



Asamblea General

Distr.
LIMITADA

A/CN.4/L.637/Add.3
20 de junio de 2003

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL
55º período de sesiones
Ginebra, 5 de mayo a 6 de junio
y 7 de julio a 8 de agosto de 2003

**PROYECTO DE INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHO
INTERNACIONAL SOBRE LA LABOR REALIZADA
EN SU 55º PERÍODO DE SESIONES**

Relator: Sr. William MANSFIELD

Capítulo V

PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

Adición

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
C. Texto de los proyectos de artículos 8 a 10 del proyecto de artículos sobre protección diplomática provisionalmente aprobado por la Comisión (<i>continuación</i>).....	1	2
2. Texto de los proyectos de artículos con sus comentarios.....	1	2

C. Texto de los proyectos de artículos 8 a 10 del proyecto de artículos sobre protección diplomática provisionalmente aprobado por la Comisión (*continuación*)

2. Texto de los proyectos de artículos con sus comentarios

1. A continuación figuran los textos de los proyectos de artículos 8 a 10 con sus comentarios, aprobados por la Comisión en su 55º período de sesiones.

PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

Artículo 8 [10]¹

Agotamiento de los recursos internos

1. Un Estado no podrá interponer una reclamación internacional en relación con un daño sufrido por uno de sus nacionales, o por una de las personas a que se refiere el artículo 7 [8]², antes que, con sujeción al artículo 10 [14], la persona que ha sufrido el daño haya agotado todos los recursos internos.

2. Por "recursos internos" se entenderán los recursos legales que pueda interponer la persona que ha sufrido el daño ante los tribunales u órganos judiciales o administrativos, ordinarios o especiales, del Estado cuya responsabilidad por el daño se alega.

Comentario

1) El artículo 8 trata de codificar la norma de derecho internacional consuetudinario que requiere el agotamiento de los recursos internos como requisito previo para la presentación de una reclamación internacional. Esta norma fue reconocida por la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Interhandel*, como principio "bien establecido en el derecho internacional consuetudinario"³ y por una Sala de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Elettronica*

¹ Los artículos 8 [10], 9 [11] y 10 [14] se incluirán en una futura cuarta parte titulada "Recursos internos", con una nueva numeración.

² La remisión al artículo 7 [8] se examinará de nuevo si se incluyen en el proyecto de artículos otras excepciones a la regla de la nacionalidad.

³ 1959 *I.C.J. Reports*, pág. 27.

Sicula (ELSI), como "importante principio de derecho internacional consuetudinario"⁴.

El agotamiento de los recursos internos garantiza que "el Estado en que había tenido lugar la infracción tuviera la oportunidad de rectificarla por sus propios medios y en el marco de su propio ordenamiento interno"⁵. La Comisión de Derecho Internacional ha examinado anteriormente el agotamiento de los recursos internos en el contexto de su labor sobre la responsabilidad de los Estados, llegando a la conclusión de que es un "principio de derecho internacional general" apoyado por las decisiones judiciales, la práctica de los Estados, los tratados y la doctrina⁶.

- 2) Tanto las personas naturales como las jurídicas deben agotar los recursos internos. También las sociedades extranjeras financiadas en parte o principalmente con fondos públicos deben agotar los recursos internos cuando realizan *acta jure gestionis*. Igualmente, los no nacionales del Estado que ejerce la protección, con derecho a protección diplomática en las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 7 [8], deben agotar los recursos internos.
- 3) El párrafo 1 se refiere a la interposición de una reclamación y no a su presentación, ya que la palabra "interponer" refleja más exactamente el proceso de que se trata que la palabra "presentar", que sugiere un acto formal al que se conceden consecuencias, y que se utiliza mejor para señalar el momento en que la reclamación se formula oficialmente.
- 4) La frase "todos los recursos internos" debe interpretarse en relación con el artículo 10 [14], que describe las circunstancias excepcionales en que no es preciso agotar los recursos internos. Las sugerencias de que se aludiera en esta disposición a la necesidad de agotar sólo los recursos internos "adecuados y eficaces" no se recogieron por dos razones. En primer lugar porque esa salvedad del requisito del agotamiento de los recursos internos requiere atención especial en una disposición separada. En segundo lugar, el hecho de que recaiga generalmente en el Estado

⁴ 1989 I.C.J. Reports, pág. 42, párr. 50.

⁵ Asunto *Interhandel*, *supra*, nota 3, pág. 27.

⁶ Artículo 22 en primera lectura. Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10* y Corr. (A/51/10 y Corr.7), cap. III D 1; *Anuario...*, 1977, vol. II (segunda parte), págs. 30 a 50; artículo 44 en segunda lectura: *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/56/10), págs. 331 a 334.

demandado la carga de la prueba de demostrar que existen recursos internos, mientras que recae en el Estado demandante la de demostrar que no hay recursos internos accesibles para la persona lesionada⁷, requiere tratar por separado estos dos aspectos de los recursos internos.

