), 37 *B.Y.I.L.*, pág. 1, en la pág. 60; D.P. O’Connell, *International Law*, segunda edición (1970), vol. 2, pág. 1057; y E. M. Borchard, “The Local Remedy Rule” (1934), 28 *A.J.I.L.*, pág. 729, en la página 730.

²¹ Exhaustion of Procedural Remedies, *supra*, nota 19, pág. 1307.

pronunciar la decisión final. No corresponde a este Tribunal examinar los argumentos que se le han dirigido a los fines de o bien establecer la competencia de los tribunales de Lituania mediante la alegación de disposiciones particulares de la legislación en vigor en Lituania, o de denegar la competencia de dichos tribunales atribuyendo un carácter particular (embargo *jure imperii*) al acto del Gobierno de Lituania.”²²

Sin embargo, el Tribunal no preveía dejar la decisión final sobre dichas cuestiones a los tribunales internos, lo que resulta claro de la observación que figura en el mismo fallo en el sentido de que “no es necesario recurrir a los tribunales internos si dichos tribunales no tienen competencia para brindar una solución”²³. La opinión de que el Tribunal Internacional es el órgano adecuado para pronunciarse sobre la cuestión de la inutilidad está confirmada por Sir Hersch Lauterpacht²⁴ y García Amador²⁵.

Formulación de una excepción

26. Si bien se conviene en que no es necesario agotar los recursos internos cuando éstos son inútiles o ineficaces, no hay acuerdo sobre la manera en que se debe formular esta excepción. Hay quienes prefieren formularla en términos de denegación de justicia: no es necesario agotar los recursos internos cuando existe una denegación de justicia. Hay otros que prefieren exigir que los recursos sean efectivos, no obviamente inútiles, ofrecer una posibilidad razonable de éxito o brindar una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo. Se habrán de examinar en detalle esos criterios, después de lo cual se examinarán los principales ejemplos de inutilidad o ineficacia reconocidos en fallos judiciales. Una vez hecho esto, se presentará una propuesta con la formulación más adecuada de la excepción.

27. En las primeras codificaciones se excusaba el cumplimiento de la norma de los recursos internos cuando había una denegación de justicia. Según se señaló previamente, en los artículos aprobados en primera lectura en la Tercera Comisión de la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional de La Haya de 1930 se establecía que se excusaba al reclamante de agotar los recursos internos cuando hubiera sido “limitado por las autoridades judiciales en el ejercicio de su derecho a obtener un recurso judicial” o “hubiera encontrado en el procedimiento obstáculos o demoras injustificables que entrañan una denegación de justicia”²⁶. En la Séptima Conferencia Internacional Americana, celebrada en Montevideo en 1933, también se exceptuó de la norma de los recursos internos a “los casos de manifiesta denegación o de retardo inmotivado de justicia”²⁷. García Amador adoptó un criterio similar²⁸.

28. La prueba simple de la “efectividad” disfruta de algún tipo de apoyo en la codificación. El Instituto de Derecho Internacional manifestó en su resolución aprobada

²² Véase *supra*, nota 14, pág. 19.

²³ *Ibid.*, pág. 18.

²⁴ *The Development of International Law by the International Court (1958)*, pág. 101. Véase también *C.H.P. Law, The Local Remedies Rule in International Law (1961)*, pág. 66.

²⁵ Primer informe, *supra*, nota 12, pág. 205, párr. 169.

²⁶ *Ibid.*, pág. 226. Véase también *Law, supra*, nota 24, pág. 71.

²⁷ Reproducido en García Amador, primer informe, *supra*, nota 12, pág. 229.

²⁸ F. V. García Amador, sexto informe, *Yearbook ... 1961*, vol. II, pág. 48, A/CN.4/134 y Add.1, párr. 2) del artículo 18 y párr. 2) del artículo 3. Véase también F. V. García Amador, “State Responsibility” (1958-II), 94 *Recueil des Cours*, pág. 421, en la página 452. Véase además la opinión separada del Magistrado Tanaka en la causa *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Segunda Etapa)*, 1970, *I.C.J. Reports*, pág. 3, en la página 145.

en el período de sesiones celebrado en Granada en 1956 que la norma del recurso interno se aplica únicamente “si el orden jurídico interno del Estado contra el cual se efectúa reclamo establece medios de solución disponibles a la persona agraviada que aparezcan ser *efectivos y suficientes*”²⁹. El artículo 22 del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en primera lectura exige el agotamiento de los “recursos internos efectivos”³⁰. En el mismo sentido, Juliane Kokott propuso su informe de 2000 sobre “Agotamiento de los recursos internos” al Comité de la Asociación de Derecho Internacional sobre la protección diplomática de las personas y los bienes que se exceptuara al reclamante de la norma de los recursos internos cuando “por cualquier motivo, éste no dispusiera de ningún recurso que pudiera solucionar de manera eficaz la violación cometida”³¹.

29. La prueba más estricta de la “inutilidad obvia” para eximir de la norma de los recursos internos tiene su origen en la declaración siguiente del árbitro Bagge en la causa *Finnish Ships Arbitration*:

“En lo que respecta a la tercera cuestión, de si el recurso interno debe ser considerado ineficaz únicamente cuando interponer el recurso interno es obviamente inútil en virtud de los derechos que se deben tener en cuenta al resolver el caso, o bien, como sugiere el Gobierno de Finlandia, es suficiente que dicha medida sólo parezca ser inútil, parece justificado aplicar cierta estrictez en la interpretación de la norma, en virtud de la opinión expresada por Borchard, cuando mencionó la norma aplicada en los casos de presa. Borchard dice (párr. 383): En algunos casos de presa se ha sostenido que, habida cuenta de una serie de decisiones uniformes en los tribunales superiores, no tendría sentido esperar que se revoque la condena, por lo cual se excusaría la apelación; pero esta norma se aplicó de la manera más estricta y si existiera un derecho sustancial de apelación, el hecho de no haber interpuesto la apelación precluiría la posibilidad de conocer de la causa”³².

Esta formulación de la prueba de exención de la norma de los recursos internos fue posteriormente aceptada por la mayoría de los comisionados en el arbitraje del caso *Ambatielos*³³ y concuerda sustancialmente con la prueba de la estrictez aplicada en la causa *Panevezys-Saldutiskis Railway*, de que se debe “demostrar claramente” la ineficacia del recurso³⁴.

30. La prueba de la “inutilidad obvia” ha sido muy criticada por algunos escritores y no se siguió en el caso *ELSI*, en que una sala de la Corte Internacional de Justicia

²⁹ (1956) 46 *Annuaire de l'Institut de Droit International*, pág. 364; se han añadido las bastardillas.

³⁰ *Yearbook ... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 132.

³¹ *International Law Association, Report of the Sixty-Ninth Conference* (2000) (llamado a partir de ahora *Exhaustion of Local Remedies*), pág. 606, en las páginas 629 y 630.

³² *Supra*, nota 13, pág. 1504. Según la opinión separada del Magistrado Tanaka en la causa *Barcelona Traction*, la norma de los recursos internos “aparentemente no es necesaria para quienes ello entrañaría una actividad claramente inútil y sin sentido” (*supra*, nota 28, pág. 145).

³³ *Supra*, nota 14, pág. 119.

³⁴ *Supra*, nota 14, pág. 19. Esta prueba aparentemente refleja la práctica británica, que exige que se debe “establecer claramente” la ineficacia de recurso. Véase Warbrick, *supra* nota 16, pág. 1008. Los Estados Unidos de América, en una opinión del Departamento de Estado de 1930, también exigieron que se “demostrara claramente” que los recursos internos eran ineficaces: G.H.H. Hackworth, *Digest of International Law* (1943), vol. 5, pág. 511.

estuvo dispuesta a presumir la ineficacia de los recursos internos³⁵. Amerasinghe manifestó que no correspondía que el árbitro Bagge importara la prueba de la estrictez adoptada en los casos de presa, dimanada del contexto de la guerra y en relación con la cual los Estados tienen facultades especiales de competencia, al derecho sobre la protección diplomática³⁶, mientras que Mummery manifestó que la prueba de la inutilidad obvia “contribuye muy poco a la precisión y objetividad del pensamiento”³⁷. Amerasinghe añade que:

“Sin embargo, la verdadera objeción al criterio estricto enunciado en la causa *Finnish Ships Arbitration* aparentemente radica en la falta de justificación para aplicar un criterio tan estricto a la interposición por extranjeros de recursos internos cuando, desde el punto de vista práctico, no cabe esperar en circunstancias normales que los litigantes pierdan tiempo y dinero incoando un recurso disponible, si aparentemente fuera razonable, más que sumamente probable, que no habrá de tener éxito. El argumento aplicable en el caso del extranjero es todavía más sólido. En su caso, lo que realmente existe no es la elección entre la interposición de un recurso y no obtener en absoluto una satisfacción por no haberlo interpuesto, como ocurre con el litigante ordinario. Se trata de elegir entre interponer recursos en el plano local y en el plano internacional y no interponer un recurso en el plano local mientras que al mismo tiempo se invoca un recurso internacional que podría dar lugar a una solución adecuada.”³⁸

31. Se puede lograr mejor la excepción a la norma de los recursos internos con fundamento en la ineficacia mediante una redacción que haga innecesario el agotamiento de los recursos internos cuando éstos no ofrezcan al reclamante una perspectiva razonable de éxito. Se puede encontrar apoyo a esta redacción en las pruebas en que se hace hincapié en la razonabilidad de que el reclamante interponga un recurso interno. Esta prueba es menos exigente que la de la “inutilidad obvia”, para la cual no sólo hay que probar que no hay posibilidades razonables de que tenga éxito el recurso interno, sino que también es obvio y manifiestamente claro que el recurso interno no tendrá éxito.

32. El apoyo más claro para esta prueba proviene de la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos, que en varias ocasiones ha aplicado la norma de la perspectiva “real” o “razonable” de éxito³⁹. Los comentaristas están divididos sobre si la Comisión preveía sustituir esta prueba por la de la “inutilidad obvia” y

³⁵ 1989 *I.C.J. Reports*, pág. 14, en las págs. 46 y 47. Dijo la Sala que, “con tanto litigio [que duró de 1968 a 1975 ante distintos tribunales italianos] en los tribunales internos sobre lo que en el fondo es la reclamación que tiene ahora ante sí la Sala, corresponde a Italia demostrar que no obstante existía algún recurso interno que no se había aplicado, o por lo menos, que no se había agotado (párr. 59); en la presente causa ... correspondía a Italia demostrar, como cuestión de hecho, la existencia de un recurso disponible para los accionistas norteamericanos y que éstos no hubieran aplicado. La Sala considera que Italia no ha cumplido esa obligación (párr. 62).

³⁶ “The Local Remedies Rule in an Appropriate Perspective” (1976), 36 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, pág. 726, en la página 752 (llamado a partir de ahora Local Remedies Rule); aprobación por E. M. Borchard del criterio aplicado por el árbitro Bagge en “The Local Remedy Rule”, *supra* nota 20, págs. 732 y 733.

³⁷ “The Content of the Duty to Exhaust Local Remedies” (1964), 58 *A.J.I.L.* pág. 389, en la página 401.

³⁸ *Supra*, nota 36.

³⁹ *Retimag v FRG*, solicitud No. 712/60, 4 *Yearbook of European Convention on Human Rights*, pág. 385, en la pág. 400; *X, Y and Z v UK*, solicitudes Nos. 8022/77, 8027/77, 18 *European Commission of Human Rights, Decisions and Reports*, pág. 66, en la pág. 74.

ha planteado dudas sobre la aplicación de esta prueba al derecho general de la protección diplomática⁴⁰. En la publicación del American Law Institute *Restatement of the Law (Second) of the Foreign Relations Law of the United States* (1965), se brinda cierto apoyo a esta prueba:

“El agotamiento del recurso no exige adoptar todas las medidas que pudieran concebiblemente dar por resultado un fallo favorable, sino que el extranjero debe adoptar todas las medidas que ofrezcan una *posibilidad razonable, si bien no la probabilidad* de éxito ... Los gastos o las demoras que ello entrañe, si fueran sustanciales en relación con el monto o la naturaleza de la indemnización solicitada, podrán ser pertinentes para determinar qué medidas razonablemente deberían adoptarse para agotar los recursos disponibles. No se exige al extranjero que incurra en gastos y demoras sustanciales al tratar de invocar un recurso cuando no hubiera una *posibilidad razonable* de que se pueda disponer del recurso.”⁴¹

33. Como se señaló precedentemente⁴², el artículo 22 del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su primera lectura simplemente exige que el recurso sea efectivo. Sin embargo, las observaciones a dicha disposición respaldan la formulación de “perspectivas razonables de éxito”:

“Desde el punto de vista de la persona a la que corresponde tomar esa iniciativa, parece evidente que la acción que se ha de seguir atañe a todas las vías que ofrecen una *perspectiva real* de lograr aún el resultado inicialmente previsto por la obligación internacional o, si verdaderamente se hubiera hecho este imposible, un resultado equivalente. Pero parece no menos evidente que sólo deben utilizarse las vías que ofrecen esta posibilidad.”⁴³

34. Si bien la prueba de la “inutilidad obvia” es muy estricta, la de “perspectivas razonables de éxito” es probablemente muy generosa para el reclamante. En consecuencia,

⁴⁰ A. A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Local Remedies in International Law* (1983), pág. 97 (llamado a partir de ahora *Application*); C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (1990) pág. 202 (llamado a partir de ahora *Local Remedies*).

⁴¹ Párrafo 207, comentario b), en las páginas 615 y 616. Se han agregado las bastardillas. Sin embargo, cabe observar que en el párrafo 208 se utilizan los términos “aparente” y “claramente ineficaz”. *Ibíd.*, en la página 618. Véase también *Restatement of the Law (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (1989), Parte II, párr. 713, comentario f), en la página 219, en que se exige a los nacionales de los Estados Unidos de América que agoten los recursos internos “a menos que se demuestre claramente que dichos recursos son inadecuados”. En declaraciones anteriores de funcionarios de los Estados Unidos de América se exigía un criterio más estricto, a saber, que “aparentemente no haya fundamentos adecuados para considerar que se obtendrá un recurso suficiente”, que “el Departamento ... no puede presumir que los tribunales establecidos ordinariamente de un país no administrarán justicia y que *se haya demostrado claramente* que ello es así” (21 de julio de 1930, opinión del Asesor Jurídico del Departamento de Estado, citado en Hackworth, *supra*, nota 34, vol. 5, pág. 511), o que “la política del Departamento siempre ha sido, y sigue siendo, no intervenir cuando el reclamante tiene oportunidad de comparecer ante los tribunales, a menos que los tribunales sean de una naturaleza tal que *no den ninguna esperanza de posibilidad* de justicia ...” (Carta de 27 de febrero de 1907, relativa a reclamaciones contra el Canadá por el Asesor Jurídico del Departamento, citado en *ibíd.*, pág. 520.)

⁴² Párr. 28.

⁴³ *Yearbook ... 1977*, vol. II (Segunda Parte), pág. 47, párr. 48. Véase también Law, *supra*, nota 24, págs. 78 y 79, quien redacta la prueba como “expectativa razonable de éxito”.

parece más prudente buscar una redacción que entrañe el concepto de razonabilidad, pero que no excuse demasiado fácilmente al reclamante de cumplir la norma de los recursos internos. Una solución posible se puede observar en la tercera opción, en que se establece una excepción para la norma de los recursos internos cuando “no hay posibilidad razonable de un recurso efectivo ante los tribunales del Estado requerido”. Esta redacción evita la formulación estricta de la “inutilidad obvia”, pero sin embargo impone una carga pesada al reclamante, al exigir que demuestre que, en las circunstancias del caso y teniendo en cuenta el sistema jurídico del Estado demandado, no hay posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo. Se trata de una prueba más estricta que la de “no hay posibilidades razonables de éxito”, que es la prueba empleada en algunos sistemas jurídicos para la apelación ante un tribunal superior.

35. Esta es la prueba aprobada en la opinión separada de Sir Hersch Lauterpacht en el caso de *Ciertos empréstitos noruegos*, en que manifestó, después de examinar los fundamentos por los cuales cabía dudar de que los tribunales noruegos pudieran brindar un recurso efectivo:

“Sin embargo, esas dudas no parecen lo suficientemente fuertes como para dejar sin efecto la exigencia del agotamiento previo de los recursos internos. La posición jurídica sobre el tema no puede considerarse tan abundantemente clara como para desechar, como cuestión de posibilidad razonable, que existe un recurso efectivo ante los tribunales de Noruega.”⁴⁴

Varios doctrinarios han respaldado esa opinión⁴⁵. Quizás quien mejor ha expuesto esta prueba es Sir Gerald Fitzmaurice:

“... Lauterpacht propuso el criterio de que la prueba de la eficacia debía ser que existiera ‘una posibilidad razonable’ de que existiera un recurso, o sea, en otras palabras sugirió que ningún recurso podía considerarse inútil desde el punto de vista de la eficacia a menos que no pareciera que hubiera siquiera una posibilidad razonable de que constituyera un recurso efectivo. Esta prueba es aceptable, siempre que se tenga presente que de lo que debe haber una posibilidad razonable es la *existencia* de un recurso efectivo posible, y que el simple hecho de que no existe la posibilidad razonable de que el reclamante *obtenga* el recurso, porque su caso es jurídicamente carente de mérito, no constituye el tipo de ausencia de posibilidad razonable que desplaza la norma de los recursos internos.”⁴⁶

36. Se puede argumentar que el texto propuesto concuerda más con el razonamiento del Arbitro Bagge en el caso *Finnish Ships Arbitration* que el de la “inutilidad obvia”. Ello fue expuesto claramente por Simpson y Fox:

⁴⁴ 1957 *I.C.J. Reports*, pág. 9, en la pág. 39.

