PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

[Tema 4 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/523 y Add.1

Tercer informe sobre la protección diplomática, del Sr. John R. Dugard, Relator Especial

[Original: francés/inglés]
[7 de marzo y 16 de abril de 2002]

ÍNDICE

			Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe			54
Obras citadas en el presente informe			54
		Párrafos	
INTRODUCCIÓN		1–17	57
	A. Situación actual del estudio sobre la protección diplomática	1–10	57
	B. Criterio aplicado por el Relator Especial	11–12	58
	C. Orientación futura del proyecto de artículos	13–17	58
Capítulo			
I.	EXCEPCIONES AL PRINCIPIO GENERAL DE QUE SE DEBEN AGOTAR LOS RECURSOS INTERNOS	18–101	59
	Artículo 14		59
	A. Inutilidad (art. 14, apdo. *a*)	18–45	59
	B. Dispensa y *estoppel* (art. 14, apdo. *b*)	46–64	66
	C. Vínculo voluntario y conexión territorial (art. 14, apdos. *c* y *d*)	65–89	70
	D. Dilación excesiva (art. 14, apdo. *e*)	90–99	75
	E. Denegación de acceso (art. 14, apdo. *f*)	100–101	76
II.	CARGA DE LA PRUEBA	102–118	77
	Artículo 15		77
III.	LA CLÁUSULA CALVO	119–158	80
	Artículo 16		80
	A. Introducción	119	80
	B. Historia	120–122	81
	C. Alcance	123–124	81
	D. Codificación en las Américas	125–131	81
	E. Codificación: la perspectiva internacional	132–135	82
	F. Práctica de los Estados	136	83
	G. Decisiones judiciales	137–148	83
	H. Doctrina	149	85
	I. Novedades	150–156	87
	J. Conclusión	157–158	88

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Convención relativa a los derechos de los extranjeros (México D.F., 29 de enero de 1902)	*The International Conferences of American States, 1889-1928*, Nueva York, Oxford University Press, 1931, pág. 91.
Convención relativa a la Limitación del Empleo de la Fuerza para el Cobro de Deudas Contractuales (Convención Porter) (La Haya, 18 de octubre de 1907)	J. B. Scott (ed.), *Las Convenciones y Declaraciones de La Haya de 1899 y 1907*, Nueva York, Oxford University Press, 1916.
Tratado General de Arbitraje Interamericano (Washington D.C., 1.º de mayo de 1929)	OEA, *Serie sobre Tratados*, n.º 16.
Convención sobre derechos y deberes de los Estados (Montevideo, 26 de diciembre de 1933)	Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CLXV, pág. 19.
Tratado americano de soluciones pacíficas («Pacto de Bogotá») (Bogotá, 30 de abril de 1948)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 30, n.º 449.
Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Washington D.C., 18 de marzo de 1965)	Ibíd., vol. 575, n.º 8359, pág. 159.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, n.º 14668, pág. 171.
Acuerdo de Integración Subregional Andino (Bogotá, 26 de mayo de 1969)	*Acuerdo de Cartagena*, Secretaría General de la Comunidad Andina, Lima, diciembre 1997.
Convención Americana sobre Derechos Humanos — «Pacto de San José de Costa Rica» (San José, 22 de noviembre de 1969)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1144, n.º 17955, pág. 124.
Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (Londres, Moscú y Washington, 29 de marzo de 1972)	Ibíd., vol. 961, pág. 212.
Convenio constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (Seúl, 11 de octubre de 1985)	Ibíd., vol. 1508, n.º 26012. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 59-1988, 9 de marzo de 1988.
Tratado de Libre Comercio de América del Norte (México D.F., Ottawa y Washington D.C., 17 de diciembre de 1992)	*Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre el Gobierno del Canadá, el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*, México, M. A. Porrua, SECOFI, 1993.

Obras citadas en el presente informe

ADEDE, A. O.

«A survey of treaty provisions on the rule of exhaustion of local remedies», Harvard International Law Journal, vol. 18, n.º 1, primer trimestre de 1977.

AMERASINGHE, C. F.

«The exhaustion of procedural remedies in the same court», The International and Comparative Law Quarterly (Londres), vol. 12, 1963, pág. 1285.

State Responsibility for Injuries to Aliens, Oxford, Clarendon Press, 1967.

«The local remedies rule in an appropriate perspective», *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 36, 1976.

«Whither the local remedies rule?», *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, vol. 5, n.º 2, cuarto trimestre de 1990, págs. 292 a 310.

Local Remedies in International Law, Cambridge, Grotius, 1990.

BAGGE, Algot

«Intervention on the ground of damage caused to nationals, with particular reference to exhaustion of local remedies and the rights of shareholders», British Year Book of International Law, 1958 (Londres), vol. 34.

BETETA, Ramón y Ernesto HENRÍQUEZ

«La protección diplomática de los intereses pecuniarios extranjeros en los Estados de América», Proceedings of the Eigth American Scientific Congress held in Washington, May 10-18, 1940, vol. X, Departamento de Estado, Washington, 1943, pág. 27.

BORCHARD, Edwin M.

The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims, Nueva York, Banks Law Publishing Co., 1915.

«Decisions of the Claims Commissions, United States and Mexico», AJIL, vol. 20, 1926, pág. 536.

«Theoretical aspects of the international responsibility of States», *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 1, 1929.

«'Responsibility of States' at The Hague Codification Conference», AJIL, vol. 24, 1930, pág. 517.

«The local remedy rule», AJIL, vol. 28, 1934, pág. 729.

BRIGGS, Herbert W.

«The local remedies rule: a drafting suggestion», AJIL (Washington D.C.), vol. 50, n.º 4, octubre de 1956, págs. 921 a 927.

BROWNLIE, Ian

Principles of Public International Law, 5.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1998, 743 págs.

CALVO, Carlos

Le droit international: Théorétique et Pratique, 5.ª ed. rev., París, Rousseau, 1896.

CANÇADO TRINDADE, A. A.

The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law: its Rationale in the International Protection of Individual Rights, Cambridge, Cambridge University Press, 1983.

CHAPPEZ, Jean

La règle de l'épuisement des voies de recours internes, París, Pedone, 1972.

CHENG, Bin

«Burden of proof before the I.C.J.», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 2, 1953, pág. 595.

DALRYMPLE, Christopher K.

«Politics and foreign direct investment: the multilateral investment guarantee agency and the Calvo clause», *Cornell International Law Journal*, vol. 29, 1996, pág. 161.

DALY, Justine

«Has Mexico crossed the border on State responsibility for economic injury to aliens? Foreign investment and the Calvo clause in Mexico after the NAFTA», *St. Mary's Law Journal*, vol. 25, 1993-1994, pág. 1147.

DOEHRING, Karl

«Local remedies, exhaustion of», en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, Amsterdam, Elsevier, 1997.

DOLZER, Rudolf

«New foundation of the law of expropriation of alien property», AJIL, vol. 75, 1981, págs. 553 a 589.

DUGARD, John

«Chief justice versus president: does the ghost of Brown v. Leyds NO still haunt our judges?», *De Rebus*, septiembre de 1981.

DUNN, Frederick Sherwood

The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1932.

EAGLETON, Clyde

The Responsibility of States in International Law, Nueva York, The New York University Press, 1928.

FAWCETT, J. E. S.

The Application of the European Convention on Human Rights, Oxford, Oxford University Press, 1969.

FELLER, A. H.

«Some observations on the Calvo clause», AJIL, vol. 27, 1933.

The Mexican Claims Commissions 1923-1934. A Study in the Law and Procedure of International Tribunals, Nueva York, MacMillan, 1935.

FITZMAURICE, Gerald

«Hersch Lauterpacht – the scholar as judge: part I», *British Year Book of International Law, 1961* (Londres), vol. 37.

FREEMAN, Alwyn V.

The International Responsibility of States for Denial of Justice, Londres, Longmans, Green and Co., 1938.

«Recent aspects of the Calvo doctrine and the challenge to international law», AJIL, vol. 40, 1946, pág. 121.

GAJA, Giorgio

L'Esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale, Milán, Giuffrè, 1967.

GARCÍA AMADOR, F. V.

«State responsibility: some new problems», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1958–II*, Leiden, Sijthoff, 1959, vol. 94.

The Changing Law of International Claims, Nueva York, Oceana, 1984.

«Calvo doctrine, Calvo clause», en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, Elsevier, 1992.

GARCÍA ROBLES, Alfonso

La cláusula Calvo ante el derecho internacional, México, 1939.

GECK, Wilhelm Karl

«Diplomatic protection», en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, Elsevier, 1992.

GRAHAM, David E.

«The Calvo clause: its current status as a contractual renunciation of diplomatic protection», *Texas International Law Forum*, vol. 6, primer trimestre de 1971, n.º 2, pág. 289.

GUGGENHEIM, Paul

Traité de droit international public, 2.ª ed. rev. y aum., Ginebra, Librairie de l'Université, 1967.

HACKWORTH, Green Haywood

Digest of International Law, vol. V, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1943.

HAESLER, Thomas

The Exhaustion of Local Remedies in the Case Law of International Courts and Tribunals, Leiden, Sijthoff, 1968.

HEAD, Ivan L.

«A fresh look at the local remedies rule», *Canadian Yearbook of International Law* (Vancouver), vol. V, 1967.

HERDEGEN, Matthias

«Diplomatischer Schutz und die Erschöpfung von Rechtsbehelfen», en Georg Ress y Torsten Stein (eds.), *Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996.

HERSHEY, Amos S.

«The Calvo and Drago doctrines», AJIL, vol. I, parte I, enero y abril de 1907, pág. 26.

HOFFMAN, Kenneth B.

«State responsibility in international law and transboundary pollution injuries», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 25, 1976, pág. 509.

IPSEN, Knut

Völkerrecht, 3.ª ed. rev., Munich, 1990.

JENNINGS, R. Y.

«General course on principles of international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1967–II*, Leiden, Sijthoff, 1969, vol. 121.

JENNINGS, Robert y Arthur WATTS (eds.)

Oppenheim's International Law, vol. I, *Peace*, introducción y parte 1, 9.ª ed., Harlow, Longman, 1992.

JESSUP, Philip C.

A Modern Law of Nations: An Introduction, Hamden (Connecticut), Archon Books, 1968.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo

«International responsibility», en Max Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law*, Londres y Basingstoke, Macmillan, 1968.

«International law in the past third of a century», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1978–I*, vol. 159, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979, págs. 1 a 344.

KAECKENBEECK, Georges

The International Experiment of Upper Silesia: a Study in the Working of the Upper Silesian Settlement 1922-1937, Londres, Oxford University Press, 1942, 867 págs.

KOKOTT, Juliane

The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law, La Haya, Kluwer, 1998.

«Exhaustion of local remedies», informe provisional, ADI, *Informe de la 69.ª Conferencia*, Londres, 2000.

LAUTERPACHT, Hersch

The Development of International Law by the International Court, Londres, Stevens, 1958.

LAUTERPACHT, H. (ed.)

Annual Digest of Public International Law Cases: Years 1931 and 1932, Londres, Butterworth, 1938.

Annual Digest and Reports of Public International Law Cases: Years 1933 and 1934, Londres, Butterworth, 1940.

LAW, Castor H. P.

The Local Remedies Rule in International Law, Ginebra, Droz, 1961 (tesis, Universidad de Ginebra).

LEFEBER, René

Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability, La Haya, Kluwer, 1996.

LIPSTEIN, K.