5) Los recursos disponibles para un extranjero que deberán agotarse antes de interponer una reclamación internacional variarán inevitablemente según los Estados. Por ello, ninguna codificación puede ofrecer una norma absoluta por la que se rijan todas las situaciones. El párrafo 2 trata de describir, en términos generales, las principales clases de recursos que deben agotarse⁸. En el primer caso, es evidente que el nacional extranjero debe agotar todos los recursos judiciales disponibles en el derecho interno del Estado demandado. Si ese derecho autoriza a apelar en las circunstancias del caso al tribunal supremo, habrá que interponer esa apelación a fin de obtener una decisión firme sobre la cuestión. A ese respecto, los tribunales incluyen tanto los ordinarios como los especiales, porque "el elemento crucial no es el carácter ordinario o extraordinario de un recurso legal, sino que ofrezca la posibilidad de un medio de reparación efectivo y suficiente"⁹. Hay que agotar también los recursos administrativos. Sin embargo, el extranjero lesionado sólo tiene que agotar los recursos de esa índole de carácter equivalente al jurídico y que pueden llevar a una decisión vinculante, de conformidad con la máxima *ubi jus ibi remedium*. No tiene que dirigirse al poder ejecutivo para que éste le conceda una reparación en el ejercicio de sus facultades discrecionales. Los recursos internos no incluyen

⁷ Véase la sentencia de la Sala de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Elettronica Sicula (ELSI)*, 1989 I.C.J. Reports, página 14, en las páginas 46 a 48 (párrs. 59 a 63). La cuestión de la carga de la prueba fue examinada por el Relator Especial en su Tercer informe sobre protección diplomática (A/CN.4/523 y Add.1), párrs. 102 a 118. La Comisión decidió no incluir un proyecto de artículo sobre ese tema: *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/57/10)*, párrs. 240 a 252.

⁸ En la *Ambatielos Claim*, el tribunal arbitral dictaminó que "se tiene que haber puesto a prueba todo el sistema de protección legal previsto en el derecho interno": (1956) 12 U.N.R.I.A.A., pág. 120. Véase además sobre este tema, C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (1990).

⁹ *B. Schouw Nielsen v. Denmark*, Application N° 343/57, (1958-1959) 2 Yearbook of the European Convention on Human Rights, 438. Véase también *Lawless Case*, Application N° 332/57, (1958-1959) 2 Yearbook of the European Convention on Human Rights, págs. 318 a 322.

recursos como el de gracia¹⁰ ni aquellos "que obedecen al propósito de obtener un favor y no de reivindicar un derecho"¹¹.

6) Con el objeto de preparar en forma satisfactoria los fundamentos de una reclamación internacional basada en que se han agotado los recursos internos, el litigante extranjero debe plantear en esos procedimientos todos los argumentos que se propone utilizar en el procedimiento internacional. En el asunto *Finnish Ships* el árbitro dijo:

"todos los argumentos de hecho y de derecho planteados por el Gobierno reclamante... deben haber sido investigados y fallados por los tribunales internos"¹².

Este principio ha sido confirmado por la Corte Internacional de Justicia en el asunto *ELSI*¹³. De él se deduce que, en el proceso de agotar los recursos internos, el litigante extranjero debe presentar todas las pruebas de que disponga en apoyo de esos argumentos¹⁴. No puede utilizar el recurso internacional que le concede la protección diplomática para compensar una preparación o presentación defectuosas de su reclamación en el nivel del derecho interno¹⁵.

Artículo 9 [11]¹

Tipo de reclamaciones

Se deberán agotar los recursos internos cuando una reclamación internacional, o una petición de sentencia declarativa relacionada con la reclamación, se basen preponderantemente en un daño sufrido por un nacional o por una de las personas a que se refiere el artículo 7 [8]².

¹⁰ *Finnish Ships Arbitration*, (1934) 3 *U.N.R.I.A.A.*, pág. 1479.

¹¹ *De Becker v. Belgium*, Application N° 214/56, (1958-1959) 2 *Yearbook of ECHR*, 238.

¹² *Supra*, nota 10, en la página 1502.

¹³ *Supra*, nota 4, en las páginas 45 y 46.

¹⁴ *Ambatielos Claim*, *supra*, nota 8, pág. 120.

¹⁵ D. P. O'Connell, *International Law*, vol. 2, pág. 1059.

Comentario

1) El agotamiento de los recursos internos sólo se aplica en los casos en que el Estado demandante ha sufrido un daño "indirecto", es decir, por intermedio de su nacional¹⁶. No es aplicable cuando el Estado demandante ha sufrido un daño directamente por el hecho ilícito de otro Estado, por cuanto en este caso el Estado tiene una clara razón propia para presentar una reclamación internacional. Además, no cabría esperar que un Estado agotara los recursos internos en tal caso, ya que ello violaría el principio *par in parem non habet imperium non habet jurisdictionem*.