⁴⁵ I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (quinta edición, 1998), pág. 499. D. R. Mummery prefiere preguntar si el recurso interno en cuestión “puede considerarse razonablemente como incapaz de producir una indemnización satisfactoria” (*supra*, nota 37, pág. 401).

⁴⁶ *Supra*, nota 20, págs. 60 y 61. Véase también M. Herdegen, *Diplomatischer Schutz und die Erschöpfung von Rechtsbehelfen*, en G. Ress and T. Stein, *Der diplomatische Schutz in Völker- und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen* (1966), pág. 63, en la página 70.

“Sin embargo, induce a error el uso de términos como ‘obviamente inútil’ y ‘obviamente insuficiente’ en relación con el derecho a apelar. En el caso *Finnish Ships* el árbitro oyó un largo argumento sobre el derecho de los armadores a apelar la decisión de la Junta de Arbitraje ante el Tribunal de Apelaciones y el hecho de que no lo hicieron, y en el laudo formuló un razonamiento detallado antes de llegar a la conclusión de que las cuestiones de derecho apelables eran ‘obviamente’ insuficientes para garantizar que se revocara la decisión de la Junta de Arbitraje. *En consecuencia, ‘obvio’ no debe entenderse en el sentido de inmediatamente aparente. A juzgar por el caso Finnish Ships, la prueba radica en si se ha demostrado de manera concluyente, o por lo menos convincente, la insuficiencia del fundamento de la apelación.*”⁴⁷

Esta interpretación es coherente con la opinión de Bagge, expresada en otro contexto, en que, en referencia a la decisión en el caso *Finnish Ships*, dijo que:

“no sería razonable exigir a la parte privada que pierda tiempo y dinero en un recurso que *con toda la probabilidad* sería inútil ... Incluso si los hechos manifestados por el Estado interviniente en la correspondencia diplomática como daño causado por el acto por el cual el Estado demandado es responsable quizás parezcan firmemente establecidos para el tribunal internacional, quizás haya otros fundamentos exigidos por el derecho local que sean decisivos para aceptar o rechazar en el plano nacional la demanda privada, y cuya existencia podría estar sujeta a opiniones diferentes. *Sólo cuando dicha diferencia de opinión no parezca razonablemente posible [es decir, cuando no haya posibilidades razonables de éxito], ... podrá considerarse innecesaria la aplicación de la norma de los recursos internos con referencia al fondo de la reclamación.*”⁴⁸

37. La objeción a la prueba de la “inutilidad obvia” que sugiere que la ineficacia del recurso interno debe ser “inmediatamente aparente” *ex facie*⁴⁹ se supera mediante la introducción a la prueba del elemento de “razonabilidad”. Ello permite al tribunal examinar si, en las circunstancias del caso particular, el recurso efectivo era una posibilidad razonable. La necesidad de actuar de esa manera fue destacada por Manley O. Hudson, en su opinión en disidencia en el caso *Panevezys-Saldutiskis Railway*⁵⁰ y por Sir Hersch Lauterpacht, en su opinión separada en el caso de *Ciertos empréstitos noruegos*⁵¹. El criterio correcto fue manifestado de manera admirable por Mummery:

“... El tribunal internacional debe tener en cuenta no sólo el recurso en papel, sino también las circunstancias que rodean al recurso. Si esas circunstancias son fundamentales para que se vuelva ineficaz un recurso que de otro modo sería efectivo, y se deben más a la actividad del Estado que a la del reclamante, a los fines de la norma debe considerarse ineficaz al recurso. Esta flexibilidad de criterio se adecua a la función social de la norma ... —dar primacía de jurisdicción a los tribunales locales, no de manera absoluta, sino en los casos en que pue-

⁴⁷ *International Arbitrations* (1959), pág. 114. Se han añadido las bastardillas.

⁴⁸ “Intervention on the Ground of Damage Caused to Nationals, with Particular Reference to Exhaustion of Local Remedies and the Rights of Shareholders” (1958), 34 *B.Y.I.L.*, pág. 162, en las páginas 166 y 167. Se han añadido las bastardillas.

⁴⁹ Simpson y Fox, *supra*, nota 47.

⁵⁰ *Supra*, nota 14, pág. 48.

⁵¹ *Supra*, nota 44, pág. 39.

den razonablemente aceptarla y cuando el Estado receptor es razonablemente capaz de cumplir su función de ofrecer un recurso. En consecuencia, el resultado de un caso en particular dependerá de un equilibrio de factores. Por ejemplo, en una situación en que el mejor asesoramiento jurídico local sugiera que es muy poco probable que seguir incoando recursos internos dé lugar a una resolución favorable al reclamante, quizás la conclusión correcta sea que se han agotado los recursos internos si el costo que entraña en seguir los trámites supera con creces la posibilidad de obtener un resultado satisfactorio; lo contrario se aplicaría si los problemas o el costo que entrañase continuar los procedimientos fueran reducidos o nulos.”⁵²

Circunstancias en que se ha establecido que los recursos internos eran ineficaces o inútiles

38. *El tribunal local no es competente para entender de la controversia en cuestión*⁵³. Ese principio ha sido ampliamente aceptado en la jurisprudencia y la doctrina⁵⁴. El caso *Panevezys Saldutiskis Railway* no niega ese principio. Allí el tribunal manifestó que no le satisfacía que los tribunales de Lituania no tuvieran competencia sobre un “acto del Estado”, según manifestaba Estonia, a falta de una decisión judicial en Lituania⁵⁵. Se trató de un criterio extremadamente cauteloso⁵⁶, posiblemente tímido, pero la Corte dejó en claro que aceptaba el principio de que “no era necesario recurrir a los tribunales locales si esos tribunales no fueran competentes para resolver la causa”⁵⁷.

39. Un corolario necesario de ese principio es que no es necesario agotar el procedimiento de apelación cuando el tribunal de alzada tiene una competencia limitada. Por ello, en el caso *Finnish Ships Arbitration*, el árbitro Bagge, sostuvo que se habían

⁵² Mummery, *supra*, nota 37, págs. 400 y 401. Véase también Herdegen, *supra*, nota 46, pág. 71.

⁵³ Kokott, *Exhaustion of Local Remedies*, *supra*, nota 31, pág. 622; Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra*, nota 40, págs. 197 y 198; R. Jennings y A. Watts (editores), *Oppenheim's International Law*, 9ª edición, (1992), vol. 1, pág. 525; A. Verdross y B. Simma, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, 3a. edición (1984), pág. 884; Mummery, *supra*, nota 37, págs. 396 y 397.

⁵⁴ Véase *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly*, señalado en (1934), 28 *A. J. I. L.*, pág. 760, en la página 789 (“la norma del agotamiento de los recursos internos no se aplica en general cuando el acto en cuestión consiste en medidas adoptadas para el gobierno o por un miembro del gobierno en el desempeño de sus tareas oficiales. Rara vez existe un recurso interno contra los actos de órganos autorizados del Estado.”); *R. Gelbtrunk* y “Salvador Commercial Co.” y otros (1902), 15 *U. N. R. I. A. A.*, pág. 467, en las páginas 467 a 477; *Lotti May Incident* (1899), 15. *U. N. R. I. A. A.*, pág. 29, en la página 31; opinión separada del magistrado Lauterpacht en el caso de *Ciertos empréstitos noruegos*, *supra*, nota 44, págs. 39 y 40; E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (1915), pág. 823 (llamado a partir de ahora *Diplomatic Protection*); *Oppenheim's International Law*, *supra*, nota 53, vol. 1, pág. 525; Brownlie, *supra*, nota 45, pág. 500; Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra*, nota 40, pág. 197; C. F. Amerasinghe, “Whither the Local Remedies Rule?” (1990), 5 *I. C. S. I. D. Review*, pág. 292, en la página 306; E. Jiménez de Aréchaga, “International Responsibility”, en M. Sørensen (editor), *Manual of Public International Law* (1968), pág. 531, en las páginas 587 y 588; Verzijl, en (1956) 46 *Annuaire de l'Institut de Droit International*, pág. 266; *Forest of Central Rhodope* (1933) 3 *U. N. R. I. A. A.*, pág. 1405, en la página 1420; Caso *Interhandel*, *supra*, nota 14, pág. 27; Verdross y Simma, *supra*, nota 53, pág. 833; *Law*, *supra*, nota 24, pág. 69; Schwarzenberger, *supra*, nota 20, vol. 1, pág. 608.

⁵⁵ *Supra*, nota 14, pág. 19.

⁵⁶ Véase Lauterpacht, *supra*, nota 24, pág. 101.

⁵⁷ *Supra*, nota 14, pág. 18.

agotado los recursos internos porque la cuestión debatida era de hecho y el Tribunal de Apelación sólo tenía competencia para decidir cuestiones de derecho⁵⁸.

40. *La legislación nacional que justifica los actos de que reclama el extranjero no será examinada por los tribunales.* Por ejemplo, cuando se ha promulgado legislación a fin de confiscar los bienes de un extranjero y es claro que los tribunales están obligados a hacer cumplir esas leyes, no será necesario agotar los recursos internos. Por ello, en el caso *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly*, relativo a la confiscación de bosques por Bulgaria en virtud de una ley búlgara promulgada en 1904, el árbitro Undén dijo que:

“El Ministerio de Agricultura, al proceder a la confiscación definitiva de los bosques, se basó en ... la ley de Bulgaria de 1904 en virtud de la cual debían considerarse de dominio del Estado todos los *yailaks*. Habida cuenta de que la ley no se modificó a fin de admitir la aplicación de un régimen especial a los territorios anexados, los demandantes tenían motivos para considerar inútil toda acción ante los tribunales búlgaros en contra del Tesoro de Bulgaria.”⁵⁹

41. *Es notorio que los tribunales locales no son independientes*⁶⁰. La autoridad más importante que apoya este principio en la reclamación *Robert E. Brown*⁶¹. En ese caso, el Presidente de la República Sudafricana, Paul Kruger, destituyó al Presidente de la Corte Suprema porque había fallado en favor de Brown en relación con ciertos derechos mineros, y tanto el Presidente como la Legislatura de la República habían denunciado la decisión de ese magistrado. En esas circunstancias, los abogados aconsejaron a Brown que era inútil continuar con la reclamación de daños y perjuicios, ya que el Tribunal Supremo reconstituido le era claramente hostil⁶². El Tribunal que entendió de la reclamación internacional rechazó el argumento de que Brown no había agotado los recursos internos, y sostuvo que la “inutilidad de continuar

⁵⁸ *Supra*, nota 13, pág. 1535. Véase también Scharwarzenberger *supra*, nota 20, vol. 1, pág. 609; Jiménez de Aréchaga, “International Responsibility”, *supra*, nota 54, pág. 588; Brownlie *supra*, nota 45, pág. 499; Mummery, *supra*, nota 37, pág. 398; Law, *supra*, nota 24, pág. 68.

⁵⁹ *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly*, *supra*, nota 54, pág. 789. Véase también *Forests of Central Rhodope*, *supra*, nota 54, pág. 1405; causa *Ambatielos*, *supra*, nota 14, pág. 119; causa *Interhandel*, *supra*, nota 14, pág. 28; Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra*, nota 40, pág. 198; *Oppenheim’s International Law*, *supra*, nota 53, vol. 1, pág. 525; Jiménez de Aréchaga, “International Responsibility”, *supra*, nota 54, pág. 589; Law, *supra*, nota 24, págs. 66 y 70; K. Doering, “Local Remedies, Exhaustion of”, en *Encyclopedia of Public International Law (E.P.I.L.)* (1997), vol. 3, pág. 238, en la página 240; Schwarzenberger, *supra*, nota 20, vol. 1, pág. 608; *Yearbook ... 1977, vol. II* (segunda parte), págs. 30 a 50, párr. 50.

⁶⁰ Jiménez de Aréchaga, *supra*, nota 54, pág. 589; Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra*, nota 40, pág. 198; Borchard, *Diplomatic Protection*, *supra*, nota 54, pág. 823 (en referencia a los tribunales controlados por una muchedumbre hostil); *Oppenheim’s International Law*, *supra*, nota 54, vol. 1, pág. 525; Brownlie, *supra*, nota 45, pág. 500; caso *Velásquez Rodríguez*, 1989, 28 *I.L.M.*, pág. 291, en las páginas 304 a 309; M. M. Whiteman, *Digest of International Law* (1967), vol. 8, pág. 784; opinión separada del Magistrado Tanaka en el caso *Barcelona Traction* (segunda etapa), *supra*, nota 28, pág. 147; opinión disidente del magistrado Levi Carneiro en el caso de la *Anglo-Iranian Oil Co.*, 1952, *I.C.J. Reports* 165; Moore, *International Arbitrations*, *supra*, nota 13, vol. 3, págs. 1655, 1657, 3076 y siguientes y 4902; *ibíd.*, vol. 6, pág. 287; Mummery, *supra*, nota 37, pág. 403; Law, *supra*, nota 24, pág. 86; Cançado Trindade, *Application*, *supra*, nota 40, pág. 78; Fitzmaurice, *supra*, nota 20, pág. 59; *Yearbook ... 1977*, vol. II (segunda parte), págs. 30 a 50, párr. 50; Nguyen Quoc Dinh, *Droit International Public* (P. Daillier y A. Pellet editores), 6a. edición (1999), pág. 776.

⁶¹ *Supra*, nota 13, pág. 120.

⁶² Para la historia de ese caso, véase J. Dugard, “Chief Justice versus President: Does the Ghost of Brown v. Leyds NO Still Haunt our Judges?” (1981), *De Rebus*, pág. 421.

los trámites había sido plenamente demostrada y el consejo brindado por los abogados estaba ampliamente justificado”. Dijo el Tribunal que no era necesario agotar los recursos “cuando no hay recursos que agotar”⁶³.

42. *Debe haber una serie coherente y bien establecida de precedentes contrarios a la pretensión del extranjero.* No es “necesario recurrir una vez más ante los tribunales locales si el resultado será una repetición de una decisión ya adoptada”⁶⁴. La simple probabilidad de una decisión desfavorable es insuficiente: debe haber “algo más que una probabilidad de derrota, pero menos que certeza”⁶⁵.

43. Los tribunales del Estado demandado no deben tener competencia para brindar al extranjero un recurso apropiado y adecuado⁶⁶.

44. *El Estado demandado no cuenta con un sistema adecuado de protección judicial.* En el caso *Mushikiwabo and others v. Barayagwiza*, un tribunal de distrito de los Estados Unidos de América sostuvo que se podía dispensar la norma de los recursos internos en un caso como el del “sistema judicial de Rwanda, que prácticamente había dejado de funcionar y no estaría en condiciones de tramitar demandas civiles en el futuro cercano”⁶⁷. Durante la dictadura militar en Chile, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos resolvió que las irregularidades propias de los trámites judiciales en la justicia militar eximían la necesidad de agotar los recursos internos⁶⁸. A resultas de la influencia de la jurisprudencia internacional sobre

⁶³ *Supra*, nota 13, pág. 129.

⁶⁴ Caso *Panavezys-Salutiskis Railway*, *supra*, nota 14, pág. 18. Véase también Borchard, *Diplomatic Protection*, *supra*, nota 54, págs. 823 y 824; S. S. Lisman, (1937), 3 *U.N.R.I.A.A.*, pág. 1769, en la página 1773; S. S. Seguranca (1939), 3. *U.N.R.I.A.A.*, pág. 1861, en la página 1868; *Finnish Ships Arbitration*, *supra*, nota 13, pág. 1495; *X v. Federal Republic of Germany*, (1956), 1 *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, pág. 138; *X v. Federal Republic of Germany* (1958), 2 *Yearbook of European Convention on Human Rights*, pág. 342, en la pág. 344; *X v. Austria* (1960), 3 *Yearbook of the European Convention of Human Rights*, pág. 196, en la página 202; Jiménez de Aréchaga, “*International Responsibility*”, *supra*, nota 54, pág. 589; Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra*, nota 40, págs. 196 y 197; Brownlie, *supra*, nota 45, pág. 499; Kokott, *Exhaustion of Local Remedies*, *supra*, nota 31, pág. 622; Mummery, *supra*, nota 37, pág. 402; Law, *supra*, nota 24, pág. 66; Cançado Trindade, *Application*, *supra*, nota 40; *Restatement (Second)*, *supra*, nota 16, pág. 618, párr. 208; Doering, *supra*, nota 59, pág. 240; Schwarzenberger, *supra*, nota 20, vol. 1, pág. 609; *Yearbook ... 1977*, vol. II (Segunda parte), pág. 48, párr. 50.

⁶⁵ Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra*, nota 40, pág. 196.