«The place of the Calvo clause in international law», *British Year Book of International Law 1945*, vol. 22, pág. 130.

MANN, F. A.

«State contracts and international arbitration», *British Year Book of International Law 1967*, vol. 42, pág. 1.

MANNING-CABROL, Denise

«The imminent death of the Calvo clause and the rebirth of the Calvo principle: equality of foreign and national investors», *Law and Policy in International Business*, vol. 26, n.º 4, tercer trimestre de 1995.

MCNAIR, Lord

International Law Opinions, vol. 2 (*Peace*), Cambridge, University Press, 1956.

MCNAIR, Arnold D. y H. LAUTERPACHT (eds.)

Annual Digest of Public International Law Cases: Years 1927 and 1928, Londres, Longmans, Green and Co., 1931.

MERON, Theodor

«The incidence of the rule of exhaustion of local remedies», *British Year Book of International Law, 1959* (Londres), vol. 35.

MOORE, John Bassett

History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party, vols. II, III y V, Washington, Government Printing Office, 1898.

A Digest of International Law, vol. VI, Washington, Government Printing Office, 1906.

MUMMERY, David R.

«The content of the duty to exhaust local judicial remedies», AJIL, vol. 58, 1964, pág. 359.

NGUYEN QUOC DINH, Patrick DAILLIER y Alain PELLET

Droit International Public, 6.ª ed. rev., París, LGDJ, 1999.

O'CONNELL, D. P.

International Law, vol. 2, 2.ª ed., Londres, Stevens & Sons, 1970.

OKOWA, Phoebe N.

State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law (2000), Oxford, Oxford University Press, 2000.

OSCHMANN, Friedrich

Calvo-Doktrin und Calvo-Klauseln, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 1993.

PARRY, Clive

«Some considerations upon the protection of individuals in international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1956–II*, Leiden, Sijthoff, 1957, vol. 90, pág. 653.

RIPERT, Georges

«Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1933-II*, París, Sirey, 1933, vol. 44, pág. 565.

ROBERTSON, Bernard

«Exhaustion of local remedies in international human rights litigation – the burden of proof reconsidered», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, 1990, pág. 191.

ROGERS, William D.

«Of missionaries, fanatics, and lawyers: some thoughts on investment disputes in the Americas», AJIL, vol. 72, 1978, pág. 1.

SCHACHTER, Oscar

«International law in theory and practice», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1982–V*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff, 1985, vol. 178, pág. 9.

SCHWARZENBERGER, Georg

International Law, 3.ª ed., vol. 1, Londres, Stevens & Sons, 1957.

SCHWEBEL, Stephen M.

International Arbitration: Three Salient Problems, Cambridge, Grotius, 1987.

SCHWEBEL, Stephen M. y J. Gillis WETTER

«Arbitration and the exhaustion of local remedies», AJIL, vol. 60, 1966, pág. 484.

SEPÚLVEDA AMOR, Bernardo

«International law and national sovereignty: the NAFTA and the claims of Mexican jurisdiction», *Houston Journal of International Law*, vol. 19, n.º 3, segundo trimestre de 1997.

SEPÚLVEDA GUTIÉRREZ, César

La responsabilidad internacional del Estado y la validez de la cláusula Calvo, México, 1944 (tesis, Facultad Nacional de Derecho y Ciencias Sociales).

SERENI, Angelo Piero

Principi generali di diritto e processo internazionale, Milán, Giuffrè, 1955.

SHEA, Donald R.

The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955.

SIMPSON, J. L. y Hazel FOX

International Arbitrations. Law and Practice, Londres, Stevens, 1959.

SOHN, Louis B. y R. R. BAXTER

«Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens», AJIL, vol. 55, n.º 3, julio de 1961.

VERDROSS, Alfred y Bruno SIMMA

Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis, 3.ª ed. rev., Berlín, Duncker & Humblot, 1984.

VERZIJL, J. H. W.

«La règle de l'épuisement des recours internes», Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire* (Basilea), abril de 1956, vol. 46 (reunión de Granada).

WARBRICK, Colin

«Protection of nationals abroad», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 37, parte 4, octubre de 1988.

WHITEMAN, Marjorie M.

Digest of International Law, vol. 8, Washington D.C., U.S. Government Printing Office, 1967.

WITENBERG, J.C.

«La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1932-III*, París, Sirey, 1932, vol. 41.

ZAMORA, Stephen

«Allocating legislative competence in the Americas: the early experience under NAFTA and the challenge of hemispheric integration», *Houston Journal of International Law*, vol. 19, n.º 3, segundo trimestre de 1997, pág. 615.

Introducción

A. Situación actual del estudio sobre la protección diplomática

1. En su 48.° período de sesiones, celebrado en 1996, la Comisión de Derecho Internacional consideró que el tema de la protección diplomática era uno de los tres temas idóneos para su codificación y desarrollo progresivo[2]. En el 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 de la Asamblea General y las observaciones que los gobiernos presentaran por escrito. En su 49.° período de sesiones, celebrado en 1997, la Comisión, en cumplimiento de la citada resolución de la Asamblea General, estableció en su 2477.ª sesión un grupo de trabajo sobre el tema[3]. En el mismo período de sesiones, el Grupo de Trabajo presentó un informe, que la Comisión hizo suyo[4]. El Grupo de Trabajo trató de: *a*) aclarar, en lo posible, el ámbito del tema; y *b*) determinar las cuestiones que deberían estudiarse en el contexto de dicho tema. El Grupo de Trabajo presentó un esquema para el examen del tema y la Comisión recomendó que dicho esquema constituyera la base de un informe preliminar que debería presentar el Relator Especial[5].

2. En su 2510.ª sesión, celebrada el 11 de julio de 1997, la Comisión nombró al Sr. Mohamed Bennouna Relator Especial para el tema[6]. 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. La Comisión examinó el informe preliminar sobre la protección diplomática[7] en sus sesiones 2520.ª a 2523.ª, celebradas del 28 de abril al 1.° de mayo de 1998[8].

4. En su 2534.ª sesión, celebrada el 22 de mayo de 1998, la Comisión estableció un grupo de trabajo de composición abierta sobre la protección diplomática, presidido por el Sr. Bennouna, Relator Especial sobre el tema, para que examinara las conclusiones que pudieran extraerse del debate en cuanto al enfoque del tema y para proporcionar orientación con respecto a las cuestiones que deberían tratarse en el segundo informe que el Relator Especial presentaría a la Comisión en su 51.° período de sesiones, en 1999. El Grupo de Trabajo celebró dos sesiones, los días 25 y 26 de mayo de 1998. En lo que respecta al enfoque 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 el caso de que la aclaración de estas normas fuese esencial a título de orientación para una clara formulación de una norma secundaria concreta;

c) El ejercicio de la protección diplomática era un derecho que incumbía al Estado. En el ejercicio de este derecho, el Estado debía tener en cuenta los derechos e intereses de sus nacionales respecto de los cuales ejercía la protección diplomática;

d) La labor sobre la protección diplomática debía tener en cuenta el desarrollo del derecho internacional, que reconocía y protegía cada vez más los derechos de las personas y les proporcionaba un acceso más directo, pero también indirecto, a los foros internacionales para que pudieran hacer efectivos sus derechos.

5. En su 2544.ª sesión, celebrada el 9 de junio de 1998, la Comisión examinó e hizo suyo el informe del Grupo de Trabajo[9].

6. En 1999, el Sr. Bennouna dimitió de su cargo en la Comisión. El 14 de julio de 1999, la Comisión, en su 2602.ª sesión, nombró al autor del presente informe Relator Especial sobre la protección diplomática[10].

7. En su 52.° período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tuvo ante sí el primer informe del actual Relator Especial[11]. Por falta de tiempo, la Comisión aplazó su examen hasta el 53.° período de sesiones, en 2001. En el

[1] El Relator Especial agradece a la Sra. Zsuzsanna Deen-Racsmány la asistencia brindada para la elaboración de este informe.

[2] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 107, párr. 248, y pág. 151, anexo II, adición 1.

[3] *Anuario… 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 61, párr. 169.

[4] Ibíd., párr. 171.

[5] Ibíd., págs. 63 y 64, párrs. 189 y 190.

[6] Ibíd., párr. 190.

[7] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), pág. 333, documento A/CN.4/484.

[8] Ibíd., vol. I, págs. 4 y ss.

[9] Ibíd., págs. 193 y 194, párrs. 31 y ss.

[10] *Anuario… 1999*, vol. I, 2602.ª sesión, pág. 279, párr. 49, e ibíd., vol. II (segunda parte), pág. 19, párr. 19.

[11] *Anuario… 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/506 y Add.1.

mismo período de sesiones, la Comisión inició consultas oficiosas de participación abierta, presididas por el Relator Especial, sobre los proyectos de artículos 1, 3 y 6[12]. Posteriormente, en su 2635.ª sesión, la Comisión decidió remitir los proyectos de artículos 1, 3 y 5 a 8 al Comité de Redacción, junto con el informe de las consultas oficiosas.

8. En su 53.° período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión tuvo ante sí el resto del primer informe del Relator Especial, así como su segundo informe[13]. La Comisión examinó el primer informe 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 artículos 10 y 11 y aplazó hasta el 54.° período de sesiones, en 2002, el examen del resto de ese informe, relativo a los proyectos de artículos 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 de 2001, decidió remitirle los proyectos de artículos 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 artículos en el 54.° período de sesiones de la Comisión, en 2002.

B. Criterio aplicado por el Relator Especial

11. La protección diplomática es un tema sobre el cual se cuenta con mucho material en 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 la que exista tanto material. Sin embargo, ello no quiere decir que necesariamente haya claridad o certeza en las normas que gobiernan 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.

C. 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 se limita a dos proyectos de artículos: 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 abordar en el presente informe 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[14] 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 primarias[15]. 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 para *Hamlet*. La protección diplomática es un tema con raíces profundas en la historia y la 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 sobre la protección diplomática 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.

15. Una vez que se haya examinado el proyecto de artículos al que se hace referencia en el párrafo 14 *supra*, 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 artículos más allá

[12] El informe de las consultas oficiosas figura en *Anuario… 2000*, vol. II (segunda parte), págs. 90 y 91, párr. 495.

[13] Ibíd., vol. II (primera parte), documento A/CN.4/514.

[14] Véase *Anuario… 1956*, vol. II, documento A/CN.4/96, págs. 203 y 204.

[15] *Anuario… 2001*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/514, párr. 10.

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 sugirió que el actual proyecto de artículos se ampliara a fin de incluir varias cuestiones adicionales vinculadas a la nacionalidad de las reclamaciones[16] que tradicionalmente no se incorporan a ese ámbito. Entre ellas se pueden mencionar: *a*) la protección funcional por parte de organizaciones internacionales a sus funcionarios[17]; *b*) el derecho del Estado de la nacionalidad de un buque o aeronave a formular un reclamo en nombre de la tripulación y posiblemente también en nombre de los pasajeros del buque o aeronave, cualquiera sea la nacionalidad de los interesados[18]; *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 no está de acuerdo en 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 e imposibilitaría 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 los 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.

[16] Ibíd., vol. II (segunda parte), pág. 212, párr. 183.

[17] *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 184; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 10.

[18] Véase el asunto *Navire «Saiga» (n.º 2)* (San Vicente y las Granadinas *c.* Guinea), fallo de 1.º de julio de 1999, *TIDM Recueil 1999*, párr. 172.