2) En la práctica, es difícil decidir si la reclamación es "directa" o "indirecta" cuando es "mixta", en el sentido de que contiene elementos tanto de daño para el Estado como para los nacionales del Estado. Muchas controversias entre tribunales internacionales han presentado el fenómeno de la reclamación mixta. En el asunto de los *Rehenes*¹⁷, hubo una violación directa por parte de la República Islámica del Irán de la obligación de proteger a los diplomáticos y cónsules de los Estados Unidos de América, pero al mismo tiempo hubo un daño para la persona de los nacionales (diplomáticos y cónsules) retenidos como rehenes; y en el asunto *Interhandel*¹⁸, Suiza presentó reclamaciones respecto de un daño directo derivado del incumplimiento de un tratado y de un daño indirecto derivado del daño causado a una empresa nacional. En el asunto de los *Rehenes*, la Corte trató la reclamación como una violación directa del derecho internacional; y en el asunto *Interhandel*, decidió que la reclamación era preponderantemente indirecta y que Suiza no había agotado los recursos internos.

3) En caso de una reclamación mixta, incumbe al tribunal examinar los diferentes elementos de la reclamación y decidir si prepondera el elemento directo o el indirecto. En el asunto *ELSI*,

¹⁶ Esto concuerda con el principio expuesto por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el asunto *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, en el sentido de que "al asumir la causa de uno de sus súbditos y poner en marcha en su favor una acción diplomática o una acción judicial internacional, en realidad este Estado hace valer su propio derecho, el derecho que tiene de hacer respetar el derecho internacional respecto de la persona de sus nacionales": 1924 P.C.I.J., serie A, N° 2, pág. 12.

¹⁷ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, 1980 I.C.J. Reports*, pág. 3.

¹⁸ *Supra*, nota 3.

una Sala de la Corte Internacional de Justicia rechazó el argumento de los Estados Unidos de que parte de su reclamación se basaba en la violación de un tratado y, por lo tanto, era innecesario agotar los recursos internos, sosteniendo que:

"la Sala no duda de que el asunto que caracteriza la reclamación de los Estados Unidos en su conjunto es el presunto daño causado a las empresas Raytheon y Machlett [empresas de los Estados Unidos]."¹⁹

En estrecha relación con la prueba de la preponderancia se halla la del *sine qua non*, que pregunta si la reclamación que comprende elementos de daños tanto directo como indirecto se habría presentado si no fuera por la reclamación en nombre del nacional lesionado. Si esta pregunta se responde afirmativamente, la reclamación es indirecta y deben agotarse los recursos internos. Hay poca distinción, sin embargo, entre la prueba de la preponderancia y la prueba del *sine qua non*. Si una reclamación se basa preponderantemente en el daño sufrido por un nacional, ello indica que la reclamación no se habría presentado si no hubiera sido por ese daño. En esas circunstancias, la Comisión prefirió adoptar sólo una prueba, es decir, la de la preponderancia.

4) Las otras "pruebas" invocadas para determinar si la reclamación es directa o indirecta no son tanto pruebas como factores que deben considerarse al decidir si la reclamación está preponderantemente ponderada a favor de una reclamación directa o de una reclamación indirecta, o si no se habría presentado si no fuera por el daño causado al nacional.

Los principales factores que deben considerarse para hacer esa determinación son el objeto de la controversia, el carácter de la reclamación y la reparación reclamada. Así, cuando el objeto de la controversia sea un funcionario diplomático²⁰ o bienes del Estado²¹, la reclamación será normalmente directa, y si el Estado solicita una reparación de carácter monetario en nombre de su nacional la reclamación será indirecta.

¹⁹ *Supra*, nota 4, pág. 43, párr. 52. Véase también el asunto *Interhandel*, *supra*, nota 3, pág. 28.

²⁰ Asunto de los *Rehenes*, *supra*, nota 17.

²¹ Asunto del *Canal de Corfú*, 1949 *I.C.J. Reports*, pág. 4.