⁶⁶ *Finnish Ships Arbitration*, *supra*, nota 13, págs. 1496 y 1497; caso *Velásquez Rodríguez*, *supra*, nota 60, págs. 304 a 309; Borchard, *Diplomatic Protection*, *supra*, nota 54, pág. 332; *Oppenheim's International Law*, *supra*, nota 53, vol. 1, pág. 525; Kokott, *The Exhaustion of Local Remedies*, *supra*, nota 31, pág. 622; *Yagci and Sargin v. Turkey*, solicitud No. 16426/90 (1995) *European Court of Human Rights, Reports and Decisions*, No. 319, pág. 3, en la pág. 17, párr. 42; *Hornsby v. Greece*, Solicitud No. 18357/91, (1997-II), *European Court of Human Rights, Reports and Decisions*, No. 33, pág. 495, en la pág. 509, párr. 37; Mummery, *supra*, nota 37, pág. 401 y 402; Cançado Trindade, *Application*, *supra*, nota 40, págs. 76 a 78; Verdross y Simma, *supra*, nota 53, pág. 884; apartado a) del párrafo 2) del artículo 19 del proyecto de Convención sobre responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a los extranjeros, preparado por Harvard Research on International Law, reproducido en L. B. Sohn y R. R. Baxter, “*Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens*” (1961), 55 *A. J. I. L.*, pág. 545, en la pág. 577; Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra*, nota 40, pág. 198.

⁶⁷ (1997), 107 *I. L. R.*, pág. 457, en la página 460.

⁶⁸ Véase también la resolución 1a./88, caso 9755, *Ann. Rep. I.Acom.HR 1987-88*, pág. 137; Amerasinghe, *Local Remedies* *supra*, nota 40, pág. 200; Amerasinghe, *Whither the Local Remedies Rule?*, *supra*, nota 54, pág. 307; Borchard, *Diplomatic Protection*, *supra*, nota 54, pág. 822; Mummery, *supra*, nota 37, pág. 404; *Restatement (Second)*, *supra*, nota 16, pág. 618, párr. 208; Doehring, *supra*, nota 59, pág. 239; Schwarzenberger, *supra*, nota 20, vol. 1, pág. 609.

derechos humanos, las nociones de juicio justo y debido proceso tienen mayor peso en el derecho internacional contemporáneo de lo que tenían en los primeros 60 años del siglo XX, cuando se adoptaron muchas de las primeras decisiones sobre el agotamiento de los recursos internos. En consecuencia, hoy día se debe otorgar un mayor peso a esta excepción a la norma de los recursos internos.

Conclusión

45. Los ejemplos mencionados precedentemente de circunstancias en que se excusó la aplicación de los recursos internos sugiere que se exija al reclamante que demuestre algo más que los recursos internos no ofrecen una posibilidad razonable de éxito (opción 2). Por el contrario, sugieren que el reclamante debe probar su inutilidad. Sin embargo, no respaldan la prueba de la inutilidad obvia (opción 1), que sugiere que la inutilidad de los recursos internos debe ser “inmediatamente aparente”⁶⁹. En cambio, exigen al Tribunal que examine las circunstancias de un reclamo en particular que quizá no sean inmediatamente aparentes, como la independencia del poder judicial, la capacidad de los tribunales locales de tramitar un juicio justo, la existencia de una serie de precedentes contrarios al reclamante y la conducta del Estado demandado. En consecuencia, en cada caso se debe considerar la razonabilidad de tramitar los recursos internos⁷⁰. Todo ello nos apunta en dirección de la opción 3: no se debe obligar al reclamante a agotar los recursos internos cuando los tribunales del Estado demandado “no brinden una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo”.

2. Dispensa (artículo 14 b))

Artículo 14

No será necesario agotar los recursos internos cuando:

...

b) el Estado demandado haya renunciado expresa o tácitamente al requisito de que estén agotados los recursos internos o haya un impedimento para que lo haga valer;

46. A veces los Estados están dispuestos a dispensar del requisito de que estén agotados los recursos internos⁷¹. Como la norma obedece al propósito de proteger los intereses del Estado acusado de tratar indebidamente a un extranjero, se desprende que el Estado puede por sí mismo renunciar a esta protección. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictaminado que:

⁶⁹ Simpson y Fox, *supra*, nota 47, pág. 114.

⁷⁰ Al respecto, Mummery afirma:

“A medida que la jurisprudencia internacional se desarrolla en relación con este tema, el análisis de los casos exigirá contar con los máximos conocimientos de la disciplina del derecho comparado, porque las distintas jurisdicciones del *common law* y del derecho civil han elaborado conceptos diferentes de lo que es esencial para un recurso interno eficaz y de esos conceptos quizás se puedan extraer criterios a los fines del estándar internacional relativo a la norma de los recursos internos. En consecuencia, es importante examinar todos los casos en el contexto de un principio subyacente y unificante de razonabilidad” (*supra*, nota 37, pág. 404).

⁷¹ Hay muchas razones por las cuales el Estado puede tomar esa decisión; puede por ejemplo creer que con ello se ahorraría tiempo y dinero. Véase C. F. Amerasinghe, *State Responsibility for Injuries to Aliens* (1967), pág. 207.

“En este caso, según los principios del derecho internacional generalmente reconocidos y la práctica internacional, la norma que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios. Se le ha considerado así un medio de defensa y, como tal, renunciabile, de modo tácito.”⁷²

47. En la práctica no parecería estar prohibida la renuncia a los recursos internos. Desde el punto de vista de la doctrina, sin embargo, es difícil conciliarla con el planteamiento sustantivo del agotamiento de los recursos internos⁷³ y Amerasinghe expresa claramente la razón de ello:

“Si la norma relativa a los recursos internos es de procedimiento, la dispensa es perfectamente posible y comprensible. Ya que se trata únicamente de un medio de determinar la realización ordenada de un litigio internacional, se puede hacer una excepción a ella y excluir algunos de los trámites en el ordenamiento. La índole del perjuicio no quedara afectada en modo alguno. Lo único que cambia es el método de arreglo. El perjuicio, que sigue siendo el mismo, es determinado definitivamente y reparado directamente por un tribunal internacional y no por uno o más tribunales preliminares como de costumbre.

Si la norma es de fondo, no sería posible dispensar del requisito de que se agoten los recursos internos. La posibilidad de hacer valer esos recursos se convierte en parte material del perjuicio denunciado al tribunal internacional. Sin esos recursos internos no habría fundamento para la demanda. De permitirse dispensar del requisito no se podría demostrar ante un tribunal internacional un fundamento que se refiriera a la responsabilidad internacional. O tendrán que estar agotados los recursos internos con una denegación de justicia o habrá que demostrar que no hay recursos adecuados. Hablar de una verdadera dispensa es incongruente en una circunstancia como esa.

Los mismos argumentos son aplicables a la posibilidad de no aprovechar los beneficios de la norma porque hay un impedimento o por otra razón. La norma queda dispensada de esta forma ante un tribunal internacional si después de ello subsiste un perjuicio internacional que un tribunal internacional puede reparar. Ello únicamente puede ocurrir si la norma es de procedimiento y no si es sustantiva. De la misma manera, únicamente pueden autorizarse verdaderas excepciones a la norma [por ejemplo, si los recursos son ineficaces] si el tribunal internacional que conoce de la causa tiene que fallar una controversia sobre la base del derecho internacional. Así ocurre únicamente si la norma relativa a los recursos internos que no se aplica en una causa determinada es de procedimiento.”⁷⁴

48. La dispensa plantea problemas para quienes propician que la norma de los recursos internos constituye una cuestión sustantiva. Probablemente por esa razón los

⁷² Asunto relativo al Gobierno de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos (1984) 67 I.L.R., pág. 578, en la página 587, párr. 26. Véase también el asunto *ELSI*, *supra*, nota 35, pág. 42, párr. 50; las causas *De Wilde, Ooms y Versyp* (“Vagrancy Cases”), Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1971) 56 I.L.R., pág. 37, en la página 370, párr. 55. Véase también *Cançado Trindade, Application*, *supra*, nota 40, pág. 133.

⁷³ Véase el segundo informe sobre protección diplomática (A/CN.4/514), párr. 33.

⁷⁴ *Supra*, nota 71, págs. 207 y 208.

sustantivistas⁷⁵ no han discutido prácticamente la dispensa, aunque ninguno la niega. Por el contrario, Borchard, prominente sustantivista, admite la posibilidad de dispensa⁷⁶. Los autores que creen que es una cuestión de procedimiento no tienen mayor dificultad para apoyar el derecho de renuncia por el Estado demandado⁷⁷, incluso en el caso de las convenciones de derechos humanos⁷⁸.

49. La dispensa de los recursos internos puede revestir muchas formas distintas. Puede aparecer en un tratado bilateral o multilateral concertado antes o después de que se suscite la controversia; puede aparecer en un contrato entre el extranjero y el Estado demandado; puede ser expresa o tácita o puede inferirse del comportamiento del Estado demandado en circunstancias en que pueda ser calificada de impedimento o de renuncia.

Dispensa expresa

50. Se puede incluir una dispensa expresa en un compromiso arbitral concertado para dirimir una controversia que ya existe o en un tratado general que disponga que las controversias que se susciten en el futuro han de dirimirse mediante arbitraje o alguna otra forma de arreglo internacional. También puede incluirse en un contrato entre un Estado y un extranjero. Hay acuerdo general en que la dispensa expresa de la norma relativa a los recursos internos es válida⁷⁹ y el Instituto de Derecho Internacional⁸⁰ y el Relator Especial de la Comisión, Sr. García Amador⁸¹, han dicho que este principio está listo para su codificación.

⁷⁵ Roberto Ago no se refiere a la dispensa en su estudio de la norma relativa a los recursos internos. R. Ago, Sexto informe sobre responsabilidad de los Estados, *Anuario ... 1977*, vol. II (Primera parte), pág. 3; *ibíd.*, vol. II, segunda parte, pág. 30. Véase también O'Connell, *supra*, nota 20, vol. 2, pág. 1059.

⁷⁶ Véase, por ejemplo, Borchard, *Diplomatic Protection*, *supra*, nota 54, págs. 819 y 825.

⁷⁷ Amerasinghe, Local Remedies Rule, *supra*, nota 36, págs. 735 y 736; Law, *supra*, nota 24, pág. 59; F. V. García Amador, Tercer informe, *Anuario ... 1958*, vol. II, pág. 47, en la página 93 (documento A/CN.4/111); F. V. García Amador, *The Changing Law of International Claims* (1984), pág. 466 (en adelante *Changing Law*); J. C. Witenburg "La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales" (1932-III), 41 *Recueil des Cours*, pág. 55; K. Ipsen, *Völkerrecht*, tercera versión revisada (1990), pág. 313; E. M. Borchard, "Theoretical Aspects of the International Responsibility of States" (1929), 1 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, pág. 223, en la página 240 (en adelante *Theoretical Aspects*). Véase *Restatement (Second)*, *supra*, nota 16, vol. II, págs. 620 a 622, párr. 209; Kokott, *Exhaustion of Local Remedies*, *supra*, nota 31, pág. 613.

⁷⁸ Cançado Trindade, *Applications*, *supra*, nota 40, pág. 128 a 133.

⁷⁹ Véanse las obras mencionadas en *supra*, nota 77. Véase también Doering, *supra*, nota 59, pág. 239; H. W. Briggs, "The Local Remedies Rule: A Drafting Suggestion", 50 *A.J.I.L.* (1956), pág. 921, en la página 925; Amerasinghe, "Whither the Local Remedies Rule?", *supra*, nota 54, págs. 293 y 294; Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra*, nota 40, pág. 251; *Oppenheim's International Law* *supra*, nota 53, págs. 525 y 526; Schwarzenberger, *supra*, nota 20, vol. 1, pág. 610; Verdross y Simma, *supra*, nota 53, pág. 883; Herdegen, *supra*, nota 46, pág. 69.

⁸⁰ La resolución aprobada en el período de sesiones que celebró en Granada señala que: "La norma no es aplicable: ... b) cuando su aplicación haya sido descartada mediante acuerdo de los Estados de que se trate" (*supra*, nota 29, pág. 315). Véase también Bourquin, en (1954) *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 1, pág. 58.

⁸¹ García Amador, tercer informe, *supra*, nota 77, pág. 55. Según el artículo 17, la norma del agotamiento de los recursos internos "no será aplicable si el Estado ha convenido expresamente con el extranjero ... en dispensar de los recursos internos". Véase también su sexto informe (*supra*, nota 28, pág. 134), artículo 18, párr.4.

51. La dispensa es común en la práctica estatal contemporánea y muchos acuerdos de arbitraje contienen cláusulas de esa índole⁸². Probablemente el ejemplo más conocido es el artículo 26 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones, según el cual:

“Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme al Convenio se considerará consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.”⁸³

52. Hay acuerdo general en que la dispensa expresa, conste en un acuerdo entre Estados o en un contrato entre un Estado y el extranjero, es irrevocable incluso si el contrato se rige por la ley del Estado de acogida⁸⁴.

Dispensa tácita

53. No se puede interpretar de buenas a primeras que hay una dispensa tácita de los recursos internos. En el asunto *ELSI*, una sala de la Corte Internacional de Justicia declaró en este contexto que

“no podía aceptar una dispensa tácita de un principio importante del derecho internacional consuetudinario de *no haber palabras que expresaran claramente la intención de hacerlo*.”⁸⁵

De hecho, Georg Schwarzenberger ha dicho que existe una presunción contra la dispensa tácita:

“En esa situación de incertidumbre, es necesario ponderar debidamente tres presunciones aplicables: una contra cualquier renuncia tácita de derechos, otra en favor de una restricción mínima de la soberanía y otra en favor de la interpretación de los tratados en el contexto del derecho consuetudinario internacional. Las tres hacen que la balanza se incline en contra de una dispensa tácita de la norma relativa a los recursos internos.”⁸⁶

54. Sin embargo, cuando esté clara la intención de las partes de dispensar de los recursos internos, es preciso darle efectividad. Esta conclusión se ve corroborada

⁸² Por ejemplo, el Convenio de 1923, por el cual se establece la Comisión de Reclamaciones entre los Estados Unidos y México (artículo V) y el acuerdo de 1910 entre los Estados Unidos y Gran Bretaña citado en Borchard, *Theoretical Aspects*, nota 77 *supra*, pág. 240. Véase también el Acuerdo de Arbitraje entre los Estados Unidos y el Canadá relativo al Lago Ontario (presa Gut), artículo II 2) c), reproducido en (1965) 4 *I.L.M.*, págs. 469.

⁸³ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 575, pág. 159.

⁸⁴ Asunto relativo al Gobierno de Costa Rica, *supra*, nota 72, pág. 587, párr. 26; Casos *De Wilde, Ooms y Versyp*, *supra*, nota 72, pág. 370, párr. 55; Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra*, nota 36, pág. 737; alegatos del Reino Unido en el caso *Anglo-Iranian Oil Company*, 1951, *I.C.J. Pleadings*, págs. 118 y 119. Alegatos del Irán *Sed contra el Irán* en *ibíd.*, en la página 501.

⁸⁵ Nota 35 *supra*, pág. 42, p. 50. Las bastardillas son nuestras. Véase también Kokott, *Exhaustion of Local Remedies*, *supra*, nota 31, pág. 626.

⁸⁶ *Supra*, nota 20, págs. 610 y 611. Véase también García Amador, *Changing Law*, *supra*, nota 77, pág. 467; García Amador, Tercer informe, *supra*, nota 77, pág. 47, párr. 23; causa *Salem* 1932, 2 *U.N.R.I.A.A.*, pág. 1165, en la página 1189; Law, *supra*, nota 24, pág. 98; E. Jiménez de Aréchaga, “General course in public international law” (1978-I), 159 *Recueil des Cours*, págs. 1 a 292 (en lo sucesivo *General Course*); Cançado Trindade, *Application*, *supra*, nota 40, pág. 131.

tanto en fallos judiciales⁸⁷ como en la doctrina⁸⁸. El Relator Especial García Amador no fue claro a este respecto. En su sexto y último informe a la Comisión en 1961, se refirió únicamente a la renuncia expresa de los recursos internos⁸⁹, pero posteriormente, en *The Changing Law of International Claims* (1984), aceptó que una dispensa pudiera ser tácita a condición de que fuera clara e inequívoca⁹⁰

55. No cabe enunciar una regla general en cuanto a los casos en que cabe inferir tácitamente la intención de dispensar de los recursos internos. Cada caso debe determinarse según el texto del instrumento y las circunstancias de su aprobación⁹¹. Sin embargo, es útil estudiar distintos tipos de acuerdos de arbitraje ya que les pueden ser aplicables consideraciones especiales.

La cláusula compromisoria concertada antes de la controversia

56. Cuando el Estado demandado ha aceptado someter a arbitraje las controversias que se susciten en el futuro con el Estado demandante, cuenta con apoyo la opinión de que ese acuerdo “no significa que se renuncie al derecho de agotar todos los recursos internos en los casos en que una de las partes contratantes patrocine la demanda de su nacional⁹². De hecho, en varios casos en que había una cláusula compromisoria de esta índole, el Estado demandante no ha hecho valer la dispensa que tácitamente entraña esta circunstancia de la sumisión al arbitraje como réplica a una objeción preliminar basada en que no se habían agotado los recursos internos⁹³. La

⁸⁷ Véase por ejemplo *Steiner and Gross v. Polish State* (1927-28) 4 Annual Digest of Public International Law Cases (en adelante Annual Digest), pág. 472; *American International Group Inc. v. Irán*, Laudo No. 93-2-3 (1983) 4 Irán-US CTR pág. 96.

⁸⁸ Law, *supra*, nota 24, pág. 93; *Oppenheim's International Law*, nota 53 *supra*, págs. 525 y 526; Amerasinghe, *Local Remedies Rule*, nota 36 *supra*, págs. 735-736; Borchard, *Diplomatic protection*, *supra*, nota 54, págs. 819, 825.