Capítulo I

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:

i) son manifiestamente inútiles (opción 1)

ii) no ofrecen posibilidades razonables de éxito (opción 2)

iii) 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.»

A. Inutilidad (art. 14, apdo. *a*)

«*Artículo 14*

No es necesario agotar los recursos internos cuando:

a) los recursos internos:

i) son manifiestamente inútiles (opción 1)

ii) no ofrecen posibilidades razonables de éxito (opción 2)

iii) no ofrecen una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo (opción 3);»

1. Observaciones preliminares

18. En el segundo informe sobre la protección diplomática se propuso 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 disponibles» (art. 10, párr. 1)[19]. En los debates en la CDI y en la Sexta Comisión se sugirió que debía enmendarse esa disposición a fin de que se exigiera el agotamiento de todos los recursos legales internos *adecuados y efectivos*[*] disponibles[20]. Se trataba de una sugerencia comprensible, ya que en el segundo

[19] *Anuario… 2001*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/514, secc. B.

[20] *Anuario… 2002*, vol. II (segunda parte), pág. 58, párr. 177.

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 lo relativo a la labor futura[21], donde se hizo saber que la cuestión se abordaría 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 mayoría 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 «manifiestamente inútil», o «no ofrece posibilidades razonables de éxito», o «no brinda una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo» (art. 14, apdo. *a*, *supra*). Esas frases son más precisas que el término genérico «ineficaz» y, en consecuencia, son preferidas por los tribunales y la doctrina cuando describen el fenómeno del recurso interno ineficaz. La prueba de la «inutilidad manifiesta» es más exigente 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 vinculado 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 informe sobre la protección diplomática[22], se la puede considerar norma secundaria cuando exime de 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 adoptados en primera lectura por el Comité III de la Conferencia de codificación del derecho internacional (La Haya, 1930), que definió la denegación de justicia como norma primaria cuando las autoridades judiciales hayan impedido a un extranjero el ejercicio de su derecho a intentar los recursos judiciales o el extranjero haya tropezado con obstáculos o demoras injustificables que impliquen una denegación de justicia[23] (art. 9), y luego le dio un carácter secundario al exceptuar al extranjero agraviado de agotar los recursos internos cuando hubiera sufrido esa denegación de justicia (art. 4, párr. 2).

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 artículos se examinará más adelante.

2. 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 los recursos de un Estado extranjero «cuando no hay recursos que agotar»[24]. Este principio está respaldado por decisiones judiciales[25], la doctrina[26], la práctica de los Estados[27] y la codificación de la norma de los recursos internos[28]. 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»[29]. 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 ha de utilizar[30]. Además, la decisión sobre la inutilidad de dichos recursos se debe adoptar en la presunción de que el reclamo tiene fundamento[31].

---

[21] *Anuario… 2001*, vol. II (primera parte), secc. M, párr. 67.

[22] Véase la nota 15 *supra*.

[23] Reproducido en el primer informe del Sr. García Amador, *Anuario… 1956*, vol. II, pág. 222.

[24] *Robert E. Brown (United States)* v. *Great Britain*, sentencia de 23 de noviembre de 1923, Naciones Unidas, RSA, vol. VI (n.º de venta: 1955.V.3), pág. 129; observación de 29 de mayo de 1873 del Secretario de Estado de los Estados Unidos, Sr. Fish, al Sr. Pile, en Moore, *A Digest of International* Law, pág. 677; y *Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre*, sentencia de 9 mayo de 1934, Naciones Unidas, RSA, vol. III (n.º de venta: 1949.V.2), pág. 1497.

[25] Véanse los casos a que se hace referencia en la nota 24 *supra* y los casos *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, fallo, *1939 C.P.J.I. série A/B n.º 76*, pág. 19; *Ambatielos*, sentencia de 6 de marzo de 1956, Naciones Unidas, RSA, vol. XII (n.º de venta: 63.V.3), págs. 122 y 123; e *Interhandel*, excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil 1959*, págs. 27 a 29 (véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 64).

[26] Véase más adelante, en particular las notas 64, 65, 70, 71, 75 y 77.

[27] Para las declaraciones sobre la práctica estatal de los Estados Unidos y el Reino Unido véase, respectivamente, *Restatement of the Law Second, Foreign Relations Law of the United States* (St. Paul (Minnesota), American Law Institute Publishers, 1965), párr. 207, comentario *b*, págs. 615 y 616, y *Restatement of the Law Third*, *Foreign Relations Law of the United States* (St. Paul (Minnesota), American Law Institute Publishers, 1989), vol. 2, párr. 713, comentario *f*, pág. 219; y Warbrick, «Protection of nationals abroad», pág. 1008.

[28] Véanse más adelante las notas 37, 38, 41 y 42. 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 (*Anuario… 1956*, vol. II, págs. 218 y 219).

[29] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 66.

[30] Amerasinghe, «The exhaustion of procedural remedies in the same court», pág. 1312.

[31] *Certains navires finlandais* (nota 24 *supra*), pág. 1504; y *Ambatielos* (nota 25 *supra*), págs. 119 y 120. Véase también Schwarzenberger, *International Law*, pág. 609; Fitzmaurice, «Hersch Lauterpacht – the scholar as judge: part I», pág. 60; O'Connell, *International Law*, pág. 1057; y Borchard, «The local remedy rule», pág. 730.

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

En términos generales, hay tres alternativas posibles. El tribunal puede aceptar la palabra del Estado reclamante en lo que respecta al recurso, 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[32].

Esa verdad obvia aparentemente estaría contradicha por lo afirmado por la CPJI en el caso *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*:

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 pronunciar la decisión final. No corresponde a esta Corte examinar los argumentos que se le han dirigido a los fines de, bien establecer la competencia de los tribunales de Lituania mediante la alegación de disposiciones particulares de la legislación en vigor en Lituania, bien denegar la competencia de dichos tribunales atribuyendo un carácter particular (embargo *jure imperii*) al acto del Gobierno de Lituania[33].

Sin embargo, la CPJI 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 «[n]o es necesario recurrir a los tribunales internos si dichos tribunales no tienen competencia para brindar una solución»[34]. La opinión de que la CPJI es el órgano adecuado para pronunciarse sobre la cuestión de la inutilidad está confirmada por Lauterpacht[35] y García Amador[36].

3. 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, manifiestamente no 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 analizarán 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 eximía el cumplimiento de la norma de los recursos internos cuando había denegación de justicia. Según se señaló previamente, en los artículos aprobados en primera lectura en el Comité III de la Conferencia de codificación del derecho internacional (La Haya, 1930) se establecía que se eximía al reclamante de agotar los recursos internos cuando se hubiera «impedido al extranjero el ejercicio de su derecho a intentar los recursos judiciales» o hubiera «tropezado en el procedimiento con obstáculos o demoras injustificables que implican una denegación de justicia»[37]. 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»[38]. El Sr. García Amador adoptó un criterio similar[39].

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 en la reunión de Granada en 1956 que la norma del recurso interno se aplica únicamente «si el ordenamiento jurídico interno del Estado contra el cual se formula la reclamación proporciona a la persona agraviada medios de reparación que parezcan *eficaces* y *suficientes*[*]»[40]. El artículo 22 del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados aprobado por la Comisión en primera lectura exige el agotamiento de los «recursos internos efectivos»[41]. En el mismo sentido, Kokott propuso en su informe de 2000 sobre agotamiento de los recursos internos al Comité sobre protección diplomática de las personas y las propiedades de la ADI 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»[42].

29. La prueba más estricta de la «inutilidad manifiesta» para eximir de la norma de los recursos internos tiene su origen en la siguiente declaración del árbitro Bagge en el caso *Certains navires finlandais*:

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

[32] «The exhaustion of procedural remedies…», pág. 1307.

[33] Véase *1939 C.P.J.I.* (nota 25 *supra*), pág. 19.

[34] Ibíd., pág. 18.

[35] *The Development of International Law by the International Court*, pág. 101. Véase también Law, *The Local Remedies Rule in International Law*, pág. 66.

[36] *Anuario… 1956*, vol. II, pág. 202, párr. 169.

[37] Ibíd., pág. 222. Véase también Law, *op. cit.*, pág. 71.

[38] Ibíd., Resolución sobre responsabilidad internacional del Estado, párr. 3.

[39] Sexto informe sobre responsabilidad de los Estados, *Anuario… 1961*, vol. II, pág. 52, arts. 3, párr. 2, y 18, párr. 2. Véase también García Amador, «State responsibility: some new problems», pág. 452. Véase además la opinión separada del magistrado Tanaka en el caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1970*, pág. 145; véase asimismo *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 104.

[40] Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, vol. 46 (reunión de Granada, 1956), pág. 364.

[41] Véase la nota 29 *supra*.

[42] Kokott, «Exhaustion of local remedies», pág. 630.

un derecho sustancial de apelación, el hecho de no haber interpuesto la apelación obstaría a la posibilidad de conocer de la causa»[43].

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*[44] y concuerda sustancialmente con la prueba de la estrictez aplicada en el caso *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, de que se debe «demostrar claramente» la ineficacia del recurso[45].

30. La prueba de la «inutilidad manifiesta» ha sido muy criticada por algunos escritores y no se siguió en el caso *ELSI*, en que una sala de la CIJ estuvo dispuesta a aceptar la presunción de la ineficacia de los recursos internos[46]. 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 diplomática[47], mientras que Mummery manifestó que la prueba de la inutilidad manifiesta «contribuye muy poco a la precisión y objetividad del razonamiento»[48]. 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[49].

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 manifiesta», 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 éxito[50]. Los comentaristas están divididos sobre si la Comisión Europea de Derechos Humanos preveía sustituir esta prueba por la de la «inutilidad manifiesta» y han planteado dudas sobre la aplicación de esta prueba al derecho general de la protección diplomática[51]. En la publicación del American Law Institute, *Restatement of the Law Second, Foreign Relations Law of the United States*, se brinda cierto apoyo a esta prueba:

> El agotamiento de un 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[52].

---

[43] *Certains navires finlandais* (nota 24 *supra*), pág. 1504. Según la opinión separada del magistrado Tanaka en el caso *Barcelona Traction*, la norma de los recursos internos «aparentemente no es necesaria para quienes ello entrañaría una acción claramente inútil y sin sentido» (*C.I.J. Recueil 1970* (nota 31 *supra*), pág. 145).

[44] Naciones Unidas, RSA (nota 25 *supra*), pág. 119.

[45] *1939 C.P.J.I.* (nota 25 *supra*), pág. 19. Esta prueba aparentemente refleja la práctica británica, según la cual se debe «establecer claramente» la ineficacia de recurso. Véase Warbrick, *loc. cit.*, pág. 1008. Los Estados Unidos, en una opinión del Departamento de Estado de 1930, también exigieron que se demostrara claramente que los recursos internos eran ineficaces (Hackworth, *Digest of International Law*, pág. 511).

[46] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, fallo, *C.I.J. Recueil 1989*, págs. 46 y 47; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 252. 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).
>
> «[E]n la presente causa correspondía a Italia demostrar, como cuestión de hecho, la existencia de un recurso disponible para los accionistas estadounidenses y que éstos no lo hubieran aplicado. La Sala considera que Italia no ha cumplido esa obligación» (párr. 62).

[47] «The local remedies rule in an appropriate perspective», pág. 752. Borchard aprueba el criterio aplicado por el árbitro Bagge en «The local remedy rule», págs. 732 y 733.

[48] «The content of the duty to exhaust local judicial remedies», pág. 401.