5) El artículo 9 [11] deja en claro que los recursos internos deben agotarse no sólo con respecto a una reclamación internacional sino también con respecto a una petición de sentencia declaratoria que se base preponderantemente en un daño sufrido por un nacional. Aunque la opinión de que cuando un Estado no formula una reclamación por daños a un nacional lesionado sino que se limita a pedir una decisión sobre la interpretación y aplicación de un tratado no hay necesidad de agotar los recursos internos encuentra apoyo²², hay casos en que se exige a los Estados que agoten los recursos internos cuando han pedido una sentencia declaratoria relativa a la interpretación y aplicación de un tratado que se supone infringido por el Estado demandado en su tratamiento ilícito de un nacional o como consecuencia de ese tratamiento²³. El artículo 9 [11] deja en claro que una petición de una sentencia declaratoria no está exenta *per se* de la norma del agotamiento de los recursos internos. Cuando la petición de esa sentencia es consecuencia del daño a un nacional o está relacionada con él -*esté vinculada a una reclamación de indemnización o restitución en nombre del nacional lesionado o no*- sigue siendo posible que un tribunal afirme que, dadas las circunstancias del caso, la solicitud del fallo declaratorio se plantea preponderantemente sobre la base del daño al nacional. Una decisión de esa índole sería justa y razonable en los casos en que hubiera pruebas de que el Estado demandante había pedido premeditadamente una sentencia declaratoria a fin de evitar el cumplimiento de la norma de los recursos internos.

Artículo 10 [14]¹

Excepciones a la regla de los recursos internos

No es necesario agotar los recursos internos cuando:

- a) Los recursos internos no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener una reparación efectiva;

²² *Air Services Agreement*, (1978) 19 U.N.R.I.A.A., 415; *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement*, 1988 I.C.J. Reports, pág. 29, párr. 41.

²³ Véase el asunto *Interhandel*, *supra*, nota 3, págs. 28 y 29; y el asunto *ELSI*, *supra*, nota 4, pág. 43.

- b) Exista una demora indebida en la tramitación del recurso interno, atribuible al Estado cuya responsabilidad se alega;
- c) No exista vínculo pertinente entre la persona que ha sufrido el daño y el Estado cuya responsabilidad se alega, o en su caso las circunstancias determinen que el agotamiento de los recursos internos no sea razonable;
- d) El Estado cuya responsabilidad se alega haya renunciado a la condición de que se agoten los recursos internos²⁴.

Comentario

1) El artículo 10 [14] trata de las excepciones a la norma del agotamiento de los recursos internos. Los párrafos a) a c), que tratan de las circunstancias que hacen injusto o poco razonable exigir a un extranjero lesionado que agote los recursos internos como condición previa para interponer una reclamación son claras excepciones a la norma de agotamiento de los recursos internos. El párrafo d) trata de un caso diferente, que se produce cuando el Estado demandado ha renunciado al cumplimiento de las normas sobre los recursos internos. Como esta excepción no es de la misma naturaleza que las excepciones contenidas en los párrafos a) a c), quizás sea necesario, en una etapa ulterior, prever este caso en una disposición separada²⁵.

Párrafo a)

2) El párrafo a) se ocupa de la excepción a la norma del agotamiento de los recursos internos que a veces se califica, en términos generales, como excepción de la "inutilidad" o "inefectividad". La Comisión examinó tres opciones para formular una norma que recogiera las circunstancias en que no sería necesario agotar los recursos internos:

- i) Los recursos internos son obviamente inútiles;
- ii) Los recursos internos no ofrecen posibilidades razonables de éxito;

²⁴ El párrafo d) podrá examinarse nuevamente con miras a incluirlo en una disposición distinta titulada "Renuncia".

²⁵ Véase la nota 24.

- iii) Los recursos internos no ofrecen una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo.

Las tres opciones cuentan con cierto apoyo entre los autores.

3) La Comisión examinó la prueba de la "inutilidad obvia", expuesta por el árbitro Bagge en el asunto *Finnish Ships Arbitration*²⁶, pero decidió que esa prueba fijaba un umbral demasiado alto. En cambio, la Comisión estimó que la prueba de la "falta de perspectivas razonables de éxito", aceptada por la Comisión Europea de Derechos Humanos en varias decisiones²⁷, era demasiado generosa para el demandante. En consecuencia, prefirió la tercera opción que evita la redacción estricta de la "inutilidad obvia", pero sin embargo impone una pesada carga al demandante al exigirle que pruebe que, en las circunstancias del caso, y atendiendo al ordenamiento jurídico del Estado demandado, no hay una posibilidad razonable de un recurso eficaz. Esta prueba tiene su origen en una opinión separada de Sir Hersch Lauterpacht en el asunto *Empréstitos noruegos*²⁸ y es apoyada por la doctrina jurídica²⁹. Además, concuerda con las decisiones judiciales que han mantenido que no es necesario agotar los recursos internos cuando el tribunal nacional no tiene jurisdicción sobre la controversia de que se trate³⁰; la legislación nacional que justifica los actos de los que el extranjero se queja no será examinada

²⁶ *Supra*, nota 11, en la página 1504.

²⁷ *Retimag v. FRG*, Application N° 712/60, 4 *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, página 385, en la página 400; *X, Y and Z v. UK*, Application Nos. 8022/77, 8027/77, pág. 18, *European Commission of Human Rights, Decisions and Reports*, página 66, en la página 74. Véase también el comentario al artículo 22 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados aprobado por la Comisión en primera lectura: *Anuario...*, 1977, vol. 11 (segunda parte), pág. 47, párr. 48.