⁸⁹ En ese informe, adoptó la posición de que la norma relativa al agotamiento de los recursos internos no será aplicable ... “cuando el Estado demandado haya convenido expresamente con el Estado de la nacionalidad del extranjero lesionado la omisión de algún o de todos los recursos internos” (García Amador, Sexto informe, *supra*, nota 28, pág. 54, artículo 18 4)). Véase además *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire Ottoman* (Greece v. France) (1956) 12 *U.N.R.I.A.A.* párr. 161, en las páginas 186 y 187.

⁹⁰ Página 467.

⁹¹ En su primer informe, García Amador señalaba que era necesario recurrir a los trabajos preparatorios del acuerdo y habría que ver “si dentro del objeto del tratado está comprendida la controversia de que se trate y aun en el caso afirmativo si su propósito expreso o tácito ha sido el de exceptuar la aplicación del principio en las controversias de ese tipo. En otras palabras, la aplicación del principio dependerá necesariamente no sólo del objeto o alcance del convenio sino de las circunstancias que concurran en cada caso concreto”. Primer informe, *supra*, nota 12, pág. 204, párr. 164. Véase también Law, *supra*, nota 24, págs. 93 y 98; Jiménez de Aréchaga, *General Course*, *supra*, nota 86, pág. 292; Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra*, nota 40, págs. 256 y 257; *Restatement* (Second), *supra*, nota 16, vol. II, pág. 620, párr. 209. Véase también *Steiner and Gross v. Polish State*, *supra*, nota 87, pág. 472.

⁹² F. A. Mann, “State contracts and international arbitration” (1967), 42 *B.Y.I.L.*, págs. 1 a 32; A. V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice* (1938), pág. 414; Verzijl, *supra*, nota 54, págs. 3 y 4; *Oppenheim's International Law*, *supra*, nota 53, vol. 1, pág. 526, No. 16; Jiménez de Aréchaga, *General Course*, *supra*, nota 86, pág. 292; Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra*, nota 40, págs. 253, 257 y 258; Amerasinghe, “Whither the Local Remedies Rule?”, *supra*, nota 54, págs. 295 y 296; Law, *supra*, nota 24, pág. 98.

⁹³ Véanse, por ejemplo, el asunto *Interhandel*, nota 14 *supra*, y el asunto *ELSI*, *supra*, nota 35. Véase además Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra*, nota 40, pág. 253; Amerasinghe, “Whither the Local Remedies Rule?”, *supra*, nota 54, pág. 295.

Sala de la Corte Internacional de Justicia confirmó en el asunto *ELSI* que había una fuerte presunción contra la dispensa tácita en un caso de esa índole⁹⁴.

57. En el asunto *Panevezys-Saldutiskis Railway*, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional sostuvo que la aceptación de la cláusula facultativa con arreglo al artículo 36, párr. 2) de su Estatuto no constituía una dispensa tácita de la regla relativa a los recursos internos⁹⁵, como sostenía el Magistrado van Eysinga en una opinión disidente⁹⁶. Confirma la aceptación de la opinión mayoritaria el hecho de que el Estado demandante no planteó la dispensa al responder a una objeción preliminar relativa al no agotamiento de los recursos internos ni en el asunto relativo a los préstamos a Noruega⁹⁷ ni en el asunto *Interhandel*⁹⁸, en el que la Corte hizo valer su competencia sobre la base de una declaración con arreglo a la cláusula facultativa. Como existe una analogía entre la sumisión a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia con arreglo a la cláusula facultativa y una cláusula compromisoria, es posible hacer valer esta jurisprudencia relativa a la cláusula facultativa en apoyo de una presunción contra la dispensa tácita mediante una cláusula compromisoria. Esa presunción, por fuerte que sea, es de *juris tantum*⁹⁹.

El compromiso arbitral concertado después de la controversia

58. Puede resultar más fácil inferir tácitamente la renuncia a los recursos internos en el caso de un compromiso concertado después de suscitada la controversia. En esa situación se puede sostener que la renuncia puede ser tácita si el Estado demandado concertó un compromiso con el Estado demandante que comprende las controversias relativas al tratamiento de los nacionales una vez causada una lesión al nacional objeto de la controversia y el acuerdo no dice nada acerca de la preservación de la norma relativa a los recursos internos¹⁰⁰. Se encuentra apoyo a esta posición en las decisiones de comisiones de reclamación¹⁰¹. Según algunos, la posibilidad de que la dispensa se infiera tácitamente del compromiso arbitral concertado una vez suscitada la controversia queda confirmada por el hecho de que algunos de esos

⁹⁴ Nota 85 *supra*.

⁹⁵ *Supra*, nota 14, Apoyan esta posición Verzijl, *supra*, nota 54, pág. 4; Schwarzenberger, *supra*, nota 20, pág. 610; Jiménez de Aréchaga, General Course, *supra*, nota 86, pág. 292 y Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra*, nota 40, págs. 256 y 257.

⁹⁶ El magistrado van Eysinga decía que “Al parecer Lituania no puede hacer valer esta norma [la relativa a los recursos internos] contra Estonia por la razón de que la aceptación por los dos Estados de la jurisdicción obligatoria de la Corte en virtud del Artículo 36 de su Estatuto, aceptación no sujeta a reservas ..., significa que esa regla queda descartada en relación con los dos Estados”. Asunto *Panevezys-Saldutiskis Railway*, *supra*, nota 14, págs. 35 y 36.

⁹⁷ *Supra*, nota 44.

⁹⁸ *Supra*, nota 14.

⁹⁹ Véase *Steiner and Gross v. Polish State*, *supra*, nota 87, pág. 472. En este caso, el Tribunal de la Alta Silesia sostuvo que Polonia había renunciado tácitamente a la norma de los recursos internos consignada en el artículo 5 del Convenio entre Alemania y Polonia de 1922, según el cual “La cuestión de saber si el Estado debe pagar una indemnización por la vulneración o reducción de derechos adquiridos y, en la afirmativa, en qué medida, será dirimida directamente por el Tribunal Arbitral a petición del derechohabiente”. El Tribunal sostuvo que la expresión “directamente” debía interpretarse en el sentido de que daba a los demandantes el derecho de recurrir al tribunal internacional sin agotar primero los recursos internos.

¹⁰⁰ Law, nota 24 *supra*, págs. 93 y 94; Borchard, *Theoretical Aspects*, *supra*, nota 77, pág. 240; Borchard, *Diplomatic Protection*, *supra*, nota 54, págs. 819, 825; García Amador, *changing Law*, *supra*, nota 77, pág. 550.

¹⁰¹ Véanse casos que confirman esta posición en Borchard, *Theoretical Aspects*, *supra*, nota 77, pág. 240; Borchard, *Diplomatic Protection*, *supra*, nota 54, pág. 819; y Hackworth, *supra*, nota 34, vol. 5, pág. 525. Véase también *American International Group, Inc. v. Iran*, *supra*, nota 87, pág. 102; asunto *Giorgio Uzielli, Italian-United States Conciliation Commission* (1963) 16 U.N.R.I.A.A., pág. 267 en págs. 270 y 271. Asunto *Sed contra Salem*, *supra*, nota 86, pág. 1189.

acuerdos exigen expresamente que se agoten los recursos internos¹⁰². Ni el Tribunal Permanente de Justicia Internacional ni la Corte Internacional de Justicia se han referido a la dispensa en el caso de los acuerdos comprendidos en esta categoría.

Un contrato entre un extranjero y el Estado demandado

59. El contrato para someter a arbitraje la diferencia entre un extranjero y el Estado de acogida en que expresa o tácitamente se renuncia al agotamiento de los recursos internos no es directamente pertinente, ya que el arreglo de controversias en ese caso no requiere que el Estado de la nacionalidad del extranjero patrocine su reclamación. Ese contrato, sin embargo, puede hacerse pertinente a los efectos que nos ocupan si el país de acogida se niega a someter la diferencia a arbitraje y el Estado de la nacionalidad del extranjero intercede para protegerlo. Se plantearía entonces la cuestión de si ha de prevalecer la cláusula contractual, expresa o tácita, de excluir los recursos internos. Si bien cuenta con apoyo la opinión de que ha de darse efecto a la renuncia expresa¹⁰³, está menos claro si el contrato entre un Estado y un extranjero que convengan en resolver sus controversias mediante arbitraje sin mencionar explícitamente la utilización de los recursos internos como requisito previo para ese arbitraje ha de ser interpretado en el sentido de que entraña la renuncia a los recursos internos. Cuenta con apoyo en la doctrina la opinión de que ese acuerdo obedece al propósito de excluir los recursos internos¹⁰⁴. Algunos fallos de tribunales arbitrales se inclinan expresamente por esta solución¹⁰⁵ mientras que en muchos casos de esta índole el Estado demandado no ha interpuesto objeciones sobre la base de no haberse agotado los recursos internos¹⁰⁶. Si bien se han hecho alegatos en favor de la renuncia tácita en esos casos ante el Tribunal Permanente de Justicia Internacio-

¹⁰² Véase, por ejemplo, Borchard, *Diplomatic Protection*, nota 54 *supra*, pág. 819. Véase también la opinión disidente del magistrado van Eysinga en el asunto *Panevezys-Saldutiskis Railway*, *supra*, nota 14, págs. 37 y 38.

¹⁰³ Law, *supra*, nota 24, pág. 94; Herdegen, *supra*, nota 46, pág. 69; García Amador, tercer informe, *supra*, nota 77, pág. 55. Según el artículo 17 del proyecto preparado por García Amador, la norma relativa al agotamiento de los recursos internos (artículo 15) “no es aplicable cuando el Estado haya convenido expresamente con el extranjero, o en su caso con el Estado de la nacionalidad de éste, en la omisión de los recursos internos”.

¹⁰⁴ Mann, *supra*, nota 92, pág. 32; *Oppenheim's International Law*, *supra*, nota 53, vol. I, pág. 523, n. 3; García Amador, Sexto informe, *supra*, nota 28, pág. 48, artículo 18 5); García Amador, *Changing Law*, *supra*, nota 77, págs. 139 y 150; S. M. Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems* (1987), págs. 117 a 121; S.M. Schwebel y J. G. Wetter, “Arbitration and the Exhaustion of Local Remedies” (1966), 60, *A.J.I.L.* págs. 484 y págs. 499; Informe de los Directores Ejecutivos del Banco acerca del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones, citado en Whiteman, *supra*, nota 60, vol. 9, págs. 806; *Restatemente (Third)*, *supra*, nota 16, vol. II, pág. 226, párr. 713, Reporter's Note 5. Véase asimismo *Restatemente (Second)*, *supra*, nota 16, vol. II, pág. 621, párr. 209 c); O'Connell, *supra*, nota 20, pág. 1059, *Sed contra* A. O. Adede, “A Survey of Treaty Provisions on the Rule of Exhaustion of Local Remedies” (1977), 18 *Harvard International Law Journal*, pág. 8, donde se sostiene que las declaraciones hechas por Estados al ratificar el Tratado General Interamericano de Arbitraje, que no exige expresamente el agotamiento de los recursos internos, indican que están convencidos de que de todas maneras no se dispensa de esa norma.

¹⁰⁵ *LIAMCO v. Libya* (1977) 62, *I.L.R.* pág. 141, en las páginas 179 a 180; *Elf Aquitaine Iran v. National Iranian Oil Company* (1982) 96 *I.L.R.* pág. 252, en las páginas 278 a 279, párr. 44.

¹⁰⁶ Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra*, nota 40, pág. 262.

nal y ante la Corte Internacional de Justicia¹⁰⁷, ninguno de los dos se ha pronunciado al respecto.

Impedimento

60. El comportamiento del Estado demandado en el curso de un proceso internacional puede tener como resultado que ese Estado no pueda exigir que se agoten los recursos internos¹⁰⁸. Así lo reconoció una sala de la Corte Internacional de Justicia en el asunto ELSI cuando declaró que:

“no cabe excluir la posibilidad de que el silencio cuando se debería haber dicho algo pueda constituir en ciertas circunstancias un impedimento¹⁰⁹.”

Se encuentra también apoyo a este principio en el *Heathrow Airport User Charges Arbitration*¹¹⁰.

61. En el *Aerial Incident* (Estados Unidos contra Bulgaria) los Estados Unidos sostuvieron que:

“Si los familiares de los estadounidenses que perdieron la vida cuando el avión Constellation de la línea El Al fue derribado el 27 de julio de 1955 hubiesen tenido algún recurso interno en Bulgaria, el Gobierno de ese país nunca se los comunicó ni mencionó la conveniente necesidad de que estuvieran agotados cuando los Estados Unidos le presentaron su reclamación diplomática en 1955 y 1957. En cambio, el Gobierno de Bulgaria resolvió la reclamación diplomática y prometió a tramitarla ... en vista de estos hechos, Bulgaria no tiene derecho a hacer valer por primera vez el requisito de que deben agotarse los recursos internos¹¹¹.”

Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia no tuvo ocasión de pronunciarse a este respecto.

¹⁰⁷ Véase la Memoria de Suiza en *Affaire Losinger and Co.* (1936) *P.C.I.J. Series C*, No. 78, pág. 40; los argumentos del Reino Unido en *Anglo-Iranian Oil Co.*, nota 84 *supra*, págs. 81 y 82; los argumentos de Francia en *Electricité de Beyrouth Co. Case 1954 I.C.J. Pleadings* pág. 14; los escritos de Francia en *Compagnie du Port, des Quais et des Entrepôts de Beyrouth and the Société Radio-Orient Case*, 1960, *I.C.J. Pleadings* págs. 39, 91 a 93. *Sed contra* Yugoslav pleadings en *Affaire Losinger and Co.* (1936) *P.C.I.J. Series C*, No. 78, pág. 132; la presentación del Irán en *Anglo-Iranian Oil Co.*, 1951 *I.C.J. Pleadings* pág. 288; los argumentos del Líbano en *Compagnie du Port, des Quais et des Entrepôts de Beyrouth and the Société Radio-Orient Case*, 1960 *I.C.J. Pleadings*, págs. 67 a 70.

¹⁰⁸ Kokott, *Exhaustion of Local Remedies*, nota 31 *supra*, pág. 626; *Oppenheim's International Law, supra*, nota 53, vol. I, págs. 525 a 526; Amerasinghe, *Local Remedies, supra*, nota 40, págs. 268 a 270, 272 a 275.

¹⁰⁹ *Supra*, nota 35, pág. 44, párr. 54

¹¹⁰ United States – *United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges* (Arbitration Tribunal) (1996), 102 *I.L.R.*, pág. 216, en la página 285, párr. 6.33.

¹¹¹ 1959 *I.C.J. Pleadings*, pág. 326.

62. Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹¹² como la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹¹³ han indicado que el Estado demandado puede verse impedido de interponer una objeción basada en que no se han agotado los recursos internos cuando no la interpuso en el momento debido.

63. La norma relativa al agotamiento de los recursos internos es parte del derecho internacional consuetudinario. Por lo tanto, no debería haber impedimento para que el Estado demandado la hiciera valer a menos que su comportamiento hubiese hecho que el Estado demandado actuara en detrimento de sus intereses. Así dejó en claro una sala de la Corte Internacional de Justicia cuando dictaminó en el asunto LSI que:

“Existen evidentes dificultades para interpretar que constituyó impedimento la simple circunstancia de no mencionar una cuestión en un determinado momento de un proceso de consultas diplomáticas no particularmente sistemáticas”¹¹⁴.

La Corte actuó también con cautela en el asunto *Interhandel*, en el que señaló que no consideraba

“necesario explayarse en cuanto a la afirmación del Gobierno de Suiza de que ‘los propios Estados Unidos han admitido que *Interhandel* ha agotado los recursos que tenían los tribunales de ese país’. Es cierto que los representantes del Gobierno de los Estados Unidos expresaron esta opinión en varias ocasiones, particularmente en el memorando que figuraba en el anexo de la nota del Secretario de Estado ... Esta opinión se basaba en una postura que ha resultado carecer de fundamento. De hecho, el proceso entablado por *Interhandel* ante los tribunales de los Estados Unidos se estaba sustanciando”¹¹⁵.

¹¹² En *Foti and Others*, el Tribunal declaró “El Tribunal ha de conocer de las objeciones preliminares de esta índole [relativas al no agotamiento de los recursos internos] siempre que el Estado demandado las haya hecho valer primero en la Comisión, en principio en la etapa del examen inicial de la admisibilidad y en la medida en que su índole y las circunstancias lo permitieran; *si no se cumple esta condición, el Gobierno no puede interponer esta objeción ante el Tribunal*” (1982) 71 I.L.R. pag. 366, en la página 380, párr. 46. Las bastardillas se han añadido. Véase además Artico (1980), 60 I.L.R. pag. 182, en las páginas 192 a 194; párrs. 24 a 27; *Guzzargi* (1980) 61 I.L.R., pag. 276, en las páginas 301 a 302, párr. 67; *Corigliano* (1982) 71 I.L.R., pag. 395, en la página 403.