[49] «The local remedies rule…»

[50] Casos *Retimag S. A.* c. *République fédérale d'Allemagne*, demanda n.º 712/60, decisión de 16 de diciembre de 1961, Comisión y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1961*, pág. 400; y *X, Y et Z* c. *Royaume-Uni*, demandas n.os 8022/77 y 8027/77, decisión de 8 de diciembre de 1979, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Décisions et rapports*, vol. 18, pág. 85.

[51] Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Local Remedies in International Law: its Rationale in the International Protection of Individual Rights*, pág. 97, y Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, pág. 202.

[52] Nota 31 *supra*. Párr. 207, comentario *b*, págs. 615 y 616. Sin embargo, cabe observar que en el párrafo 208 se utilizan los términos «aparente» y «claramente ineficaz» (ibíd., pág. 618). Véase también *Restatement of the Law Third…* (nota 31 *supra*), pág. 219, párr. 713, comentario *f*, en que se exige a los nacionales de los Estados Unidos que agoten los recursos internos «a menos que dichos recursos sean claramente ficticios o inadecuados». En declaraciones anteriores de funcionarios de los Estados Unidos 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, hasta que no *se haya demostrado** que ello es así» (21 de julio de 1930, opinión del Asesor Jurídico del Departamento de Estado, citado en Hackworth, *op. cit.*, pág. 511), o que «[l]a política

33. Como se señaló precedentemente[53], el artículo 22 del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados aprobado por la Comisión en primera lectura simplemente exige que el recurso sea efectivo. Sin embargo, los comentarios a dicha disposición respaldan la formulación de «posibilidades 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[54].

34. Si bien la prueba de la «inutilidad manifiesta» es muy estricta, la de «posibilidades razonables de éxito» es probablemente muy generosa para el reclamante. En consecuencia, parece más prudente buscar una redacción que entrañe el concepto de razonabilidad, pero que no exima 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 ofrecen una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo» ante los tribunales del Estado requerido. Esta redacción evita la formulación estricta de la «inutilidad manifiesta», 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 del magistrado Lauterpacht en el caso *Certains emprunts norvégiens*, 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[55].

Varios tratadistas han respaldado esa opinión[56]. Quizás quien mejor ha expuesto esta prueba sea Fitzmaurice:

Lauterpacht propuso el criterio de que la prueba de la eficacia debía ser que hubiera «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 de 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[57].

36. Se puede argumentar que el texto propuesto concuerda más con el razonamiento del árbitro Bagge en el caso *Certains navires finlandais* que el de la «inutilidad manifiesta». Ello fue expuesto claramente por Simpson y Fox:

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**[58].

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

no sería razonable exigir a la parte privada que pierda tiempo y dinero en un recurso que *con toda 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**[59].

37. La objeción a la prueba de la «inutilidad manifiesta» que sugiere que la ineficacia del recurso interno debe ser «inmediatamente aparente» *ex facie*[60] 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 el magistrado Hudson, en su opinión en disidencia en el caso *Chemin de fer*

---

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 del Asesor Jurídico del Departamento de Estado, relativa a reclamaciones contra el Canadá, citada en ibíd., pág. 520).

[53] Párr. 28.

[54] *Anuario… 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 49, párr. 48 del comentario al artículo 22. Véase también Law, *op. cit.*, pág. 79, quien examina la prueba de la «expectativa razonable de éxito».

[55] *Certains emprunts norvégiens* (Francia *c.* Noruega), fallo, *C.I.J. Recueil 1957*, pág. 39; véase también C.I.J. *Resúmenes 1948-1991*, pág. 55.

[56] Brownlie, *Principles of Public International Law*, pág. 499. Mummery prefiere preguntar si «puede considerarse razonablemente» que el recurso interno en cuestión «no producirá una indemnización satisfactoria» («The content of the duty to exhaust local judicial remedies», pág. 401).

[57] *Loc. cit.*, págs. 60 y 61. Véase también Herdegen, «Diplomatischer Schutz und die Erschöpfung von Rechtsbehelfen», pág. 70.

[58] *International Arbitrations. Law and Practice*, pág. 114.

[59] «Intervention on the ground of damage caused to nationals, with particular reference to exhaustion of local remedies and the rights of shareholders», págs. 166 y 167.

[60] Véase la nota 58 *supra*.

Panevezys-Saldutiskis[61] y por el magistrado Lauterpacht, en su opinión separada en el caso de *Certains emprunts norvégiens*[62]. 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 pueden 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 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[63].

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

38. *El tribunal local no es competente para entender en la controversia en cuestión*[64]. Ese principio ha sido ampliamente aceptado en la jurisprudencia y la doctrina[65]. El caso *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* no niega ese principio. Allí la CPJI manifestó que no podía aceptar que los tribunales de Lituania no tuvieran competencia sobre un «acto del Estado», según manifestaba Estonia, a falta de una decisión judicial en Lituania[66]. Se trató de un criterio extremadamente cauteloso[67], 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»[68].

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 *Certains navires finlandais*, el árbitro Bagge sostuvo que se habían agotado los recursos internos porque la cuestión debatida era de hecho y el tribunal de apelación sólo tenía competencia para decidir cuestiones de derecho[69].

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 awards of Östen Undén 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 *yaïlaks*. 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[70].

41. *Es notorio que los tribunales locales no son independientes*[71]. Este principio se apoya en la reclamación *Robert E. Brown*[72]. En ese caso, el Presidente de la República Sudafricana, Paul Kruger, destituyó al Presidente de

---

[61] *1939 C.P.J.I.* (nota 25 *supra*), pág. 48.

[62] *C.I.J. Recueil 1957* (nota 55 *supra*), pág. 39.

[63] *Loc. cit.*, págs. 400 y 401. Véase también Herdegen, *loc. cit.*, pág. 71.

[64] Véase Kokott, *loc. cit.*, pág. 622; Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, págs. 197 y 198; Jennings y Watts, *Oppenheim's International Law*, pág. 525; Verdross y Simma, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, pág. 884, y Mummery, *loc. cit.*, págs. 396 y 397.

[65] Véase *Arbitration awards of Östen Undén under Article 181 of the Treaty of Neuilly* (AJIL, vol. 28 (1934), pág. 789): «la norma del agotamiento de los recursos internos no se aplica en general cuando el acto en cuestión consiste en medidas adoptadas por 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»; *Rosa Gelbtrunk and the Salvador Commercial Company et al* (El Salvador, Estados Unidos), Naciones Unidas, RSA, vol. XV (n.º de venta: 1966.V.3), págs. 467 a 477; The *Lottie May* Incident (Gran Bretaña, Honduras), ibíd., pág. 31; opinión separada del magistrado Lauterpacht en el caso *Certains emprunts norvégiens* (nota 59 *supra*), págs. 39 y 40; Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, pág. 823; Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 525; Brownlie, *op. cit.*, pág. 500; Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, pág. 197, y «Whither the local remedies rule?», pág. 306; Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», págs. 587 y 588; Verzijl, «La règle de l'épuisement des recours internes», pág. 266; *Affaire des forêts du Rhodope central*, fondo, decisión de 29 de marzo de 1933, Naciones Unidas, RSA vol. III, pág. 1420; caso *Interhandel* (nota 29 *supra*), pág. 27; Verdross y Simma, *op. cit.*, pág. 883; Law, *op. cit.*, pág. 69; y Schwarzenberger, *op. cit.*, pág. 608.

[66] *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (nota 25 *supra*), pág. 19.

[67] Véase Lauterpacht, *op. cit.*, pág. 101.

[68] *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (nota 25 *supra*), pág. 18.

[69] *Certains navires finlandais* (nota 24 *supra*), pág. 1535. Véase también Schwarzenberger, *op. cit.*, pág. 609; Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», pág. 588; Brownlie, *op. cit.*, pág. 499; Mummery, *loc. cit.*, pág. 398; y Law, *op. cit.*, pág. 68.

[70] *Arbitration awards of Östen Undén under Article 181 of the Treaty of Neuilly* (nota 65 *supra*). Véanse también los casos *Forêts du Rhodope central* (nota 65 *supra*), pág. 1405; *Ambatielos* (nota 25 *supra*), pág. 119; e *Interhandel* (nota 25 *supra*), pág. 28; Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, pág. 198; Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 525; Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», pág. 589; Law, *op. cit.*, págs. 66 y 70; Dohering, «Local remedies, Exhaustion of», pág. 240; Schwarzenberger, *op. cit.*, pág. 608; *Anuario… 1977*, vol. II (segunda parte), págs. 32 y ss.

[71] Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», pág. 589; Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, pág. 198; Borchard, *op. cit.*, pág. 823 (en referencia a los tribunales controlados por una mayoría hostil); Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 525; Brownlie, *op. cit.*, pág. 500; caso *Velásquez Rodríguez* c. *Honduras*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, fondo, sentencia de 26 de junio de 1988, *Serie C n.º 4* (1994); Whiteman, *Digest of International Law*, pág. 784; opinión separada del magistrado Tanaka en el caso *Barcelona Traction* (segunda fase), *C.I.J. Recueil 1970* (nota 43 *supra)*, pág. 147; opinión disidente del magistrado Levi Carneiro en el caso *Anglo-Iranian Oil Co. (exception préliminaire)*, fallo, *C.I.J. Recueil 1952*, pág. 165 (véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 33); Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, págs. 1655, 1657, 3076 y ss., y 4902, y vol. 6, pág. 287; Mummery, *loc. cit.*, pág. 403; Law, *op. cit.*, pág. 86; Cançado Trindade, *op. cit.*, pág. 78; Fitzmaurice, *loc. cit.*, pág. 59; *Anuario… 1977*, vol. II (segunda parte), págs. 32 y ss.; Nguyen Quoc Dinh, Daillier y Pellet, *Droit international public*, pág. 776.

[72] Naciones Unidas, RSA (nota 24 *supra*), pág. 120.

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 la Corte Suprema reconstituida le era claramente hostil[73]. 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 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»[74].

42. *Debe haber una serie coherente y bien establecida de precedentes contrarios a la pretensión del extranjero.* «[N]o es necesario recurrir una vez más ante los tribunales locales si el resultado será una repetición de una decisión ya adoptada»[75]. La simple probabilidad de una decisión desfavorable es insuficiente: debe haber «algo más que una probabilidad de derrota, pero menos que certeza»[76].

43. *Los tribunales del Estado demandado no deben tener competencia para brindar al extranjero un recurso apropiado y adecuado*[77].

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 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»[78]. 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 internos[79]. A resultas de la influencia de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos, las nociones de juicio justo y debido proceso tienen mayor peso en el derecho internacional contemporáneo del 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.

5. 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 manifiesta (opción 1), que sugiere que la inutilidad de los recursos internos debe ser «inmediatamente aparente»[80]. 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 internos[81]. Todo ello 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».

---

[73] Para la historia de ese caso, véase Dugard, «Chief justice versus president: does the ghost of Brown v. Leyds NO still haunt our judges?», pág. 421.

[74] Naciones Unidas, RSA (nota 24 *supra*), pág. 129.