²⁸ 1957 *I.C.J. Reports*, página 9, en la página 39.

²⁹ Véase el Tercer informe sobre protección diplomática de 2002 (A/CN.4/523 y Add. 1), párr. 35.

³⁰ Asunto *Panevezys-Saldutiskis Railway, 1939 P.C.I.J.*, serie A/B, N° 76, página 4, en la página 18, *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly*, recogido en (1934) 28 *A.J.I.L.*, página 760, en la página 789; R. Gelbrunk, "Salvador Commercial Co." y otros, (1902) 15 *U.N.R.I.A.A.*, página 467, en las páginas 467 a 477; *Lotti May Incident*, (1899) 15 *U.N.R.I.A.A.*, página 29, en la página 31; opinión separada del Magistrado Lauterpacht en el asunto *Empréstitos noruegos, supra*, nota 28, págs. 39 y 40; y *Finnish Ships Arbitration, supra*, nota 10, pág. 1535.

por los tribunales nacionales³¹; los tribunales locales carecen reconocidamente de independencia³²; hay una serie coherente y bien establecida de precedentes contrarios a los extranjeros³³; los tribunales locales no tienen competencia para ofrecer al extranjero un recurso apropiado y adecuado³⁴; o bien el Estado demandado no tiene un sistema adecuado de protección judicial³⁵.

4) La cuestión de si los recursos internos ofrecen o no una posibilidad razonable de reparación efectiva debe determinarse atendiendo al derecho interno y las circunstancias en el momento en que se apliquen. Es una cuestión que decidirán los tribunales internacionales competentes encargados de examinar el agotamiento de los recursos internos. La decisión en esta materia deberá tomarse sobre la base de que la reclamación es fundada³⁶.

³¹ *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly*, *supra*, nota 32, pág. 789. Véase también *Forests of Central Rhodope*, (1933) 3 *U.N.R.I.A.A.*, pág. 1405; *Ambatielos Claim*, *supra*, nota 8, pág. 119; y asunto *Interhandel*, *supra*, nota 3, pág. 28.

³² *Robert E. Brown Claim*, (1923) 6 *U.N.R.I.A.A.*, pág. 120; asunto *Velásquez Rodríguez*, (1989) 28 *I.L.M.*, página 291, en las páginas 304 a 309.

³³ Asunto *Panevezys-Saldutiskis Railway*, *supra*, nota 30, pág. 18; *S. S. Lisman*, (1937) *U.N.R.I.A.A.*, página 1769, en la página 1773; *S. S. Segurança*, (1939) 3 *U.N.R.I.A.A.*, página 1861, en la página 1868; *Finnish Ship Arbitration*, *supra*, nota 10, pág. 1495; *X. v. Federal Republic of Germany*, (1957) 1 *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, pág. 138; *X. v. Federal Republic of Germany*, (1958) 2 *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, página 342, en la página 344; y *X v. Austria*, (1960) 3 *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, página 196, en la página 202.

³⁴ *Finnish Ships Arbitration*, *supra*, nota 10, págs. 1496 y 1497; asunto *Velásquez Rodríguez*, *supra*, nota 32, págs. 304 a 309; *Yagci and Sargin v. Turkey*, Application N° 16426/90 (1995), *European Court of Human Rights, Reports and Decisions*, N° 319, página 3 en la página 17, párr. 42; *Hornsby v. Greece*, Application N° 18357/91 (1997-II), *European Court of Human Rights, Reports and Decisions*, N° 33, página 495, en la página 509, párr. 37.

³⁵ *Mushikiwabo and others v. Barayagwiza*, (1997) 107 *I.L.R.*, página 457, en la página 460. Durante la dictadura militar en Chile, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos resolvió que las irregularidades intrínsecas de los procedimientos jurídicos de la justicia militar obviaban la necesidad de agotar los recursos internos; resolución 1a/88, asunto 9755, *Ann.Rep I A Com HR 1987/1988*.

³⁶ *Finnish Ships Arbitration*, *supra*, nota 10, pág. 1504; *Ambatielos Claim*, *supra*, nota 8, págs. 119 y 120.

Párrafo b)

5) 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 codificación³⁷, instrumentos y prácticas de derechos humanos³⁸, decisiones judiciales³⁹ y doctrina. La Comisión tuvo conciencia de la dificultad de dar un contenido objetivo al significado de "demora injustificada", o de tratar de establecer un plazo fijo para el cumplimiento de los recursos internos. Cada asunto debe juzgarse por separado. Como declaró la British Mexican Claim Commission en el asunto *El Oro Mining*:

"La Comisión no tratará de establecer con precisión absoluta el período en que se espera que emita un fallo. Ello dependerá de diversas circunstancias, especialmente de la magnitud del caso, es decir, del volumen de trabajo que conlleve examinar minuciosamente el caso."⁴⁰

6) El párrafo b) deja en claro que la demora en la tramitación del recurso debe ser atribuible al Estado cuya responsabilidad del daño al extranjero se alega. Se prefiere la frase "tramitación del recurso" a la frase "recursos internos" para incluir todo el proceso por el que se invocan y ejercen los recursos internos y a través del cual se encauzan esos recursos.