¹¹³ En Castillo Petruzzi contra el Perú, la Corte declaró: “La Corte observa también que el Estado no hizo valer ante la Comisión que no se habían agotado los recursos internos y, de esa manera, renunció a este medio de defensa establecido en su favor por la Convención y admitió tácitamente que no existían esos recursos o que éstos se habían agotado oportunamente, tal como se ha señalado en las actuaciones ante órganos de jurisdicción internacional (como la Corte Europea, que ha sostenido que las objeciones a la inadmisibilidad deben interponerse en la primera etapa de las actuaciones ante la Comisión, a menos que resulte imposible hacerlo en el momento debido por razones que no sean imputables al Gobierno)” (1999), 20 Human Rights Journal, pag. 181, párr. 56.

¹¹⁴ *Supra*, nota 35, pag. 44, párr. 54.

¹¹⁵ *Supra*, nota 14, pag. 27. Véase también la opinión disidente del Magistrado Córdoba en las páginas 46 y 47. Véase la opinión disidente del Magistrado Erich en el asunto *Panevezys-Saldutiskis*: puede ocurrir que el Estado al que se presente una reclamación esté bastante dispuesto a discutirla o incluso a someterla a un tribunal internacional aunque ninguna autoridad judicial o administrativa competente de él haya dictado una decisión definitiva. Si en un caso determinado parece desprenderse de la actitud del gobierno que ha de dispensar de este requisito y que, por decirlo así, está dispuesto a traspasar la reclamación directamente al ámbito internacional, ese gobierno no puede luego retractarse de tal posición” (*supra*, nota 14, pag. 52).

Amerasinghe expresa con precisión esta posición en los siguientes términos:

“Debe haber datos fehacientes en el sentido de que el comportamiento obedece al propósito no sólo de hacer que el extranjero o la persona creyeran que no era necesario, por cualquier razón, agotar los recursos internos, sino también que cabía razonablemente esperar que éste actuara sobre la base de esa conducta, lo hiciera y por esa razón no utilizara los recursos internos disponibles”¹¹⁶.

Conclusión

64. Si bien cuentan con apoyo tanto el concepto de la renuncia a los recursos internos como el del impedimento para impugnar una objeción basada en que no se han agotado esos recursos, es evidente que no cabe aceptar fácilmente ninguno de esos obstáculos que se interpongan a la aplicación de una norma consuetudinaria. A pesar de ello, es necesario reconocer su posible existencia, que dependerá del texto de los instrumentos de que se trate y de las circunstancias y el contexto del caso de que se trate. A ello obedece la excepción que se propone a la norma relativa a los recursos internos.

3. Vínculo voluntario y conexión territorial

Artículo 14

No es necesario agotar los recursos internos en los casos en que:

[...]

c) No existe un vínculo voluntario entre la persona agraviada y el Estado demandado;

d) El acto internacionalmente ilícito en que se basa la reclamación internacional no se cometió dentro de la jurisdicción territorial del Estado demandado;

65. Las excepciones a la norma de que deben agotarse los recursos internos que figuran en los apartados c) y d) se examinarán conjuntamente, puesto que están estrechamente relacionadas. Si bien esas normas cuentan con apoyo, el Relator Especial duda si están justificadas, habida cuenta de que, normalmente, otras excepciones a la norma de los recursos internos o los principios generales de derecho internacional harían que la norma de los recursos internos quedara excluida en las circunstancias previstas en los apartados c) y d). Por esta y otras razones, la Comisión de Derecho Internacional optó por no adoptar esa norma en 1977 cuando examinó el artículo 22 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados (primera lectura)¹¹⁷. La cuestión, no obstante, exige un examen detenido y, por esa razón, las excepciones de los apartados c) y d) se presentan como posibles normas en el supuesto de que la Comisión optara por aprobar disposiciones sobre el tema. Se expondrán los argumentos a favor y en contra de esas normas para que la Comisión disponga de un panorama general.

66. Algunos autores han sostenido que la norma del agotamiento de los recursos internos no es aplicable cuando el extranjero agraviado no tiene un vínculo voluntario

¹¹⁶ *Local Remedies*, *supra*, nota 40, pág. 273.

¹¹⁷ *Anuario ... 1997*, vol. II (segunda parte), págs. 45 a 47, párrs. 38 a 42.

con el Estado demandado porque no hay conexión territorial entre el particular en cuestión y el Estado demandado¹¹⁸.

67. En apoyo de esta opinión, se argumenta que en todos los casos en que se ha exigido el agotamiento de los recursos internos ha existido algún vínculo entre el particular agraviado y el Estado demandado, como por ejemplo la presencia física voluntaria, la residencia, la propiedad de bienes o una relación contractual con el Estado demandado. Así, Meron señaló:

“Aunque es posible encontrar formulaciones muy amplias de la norma de los recursos internos, el examen de los precedentes revela que los hechos tienen un denominador común: en todos esos casos el extranjero agraviado estableció voluntariamente, o puede considerarse que estableció, ya sea de forma explícita o implícita, un vínculo con el Estado cuyos actos se denunciaban. Ese vínculo puede establecerse de diferentes modos que no es necesario enumerar aquí por extenso. Bastará con hacer referencia a los ejemplos más comunes. Entre éstos están los casos en que un extranjero reside, permanente o temporalmente, en el territorio del Estado demandado, realiza actividades comerciales o posee propiedades en ese Estado, o bien entabla relaciones contractuales con el gobierno de ese Estado. Parece que en todos los casos conocidos que tienen que ver con la norma de los recursos internos y en que se consideró necesario que en primer lugar el Estado presuntamente infractor tuviera la oportunidad de reparar el presunto perjuicio por los medios proporcionados por sus propios tribunales, de hecho existía un vínculo de esta índole¹¹⁹.”

68. Los que proponen este punto de vista sostienen que la naturaleza de la protección diplomática y la norma de los recursos internos han experimentado cambios sustanciales en los últimos tiempos. Mientras que en los inicios de su historia la protección diplomática se caracterizaba por situaciones en que un nacional extranjero que residía y realizaba actividades comerciales en un país extranjero era agraviado por la actuación de ese Estado y por consiguiente cabía esperar que agotara los recursos internos de acuerdo con el razonamiento de que “debe considerarse que normalmente el nacional que se traslada al extranjero aceptará el derecho del país tal como lo encuentra, incluidos los medios que le ofrezca para la reparación de la injusticia¹²⁰”, en la actualidad puede ocurrir que un particular se vea agraviado por la actuación de un Estado extranjero fuera de su territorio o por un acto cometido en el territorio de ese Estado en circunstancias en que el particular no tenga conexión con ese territorio. Son ejemplos de ello los daños ambientales transfronterizos (como la explosión en la central nuclear de Chernobyl, cerca de Kiev, en la antigua Unión

¹¹⁸ Véase O’Connell, *supra*, nota 20, vol. II, pág. 951; T. Meron, “The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies” (1959), 35 *B.Y.I.L.* pág. 83; C. Parry, “Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law” (1956-II), 90 *Recueil des Cours* pág. 190, en la pág. 688; Amerasinghe, *Local Remedies, supra*, nota 40, pág. 138; Doehring, *supra*, nota 59, pág. 239; Ipsen, *supra*, nota 77, pág. 312; Herdegen, *supra*, nota 46, pág. 66; Mummery, *supra*, nota 37, pág. 394; I.L. Head, “A Fresh Look at the Local Remedies Rule” (1967) 5 *Canadian Yearbook of International Law*, pág. 143, en la pág. 153; Jiménez de Aréchaga, “International Responsibility”, *supra*, nota 54, pág. 583. *En sentido contrario*, véase W.K. Geck, “Diplomatic Protection”, *E.P.I.L.* (1992), vol 1, pág. 1045, en la pág. 1056; G. Gaja, *L’Esaurimento dei picorsi interni nel diritto internazionale* (1967), pág. 87.

¹¹⁹ *Supra*, nota 118, pág. 94.

¹²⁰ Borchard, *Theoretical Aspects, supra*, nota 77 pág. 240. Véase también Borchard, *Diplomatic Protection, supra*, nota 54, pág. 817; y C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law* (1928), pág. 96.

Soviética, que causó una lluvia radiactiva que llegó incluso hasta el Japón y Escandinavia) y los casos en que se derriba un avión que ha penetrado accidentalmente en el espacio aéreo de un Estado (como ilustra el asunto *Incidente aéreo*, en que Bulgaria abatió un avión de la compañía El Al que se había introducido por accidente en su espacio aéreo). Según Meron:

“Esta ampliación de la ley de la responsabilidad de los Estados es una razón importante para reexaminar el fundamento y el alcance de la norma de los recursos internos. Ciertamente, no sería razonable que el particular agraviado por un Estado extranjero fuera de su territorio tuviera que acudir a los tribunales de ese Estado como condición previa para que el Estado del que la víctima fuera ciudadano pudiera presentar una demanda en el plano internacional y ello a pesar de no existir un auténtico vínculo entre la persona agraviada y el Estado denunciado¹²¹.”

69. Los partidarios de adoptar la norma del vínculo voluntario o la conexión territorial hacen hincapié en la aceptación del riesgo que corre el extranjero en un Estado del que no es ciudadano como base de la norma de los recursos internos¹²². Únicamente si el extranjero se ha sometido voluntariamente a la jurisdicción del Estado demandado podrá esperarse que agote los recursos internos.

70. No hay fundamentos claros a favor o en contra de la exigencia de un vínculo voluntario.

Decisiones judiciales

71. Las decisiones judiciales proporcionan escasa orientación sobre el tema.

72. En el asunto *Interhandel*, la Corte Internacional de Justicia declaró:

“se ha considerado necesario que *el Estado en que tuvo lugar la infracción* tenga también una oportunidad de subsanarla por sus propios medios¹²³.”

Este dictamen, por el que se permite al Estado territorial que exija el agotamiento de los recursos internos, parece un punto de apoyo demasiado endeble para sostener una doctrina, como intentó hacer C.F. Amerasinghe al argumentar que el dictamen viene a corroborar la opinión de que la infracción tiene que ocurrir en el territorio del Estado denunciado, de lo que se sigue que “la persona o propiedad también debe estar ubicada en el Estado denunciado”¹²⁴. En el caso *Salem*, un tribunal arbitral declaró que “por norma, todo extranjero debe reconocer que el tipo de justicia que esté instituido en el país en que ha decidido residir es aplicable a su propia persona”¹²⁵. De nuevo, esta trillada reformulación de la norma de los recursos internos dista mucho de probar que exista una norma por la que se requiere un vínculo voluntario como condición previa para que sea aplicable la norma de los recursos internos.

¹²¹ *Supra*, nota 118, pág. 98.

¹²² Brownlie, *supra*, nota 45, pág. 501. Brownlie no deja de indicar, sin embargo, que existe un razonamiento opuesto: “Si el objetivo principal es proporcionar un recurso relativamente más cómodo que la demanda en el plano internacional, entonces no se aplicará ninguna condición en relación con el vínculo” (*loc. cit.*).

¹²³ *Supra*, nota 14, pág. 27. El subrayado es nuestro.

¹²⁴ *Supra*, nota 40, pág. 145.

¹²⁵ *Supra*, nota 86, pág. 1202.

73. La cuestión se planteó en el asunto *Empréstitos noruegos*¹²⁶, en que Francia, alegando que los ciudadanos franceses que poseían bonos noruegos pero eran residentes en Francia no estaban obligados a agotar los recursos internos en Noruega, señaló:

“la única explicación de la norma estriba en la exigencia de que un extranjero que se encuentre en litigio con el Estado *bajo cuya soberanía ha querido vivir* no pueda provocar que su asunto se lleve al plano internacional sin haber agotado previamente todos los medios de resolverlo por las vías locales¹²⁷”.

En respuesta a ello, Noruega argumentó que la práctica no apoyaba la tesis de Francia y se remitió a los laudos arbitrales en los asuntos *Buques finlandeses*¹²⁸ y *Ambatielos*¹²⁹, en que se había declarado aplicable la norma de los recursos internos pese a que ninguno de los demandantes residía en el Estado demandado. La Corte no juzgó necesario entrar en la cuestión del agotamiento de los recursos internos, ya que el caso se decidió en virtud de otros factores. La única referencia a la controversia entre las partes acerca de esta cuestión es la que hizo el magistrado Read en una opinión disidente, cuando declaró que “Francia no ha hecho valer ningún precedente persuasivo [...]; el conjunto de los precedentes está orientado en realidad en el otro sentido¹³⁰.”

74. El requisito de que exista un vínculo voluntario ocupó un lugar destacado en la argumentación de Israel en el asunto *Incidente aéreo*, en que Israel demandó a Bulgaria por los perjuicios resultantes al abatirse un avión civil israelí que había penetrado por error en el espacio aéreo búlgaro. En este caso, Shabtai Rosenne, hablando en nombre de Israel, sostuvo:

“antes de que se pueda aplicar la norma [de los recursos internos], es fundamental que exista un vínculo entre la persona agraviada y el Estado cuyos actos se denuncian. Sostengo que todos los precedentes demuestran que la norma sólo se aplica cuando el extranjero, la persona agraviada, ha creado o se considera que ha creado *una conexión, voluntaria, consciente y deliberada* entre su propia persona y el Estado extranjero cuyos actos se denuncian. Los precedentes se refieren siempre a casos en que se ha originado un vínculo de esta índole, por ejemplo, por razón de la residencia en ese Estado, la realización en él de actividades comerciales, la posesión de propiedades en él —creo que estos supuestos engloban la mayoría de los casos— o por haber entablado la persona en cuestión algún contrato con el gobierno de ese Estado, como en los casos que afectan a propietarios de bonos; y puede haber otros casos más¹³¹.”

Bulgaria refutó los argumentos de Israel¹³². Tampoco en este caso la Corte emitió un fallo sobre la cuestión¹³³.

¹²⁶ *Supra*, nota 44.

¹²⁷ Asunto *Empréstitos noruegos*, 1957 *I.C.J. Pleadings*, vol. 1, pág. 408 (citado en R. Ago, Sexto informe, *supra*, nota 75, pág. 41, párr. 98. El subrayado es nuestro.

¹²⁸ *Supra*, nota 13.

¹²⁹ *Supra*, nota 14.

¹³⁰ *Supra*, nota 44, pág. 97.

¹³¹ Alegatos orales de Israel en el asunto *Incidente aéreo* (Israel contra Bulgaria), *supra*, nota 111, págs. 531 y 532. El subrayado es nuestro. Véase también *ibíd.*, pág. 590.

¹³² *Ibíd.*, pág. 565.

¹³³ 1959 *I.C.J. Reports*, pág. 127.

75. En el caso *Trail Smelter*¹³⁴, relativo a un problema de contaminación transfronteriza en que no existía ningún vínculo voluntario ni conexión territorial, el Canadá no insistió en el agotamiento de los recursos internos. Este y otros casos¹³⁵ en que se prescindió de los recursos internos y en que no había ningún vínculo voluntario se han interpretado como precedentes que apoyan la exigencia de que haya un sometimiento voluntario a la jurisdicción como condición previa para que se aplique la norma de los recursos internos¹³⁶. La falta de insistencia en la aplicación de la norma de los recursos internos en estos casos, sin embargo, puede explicarse por otros motivos. Así, el caso *Trail Smelter* puede explicarse como ejemplo de agravio directo, en que no es necesario que se agoten los recursos internos, o partiendo de la base de que en el compromiso arbitral en cuestión no se exigía que se agotaran los recursos internos.

76. Quienes se oponen a la exigencia del vínculo voluntario o la conexión territorial aducen que los tribunales han aceptado la necesidad de que se agoten los recursos internos en casos como *Buques finlandeses*¹³⁷, *Ambatielos*¹³⁸ y *Elettronica Siculara (ELSI)*¹³⁹, en que no existía ninguna conexión estrecha entre el ciudadano agraviado y el Estado denunciado. Este argumento es engañoso, puesto que en los tres casos había alguna conexión con el Estado denunciado, ya fuera en forma de relación contractual (*Ambatielos* y *ELSI*) o de presencia física (*Buques finlandeses*). Quienes defienden la exigencia del vínculo voluntario no equiparan ese vínculo con la residencia y, por consiguiente, han admitido que en los casos citados había una conexión suficiente entre el ciudadano agraviado y el Estado denunciado para hacer aplicable la norma de los recursos internos¹⁴⁰. Si la residencia fuera un requisito, ello excluiría la aplicación de la norma de los recursos internos en los casos referentes a la expropiación de bienes propiedad de extranjeros y las transacciones contractuales en que el extranjero fuera no residente. Actualmente ningún jurista riguroso mantiene esa postura.

Práctica de los Estados

77. La práctica de los Estados tampoco es clara. En la antigua práctica británica se consideraba que, cuando un extranjero sufría un agravio en alta mar como resultado de la toma o el apresamiento de una nave, era necesario que se agotaran los recursos internos en el Estado que había efectuado la toma o apresamiento¹⁴¹. C.F. Amerasinghe está en lo cierto al dudar si esta práctica se reconocería en la actualidad¹⁴². Desde luego, no se hace mención de esa práctica ni, de hecho, de ninguna otra exigencia sobre un vínculo voluntario en las normas de práctica británicas de los últimos tiempos¹⁴³.

¹³⁴ (1935) 3 *U.N.R.I.A.A.*, pág. 1905.

¹³⁵ Caso *Virginius*, recogido en J. B. Moore, *A Digest of International Law* (1906), vol. II, pág. 895 en la pág. 903; caso *Jessie*, recogido en (1922) 16 *A.J.I.L.*, págs. 114 a 116.

¹³⁶ Law, *supra*, nota 24, pág. 104; Meron, *supra*, nota 118, pág. 98, nota a pie de página 2.