[75] Caso *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (nota 25 *supra*), pág. 18. Véase también Borchard, *op. cit.*, págs. 823 y 824; casos *S. S. Lisman*, Naciones Unidas, RSA, vol. III, pág. 1773; *S. S. Seguranca,* ibíd., pág. 1868; *Certains navires finlandais* (nota 28 *supra*), pág. 1495; *X.* c. *République fédérale d'Allemagne*, demanda n.º 27/55, decisión de 31 de mayo de 1956, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Documents et décisions 1955-1956-1957*, pág. 138; *X.* c. *République fédérale d'Allemagne*, demanda n.º 352/58, decisión de 4 de septiembre de 1958, Comisión y Tribunal Europeos de Derechos Humanos, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1958-1959*, pág. 344; y *X* c. *Austria*, demanda n.º 514/59, decisión de 5 de enero de 1960, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1960*, pág. 202; Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», pág. 589; Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, págs. 196 y 197; Brownlie, *op. cit.*, pág. 499; Kokott, *loc. cit.*, pág. 622; Mummery, *loc. cit.*, pág. 402; Law, *op. cit.*, pág. 66; Cançado Trindade, *op. cit.*; *Restatement of the Law Second*... (nota 31 *supra*), pág. 618, párr. 208; Dohering, *loc. cit.*, pág. 240; Schwarzenberger, *op. cit.*, pág. 609; *Anuario*... *1977*, vol. II (segunda parte), pág. 50, párr. 50.

[76] Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, pág. 196.

[77] *Certains navires finlandais* (nota 24 *supra*), págs. 1496 y 1497; caso *Velásquez Rodríguez* (nota 71 *supra*); Borchard, *op. cit.*, pág. 332; Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 525; Kokott, *loc. cit.*, pág. 622; *Yagci et Sargin* c. *Turquie*, demanda n.º 16426/90, sentencia de 8 de junio de 1995, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *série A n.º 319*, pág. 17, párr. 42; *Hornsby* c. *Grèce*, demanda n.º 18357/91, sentencia de 19 de marzo de 1997, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Recueil des arrêts et décisions 1997-II*, n.º 33, pág. 509, párr. 37; Mummery, *loc. cit.*, pág. 401 y 402; Cançado Trindade, *op. cit.*, págs. 76 a 78; Verdross y Simma, *op. cit.*, pág. 884; art. 19, párr. 2, apdo. *a*, del proyecto de convención de Harvard de 1961 sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a extranjeros, reproducido en Sohn y Baxter, «Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens», pág. 577; Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, pág. 198.

[78] *Mushikiwabo and others* v. *Barayagwiza*, decisión de 9 de abril de 1996, ILR, vol. 107 (1997), pág. 460.

[79] Véase el caso 9755 (Chile), resolución 01a/88, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1987-1988*, OEA/Ser.L/V/II.74, documento 10 rev.1, pág. 136; Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, pág. 200, y «Whither the local remedies rule?», pág. 307; Borchard, *op. cit.*, pág. 822; Mummery, *loc. cit.*, pág. 404; *Restatement of the Law Second*... (nota 27 *supra*), pág. 618, párr. 208; Doehring, «Local remedies, exhaustion of», pág. 239; Schwarzenberger, *op. cit.*, pág. 609.

[80] Simpson y Fox, *op. cit.*, pág. 114.

[81] Al respecto, Mummery (*loc. cit.*, pág. 404) 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 unificador de razonabilidad.»

B. Dispensa y *estoppel* (art. 14, apdo. *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 internos[82]. 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:

> En este caso, según los principios del [d]erecho [i]nternacional generalmente reconocidos y la práctica internacional, la regla 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 como un medio de defensa y, como tal, renunciable, aun de modo tácito[83].

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 internos[84] 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 quedará 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[85].

48. La dispensa plantea problemas para quienes propician que la norma de los recursos internos constituye una cuestión sustantiva. Probablemente por esa razón los sustantivistas[86] no han discutido prácticamente la dispensa, aunque ninguno la niega. Por el contrario, Borchard, prominente sustantivista, admite la posibilidad de dispensa[87]. Los autores que creen que es una cuestión de procedimiento no tienen mayor dificultad para apoyar el derecho de renuncia por el Estado demandado[88], incluso en el caso de las convenciones de derechos humanos[89].

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.

1. Dispensa expresa

50. Se puede incluir una dispensa expresa en un compromiso arbitral *ad hoc* 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 válida[90] y el Instituto de Derecho

---

[82] 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 Amerasinghe, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, pág. 207.

[83] *Viviana Gallardo y otras*, sentencia de 13 de noviembre de 1981, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A: Fallos y Opiniones, n.º G 101/81, pág. 22, párr. 26; véase también ILR, vol. 67 (1984), pág. 587. Véanse también los casos *ELSI* (nota 46 *supra*), pág. 42, párr. 50; *De Wilde, Ooms et Versyp* (asuntos *«Vagabondage»*), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fallo de 18 de junio de 1971, *série A, n.º 12*; véase asimismo ILR, vol. 56 (1980), pág. 337, en pág. 370, párr. 55. Véase también Cançado Trindade, *op. cit.*, pág. 133.

[84] Véase el segundo informe sobre la protección diplomática, *Anuario… 2001*, vol. II (primera parte), párr. 33.

[85] *State Responsibility for Injuries to Aliens*, págs. 207 y 208.

[86] El Sr. Ago no se refiere a la dispensa en su estudio de la norma relativa a los recursos internos, sexto informe sobre responsabilidad de los Estados, *Anuario… 1977*, vol. II (primera parte), pág. 3; ibíd., vol. II (segunda parte), pág. 32. Véase también O'Connell, *op. cit.*, pág. 1059.

[87] Véase, por ejemplo, Borchard, *op. cit.*, págs. 819 y 825.

[88] Amerasinghe, «The local remedies rule…», págs. 735 y 736; Law, *op. cit.*, pág. 59; tercer informe sobre responsabilidad de los Estados del Sr. García Amador, *Anuario… 1958*, vol. II, pág. 51, documento A/CN.4/111; García Amador, *The Changing Law of International Claims*, pág. 466; Witenberg «La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales», pág. 55; Ipsen, *Völkerrecht*, pág. 313; Borchard, «Theoretical aspects of the international responsibility of States», pág. 240. Véase asimismo *Restatement of the Law Second…* (nota 31 *supra*), págs. 620 a 622, párr. 209; y Kokott, *loc. cit.*, pág. 613.

[89] Cançado Trindade, *op. cit.*, págs. 128 a 133.

[90] Véase Mummery, *loc. cit.* Véase también Dohering, *loc. cit.*, pág. 239; Briggs, «The local remedies rule: a drafting suggestion», pág. 925; Amerasinghe, «Whither the local remedies rule?», págs. 293 y 294, y *Local Remedies in International Law*, pág. 251; Jennings y Watts, *op. cit.*, págs. 525 y 526; Schwarzenberger, *op. cit.*, pág. 610; Verdross y Simma, *op. cit.*, pág. 883; y Herdegen, *loc. cit.*, pág. 69.

Internacional[91] y el Relator Especial sobre responsabilidad de los Estados de la Comisión, Sr. García Amador[92], han dicho que este principio está listo para su codificación.

51. La dispensa es común en la práctica estatal contemporánea y muchos acuerdos de arbitraje contienen cláusulas de esa índole[93]. Probablemente el ejemplo más conocido es el artículo 26 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, 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.

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 acogida[94].

2. 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 CIJ 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**[95].

De hecho, 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[96].

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 tanto en fallos judiciales[97] como en la doctrina[98]. El Relator Especial sobre la responsabilidad de los Estados, Sr. 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 internos[99], pero posteriormente, en su obra *The Changing Law of International Claims*, aceptó que una dispensa pudiera ser tácita a condición de que fuera clara e inequívoca[100].

55. No cabe enunciar una regla general en cuanto a los casos en que es possible inferir tácitamente la intención de dispensar de los recursos internos. Cada caso debe determinarse según el texto del instrumento y las circunstancias de su aprobación[101]. Sin embargo, es útil estudiar distintos tipos de acuerdos de arbitraje ya que les pueden ser aplicables consideraciones especiales.

3. 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

---

[91] La resolución aprobada en la sesión de Granada señala que: «La norma no es aplicable: […] *b*) cuando su aplicación haya sido descartada mediante acuerdo de los Estados de que se trate» (nota 44 *supra*), pág. 358. Véanse también los comentarios de Bourquin, Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, vol. 1 (reunión de Aix-en-Provence, 1954), págs. 57 y 58.

[92] *Anuario… 1958*, vol. II, pág. 60. Según el artículo 17, la norma del agotamiento de los recursos internos «no es aplicable cuando el Estado haya convenido expresamente con el extranjero […] en la omisión de los recursos internos». Véase también el sexto informe sobre responsablidad de los Estados, *Anuario… 1961*, vol. II, pág. 54, art. 18, párr. 4.

[93] Por ejemplo, el Convenio de 1923, por el cual se establece la Comisión de Reclamaciones Estados Unidos-México (art. V) y el acuerdo de 1910 entre los Estados Unidos y Gran Bretaña, citados en Borchard, «Theoretical aspects…», pág. 240. Véase también el Acuerdo sobre la creación de un tribunal arbitral encargado de resolver las reclamaciones de los Estados Unidos al Canadá relativas a la presa de Gut (art. II, párr. 2, apdo. *c*), firmado en Ottawa el 25 de marzo de 1965, Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 607, n.º 8802; reproducido en ILM, vol. 4, n.º 3 (mayo de 1965), pág. 468.

[94] Casos *Viviana Gallardo y* otras, y *De Wilde, Ooms y Versyp* (nota 87 *supra*); Amerasinghe, «The local remedies rule…», pág. 737; y alegatos del Reino Unido y de la República Islámica del Irán (en contra) en *C.I.J. Mémoires, Anglo-Iranian Oil Co.*, págs. 118 y 119, y 501, respectivamente.

[95] *C.I.J. Recueil 1989* (nota 46 *supra*), pág. 42, párr. 50. Véase también Kokott, *loc. cit.*, pág. 626.

[96] *Op. cit.*, págs. 610 y 611. Véase también García Amador, *op. cit.*, pág. 467; *Anuario… 1958*, vol. II, pág. 65, párr. 23; caso *Salem* (Egipto/Estados Unidos), Naciones Unidas, RSA, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 1189; Law, *op. cit.*, pág. 98; Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century»; y Cançado Trindade, *op. cit.*, pág. 131.

[97] Véase, por ejemplo, *Steiner and Gross* v. *Polish State*, caso n.º 322 (1928), *Annual Digest of Public International Law Cases 1927 and 1928*, A. McNair y H. Lauterpacht (eds.), Londres, Longmans, 1931, pág. 472; y *American International Group Inc.* v. *The Islamic Republic of Iran*, laudo n.º 93-2-3 (1983) *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1985, vol. 4, pág. 96.

[98] Law, *op. cit.*, pág. 93; Jennings y Watts, *op. cit.*, págs. 525 y 526; Amerasinghe, «The local remedies rule…», págs. 735 y 736; y Borchard, *op. cit.*, págs. 819 y 825.

[99] 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 alguno o de todos los recursos internos» (*Anuario… 1961*, vol. II, pág. 54, art. 18, párr. 4). Véase además *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman*, Naciones Unidas, RSA, vol. XII, págs. 186 y 187.

[100] Pág. 467.

[101] En su primer informe sobre la responsabilidad del Estado, el Sr. 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 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» (*Anuario… 1956*, pág. 201, párr. 164). Véase también Law, *op. cit.*, págs. 93 y 98; Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», pág. 292; Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, págs. 256 y 257; y *Restatement of the Law Second…* (nota 27 *supra)*, pág. 620, párr. 209. Véase también *Steiner and Gross* v. *Polish State* (nota 97 *supra*), pág. 472.

casos en que una de las partes contratantes patrocine la demanda de su nacional»[102]. 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 excepción preliminar basada en que no se habían agotado los recursos internos[103]. La Sala de la CIJ confirmó en el asunto *ELSI* que había una fuerte presunción contra la dispensa tácita en un caso de esa índole[104].