³⁷ Véase el examen de los primeros intentos de codificación por F. V. García Amador en su primer informe, *Anuario...*, 1956, vol. II, página 171, en las páginas 219 a 222; artículo 19, 2) del 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, reproducido en (1961) 55 *A.J.I.L.*, página 545, en la página 577.

³⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 41, párr. 1, apartado c)); Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 46, párr. 2, apartado c)); *Weinberger c. Uruguay*, comunicación N° 28/1978, Comité de Derechos Humanos, *Selección de decisiones*, vol. 1, página 57, en la página 59; *Las Palmeras*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C, *Resoluciones y sentencias*, N° 67, párr. 38 (4 de febrero de 2000); *Erdogen v. Turkey*, Application N° 19807/92, 84 A, Comisión Europea de Derechos Humanos (1996), *Decisions and Reports*, página 5, en la página 15.

³⁹ *El Oro Mining and Railway Co.*, (1931) 5 *U.N.R.I.A.A.*, página 191, en la página 198. *Administration of the Prince of Pless*, (1933) *P.C.I.J.*, serie A/B, N° 52, pág. 16.

⁴⁰ *Supra*, nota 39, en la página 198.

Párrafo c)

7) La excepción al agotamiento de los recursos internos que figura en el párrafo a) del artículo 10 [14], en el sentido de que no habrá que agotar los recursos internos cuando "los recursos internos no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener una reparación efectiva" no incluye los casos en que esos recursos internos podrían ofrecer una posibilidad razonable de reparación efectiva, pero sería poco razonable o causaría grandes dificultades al extranjero lesionado agotar los recursos internos. Por ejemplo, aunque existan recursos internos eficaces, sería poco razonable e injusto exigir a una persona lesionada que agotase esos recursos cuando sus bienes hubieran sufrido daños ambientales causados por la contaminación, la lluvia radiactiva o la caída de objetos espaciales procedentes de un Estado en el que no estuvieran situados sus bienes; o si se encuentra a bordo de una aeronave derribada por un Estado cuyo espacio aéreo haya sido violado accidentalmente; o cuando el Estado demandante u otro órgano pone graves obstáculos para utilizar sus recursos internos. Se ha sugerido que en tales casos los recursos internos no deben agotarse, por la falta de un vínculo voluntario o conexión territorial entre el individuo lesionado y el Estado demandante, o por la existencia de la excepción de dificultades especiales.

8) Hay apoyo en la doctrina para la tesis de que en todos los casos en que se ha exigido el agotamiento de los recursos internos ha habido 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 ese Estado⁴¹. Los que defienden 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 lesionado 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 el nacional que se traslada al extranjero aceptará normalmente el derecho del país tal como lo encuentra, incluidos los medios que le ofrezca para la reparación de la injusticia, en la actualidad puede ocurrir que un particular

⁴¹ Véase Amerasinghe, *supra*, nota 8, pág. 138; T. Meron, "The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies", (1959) 35 *B.Y.I.L.*, página 83, en la página 94.

sea lesionado por la actuación de un Estado extranjero fuera de su territorio, o por algún acto cometido en el territorio de ese Estado en circunstancias en que el particular no tenga conexión con ese territorio. Son ejemplos los daños ambientales transfronterizos (como la explosión de la central nuclear de Chernobyl cerca de Kiev, en la antigua Unión Soviética, que causó una lluvia radiactiva que llegó hasta el Japón y Escandinavia) y los casos en que se derriba una aeronave que ha penetrado accidentalmente en el espacio aéreo de un Estado (como el asunto *Incidente aéreo*, en el que Bulgaria abatió un avión de la compañía El Al que había penetrado por accidente en su espacio aéreo). La base de esa norma del vínculo voluntario o conexión territorial es que el extranjero asume el riesgo en un Estado extranjero. Sólo cuando se ha sometido voluntariamente a la jurisdicción del Estado demandado cabe esperar de él que agote los recursos internos.