¹³⁷ *Supra*, nota 13.

¹³⁸ *Supra*, nota 14.

¹³⁹ *Supra*, nota 35, pág. 42, párr. 50.

¹⁴⁰ Véase Meron, *supra*, nota 118, págs. 99 y 100; y Amerasinghe, *supra*, nota 40, pág. 144.

¹⁴¹ McNair, *International Law Opinions* 2 (1956), pág. 302.

¹⁴² *Supra*, nota 40, pág. 143.

¹⁴³ Véase Warbrick, *supra*, nota 16.

78. La práctica de los Estados Unidos era muy diferente en sus inicios. En 1834, el Secretario de Estado McLane manifestó que los ciudadanos estadounidenses debían agotar los recursos internos en el Estado

“en que se han infringido sus derechos, a cuyas leyes se han sometido voluntariamente al entrar en la esfera de su potestad, por lo que deben consentir en acatarlas¹⁴⁴.”

No está claro si sigue siendo esta la postura de los Estados Unidos. La tercera reformulación de la Ley de relaciones exteriores (*Third Restatement of the Foreign Relations Law*) de los Estados Unidos no se pronuncia sobre la necesidad de que exista un vínculo voluntario como condición previa para la aplicación de la norma de los recursos internos¹⁴⁵.

79. De la práctica reciente de los Estados se desprende que un Estado responsable de haber abatido accidentalmente un avión extranjero no exigirá el agotamiento de los recursos internos como condición previa para que las familias de las víctimas puedan presentar demandas contra ese Estado. La China no exigió que se agotaran los recursos internos antes de pagar indemnizaciones a los perjudicados cuando derribó un avión británico de la línea Cathay en 1960¹⁴⁶. Tampoco lo hicieron los Estados Unidos cuando ofrecieron pagos a título graciable a los nacionales del Irán a raíz de que un avión de pasajeros iraní fuera abatido por misiles estadounidenses en el Irán¹⁴⁷. Más recientemente, la India no planteó el hecho de que no se hubieran agotado los recursos internos como objeción preliminar a una demanda del Pakistán por los perjuicios resultantes de que la India hubiera destruido un avión pakistaní¹⁴⁸.

80. La misma práctica parece aplicarse en el caso de los daños ambientales transfronterizos. Así, el Canadá renunció a la exigencia del agotamiento de los recursos internos cuando accedió a compensar a los ciudadanos estadounidenses que habían resultado perjudicados por la construcción del embalse de Gut¹⁴⁹. El artículo XI del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales de 1972 corrobora también este punto de vista:

“1. Para presentar a un Estado de lanzamiento una reclamación de indemnización por daños al amparo del presente Convenio no será necesario haber agotado los recursos internos de que puedan disponer el Estado demandante o las personas físicas o morales que éste represente.

¹⁴⁴ Moore, *Digest, supra*, nota 135, vol. 6, pág. 658.

¹⁴⁵ *Restatement (Third), supra*, nota 16, parte II, pág. 348, párr. 902, com. k); pág. 219, párr. 713, com. f); págs. 225 y 226, párr. 713, Reporter's Note 5.

¹⁴⁶ El incidente se describe en Law, *supra*, nota 24, pág. 104.

¹⁴⁷ Véase *Incidente aéreo del 3 de julio de 1988* (Irán contra Estados Unidos), *I.C.J. Pleadings*, objeciones preliminares presentadas por los Estados Unidos de América, parte I, cap. III, secc. I, págs 44 y 48.

¹⁴⁸ *Incidente aéreo del 10 de agosto de 1999 (Pakistán contra India)*, *Jurisdiction of the Court* (2000) 39 *I.L.M.*, pág. 1116.

¹⁴⁹ Véase el compromiso arbitral del Lago Ontario (embalse de Gut) entre los Estados Unidos y el Canadá, *supra*, nota 82, y el informe del representante de los Estados Unidos ante el Tribunal de Quejas del Lago Ontario, reproducido en (1969) 8 *I.L.M.*, pág. 118. La actitud del Canadá puede explicarse también por haberse declarado incompetentes los tribunales canadienses en los casos en cuestión (Compromiso arbitral del Lago Ontario (embalse de Gut) entre los Estados Unidos y el Canadá, pág. 475).

2. Nada de lo dispuesto en este Convenio impedirá que un Estado, o una persona física o moral a quien éste represente, hagan su reclamación ante los tribunales de justicia o ante los tribunales u órganos administrativos del Estado de lanzamiento. Un Estado no podrá, sin embargo, hacer reclamaciones al amparo del presente Convenio por los mismos daños respecto de los cuales se esté tramitando una reclamación ante los tribunales de justicia o ante los tribunales u órganos administrativos del Estado de lanzamiento, o con arreglo a cualquier otro acuerdo internacional que obligue a los Estados interesados¹⁵⁰.”

Algunos autores han aducido de forma convincente que, para hacer extensiva a los daños ambientales transfronterizos la ley de la responsabilidad de los Estados, habría que reconsiderar la aplicabilidad de la norma de los recursos internos ¹⁵¹.

Propuestas de codificación

81. En las primeras propuestas de codificación se trató de exponer los principios de la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados “en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros”¹⁵². Por consiguiente, no se prestó atención a la cuestión de la responsabilidad cuando el extranjero se encontraba fuera del territorio del Estado denunciado. El proyecto de convención de Harvard de 1960 sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados en su territorio, además de no incluir la exigencia del vínculo territorial voluntario en el artículo pertinente (artículo 19), declara expresamente en el comentario que, en el proyecto de convención

¹⁵⁰ (1975) *U.N.T.S.* No. 961, pág. 187, en las págs. 191 y 192, (1971) 10 *I.L.M.*, pág. 965. El Canadá hizo valer ese Convenio cuando, en 1979, un satélite soviético propulsado por un pequeño reactor nuclear estalló encima del Canadá y se estrelló en sus Territorios Noroccidentales. La Unión Soviética accedió a pagar al Canadá una compensación de 3 millones de dólares canadienses: (1979) 18 *I.L.M.*, pág. 899; (1981) 20 *I.L.M.*, pág. 689. En aquel caso el Canadá presentó una reclamación directa, ya que no se habían producido daños a nacionales ni a propiedad privada canadienses.

¹⁵¹ Según K. B. Hoffman, “Si bien todavía no está reconocida como principio de derecho internacional, la ‘teoría del vínculo’ parece ir ganando aceptación y parecería un acontecimiento importante en la ley de la responsabilidad de los Estados puesto que la aplicación de la ley se amplía para incluir cuestiones ambientales”: “State Responsibility in International Law and Transboundary Pollution Injuries” (1976), 25 *I.C.L.Q.*, pág. 509, en la pág. 540. Véase también R. J. M. Lefeber, *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability* (1996), págs. 123 y 154; P.N. Okowa, *State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law* (2000), pág. 219; Jiménez de Aréchaga, General Course, *supra* nota 86, pág. 296; O. Schachter, “International Law in Theory and Practice”, (1982-V) 178 *Recueil des Cours*, pág. 9, en la pág. 203. Véase además J. Barboza, Sexto informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, *Anuario ... 1990*, vol. II (primera parte), pág. 83, en la pág. 109 (artículo 28), doc. A/CN.4/428 y Add.1. Véase también el informe del Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional sobre este tema en *Anuario ... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 150, en la pág. 151, párr. 15.

¹⁵² Véase el proyecto de convenio preparado por la Comisión Preparatoria para la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional, celebrada en La Haya en 1930, titulado “Responsabilidad internacional del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros”; el proyecto de convención del mismo título (Harvard, 1929); y F. V. García Amador, Segundo informe sobre la responsabilidad internacional del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros, *Anuario ... 1957*, vol. II, pág. 113, doc. A/CN.4/106.

“no se ha adoptado el punto de vista de que el agotamiento de los recursos internos deba pasarse por alto cuando esa exigencia pueda causar dificultades al demandante. [...] Puede resultar engorroso acudir a los recursos internos cuando el extranjero agraviado no tiene una conexión real con el Estado que es responsable del agravio, como en el caso en que el extranjero se encuentra meramente en tránsito por el territorio del Estado en cuestión. Para hacer uso de los recursos internos de forma eficaz, el denunciante puede verse obligado a desplazarse a una larga distancia desde su lugar de residencia hasta el Estado en que tuvo lugar el agravio. *Aunque esa excepción a la norma habitual podría ser deseable, no encuentra apoyo en las causas en que se ha dictado sentencia*¹⁵³.”

82. La Comisión de Derecho Internacional examinó la cuestión cuando aprobó el artículo 22 del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados (primera lectura)¹⁵⁴. Al hacerlo, rechazó la propuesta de que la norma de los recursos internos quedara sin efecto cuando no existiera una conexión territorial o un vínculo voluntario¹⁵⁵ y decidió que, ya que ni en la práctica de los Estados ni la jurisprudencia se encontraban

“pronunciamientos explícitos sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad de la condición del agotamiento de los recursos internos en las hipótesis en que el perjuicio haya sido causado a particulares extranjeros o a sus *bienes fuera del territorio del Estado*¹⁵⁶,”

Era preferible, por lo tanto,

“dejar que la práctica de los Estados se encargara de resolver, según los criterios más oportunos, el problema de la aplicabilidad del principio del agotamiento de los recursos internos a los casos de perjuicios ocasionados por un Estado a extranjeros fuera de su territorio o a casos análogos¹⁵⁷.”

Conclusión

83. Ni en la jurisprudencia ni en la práctica de los Estados se ha planteado todavía debidamente la cuestión de la aplicabilidad de la norma de los recursos internos cuando no existe un vínculo voluntario o una conexión territorial. Evidentemente, los argumentos de quienes proporcionan tal excepción a la norma de los recursos internos están fundamentados. No es razonable, práctico ni justo que se exija a un extranjero agraviado que agote los recursos internos en casos como los siguientes:

- a) Los daños ambientales transfronterizos causados por contaminación, lluvia radiactiva u objetos espaciales fabricados por el hombre;
- b) El derribo de un avión fuera del territorio del Estado demandado o del Estado del avión que ha penetrado accidentalmente en su espacio aéreo;
- c) El asesinato de un nacional del Estado A por un soldado del Estado B estacionado en el territorio del Estado A;

¹⁵³ Comentario de Sohn y Baxter citado en Whiteman, *supra*, nota 60, vol. I, pág. 794.

¹⁵⁴ *Anuario ... 1977*, vol. II (segunda parte), págs. 43 a 45, párrs. 38 a 42.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, párr. 40.

¹⁵⁶ *Ibíd.*, párr. 38.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, párr. 40.

d) El secuestro transfronterizo por agentes del Estado demandado de un nacional extranjero desde el Estado de que es nacional o desde un tercer Estado.

La cuestión que hay que resolver es si los casos de este tipo exigen una norma especial que los excluya del alcance de la norma de los recursos internos o si esos casos están regidos por las normas existentes o los principios generales del derecho internacional.

84. Antes de hacerlo, hay que subrayar que en muchos de estos casos se habrá producido un perjuicio directo al Estado de que es nacional la persona agraviada, además del perjuicio a la persona. Si se sigue la norma de la preponderancia propuesta en el artículo 11 del proyecto, el agotamiento de los recursos internos será inaplicable en muchos de esos casos. Los daños ambientales transfronterizos se considerarán, en la mayoría de los casos, un perjuicio directo, como ilustra el *caso Trail Smelter*¹⁵⁸. Lo mismo sucederá con los casos en que se haya abatido un avión extranjero, como argumentó de manera persuasiva Israel en el asunto *Incidente aéreo entre Israel y Bulgaria*¹⁵⁹. Los secuestros también constituyen un perjuicio directo al Estado en que se originó el secuestro y cuya soberanía territorial ha sido violada.

85. Cuando el Estado demandante prefiere no presentar una denuncia directa o cuando el perjuicio que ha sufrido el nacional es mayor que el causado al Estado, parece que en la mayoría de los casos la norma de los recursos internos no se aplicará porque no habrá una reparación disponible o eficaz en el Estado demandado o porque cualquier reparación de ese tipo sería insuficiente. Fue principalmente por esa razón que la Comisión de Derecho Internacional declinó adoptar una norma especial sobre el vínculo voluntario¹⁶⁰. Juliane Kokott propone un punto de vista semejante en su informe de 2000 al Comité sobre proyección diplomática de las personas y los bienes de la Asociación de Derecho Internacional¹⁶¹.

86. Jiménez de Aréchaga descartó la sugerencia de que el requisito de un recurso eficaz compense las dificultades o la injusticia que pueden presentarse en estos casos:

¹⁵⁸ *Supra*, nota 134.

¹⁵⁹ La argumentación de Israel se expone con claridad en Meron, *supra*, nota 118, págs. 92 a 94.

¹⁶⁰ *Anuario ... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 5, en la pág. 44, párr. 39. En su Sexto informe sobre la responsabilidad de los Estados (*supra*, nota 75, pág. 39, párr. 100), Roberto Ago profundizó en este tema: “nos parecería más conciliable con la razón de ser y con la lógica del principio del agotamiento de los recursos internos que se previera, en una forma que habría de estudiarse, que la colaboración de los particulares no se exija siempre para la puesta en marcha de los mecanismos que permiten que un Estado remedie mediante un nuevo comportamiento la situación contraria al resultado internacionalmente exigido de él, creada por su primer comportamiento. Esto debería preverse, por ejemplo, en los casos de perjuicios causados a un extranjero llevado contra su voluntad al territorio de un Estado o en tránsito aéreo o terrestre. *En efecto, podría encontrarse que las cargas que incumbirían de otro modo a ese particular serían demasiado pesadas para poder justificarse.* Sin embargo, incluso sin prever expresamente una excepción que podría comprometer la solidez del principio ¿no podría considerarse que estos caos extremos están englobados en la exigencia general según la cual los recursos internos han de ser *eficaces*, incluyendo también en esta exigencia la de que esos recursos sean efectivamente utilizables, en los casos presentados, por los particulares interesados?” (el primer subrayado es nuestro; el segundo es del original).

¹⁶¹ *Exhaustion of Local Remedies*, *supra*, nota 31, págs. 614 y 615. Véase también Geck *supra*, nota 118.

“Es posible, no obstante, que una persona que resulta herida en el territorio de su propio Estado por un soldado de otro Estado o por un objeto espacial pueda encontrar recursos eficaces en el otro Estado: sin embargo, sería poco equitativo y se impondría una dificultad indebida para esa persona si se le exigiera que tratara de agotar esos recursos en el Estado extranjero. Ello demuestra que la eficacia de un recurso no es razón suficiente para hacerlo obligatorio o prescindir de él. La solución preferible en esos casos puede ser que la utilización de los recursos internos sea facultativa, según escoja el agraviado, en lugar de ser obligatoria¹⁶².”

87. Un principio general del derecho que haría inaplicable la norma de los recursos internos en esos casos es la de *ex injuria jus non oritur*. Como observa Meron:

“Según los principios generales del derecho, sería muy extraño, en efecto, que se permitiera a un Estado que hubiera agraviado ilícitamente a un extranjero que no tenía conexión alguna con ese Estado —salvo ese agravio— obtener alguna ventaja de sus actos ilícitos¹⁶³.”

88. Las normas de la jurisdicción también pueden impedir la aplicación de la norma de los recursos internos en los casos de dificultad arriba mencionados. Aunque los Estados tienen una amplia jurisdicción extraterritorial, existen circunstancias en que el ejercicio de la jurisdicción constituiría un abuso o un exceso de jurisdicción que haría inaplicable la norma. D.P. O’Connell hace hincapié en esta cuestión:

“Este planteamiento se hace más patente si se subraya que, cuando el agravio ocurre fuera del territorio del Estado, la cuestión que debe juzgarse es si el Estado es culpable o no de exceso de jurisdicción, y ésta es una cuestión de derecho internacional que es preferible dejar en manos de un tribunal internacional, en tanto que lo que se juzga cuando el agravio ocurre dentro del territorio es la naturaleza del agravio infligido y si se ha ocasionado en efecto algún perjuicio que, según el derecho internacional, deba subsanarse mediante el derecho interno. En otras palabras, en el caso del agravio extraterritorial la cuestión que se plantea al tribunal internacional es si el Estado, *por sus actos*, ha infringido el derecho internacional, pero en el caso del agravio intraterritorial la cuestión es si el Estado ha cometido una infracción *por no haber reparado* el agravio. La diferencia entre estos dos casos es que en el primero de ellos el suceso ha

¹⁶² General Course, *supra*, nota 86, pág. 296. Véase también Schachter, *supra*, nota 151, pág. 203; Law, *supra*, nota 24, pág. 104; y Lefeber, *supra*, nota 151, págs. 123 y 154. El Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional de la Comisión de Derecho Internacional, entre otros, hizo suya esa opinión en 1978 en los términos siguientes: “Cabe señalar que las obligaciones del tipo de las que se están examinando son distintas de las obligaciones que incumben a un Estado para con extranjeros que han decidido establecerse en el territorio de ese Estado o situar en él sus bienes. En las situaciones comprendidas dentro del tema que se examina no hay la presunción de que se está dispuesto a aceptar riesgos o consecuencias perjudiciales porque son tolerados dentro del territorio o bajo el ámbito de control del Estado en que surgen esos riesgos o esas consecuencias perjudiciales. Tampoco hay la exigencia de acudir al recurso efectivo que ofrezca el derecho interno, a menos, claro está, que exista un régimen aplicable, aceptado por los Estados interesados, que imponga esa exigencia” (*supra*, nota 151, pág. 151, párr. 15). Véase también Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, Directrices sobre la responsabilidad en materia de contaminación transfronteriza de las aguas, documento E/ENVWA/R.45, párr. 22.