57. En el asunto *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, la CPJI 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 internos[105], como expresó el magistrado van Eysinga en su opinión disidente[106]. Confirma la aceptación de la opinión mayoritaria el hecho de que el Estado demandante no planteó la dispensa al responder a una excepción preliminar relativa al no agotamiento de los recursos internos ni en el caso *Certains emprunts norvégiens*[107] ni en el caso *Interhandel*[108], en el que la CIJ 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 CIJ 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 *juris tantum*[109].

[102] Mann, «State contracts and international arbitration»; Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, pág. 414; Verzijl, *op. cit.*, págs. 3 y 4; Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 526; Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», pág. 292; Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, págs. 253, 257 y 258 y «Whither the local remedies rule?», págs. 295 y 296; y Law, *op. cit.*, pág. 98.

[103] Véanse, por ejemplo, los casos *Interhandel* (nota 25 *supra*) y *ELSI* (nota 46 *supra*). Véase además Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, pág. 253 y «Whither the local remedies rule?», pág. 295.

[104] Nota 46 *supra*.

[105] Nota 25 *supra*. Apoyan esta posición Verzijl, *op. cit.*, pág. 4; Schwarzenberger, *op. cit.*, pág. 610; Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», pág. 292, y Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, págs. 256 y 257.

[106] El magistrado van Eysinga dijo 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», *1939 C.P.J.I.* (nota 25 *supra*), págs. 35 y 36.

[107] Nota 55 *supra*.

[108] Nota 25 *supra*.

[109] Véase *Steiner and Gross* v. *Polish State* (nota 101 *supra*), 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 relativo a la Alta Silesia, entre Alemania y Polonia de 1922 (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. IX, pág. 465), 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.

4. El compromiso arbitral *ad hoc* 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 *después* de 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 internos[110]. Se encuentra apoyo a esta posición en algunas decisiones de comisiones de reclamación[111]. Según algunos, la posibilidad de que la dispensa se infiera tácitamente del compromiso arbitral concertado *después* de suscitada la controversia queda confirmada por el hecho de que algunos de esos acuerdos exigen expresamente que se agoten los recursos internos[112]. Ni la CPJI ni la CIJ se han referido a la dispensa en el caso de los acuerdos comprendidos en esta categoría.

5. 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 abordados en el presente informe 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 expresa[113], 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

[110] Law, *op. cit.*, págs. 93 y 94; Borchard, «Theorical aspects…», pág. 240 y *op. cit.*, págs. 819 y 825; y García Amador, *The Changing Law of International Claims*, pág. 550.

[111] Véanse algunos casos que confirman esta posición en Borchard, «Theorical aspects…», pág. 240 y *op. cit.*, pág. 819, y Hackworth, *op. cit.*, pág. 525. Véanse también los casos *American International Group Inc.* v. *The Islamic Republic of Iran* (nota 101 *supra*), pág. 102; *Giorgio Uzielli*, Naciones Unidas, RSA, vol. XVI, págs. 270 y 271, y en contra, *Salem* (nota 100 *supra*), pág. 1189.

[112] Véase, por ejemplo, Borchard, *op. cit.*, pág. 819. Véase también la opinión disidente del magistrado van Eysinga en el asunto *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (nota 25 *supra*), págs. 37 y 38.

[113] Law, *op. cit.*, pág. 94; Herdegen, *loc. cit.*, pág. 69; *Anuario… 1958*, vol. II, pág. 60. Según el artículo 17 del proyecto, la norma relativa al agotamiento de los recursos internos (art. 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».

propósito de excluir los recursos internos[114]. Algunos fallos de tribunales arbitrales se inclinan expresamente por esta solución[115] mientras que en muchos casos de esta índole el Estado demandado no ha interpuesto objeciones sobre la base de no haberse agotado los recursos internos[116]. Si bien se han hecho alegatos en favor de la renuncia tácita en esos casos ante la CPJI y ante la CIJ[117], ninguna de las dos se ha pronunciado al respecto.

6. *Estoppel*

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 internos[118]. Así lo reconoció una sala de la CIJ en el caso *ELSI* cuando declaró que «no cabe excluir la posibilidad de que un *estoppel* pueda devenir de un silencio, cuando se debería haber dicho algo»[119]. Se encuentra también apoyo a este principio en el laudo *Heathrow Airport User Charges*[120].

61. En el caso *Incident aérien du 27 juillet 1955* (Estados Unidos *c.* 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 que 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 tramitarla […]. En vista de estos hechos, Bulgaria no tiene derecho a hacer valer por primera vez el requisito de que deben agotarse los recursos internos[121].

Sin embargo, la CIJ no tuvo ocasión de pronunciarse a este respecto.

62. Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[122] como la Corte Interamericana de Derechos Humanos[123] han indicado que el Estado demandado puede verse impedido de interponer una excepción 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 CIJ cuando dictaminó en el caso *ELSI* que:

> existen evidentes dificultades para interpretar que existió un *estoppel* por la simple circunstancia de no mencionar una cuestión en un determinado momento de un proceso de consultas diplomáticas bastante intermitentes[124].

La CIJ actuó también con cautela en el caso *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.

---

[114] Mann, *loc. cit.*, pág. 32; Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 523; *Anuario… 1961*, vol. II, pág. 54, art. 18, párr. 5; García Amador, *The Changing Law of International Claims*, págs. 139 y 150; Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems*, págs. 117 a 121; Schwebel y Wetter, «Arbitration and the exhaustion of local remedies», págs. 484 y 499; Informe de los Directores Ejecutivos del Banco acerca del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, citado en Whiteman, *op. cit.*, págs. 806 y 807; *Restatement of the Law Third…* (nota 27 *supra*), pág. 226, párr. 713. Véase asimismo *Restatement of the Law Second…* (nota 27 *supra*), pág. 621, párr. 209, comentario *c*; O'Connell, *op. cit.*, pág. 1059; en contra: Adede, «A survey of treaty provisions on the rule of exhaustion of local remedies», pág. 8, donde se sostiene que las declaraciones hechas por los Estados al ratificar el Tratado General de Arbitraje Interamericano, 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.

[115] *Libyan American Oil Company (LIAMCO)* v. *Government of the Libyan Arab Republic* (1977), ILR, vol. 62, págs. 179 y 180; *Elf Aquitaine Iran* v. *National Iranian Oil Company*, ILR, vol. 96, págs. 278 y 279, párr. 44.

[116] Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, pág. 262.

[117] Véase la memoria de Suiza y la de Yugoslavia (en contra) en *Affaire Losinger & Cie.*, *1936 C.P.J.I. série C n.º 78*, pág. 40 y 132, respectivamente; los argumentos del Reino Unido y la República Islámica del Irán (en contra) en *Anglo-Iranian Oil Co.* (nota 75 *supra*), págs. 81 y 82, y 288, respectivamente; los argumentos de Francia en *C.I.J. Mémoires, Affaire de la Société «Electricité de Beyrouth»*, pág. 14; y las presentaciones de Francia y el Líbano (en contra) en *C.I.J. Mémoires, Affaire de la Compagnie du Port, des Quais et des Entrepôts de Beyrouth et de la Société Radio-Orient* págs. 39, 91 a 93; y 67 a 70, respectivamente.

[118] Kokott, *loc. cit.*, pág. 626; Jennings y Watts, *op. cit.*, págs. 525 y 526; Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, págs. 268 a 270, y 272 a 275.

[119] *C.I.J. Recueil 1989* (nota 46 *supra*), pág. 44, párr. 54

[120] *United States–United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges* (1992) (Tribunal arbitral), ILR, vol. 102 (1996), pág. 285, párr. 6.33.

[121] *C.I.J. Mémoires, Incident aérien du 27 juillet 1955* (Estados Unidos *c.* Bulgaria), pág. 326.

[122] En *Foti and others*, el Tribunal declaró «El Tribunal ha de conocer de las excepciones 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 excepción ante el Tribunal*[*]» (ILR, vol. 71 (1986), pág. 380, párr. 46). Véanse además los casos *Artico* (1980), ibíd., vol. 60, págs. 192 a 194, párrs. 24 a 27; *Guzzardi* (1980), ibíd., vol. 61, págs. 301 y 302, párr. 67, y *Corigliano* (1982), ibíd., vol. 71, pág. 403.

[123] En el caso *Castillo Petruzzi y otros* v. *Perú*, la Corte señaló:

> «que el Estado no alegó ante la Comisión la falta de agotamiento de los recursos de jurisdicción interna. Al no hacerlo, prescindió de un medio de defensa que la Convención establece en su favor e incurrió en admisión tácita de la inexistencia de dichos recursos o el oportuno agotamiento de éstos, como se ha señalado en procedimientos ante órganos de la jurisdicción internacional (así, la Corte Europea [sic] ha sostenido que las excepciones de inadmisibilidad deben ser presentadas al iniciarse el trámite ante la Comisión, salvo que el Estado no hubiese podido invocarlas oportunamente, por razones no imputables a él.»

(Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Castillo Petruzzi y otros* v. *Perú*, excepciones preliminares, sentencia de 4 de septiembre de 1998, *Serie C n.º 41*, párr. 56.)

[124] *C.I.J. Recueil 1989* (nota 46 *supra*), pág. 44, párr. 54

De hecho, el proceso entablado por Interhandel ante los tribunales de los Estados Unidos se estaba sustanciando[125].

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[126].

7. Conclusión

64. Si bien cuentan con apoyo tanto el concepto de la renuncia a los recursos internos como el del *estoppel* para impugnar una excepción 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 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.

C. Vínculo voluntario y conexión territorial (art. 14, apdos. *c* y *d*)

«*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 optó por no adoptar esa norma en 1977 cuando examinó el artículo 22 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados en primera lectura[127]. 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 con el Estado demandado porque no hay conexión territorial entre el particular en cuestión y el Estado demandado[128].

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 en 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 índole[129].

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,

[125] *C.I.J. Recueil 1959 (*nota 25 *supra*), pág. 27. Véase también la opinión disidente del magistrado Córdova, págs. 46 y 47. Véase la opinión disidente del magistrado Erich en el asunto *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (*1939 C.P.J.I.* (nota 25 *supra*), pág. 52):

«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.»

[126] *Local Remedies in International Law*, pág. 273.

[127] *Anuario… 1977*, vol. II (segunda parte), págs. 45 a 47, párrs. 38 a 42.

[128] Véase O'Connell, *op. cit.*, pág. 951; Meron, «The incidence of the rule of exhaustion of local remedies», pág. 83; Parry, «Some considerations upon the protection of individuals in international law», pág. 688; Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, pág. 138; Doehring, *loc. cit.*, pág. 239; Ipsen, *op. cit.*, pág. 312; Herdegen, *loc. cit.*, pág. 66; Mummery, *loc. cit.*, pág. 394; Head, «A fresh look at the local remedies rule», pág. 153; y Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», pág. 583. En sentido contrario, véase Geck, «Diplomatic protection», pág. 1056; y Gaja, *L'Esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale*, pág. 87.

[129] *Loc. cit.*, pág. 94.

incluidos los medios que le ofrezca para la reparación de la injusticia»[130], 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 Chernóbil, cerca de Kiev, en la antigua Unión Soviética, que causó una lluvia radiactiva que llegó incluso hasta Escandinavia y el Japón) y los casos en que se derriba un avión que ha penetrado accidentalmente en el espacio aéreo de un Estado (como ilustra el caso *Incident aérien du 27 juillet 1955*, 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 denunciado[131].