9) Ni la autoridad judicial ni la práctica de los Estados ofrecen una orientación clara sobre la existencia de esa excepción a la norma del agotamiento de los recursos internos. Aunque hay dictámenes provisionales que apoyan la existencia de una excepción en los asuntos *Interhandel*⁴² y *Salem*⁴³, en otros asuntos⁴⁴, los tribunales han mantenido la aplicabilidad de la norma de los recursos internos a pesar de la ausencia de un vínculo voluntario entre el extranjero lesionado y el Estado demandado. Tanto en el asunto *Empréstitos noruegos*⁴⁵ como en el asunto *Incidente aéreo (Israel c. Bulgaria)*⁴⁶ se hizo hincapié en el requisito del vínculo voluntario, pero en ninguno de los dos casos la Corte Internacional de Justicia adoptó una decisión al respecto. En el asunto *Trail Smelter*⁴⁷, relativo a una contaminación transfronteriza en que no había un

⁴² En este asunto, 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 medios", *supra*, nota 3, en la página 27. La cursiva es añadida.

⁴³ En este asunto, 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", (1932) 2 *U.N.R.I.A.A.*, página 1165, en la página 1202.

⁴⁴ *Finnish Ships Arbitration*, *supra*, nota 10; *Ambatielos Claim*, *supra*, nota 8.

⁴⁵ Alegaciones orales de Francia, 1957 *I.C.J. Pleadings*, vol. I, pág. 408.

⁴⁶ Alegaciones orales de Israel, 1959 *I.C.J. Pleadings*, págs. 531 y 532.

⁴⁷ (1935) 3 *U.N.R.I.A.A.*, pág. 1905.

vínculo voluntario ni una conexión territorial, el Canadá no insistió en el agotamiento de los recursos internos. Este asunto y otros⁴⁸ en que se prescindió de los recursos internos, sin que hubiera 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 internos. La falta de insistencia en la aplicación de esa norma en estos casos, sin embargo, puede explicarse como ejemplo de daño directo, en que no es necesario que se agoten los recursos internos, o basada en que en el compromiso arbitral de que se trataba no se exigía ese agotamiento.

10) De la práctica reciente de los Estados se desprende que un Estado responsable de haber abatido accidentalmente una aeronave extranjera no exigirá el agotamiento de los recursos internos como condición previa para que las familias de las víctimas puedan presentar demandas contra ese Estado. 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 1960⁴⁹. Tampoco lo hicieron los Estados Unidos cuando ofrecieron pagos a título graciable a los nacionales del Irán a raíz de que una aeronave de pasajeros iraní fuera abatida por misiles estadounidense en el Irán⁵⁰. La India no planteó el que no se hubieran agotado los recursos internos como objeción preliminar a una demanda del Pakistán por los daños resultantes de la destrucción por la India de una aeronave pakistani⁵¹. 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 lesionados como resultado de la construcción del embalse

⁴⁸ Asunto *Virginius*, recogido en J. B. Moore, *A Digest of International Law* (1906), vol. II, página 895, en la página 903; y asunto *Jessie*, recogido en (1922) *16 A.J.I.L.*, págs. 114 a 116.

⁴⁹ El incidente se describe en C. H. P. Law, *The Local Remedies Rule International Law* (1961), pág. 104.

⁵⁰ Véase *Aerial Incident of 3 July 1988 (Iran v. United States of America)*, *I.C.J. Pleadings*, Objeciones preliminares presentadas por los Estados Unidos de América, primera parte, cap. III, sec. I, págs. 44 a 48.

⁵¹ *Aerial Incident of 10 August 1999 (Pakistan v. India)*, *Jurisdiction of the Court*, (2000) *39 I.L.M.*, pág. 1116.

de Gut⁵². El párrafo 1 del artículo XI del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales de 1972 corrobora también este punto de vista, al decir que: "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"⁵³.

11) Aunque la Comisión estimó que era necesario prever expresamente esta excepción a la norma de los recursos internos, prefirió no utilizar la expresión "vínculo voluntario" para describirla, ya que esta expresión subraya la intención subjetiva del individuo lesionado y no la falta de una conexión objetivamente determinable entre el particular y el Estado de acogida. Además, sería difícil probar ese criterio subjetivo en la práctica. De ahí la decisión de la Comisión de exigir la existencia de una "conexión pertinente" entre el extranjero lesionado y el Estado que lo acoge. Esa conexión debe ser "pertinente" en el sentido de que debe referirse de algún modo al daño sufrido. El tribunal no sólo tendrá que examinar si el particular lesionado estaba presente, residía o realizaba actividades comerciales en el territorio del Estado de acogida, sino también si, dadas las circunstancias, el particular, con su conducta, ha asumido el riesgo de que, de sufrir daños, quedaría sometido a la jurisdicción de ese Estado. Se decidió que la palabra "pertinente" sería la que mejor permitiría a un tribunal examinar los elementos esenciales de la relación entre el extranjero lesionado y el Estado de acogida en el contexto del daño, a fin de determinar si había habido una aceptación del riesgo por parte de ese extranjero lesionado.