¹⁶³ *Supra*, nota 118, pág. 96. En el mismo sentido, véase Jiménez de Aréchaga, General Course, *supra*, nota 86, pág. 296; Head, *supra*, nota 118, pág. 153, y Amerasinghe, *supra*, nota 40, pág. 146.

ocurrido fuera de la jurisdicción de los tribunales internos, que por consiguiente no son competentes para obtener testimonios ni para dictar sentencia¹⁶⁴.”

89. Evidentemente es necesario prestar especial atención a la aplicabilidad de la norma de los recursos internos en los casos en que no exista un vínculo voluntario o una conexión territorial entre el extranjero agraviado y el Estado denunciado. No está claro si se hace necesaria una excepción especial el presente proyecto de artículos. Con las excepciones existentes a la norma de los recursos internos puede haberse previsto la mayor parte de los “casos de dificultad” descritos en el párrafo 75, pero la Comisión puede decidir que se necesita una protección más decidida y explícita. La conclusión provisional del Relator Especial es que no hay necesidad de tal disposición, pero por supuesto no se opondría a ella si la Comisión decide adoptarla.

4. Dilación excesiva (apartado c) del artículo 14)

Artículo 14

No es necesario agotar los recursos internos en los casos en que:

...

e) El Estado demandado sea responsable de una dilación excesiva en la tramitación de un recurso interno;

90. La posible exención del requisito de agotar los recursos internos en los casos en que el Estado demandado sea responsable de una dilación excesiva en la tramitación de un recurso interno se encuentra confirmada en intentos de codificación, instrumentos y práctica de derechos humanos, decisiones judiciales y doctrina.

Codificación

91. En la Base de discusión No. 27 propuesta por el Comité Preparatorio de la Conferencia de Codificación de 1930 figura una norma sobre el agotamiento de los recursos internos. Según la propuesta, esa norma no excluía la aplicación de la base de discusión No. 5, en que se establecía, entre otras cosas, que:

“El Estado es responsable del daño sufrido por un extranjero por el hecho de que:

...

3. Haya habido *demoras abusivas* por parte de los tribunales¹⁶⁵.”

92. La Comisión III de la Conferencia de Codificación de La Haya (1930) propuso una disposición similar, por la cual se eximía del cumplimiento de la norma sobre el agotamiento de los recursos internos en casos de denegación de justicia y se citaba como ejemplo “demoras injustificables que implican una denegación de justicia¹⁶⁶”. En el texto final de la Convención aprobada en la Conferencia se establecía la res-

¹⁶⁴ O’Connell, *supra*, nota 20, vol. II, pág. 951. El subrayado es del original. Véase también Herdegen, *supra*, nota 46, págs. 66 y 67; asunto *Interhandel*, *supra*, nota 14, pág. 27; Amerasinghe, *supra*, nota 40, págs. 144 y 145. En sentido contrario, R. Y. Jennings, “General Course on Principles of International Law” (1967-II), *Recueil des Cours* 121, pág. 325, en la página 485.

¹⁶⁵ Reproducida en García Amador, Primer informe, nota 12 *supra*, pág. 223. Sin bastardillas en el original.

¹⁶⁶ *Ibid.*, pág. 225. Véase el párrafo 2 del artículo 9.

ponsabilidad del Estado, sin el requisito de agotar los recursos internos, por denegación de justicia, incluida “la demora injustificada¹⁶⁷”.

93. En 1933, la Séptima Conferencia Internacional de Estados Americanos, celebrada en Montevideo, consideró “el retardo inmotivado” como excepción a la norma sobre los recursos internos, pero afirmó que esos casos debían ser interpretados restrictivamente, esto es, en favor de la soberanía del Estado donde se hubiera suscitado la diferencia¹⁶⁸.

94. En el Proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a los extranjeros, preparado en 1960 por *Harvard Research on International Law*, figuraba la siguiente propuesta:

“Los recursos internos se considerarán no disponibles a los efectos de la presente Convención:

...

c) Si los únicos recursos disponibles son excesivamente lentos o si la justicia se demora injustificadamente¹⁶⁹.”

95. García Amador no incluyó la dilación excesiva como excepción a las normas o sobre los recursos internos, ni siquiera en el marco de la denegación de justicia¹⁷⁰. Roberto Ago reconoció que la dilación excesiva podía llevar a la conclusión de que los recursos internos eran infructuosos¹⁷¹ pero no llegó a proponerla como excepción especial en la norma sobre los recursos internos contenida en el artículo 22. En su informe sobre el agotamiento de los recursos internos al Comité de la Asociación de Derecho Internacional sobre protección diplomática de las personas y los bienes, Juliana Kokott considera asimismo que los “trámites injustificadamente prolongados” constituyen una excepción a la norma sobre los recursos internos, pero en el proyecto de artículos que propone no figura ninguna disposición particular sobre esa excepción¹⁷².

Instrumentos y práctica de derechos humanos

96. Algunos convenios de derechos humanos excluyen expresamente la necesidad de agotar los recursos internos cuando su tramitación “se prolongue injustificadamente”¹⁷³. Los órganos encargados de vigilar el cumplimiento de esos convenios hacen suya esa excepción en su jurisprudencia¹⁷⁴.

¹⁶⁷ Artículo 9. Compárese con los artículos 7, 8 y 10 a 12, todos los cuales exigen el agotamiento de los recursos internos, como condición previa para determinar la responsabilidad del Estado.

¹⁶⁸ Reproducido en García Amador, primer informe, *supra*, nota 12, pág. 226.

¹⁶⁹ Artículo 19, párrafo 2. Reproducido en Sohn y Baxter, *supra*, nota 66, pág. 577.

¹⁷⁰ Véase García Amador, Sexto informe, *supra*, nota 28, págs. 46 a 47, pág. 48, artículo 3 y artículo 18, párr. 2.

¹⁷¹ *Anuario ... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 48, párr. 50, nota 204.

¹⁷² *Exhaustion of Local Remedies*, *supra*, nota 31, págs. 623 a 624.

¹⁷³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 41, párr. 1, apartado c));

Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 46, párr. 2, apartado c)).

¹⁷⁴ *Weinberger c. Uruguay*, Comunicación 28/1978, Comité de Derechos Humanos, *Selección de Decisiones*, vol. I, pág. 61; Caso Las Palmeras, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C, *Resoluciones y sentencias*, No. 67, párr. 38 (4 de febrero de 2000); *Erdogen v. Turkey*, Application No. 19807/92, 84 A, Comisión Europea de Derechos Humanos (1996), *Decisions and Reports*, párr. 5, pág. 15; Amerasinghe, *Local Remedies*, nota 40 *supra*, págs. 203 a 205; Kokott, *The Exhaustion of Local Remedies*, nota 31 *supra*, pág. 623.

Decisiones judiciales

97. En las decisiones judiciales se encuentra hasta cierto punto la “dilación excesiva” como excepción a la norma sobre los recursos internos. En el caso *El Oro Mining and Railway Co.*, la British-Mexican Claims Commission sostuvo que nueve años excedían con mucho el límite de lo permisible, incluso con la máxima liberalidad. Por lo tanto, consideró que los recursos eran infructuosos y que se excusaba su agotamiento¹⁷⁵. Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia consideró que 10 años de litigio no eran suficientes para eliminar la necesidad de agotar los recursos internos en el asunto *Interhandel*¹⁷⁶. Ese aspecto de la decisión fue criticado por el Magistrado Armond-Ugon, quien, en una opinión discrepante, sostuvo que, puesto que no se vislumbraba una decisión final tras 10 años de litigio, los recursos disponibles eran demasiado lentos y por ende infructuosos¹⁷⁷. En este caso la Corte no rechazó la posibilidad de que la dilación excesiva hiciera menos estricta la norma sobre los recursos internos. Simplemente no consideró que 10 años fueran suficientes para dispensar de la norma *en este caso específico*, concretamente porque el hecho de que *Interhandel* no presentara parte de la documentación necesaria había contribuido a la demora¹⁷⁸.

Doctrina

98. Aunque la doctrina es en general favorable a dicha excepción¹⁷⁹, se reconoce la dificultad de dar un contenido o significado objetivo a la expresión “dilación excesiva”. Se debe juzgar cada caso según sus propias circunstancias. Como afirma Amerasinghe:

“Las circunstancias de cada caso serían ciertamente un factor determinante. Una gran parte dependería de la evaluación judicial de la situación en cada caso ... serían claramente pertinentes aspectos como la naturaleza del agravio: es más fácil, por ejemplo, prescribir plazos más cortos para violaciones de los derechos personales y civiles que para daños a la propiedad. También puede ser un factor pertinente la identidad del demandante: los daños causados a grandes empresas dan lugar a plazos más largos que los causados a particulares, ya que puede tratarse de casos más complicados. En última instancia, dichas consideraciones sólo pueden servir de orientación, puesto que no existen normas invariables para definir el concepto de dilación excesiva¹⁸⁰.”

¹⁷⁵ [1931] British-Mexican Claims Commission, *5 United Nations Reports of International Arbitral Awards*, párr. 191, pág. 198. Véase también *Administration of the Prince of Pless* (1933), *Permanent Court of International Justice*, serie A/B, No. 52, pág. 16.

¹⁷⁶ *Supra*, nota 14.

¹⁷⁷ *Ibid.*, pág. 87.

¹⁷⁸ Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra*, nota 40, pág. 203.

¹⁷⁹ Véase, por ejemplo, Brownlie, *supra*, nota 45, págs. 505 a 506; Doering, *supra*, nota 59, pág. 239; Schwarzenberger, *supra*, nota 20, vol. 1, págs. 620, 622 (mencionada en relación con la denegación de justicia); Cançado Trindade, *Application*, *supra*, nota 40, pág. 79; Jiménez de Aréchaga, *General Course*, *supra*, nota 86, pág. 294; Jiménez de Aréchaga, *International Responsibility*, *supra*, nota 54, pág. 589; y Mummery, *supra*, nota 37, pág. 403.

¹⁸⁰ Amerasinghe, *supra*, nota 40, págs. 205 a 206. En el caso *El Oro Mining*, la British-Mexican Claims Commission declaró: “La Comisión no tratará de establecer con precisión absoluta el período en que se espera que emita un fallo. Esto dependerá de diversas circunstancias, especialmente de la magnitud del caso, es decir, del volumen de trabajo que conlleve examinar minuciosamente el caso” (*supra*, nota 175, pág. 198).

99. Esta excepción a la norma sobre el agotamiento de los recursos internos podría incorporarse a la contenida en el artículo 14 a) como elemento de la ineficacia. Sin embargo, existen buenas razones para considerarla una excepción separada. Los procedimientos judiciales se distinguen por su lentitud. Dicha excepción pondría sobre aviso a los Estados de que se exponen a perder las ventajas de la norma sobre los recursos internos si prolongan excesivamente las actuaciones de su propia jurisdicción con la esperanza de retrasar el momento de comparecer ante un tribunal internacional.

5. Denegación de acceso (apartado f) del artículo 14)

Artículo 14

No es necesario agotar los recursos internos en los casos en que:

...

f) El Estado demandado impida al particular lesionado obtener acceso a las instituciones de ese Estado que proporcionan los recursos internos.

100. Es posible que un Estado impida a un extranjero lesionado obtener acceso material a sus tribunales, por ejemplo, negándole la entrada en su territorio o exponiéndolo a peligros para que le resulte arriesgado tratar de entrar en su territorio. Un extranjero resuelto a hacer valer sus derechos contra un Estado no suele ser un visitante grato. Por lo tanto, no es extraño que dicho Estado ejerza su derecho incontestable a denegar la entrada al extranjero o hacerle saber claramente que no se puede garantizar su seguridad si entra en el territorio del Estado. Es posible que el artículo 14 a) sea aplicable a la denegación efectiva de acceso a los recursos internos, pero probablemente es mejor considerar este tipo de casos una excepción especial a la norma sobre los recursos internos, puesto que en teoría el recurso puede estar al alcance de la persona y ser eficaz, pero inaccesible en la práctica.

101. No existe en la práctica de los Estados ni en la jurisprudencia ni en la doctrina indicación clara alguna que justifique considerar este tipo de situación como excepción particular a la norma sobre los recursos internos. No obstante, en su informe de 2000 sobre el agotamiento de los recursos internos al Comité de la Asociación de Derecho Internacional sobre protección diplomática de las personas y los bienes, Juliane Kokott propuso una excepción a la norma sobre los recursos internos para casos en que “se impida físicamente al demandante obtener acceso a los recursos existentes”¹⁸¹. En apoyo de esta propuesta afirma lo siguiente:

“La inutilidad por razones de facto abarca especialmente casos de peligro a la vida o la integridad física del solicitante en el país en que tendría que interponer el recurso. Esto puede deberse a ‘un clima general de hostilidad’ hacia nacionales de otros países o basarse en peligros que acechan al extranjero en particular o a un grupo de personas, siempre que se demuestre satisfactoriamente la existencia de dichos peligros. Otros ejemplos de inutilidad de facto son los casos en que se presentan obstáculos e impedimentos que constituyen denegación de justicia en el sentido de que se deniega al extranjero el acceso a los tribunales debido a una práctica o a una política decretada o tolerada por el Estado.”¹⁸²

¹⁸¹ Exhaustion of Local Remedies, *supra*, nota 31, pág. 629.

¹⁸² *Ibid.*, págs. 624 y 625. Véase también Doering, *supra*, nota 59, pág. 240.

La propuesta de Kokott está inspirada en la jurisprudencia de derechos humanos¹⁸³, pero no hay ninguna razón para no hacerla extensiva gradualmente a los principios generales del derecho que rigen el agotamiento de los recursos internos.

C. Carga de la prueba

Artículo 15

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

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

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

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

102. La carga de la prueba en contenciosos internacionales se refiere a lo que debe probarse y a quién debe probarlo. No existe en derecho internacional una norma clara y detallada sobre la carga de la prueba similar a la que figura en muchos ordenamientos jurídicos nacionales¹⁸⁴. Sin embargo, generalmente se considera que la carga de la prueba recae sobre la parte que hace una afirmación: *onus probandi incumbit ei qui dicit*. Puede ser la parte demandante (*onus probandi actori incumbit*) o la parte demandada (*reus in exceptione fit actor*), ya que la carga de la prueba puede pasar de una a otra en el curso del proceso, lo cual depende de cómo formulen las partes sus afirmaciones o argumentos¹⁸⁵. Este planteamiento de la carga de la prueba,

¹⁸³ Exhaustion of Local Remedies, *supra*, nota 31, pág. 624, notas 86 a 91; *Akdivar v. Turkey*, 99/1995/605/693, sentencia de 16 de septiembre de 1996 (1996-IV) *European Court of Human Rights, Reports and Decisions*, No. 15, pág. 1192, en la página 1213, párr. 73.

¹⁸⁴ Caso *Parker* (United States of America v. Mexico), (1926) 4 *United Nations Reports on International Arbitrary Awards*, pág. 35, en la página 39.

¹⁸⁵ G. Ripert, "Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux" (1933-II) 44 *Recueil des Cours*, pág. 565, en la página 646. Véase también P. Guggenheim, *Traité de droit international public* (1953), pág. 81; B. Cheng, "Burden of proof before the I.C.J." (1953), 2 *International and Comparative Law Quarterly*, pág. 595, en la página 596; Law, *supra*, nota 24, pág. 55; J. E. S. Fawcett, *The Application of the European Convention on Human Rights* (1965), pág. 458; A. P. Sereni, *Principi generali di diritto e processo internazionale* (1955), págs. 30, 40, 76, 90; J. Chappetz, *La Règle de l'épuisement des voies de recours internes* (1972), págs. 234 a 237; Amerasinghe, *Local Remedies, supra*, nota 40, págs. 277 a 283; Cançado Trindade, *Application, supra*, nota 40, págs. 134 a 136 y 169; G. Scelle, Proyecto sobre procedimiento arbitral, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1958, vol. I*, pág. 11, documento A/CN.4/113 (véase concretamente el artículo 21, págs. 9 y 14); Alegato suizo en el asunto *Interhandel*, 1959, *I.C.J. Pleadings*, págs. 562 y 563. *Sed contra* B. Robertson, "Exhaustion of Local Remedies in International Human Rights Litigation – The Burden of Proof Reconsidered" (1990), 39 *I.C.L.Q.*, pág. 191, en las páginas 191 a 193 y 196, quien distingue entre carga de la prueba del derecho y la carga de la prueba de los hechos, y afirma que, con respecto a la primera, la carga de la prueba recae en una de las partes (el demandante).

más práctico¹⁸⁶ que técnico o formal, es aplicable a contenciosos relacionados con el agotamiento de los recursos internos.