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 internos[132]. 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.

1. Decisiones judiciales

71. Las decisiones judiciales proporcionan escasa orientación sobre el tema. En el asunto *Interhandel*, la CIJ declaró que «se ha considerado necesario que *el Estado en que tuvo lugar la infracción** tenga también una oportunidad de subsanarla por sus propios medios»[133].

72. 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 Amerasinghe al argumentar que el dictamen viene a corroborar la opinión de que la infracción tiene que ocurrir en el territorio del Estado denunciado, lo que conlleva que «la persona o propiedad también debe estar ubicada en el Estado denunciado»[134]. En el caso *Salem*, un tribunal arbitral declaró que «[p]or 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»[135]. 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.

73. La cuestión se planteó en el caso *Certains emprunts norvégiens*[136], 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 que:

> 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 locales[137].

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 *Certains navires finlandais*[138] y *Ambatielos*[139], 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 CIJ 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 sentido»[140].

74. El requisito de que exista un vínculo voluntario ocupó un lugar destacado en la argumentación de Israel en el caso *Incident aérien du 27 juillet 1955*, 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, 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 más[141].

---

[130] Borchard, «Theoretical aspects…», pág. 240. Véase también Borchard, *op. cit.*, pág. 817, y Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, pág. 96.

[131] *Loc. cit.*, pág. 98.

[132] Brownlie, *op. cit.*, pág. 501, quien 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» (ibíd.).

[133] *C.I.J. Recueil 1959* (nota 25 *supra*), pág. 27.

[134] *Local Remedies in International Law*, pág. 145.

[135] Naciones Unidas, RSA (nota 96 *supra*), pág. 1202.

[136] Nota 55 *supra*.

[137] *C.I.J. Mémoires, Certains emprunts norvégiens*, vol. I, pág. 409 (citado en *Anuario… 1977*, vol. II (primera parte), pág. 41, párr. 98).

[138] Nota 24 *supra*.

[139] Nota 25 *supra*.

[140] *Certains emprunts norvégiens*, fallo, *C.I.J. Recueil 1957*, pág. 97.

[141] *C.I.J. Mémoires, Incident aérien du 27 juillet 1955*, págs. 531 y 532, alegatos orales de Israel. Véase también ibíd., pág. 590.

Bulgaria refutó los argumentos de Israel[142]. Tampoco en este caso la CIJ emitió un fallo sobre la cuestión[143].

75. En el caso *Fonderie de Trail*[144], 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 casos[145] 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 internos[146]. 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 *Fonderie de Trail* 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 *Certains navires finlandais*[147], *Ambatielos*[148] y *ELSI*[149], 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 (*Certains navires finlandais*). 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 internos[150]. 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 ninguna doctrina rigurosa mantiene esa postura.

2. 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 apresamiento[151]. Amerasinghe está en lo cierto al dudar si esta práctica se reconocería en la actualidad[152]. Desde luego, no se hace mención de esa práctica ni, de hecho, de ninguna otra exigencia sobre un vínculo voluntario en las normas de la práctica del Reino Unido de los últimos tiempos[153].

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 acatarlas[154].

No está claro si sigue siendo esta la postura de los Estados Unidos. El *Restatement of the Law Third* no se pronuncia sobre la necesidad de que exista un vínculo voluntario como condición previa para la aplicación de la norma de los recursos internos[155].

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. 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 1954[156]. Tampoco lo hicieron los Estados Unidos cuando ofrecieron pagos a título graciable a los nacionales iraníes a raíz de que un avión de pasajeros iraní fuera abatido por misiles estadounidenses en la República Islámica del Irán[157]. Más recientemente, la India no planteó el hecho de que no se hubieran agotado los recursos internos como excepción preliminar a una demanda del Pakistán por los perjuicios resultantes de que la India hubiera destruido un avión pakistaní[158].

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 nacionales estadounidenses que habían resultado perjudicados por la construcción de la presa de Gut[159]. El artículo XI del

---

[142] Ibíd., pág. 565.

[143] *Incident aérien du 27 juillet 1955* (Israel *c.* Bulgaria), *C.I.J. Recueil 1959*, excepciones preliminares, fallo, pág. 127; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 67.

[144] Naciones Unidas, RSA, vol. III, pág. 1905.

[145] Casos *Virginius*, recogido en Moore, *A Digest of International Law*, pág. 903; y *Owners of the* Jessie*, the* Thomas F. Bayard *and the* Pescawha *(Great Britain)* v. *United States*, Naciones Unidas, RSA, vol. VI, pág. 57.

[146] Law, *op. cit.*, pág. 104, y Meron, *loc. cit.*, pág. 98.

[147] Nota 24 *supra*.

[148] Nota 25 *supra*.

[149] *C.I.J. Recueil 1989* (nota 46 *supra*), pág. 42, párr. 50.

[150] Véase Meron, *loc. cit.*, págs. 99 y 100, y Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, pág. 144.

[151] Véase McNair, *International Law Opinions*, pág. 302.

[152] *Local Remedies in International Law*, pág. 143.

[153] Véase Warbrick, *op. cit.*

[154] Moore, *A Digest of International Law*, pág. 658.

[155] *Restatement of the Law Third…* (nota 27 *supra*), pág. 348, párr. 902, comentario *k*; pág. 219, párr. 713, comentario *f*; págs. 225 y 226, párr. 713, nota 5.

[156] El incidente se describe en Law, *op. cit.*, pág. 104.

[157] Véase *C.I.J. Mémoires, Incident aérien du 3 juillet 1988* (República Islámica del Irán *c.* Estados Unidos), excepciones preliminares presentadas por los Estados Unidos, parte I, cap. III, secc. I, págs 46 a 48.

[158] *Incident aérien du 10 août 1999*, competencia de la Corte, fallo, *C.I.J. Recueil 2000*, pág. 12; véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 150.

[159] Véase el compromiso arbitral del Lago Ontario (embalse de Gut) entre los Estados Unidos y el Canadá (nota 93 *supra*), y el informe del representante de los Estados Unidos ante el Tribunal de Reclamaciones del Lago Ontario, reproducido en ILM (1969), vol. VII, pág. 118. La actitud del Canadá puede explicarse también por haberse declarado incompetentes los tribunales canadienses

Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales 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 locales de que puedan disponer el Estado demandante o las personas físicas o morales que éste represente.

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 interesados[160].

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[161].

3. 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»[162]. 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 1961 sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados en su territorio, además de no incluir la exigencia del vínculo territorial voluntario (art. 19), declara expresamente en el comentario que, en el proyecto de convención

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*[*163].

82. La Comisión examinó la cuestión cuando aprobó el artículo 22 del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados en primera lectura[164]. 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 voluntario[165] 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*[166].

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 análogos[167].

4. 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;

---

en los casos en cuestión (Compromiso arbitral del Lago Ontario (embalse de Gut) entre los Estados Unidos y el Canadá, pág. 475).

[160] El Canadá hizo valer ese Convenio cuando, en 1979, un satélite soviético propulsado por un pequeño reactor nuclear estalló sobre los territorios del noroeste del Canadá. La Unión Soviética accedió a pagar al Canadá una compensación de 3 millones de dólares canadienses, ILM, vol. 18 (1979), pág. 899; e ibíd., vol. 20 (1981), 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.

[161] Según 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», págs. 540 y 541).

Véase también Lefeber, *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*, págs. 123 y 154; Okowa, *State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law*, pág. 219; Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», pág. 296; y Schachter, «International law in theory and practice», pág. 203. Véase además el sexto informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional del Sr. Barboza, *Anuario… 1990*, vol. II (primera parte), pág. 106, documento A/CN.4/428 y Add.1, párr. 63 (art. 28). Véase también el informe del Grupo de Trabajo de la Comisión sobre este tema en *Anuario… 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 151, párr. 15.

[162] Véanse las bases de discusión elaboradas por el Comité Preparatorio de la Conferencia de codificación del derecho internacional (La Haya, 1930) (*Anuario… 1956*, vol. II, pág. 219); el proyecto de convención sobre responsabilidad de los Estados por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros, preparado por la Facultad de Derecho de Harvard, 1929 (ibíd., pág. 225), y el segundo informe del Sr. García Amador sobre responsabilidad de los Estados, *Anuario… 1957*, vol. II, pág. 113.

[163] Comentario de Sohn y Baxter citado en Whiteman, *op. cit.*, págs. 793 y 794.

[164] *Anuario… 1977*, vol. II (segunda parte), págs. 45 a 47, párrs. 38 a 42.

[165] Ibíd., pág. 46, párr. 40.

[166] Ibíd., pág. 45, párr. 38.

[167] Ibíd., pág. 46, párr. 40.

c) El asesinato de un nacional del Estado A por un soldado del Estado B destacado en el territorio del Estado A;

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 *Fonderie de Trail*[168]. Lo mismo sucederá con los casos en que se haya abatido un avión extranjero, como argumentó de manera persuasiva Israel en el caso *Incident aérien du 27 juillet 1955* (Israel *c.* Bulgaria)[169]. 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 declinó adoptar una norma especial sobre el vínculo voluntario[170]. Kokott propone un punto de vista semejante en su informe de 2000 sobre agotamiento de los recursos internos al Comité sobre protección diplomática de las personas y las propiedades de la ADI[171].

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:

> 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 obligatoria[172].

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:

> [S]egún 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 ilícitos[173].

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. 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.

---

[168] Véase la nota 144 *supra*.

[169] La argumentación de Israel se expone con claridad en Meron, *loc. cit.*, págs. 92 a 94.

[170] *Anuario… 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 46, párr. 39. En su sexto informe sobre la responsabilidad de los Estados (ibíd., vol. II (primera parte), pág. 42, párr. 100), el Sr. 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 casos 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?».

[171] *Loc. cit.*, págs. 614 y 615. Véase también Geck, *loc. cit.*, pág. 1056.

[172] «International law in the past third of a century», págs. 296 y 297. Véase también Schachter, *loc. cit.*, pág. 203; Law, *op. cit.*, pág. 104; y Lefeber, *op. cit.*, 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, 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»

(*Anuario… 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 148, párr. 15).
Véase también CEPE, Directrices sobre la responsabilidad y la obligación en caso de contaminación de aguas transfronterizas, ENVWA/R.45, párr. 22.

[173] *Loc. cit.*, pág. 96. En el mismo sentido, véase Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», pág. 296; Head, *loc. cit.*, pág. 153, y Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, pág. 146.

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 ocurrido fuera de la jurisdicción de los tribunales internos, que por consiguiente no son competentes para obtener testimonios ni para dictar sentencia[174].

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 al 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 *supra*, 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.

D. Dilación excesiva (art. 14, apdo. *e*)

«*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.

1. Codificación

91. En la base de discusión n.º 27 propuesta en 1929 por el Comité Preparatorio de la Conferencia de codificación del derecho internacional (La Haya, 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 n.º 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 tribunales[175].

92. El Comité III de la Conferencia de codificación del derecho internacional (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 justicia»[176]. En el texto final de la Convención aprobada en la Conferencia se establecía la responsabilidad del Estado, sin el requisito de agotar los recursos internos, por denegación de justicia, incluida «la demora injustificable»[177].

93. La Séptima Conferencia Internacional Americana (Montevideo, 1933), 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 diferencia[178].