12) La segunda parte del párrafo c) tiene por objeto dar al tribunal la facultad de prescindir de la necesidad del agotamiento de los recursos internos cuando, dadas las circunstancias del caso, no sería razonable esperar el cumplimiento de esta norma. Al hacer esa determinación, habrá que examinar evidentemente cada caso de forma individual, y no sería prudente tratar de ofrecer una lista amplia de los factores que podrían matizar esa excepción. No obstante, se sugiere que la excepción podría aplicarse cuando un Estado impidiera a un extranjero lesionado el acceso de hecho a sus tribunales, por ejemplo, denegándole la entrada en su territorio o exponiéndole a peligros que hicieran para él inseguro tratar de entrar en su territorio; o cuando conspiraciones

⁵² Véase *United States-Canada Lake Ontario (Gut Dam) Arbitration Agreement*, (1965) 4 I.L.M., pág. 468.

⁵³ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 961, página 187, en las páginas 191 y 192.

delictivas dentro del Estado de acogida obstaculicen la interposición de una demanda ante los tribunales locales; o cuando el costo del agotamiento de los recursos internos resulte prohibitivo.

Párrafo d)

13) Un Estado puede estar dispuesto a renunciar al requisito del agotamiento de los recursos internos. Como la finalidad de esa norma es proteger los intereses del Estado acusado de tratar indebidamente a un extranjero, se deduce que el Estado puede renunciar a esa protección.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado:

"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 la ha considerado así un medio de defensa y, como tal, renunciable, incluso de modo tácito."⁵⁴

14) 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 calificado de impedimento o de sanción.

15) 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 se dirimirán 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 válida. La dispensa es común en la práctica estatal contemporánea y muchos acuerdos de arbitraje contienen cláusulas

⁵⁴ Asunto relativo al *Gobierno de Costa Rica*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, (1984) 67 *I.L.R.* página 578, en la página 587, párr. 26. Véase también el asunto *ELSI*, *supra*, nota 7, pág. 42, párr. 50; los asuntos *De Wilde, Ooms y Versyp* ("*Vagrancy Cases*"), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (1971) 56 *I.L.R.*, página 37, en la página 370, párr. 55.

de esa índole. 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."⁵⁵

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 acogida⁵⁶.

16) No se puede interpretar con demasiada facilidad que haya una dispensa tácita de los recursos internos. En el asunto *ELSI*, una Sala de la Corte Internacional de Justicia declaró a este respecto 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."⁵⁷

17) 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 tanto en fallos judiciales⁵⁸ como en la doctrina. No cabe enunciar una regla general en cuanto a los casos en que se puede inferir tácitamente la intención de dispensar de los recursos internos. Cada caso deberá decidirse según el texto del instrumento y las circunstancias de su aprobación. Cuando el Estado demandado ha aceptado someter las controversias que se susciten en el futuro con el

⁵⁵ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 575, pág. 159.

⁵⁶ Asunto relativo al *Gobierno de Costa Rica*, *supra*, nota 54, pág. 587, párr. 26; asuntos *De Wilde, Ooms y Versyp*, *supra*, nota 54, pág. 370, párr. 55.

⁵⁷ *Supra*, nota 7, pág. 42, párr. 50. La cursiva es añadida.

⁵⁸ Véase, por ejemplo, *Steiner and Gross v. Polish State*, (1927-28) 4 *Annual Digest of Public International Law Cases*, pág. 472; *American International Group Inc. v. Iran*, Award N° 93-2-3, (1983) 4 *Iran-US CTR*, pág. 96.

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 nacional"⁵⁹. La 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 índole⁶⁰. Puede resultar más fácil inferir tácitamente la renuncia a los recursos internos en el caso de un compromiso de arbitraje 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 de arbitraje 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 si el acuerdo no dice nada acerca del mantenimiento de la norma relativa a los recursos internos.

18) Aunque hubo apoyo a la tesis de que 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 internos⁶¹, la Comisión prefirió no referirse a la norma de los actos propios al formular la norma relativa a la renuncia, a causa de la incertidumbre que rodea a la doctrina de esa regla en derecho internacional. La Comisión estimó que era más prudente permitir que el comportamiento del que podía inferirse la dispensa de los recursos internos se tratara como dispensa implícita.

⁵⁹ F. A. Mann, "State contracts and international arbitration", (1967) 42 *B.Y.I.L.*, página 1, en la página 32.

⁶⁰ *Supra*, nota 7. En el asunto *Panevezys-Saldutiskis Railway*, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional sostuvo que la aceptación de la cláusula facultativa con arreglo al párrafo 2 del Artículo 36 de su Estatuto no constituía una dispensa tácita de la norma de los recursos internos: 1939 *P.C.I.J.*, serie A/B, N° 76, pág. 4.

⁶¹ Véase el asunto *ELSI*, *supra*, nota 7, en la página 44, párr. 54; *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges* (Arbitration Tribunal), (1966) 102 *I.L.R.*, pág. 216, párr. 6.33; *Foti and others*, (1982) 71 *I.L.R.*, página 360, en la página 380, párr. 46.