103. En anteriores intentos de codificación de la norma sobre los recursos internos no se formuló una norma al respecto. Sin embargo, en su informe al Comité de la Asociación de Derecho Internacional sobre protección diplomática de las personas y los bienes, Juliane Kokott propuso la norma siguiente sobre la carga de la prueba:

- “1. El demandante tiene que probar que ha agotado los recursos internos o
2. que estaba exento de ese requisito.
3. El Estado de acogida tiene que probar que existían (otros) recursos que no se agotaron.”¹⁸⁷

104. En la práctica de los órganos encargados de vigilar los derechos humanos existe un corpus sustancial de jurisprudencia sobre la carga de la prueba¹⁸⁸. Las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos indican que la carga inicial recae sobre el demandante, que en su demanda debe demostrar con certeza razonable que ha agotado los recursos internos ofrecidos por el Estado de acogida. Si el Estado demandado afirma que no se han agotado los recursos internos, recae entonces sobre él la carga de probar que el demandante tenía a su alcance un recurso efectivo mediante el cual podía obtener reparación. Una vez satisfecho ello, corresponde al demandante probar que el recurso ofrecido por el gobierno fue efectivamente agotado o que hubo circunstancias excepcionales que le eximieron de la obligación de agotarlos¹⁸⁹.

105. La aplicabilidad de esos principios al derecho internacional general es limitada, puesto que la secuencia en que es necesario demostrar las afirmaciones se ve condicionada por el hecho de que:

“en los convenios de derechos humanos normalmente se establece que una demanda es examinada en lo esencial por el órgano de supervisión competente sólo si este último está convencido de que se han agotado los recursos internos, como lo exige el convenio.”¹⁹⁰

Además, los órganos de derechos humanos pueden examinar por derecho propio y de oficio el cumplimiento de la norma sobre el agotamiento de los recursos internos, incluso de no haber objeciones del demandado¹⁹¹.

106. Las decisiones arbitrales y judiciales no arrojan mucha luz sobre la cuestión. Algunos tribunales de arbitraje han sostenido que la carga de probar que se han agotado los recursos internos o que es aplicable una de las excepciones a la

¹⁸⁶ Gaja, *supra*, nota 118, págs. 227 a 231.

¹⁸⁷ Kokott, *Exhaustion of Local Remedies*, *supra*, nota 31, pág. 630.

¹⁸⁸ J. Kokott, *The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law* (1998); Amerasinghe, *supra*, nota 40, págs. 291 a 297; Cançado Trindade, *supra*, nota 40, págs. 143 a 171; Robertson, *supra*, nota 185; caso *Velázquez Rodríguez*, *supra*, nota 60, pág. 305, párrs. 59 a 60; *Akdivar v. Turkey*, *supra*, nota 183, pág. 1211, párr. 68.

¹⁸⁹ Véase *Foti and Others*, *supra*, nota 112, págs. 380 a 382; *Selmouni v. France*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Application No. 25803/94, sentencia de 28 de julio de 1999 (con la intervención de los Países Bajos), se puede consultar en <http://www.dhcour.coe.fr/>, pág. 26, párr. 76.

¹⁹⁰ Kokott, *Exhaustion of Local Remedies*, *supra*, nota 31, en la página 628.

¹⁹¹ Cançado Trindade, *Application*, *supra*, nota 40, págs. 153 a 157.

norma¹⁹² debe recaer sobre el demandante, pero otros, suponiendo por las circunstancias del caso que los recursos han sido infructuosos, han imputado al demandado la carga de probar la existencia de recursos internos que no han sido agotados¹⁹³. Se hizo referencia a la cuestión en el caso *Panevezys-Saldutiskis Railway*, el arbitraje *Finnish Ships*, la demanda *Ambatielos* y el asunto *ELSI*, y en los alegatos de los asuntos *Aerial Incident* (Israel v. Bulgaria) y *Norwegian Loans* (en que el Magistrado Lauterpacht emitió una importante opinión separada al respecto).

107. En el asunto *Panevezys-Saldutiskis Railway*, el demandante, Estonia, afirmó que la norma sobre el agotamiento de los recursos internos no era aplicable, aduciendo que los tribunales lituanos no podían conocer de la demanda porque el máximo tribunal de Lituania ya había emitido una decisión al respecto que no era favorable al demandante. Refiriéndose a esas cuestiones, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional declaró que:

“Si se pudiera corroborar alguno de esos dos extremos, el Tribunal estaría obligada a rechazar la segunda objeción de Lituania [relativa al no agotamiento de los recursos internos].

...

Hasta que se demuestre claramente que los tribunales lituanos no son competentes para admitir una demanda de la empresa *Esimene* en relación con su derecho de propiedad del ferrocarril *Panevezys-Saldutiskis*, el Tribunal no puede aceptar el argumento del agente de Estonia de que la norma relativa al agotamiento de los recursos internos no es aplicable en este caso porque el derecho lituano no ofrece medio alguno de obtener compensación.”¹⁹⁴

Los pasajes citados parecen indicar que, una vez que el demandado ha interpuesto la objeción de que no se han agotado los recursos internos, recae sobre el demandante la carga de probar que es aplicable una excepción a la norma sobre los recursos internos.

108. En el arbitraje *Finnish Ships*, el árbitro Bagge sostuvo que:

“[la norma de los recursos internos] sólo es pertinente a las afirmaciones de hecho y de derecho presentadas por el Gobierno demandante en el procedimiento internacional y la oportunidad de ‘hacer justicia a su manera’ debe referirse solamente a una demanda basada en esas afirmaciones.”¹⁹⁵

Law ha dado una interpretación lata a este razonamiento poco claro, haciendo recaer

“la carga de la prueba sobre el Estado que interpone la acción ante el Tribunal, puesto que se refiere exclusivamente a lo que él afirme y que, de tener jus-

¹⁹² Demanda *Studer* (Estados Unidos c. Gran Bretaña) (1925) 6 *U.N.R.I.A.A.* pág. 149, en la página 153; caso *La Guaira Electric Light and Power Co.* (Estados Unidos c. Venezuela) (1903-1905), 9 *U.N.R.I.A.A.* pág. 240, en la página 243; caso *Napier, Moore*, *International Arbitrations*, *supra*, nota 13, vol. 3, pág. 3152, en la página 3154.

¹⁹³ Véase el caso *In re Gill* (Reino Unido c. México) (1931-32), 6 *Annual Digest*, págs. 203 y 204; *Forests in Central Rhodopia*, 7 *Annual Digest*, pág. 91, en la página 94, (1934), 28 *American Journal of International Law*, pág. 774, en la página 789; demanda *Brown*, *supra*, nota 13. Véase también la opinión separada del Magistrado Tanaka en *Barcelona Traction*, *supra*, nota 28, págs. 145 a 147.

¹⁹⁴ *Supra*, nota 14, págs. 18 y 19.

¹⁹⁵ *Supra*, nota 13, pág. 1502.

tificación, significaría que no existen recursos internos o que éstos ya se han agotado.”¹⁹⁶

109. En el asunto *Ambatielos* el planteamiento es diferente y se da a entender que la carga inicial de probar que había recursos eficaces disponibles y que no se habían agotado recae sobre el Estado demandado¹⁹⁷:

“Para poder afirmar que una acción ante un tribunal internacional no es admisible, el Estado demandado debe demostrar que existen en su sistema de derecho internacional recursos que no se han utilizado. Sin embargo, las opiniones de los juristas y las que figuran en precedentes judiciales coinciden en que la existencia de recursos que evidentemente son ineficaces no se considera suficiente para justificar la aplicación de la norma.”¹⁹⁸

110. El asunto *ELSI* también sirve de precedente para el argumento de que la carga de probar la existencia de un recurso disponible que no se había agotado recae sobre el Estado demandado:

“Con tantos contenciosos instruidos en los tribunales internos sobre lo que es en esencia la demanda que ahora tiene ante sí la Sala, Italia tenía la obligación de demostrar que, con todo, existía algún recurso interno que no se había probado; o por lo menos, que no se había agotado. Italia nunca trató de negar esa obligación ...

Sin embargo, en el presente caso, Italia tenía la obligación de demostrar de hecho la existencia de un recurso que estuviera al alcance de los accionistas de los Estados Unidos y que no hubieran llegado a emplear. La Sala no considera que Italia haya satisfecho esa obligación.

Nunca es fácil decidir, en un caso donde se ha recurrido mucho a los tribunales internos, si se han ‘agotado’ realmente los recursos internos. Sin embargo, en este caso Italia no ha podido convencer a la Sala de que claramente quedaba algún recurso que Raytheon y Machlett, independientemente de *ELSI* y del síndico de la quiebra de *ELSI*, debían haber utilizado y agotado.”¹⁹⁹

111. En el asunto *Aerial Incident*, el abogado del demandado, Bulgaria, adujo que una vez que el demandado había demostrado que sus tribunales estaban abiertos y a disposición de los extranjeros, correspondía al demandante, Israel, probar que esos recursos no existían o eran ineficaces²⁰⁰.

112. La carga de la prueba ocupó un lugar destacado en los alegatos del caso *Norwegian Loans*, pero no fue necesario que la Corte llegara a una decisión al respecto. El Gobierno de Francia adujo que no le correspondía, en su calidad de demandante, probar la inutilidad de los recursos internos noruegos. Por el contrario, era Noruega quien debía probar “la utilidad de un recurso en su sistema judicial”²⁰¹. En su réplica, Noruega alegó que existía una norma del derecho internacional que obligaba al demandante a agotar los recursos internos antes de presentar el caso a la Corte:

¹⁹⁶ *Supra*, nota 24, pág. 56.

¹⁹⁷ *Ibíd.*, en las páginas 56 y 57.

¹⁹⁸ *Supra*, nota 14, pág. 119.

¹⁹⁹ *Supra*, nota 35, págs. 46 a 48, párrs. 59 a 63. Sin bastardillas en el original.

²⁰⁰ 1959 *I.C.J. Pleadings*, págs. 559, 565 y 556.

²⁰¹ *Supra*, nota 127, vol. I, págs. 183 y 184.

“Si el Gobierno francés sostiene que el principio no es aplicable, a él corresponde demostrar por qué ...”²⁰².

Por lo tanto, no corresponde al Gobierno noruego probar que los recursos que su derecho interno ofrece a los acreedores franceses les abre posibilidades suficientes para que no se pueda desechar la norma del agotamiento previo. Correspondería al Gobierno de la República probar lo contrario.”²⁰³

Posteriormente, Noruega reconoció que el demandado tenía la obligación de probar la existencia de recursos internos, pero sostuvo que era el demandante quien debía probar la ineficacia de dichos recursos:

“Una vez establecida la existencia de los recursos internos, es aplicable la norma del agotamiento previo. Y si el Estado demandante quiere sustraerse de las consecuencias de dicha norma, a él corresponde probar que la norma no es aplicable en razón de la ineficacia de los recursos existentes.”²⁰⁴

En su réplica, Francia adujo que las partes tenían la obligación de colaborar en la presentación de pruebas y que Noruega no podía simplemente sostener que sus tribunales eran imparciales. Tenía además, que probar, a la luz de la legislación que había conducido a la controversia y que parecía excluir la competencia de los tribunales locales, que existía una perspectiva razonable de reparación en los tribunales de Noruega²⁰⁵.

113. En su opinión separada en el asunto *Norwegian Loans*, el Magistrado Lauterpacht propuso el siguiente esquema:

- “1) Como norma, corresponde al Estado demandante probar que no existen recursos eficaces que se puedan utilizar;
- 2) Esa prueba no es necesaria si existe legislación que aparentemente priva de un recurso a los demandantes que no son Estados;
- 3) En ese caso corresponde al Estado demandado demostrar que, pese a la falta aparente de un recurso, se puede suponer razonablemente su existencia;
- 4) El grado de la carga de la prueba no debe ser tan estricto que haga excesivamente difícil la prueba.”²⁰⁶

Aunque algunos autores han apoyado la formulación de Lauterpacht sin cuestionarla²⁰⁷, no se debe olvidar que obedecía al propósito de aplicarla a los hechos presentados ante la Corte, es decir, una ley noruega que, *ex facie*, parecía indicar que era inútil interponer recursos internos. Por lo tanto, la exposición de Lauterpacht “no parece prestarse a la generalización”²⁰⁸.

114. La doctrina se ha referido con frecuencia a la carga de probar la eficacia o ineficacia de los recursos internos, pero las circunstancias en las cuales se puede hacer valer su ineficacia varían de un caso a otro. En un caso la ineficacia del recur-

²⁰² *Ibid.*, vol. I, pág. 280, párr. 110.

²⁰³ *Ibid.*, vol. I, pág. 281, párr. 114.

²⁰⁴ *Ibid.*, vol. II, pág. 162. Sin subrayar en el original. Véase también *ibid.*, vol. II, pág. 161.

²⁰⁵ *Ibid.*, vol. II, págs. 187 y 188.

²⁰⁶ *Supra*, nota 44, pág. 39.

²⁰⁷ Head, *supra*, nota 118, pág. 155; O’Connell, *supra*, nota 20, vol. 2, pág. 1058.

²⁰⁸ T. Haesler, *The Exhaustion of Local Remedies in the Case Law of International Courts and Tribunals* (1968), págs. 57 a 59.

so interno puede ser evidente (por ejemplo, cuando existe legislación que priva a los tribunales locales de competencia para conocer del asunto). En otro, la ineficacia del recurso interno puede ser menos evidente (por ejemplo, cuando se aduce que los tribunales no son imparciales o están bajo el control del poder ejecutivo). En el primer caso se puede presumir la ineficacia hasta que sea rebatida por el Estado demandado, mientras que en el segundo corresponde al Estado demandante probar su aserto²⁰⁹. Todo esto apunta a la necesidad de flexibilidad en relación con la carga de la prueba.

115. En general, los juristas que se han ocupado del tema de la carga de la prueba han procurado no presentar un conjunto detallado de normas y subnormas que abarquen todas las situaciones²¹⁰. Aunque los autores han analizado a fondo las opiniones existentes, pocos se atreven a ir más allá de la generalización de Jiménez de Aréchaga:

“El Estado que contesta una demanda haciendo valer la norma relativa a los recursos internos tiene que probar la existencia de un recurso que no se haya utilizado. Si el Estado demandante replica que un recurso existente es ineficaz o inadecuado en las circunstancias del caso, él tiene que probar que su pretensión es correcta.”²¹¹

116. La carga de la prueba depende principalmente de la división de papeles en el proceso contencioso (es decir, qué parte plantea qué cuestión), lo cual, a su vez, depende principalmente de las circunstancias del caso. Por ejemplo, si ambas partes llevan el caso a un tribunal arbitral sobre la base de un compromiso que conlleva una dispensa de la norma, es poco probable que el demandante presente en su demanda original pruebas de que ha agotado todos los recursos disponibles y eficaces. En ese caso, la cuestión sería planteada primero por el demandado y recaería sobre él la carga de demostrar la existencia de recursos internos y la aplicabilidad de la norma al caso. Por otra parte, si, en la misma situación, la lesión original en el caso específico tiene que ver con un contrato entre el extranjero y el Estado demandado que contiene una cláusula Calvo por la que se estipula que el extranjero renuncia a su derecho a la protección diplomática, el Estado demandado podría, en principio, quedar exonerado de la carga de la prueba, haciendo referencia simplemente a dicha cláusula²¹². Además, si la demanda se presenta con arreglo a un instrumento que requiere expresamente el agotamiento de los recursos internos, la carga de la prueba se repartiría de modo completamente diferente. El Estado demandante estaría obligado a demostrar en la demanda que ha agotado los recursos internos existentes o

²⁰⁹ Brownlie, *supra*, nota 45, pág. 500; Law, *supra*, nota 24, págs. 57 y 58.

²¹⁰ C. F. Amerasinghe escribe:

“Sin embargo, actualmente el tema es impreciso en algunos de sus aspectos, porque no se ha examinado judicialmente por completo. Puesto que la carga de la prueba es un asunto relativo al proceso contencioso, no se puede subestimar la importancia de los precedentes judiciales relacionados con ella. Por lo tanto, si bien la doctrina está de acuerdo en que existe una distribución de la carga de la prueba, es significativo que no sea posible ni aconsejable establecer normas concretas para dicha distribución por encima de las ya existentes y anteriormente mencionadas” (*Local Remedies*, nota 40, *supra*, págs. 287 y 288).

²¹¹ General Course, *supra*, nota 86, pág. 295. Véase también Jiménez de Aréchaga, “International responsibility”, en M. Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law* (1968), págs. 531 a 590; y *Oppenheim’s International Law*, *supra*, nota 53, vol. 1, pág. 526.

²¹² Véase *North American Dredging Company of Texas (Estados Unidos c. Estados Unidos Mexicanos)*, decisión de 31 de marzo de 1926, reproducida en (1926) 20 *A.J. I. L.*, págs. 800 a 807, párrs. 20 y 21.

por qué no fue necesario agotarlos. En su réplica, el Estado demandado estaría obligado a indicar recursos adicionales y a demostrar su eficacia, para corroborar su objeción acerca del no agotamiento de los recursos internos.

117. Por las razones que anteceden, la única conclusión que se puede extraer del examen de la jurisprudencia y la doctrina es que es difícil e imprudente establecer una norma concreta, salvo decir que la carga de la prueba debe ser compartida por las partes, alternando continuamente entre una y otra a lo largo del caso, y que la carga de probar una afirmación categórica recae sobre la parte que la hace: *onus probandi incumbit ei qui dicit*. Este es el propósito del artículo 15.

118. La Comisión puede adoptar la postura de que el artículo 15 1) es un principio general que no está sujeto a codificación. En ese caso tal vez prefiera simplemente codificar el párrafo 2 del artículo 15. Otra posibilidad es que prefiera aprobar la propuesta breve, pero precisa, presentada por Juliane Kokott a la Asociación de Derecho Internacional que se menciona en el párrafo 103.