94. En el proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a los extranjeros, preparado en 1961 por la Facultad de Derecho de Harvard, 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 injustificadamente[179].

95. El Sr. 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 justicia[180]. El Sr. Ago reconoció que la dilación excesiva podía llevar a la conclusión de que los recursos internos eran infructuosos[181] pero no llegó a proponerla como excepción especial en la norma sobre los recursos internos contenida en el artículo 22. En su informe sobre agotamiento de los recursos internos al Comité sobre protección diplomática de las personas y las propiedades de la ADI, 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 excepción[182].

2. Instrumentos y práctica de derechos humanos

96. Algunos instrumentos de derechos humanos excluyen expresamente la necesidad de agotar los recursos internos cuando su tramitación «se prolongue

[174] O'Connell, *op. cit.*, pág. 951. Véase también Herdegen, *loc. cit.*, págs. 66 y 67; el caso *Interhandel*, *C.I.J. Recueil 1959* (nota 29 *supra*), pág. 27; Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, págs. 144 y 145. En sentido contrario, Jennings, «General course on principles of international law», pág. 485.

[175] *Anuario… 1956*, vol. II, pág. 219.

[176] Ibíd., pág. 222, art. 9, párr. 2.

[177] Ibíd. 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.

[178] Ibíd., pág. 223, párr. 3.

[179] Art. 19, párr. 2. Reproducido en Sohn y Baxter, *loc. cit.*, pág. 577.

[180] Véase *Anuario… 1961*, vol. II, pág. 56, art. 3, y pág. 59, art. 18, párr. 2.

[181] *Anuario… 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 50, párr. 50.

[182] *Loc. cit.*, pág. 623.

injustificadamente»[183]. Los órganos encargados de vigilar el cumplimiento de esos instrumentos hacen suya esa excepción en su jurisprudencia[184].

3. 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 Company*, la Comisión de reclamaciones británico-mexicana 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 agotamiento[185]. Sin embargo, la CIJ consideró que 10 años de litigio no eran suficientes para eliminar la necesidad de agotar los recursos internos en el caso *Interhandel*[186]. Ese aspecto de la decisión fue criticado por el magistrado Armand-Ugon, quien, en una opinión en disidencia, sostuvo que, puesto que no se vislumbraba una decisión final tras 10 años de litigio, los recursos disponibles eran demasiado lentos y por ende infructuosos[187]. 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 demora[188].

4. Doctrina

98. Aunque la doctrina es en general favorable a dicha excepción[189], 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 excesiva[190].

99. Esta excepción a la norma sobre el agotamiento de los recursos internos podría incorporarse a la contenida en el artículo 14, apdo. *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.

E. Denegación de acceso (art. 14, apdo. *f*)

«*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, apdo. *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 agotamiento de los

---

[183] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 41, párr. 1, apdo. *c*); Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 46, párr. 2, apdo. *c*).

[184] *Weinberger* c. *Uruguay*, comunicación n.º 28/1978, Comité de Derechos Humanos, *Selección de Decisiones adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo* (2.º a 16.º períodos de sesiones) (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.84.XIV.2), vol. 1, pág. 61; *Las Palmeras*, excepciones preliminares, sentencia de 4 de febrero de 2000, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, *Resoluciones y sentencias*, n.º 67, párr. 38; *Erdogan* c. *Turquie*, demanda n.º 19807/92, decisión de 16 de enero de 1996, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Décisions et rapports*, vol. 84-B, pág. 15; Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, págs. 203 a 205; y Kokott, *loc. cit.*, pág. 623.

[185] Véanse los asuntos *El Oro Mining and Railway Company (Limited) (Great Britain)* c. *United Mexican States*, sentencia n.º 55, de 18 de junio de 1931, Naciones Unidas, RSA, vol. V (n.º de venta: 1952.V.3), pág. 198; y *Administration du Prince von Pless*, excepciones preliminares, *1933 C.P.J.I. série A/B, n.º 52*, pág. 16.

[186] *C.I.J. Recueil 1959* (nota 25 *supra*).

[187] Ibíd., pág. 87.

[188] Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, pág. 203.

[189] Véanse, por ejemplo, Brownlie, *op. cit.*, págs. 505 a 506; Dohering, *loc. cit.*, pág. 239; Schwarzenberger, *op. cit.*, págs. 620 y 622 (mencionada en relación con la denegación de justicia); Cançado Trindade, *op. cit.*, pág. 79; Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», pág. 294, e «International responsibility», pág. 589; y Mummery, *loc. cit.*, pág. 403.

[190] Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, págs. 205 y 206. En el caso *El Oro Mining and Railway Company*, la Comisión de reclamaciones británico-mexicana declaró (Naciones Unidas, RSA (nota 185 *supra*), pág. 198):

> «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».

recursos internos al Comité sobre protección diplomática de las personas y las propiedades de la ADI, Kokott propuso una excepción a la norma sobre los recursos internos para casos en que «se impida en los hechos al demandante obtener acceso a los recursos existentes»[191]. 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[192].

La propuesta de Kokott está inspirada en la jurisprudencia de derechos humanos[193], pero no hay ninguna razón para no hacerla extensiva gradualmente a los principios generales del derecho que rigen el agotamiento de los recursos internos.

[191] *Loc. cit.*, pág. 630.

[192] Ibíd., págs. 624 y 625. Véase también Dohering, *loc. cit.*, pág. 240.

[193] Kokott, *loc. cit.*, pág. 624; *Akdivar et autres* c. *Turquie*, asunto 99/1995/605/693, sentencia de 16 de septiembre de 1996 (1996-IV) *Recueil des arrêts et décisions*, n.º 15, pág. 1213, párr. 73.

Capítulo II

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 nacionales[194]. 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 argumentos[195]. Este planteamiento de la carga de la prueba, más práctico[196] 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 sobre agotamiento de los recursos internos al Comité sobre protección diplomática de las personas y las propiedades de la ADI, 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[197].

104. En la práctica de los órganos encargados de vigilar los derechos humanos existe un corpus sustancial de jurisprudencia sobre la carga de la prueba[198]. 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

[194] Caso *William A. Parker (U.S.A)* v. *United Mexican States*, Naciones Unidas, RSA, vol. IV (n.º de venta: 1951.V.1), pág. 39.

[195] Ripert, «Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux», pág. 646. Véase también Guggenheim, *Traité de droit international public*, pág. 81; Cheng, «Burden of proof before the I.C.J.», pág. 596; Law, *op. cit.*, pág. 55; Fawcett, *The Application of the European Convention on Human Rights*, pág. 289; Sereni, *Principi generali di diritto e processo internazionale*, págs. 30, 40, 76 y 90; Chappez, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, págs. 234 a 237; Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, págs. 277 a 283; Cançado Trindade, *op. cit.*, págs. 134 a 136 y 169; Proyecto sobre procedimiento arbitral, informe del Sr. Scelle, *Anuario… 1958*, vol. II, pág. 1, documento A/CN.4/113 (véase concretamente el artículo 21, págs. 10 y 15); alegato de Suiza en el caso *Interhandel*, *C.I.J. Mémoires*, págs. 562 y 563. En contra: Robertson, «Exhaustion of local remedies in international human rights litigation – the burden of proof reconsidered», págs. 191 a 193 y 196, quien distingue entre la 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).

[196] Gaja, *op. cit.*, págs. 227 a 231.

[197] *Loc. cit.*, pág. 630.

[198] Kokott, *The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law*; Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, págs. 291 a 297; Cançado Trindade, *op. cit.*, págs. 143 a 171; Robertson, *loc. cit.*; caso *Velásquez Rodríguez* (nota 71 *supra*), párrs. 59 y 60; *Akdivar et autres* c. *Turquie* (nota 193 *supra*), pág. 1211, párr. 68.

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 agotarlo[199].

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[200].

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 si no hay objeciones del demandado[201].

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 norma[202] debe recaer sobre el demandante, pero otros, suponiendo por las circunstancias del caso que los recursos han sido infructuosos, han impuesto al demandado la carga de probar la existencia de recursos internos que no han sido agotados[203]. Se hizo referencia a la cuestión en los casos *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, *Certains navires finlandais*, *Ambatielos* y *ELSI*, y en los alegatos de los casos *Incident aérien du 27 juillet 1955* (Israel *c*. Bulgaria) y *Certains emprunts norvégiens* (en que el magistrado Lauterpacht emitió una importante opinión separada al respecto).

107. En el caso *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, 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, la CPJI declaró que:

> Si se pudiera corroborar alguno de esos dos extremos, la Corte 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, la Corte 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[204].

Los pasajes citados parecen indicar que, una vez que el demandado ha interpuesto la excepción 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 laudo *Certains navires finlandais*, 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[205].

Law ha dado una interpretación amplia 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 justificación, significaría que no existen recursos internos o que éstos ya se han agotado[206].

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 demandado[207]:

> 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 nacional 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[208].

110. El caso *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

---

[199] Véase *Foti and others* (nota 122 *supra*), págs. 380 a 382; *Selmouni* c. *France*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Recueil des arrêts et décisions 1999-V*, demanda n.º 25803/94, fallo de 28 de julio de 1999 (con la intervención de los Países Bajos), pág. 230, párr. 76.

[200] Kokott, *loc. cit.*, pág. 628.

[201] Cançado Trindade, *op. cit.*, págs. 153 a 157.

[202] *Adolph G. Studer (United States)* v. *Great Britain*, Naciones Unidas, RSA, vol. VI, pág. 153; *La Guaira Electric Light and Power Company*, ibíd., vol. IX (n.º de venta: 1959.V.5), pág. 243; *Napier*, en Moore, *History and Digest of the International Arbitrations…*, pág. 3154.

[203] Véanse los casos *John Gill (Great Britain)* v. *United Mexican States*, ibíd., vol. V (n.º de venta: 1952.V.3), pág. 157; *Forêts du Rhodope central* (nota 69 *supra*); y *Brown* (nota 28 *supra*). Véase también la opinión separada del magistrado Tanaka en *Barcelona Traction* (nota 43 *supra*), págs. 145 a 147.

[204] *1939 C.P.J.I.* (nota 25 *supra*), págs. 18 y 19.

[205] Naciones Unidas, RSA (nota 24 *supra*), pág. 1502.

[206] *Op. cit.*, pág. 56.

[207] Ibíd., págs. 56 y 57.

[208] *Ambatielos* (nota 25 *supra*), pág. 119.

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[209].

111. En el caso *Incident aérien du 27 juillet 1955* (Israel *c*. Bulgaria), 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 ineficaces[210].

112. La carga de la prueba ocupó un lugar destacado en los alegatos del caso *Certains emprunts norvégiens*, pero no fue necesario que la CIJ llegara a una decisión al respecto. 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»[211]. 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:

Si el Gobierno francés sostiene que el principio no es aplicable, a él corresponde demostrar por qué[212].

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[213].

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*[214].

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 Noruega[215].

113. En su opinión separada en el caso *Certains emprunts norvégiens*, 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[216].

Aunque algunos autores han apoyado la formulación del magistrado Lauterpacht sin cuestionarla[217], no se debe olvidar que obedecía al propósito de aplicarla a los hechos presentados ante la CIJ, 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»[218].

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 recurso 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 aserto[219]. 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 situaciones[220]. 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[221].

---

[209] *C.I.J. Recueil 1989* (nota 46 *supra*), págs. 46 a 48, párrs. 59, 62 y 63.

[210] *C.I.J. Mémoires* (nota 121 *supra*), págs. 559, 565 y 566.

[211] *C.I.J. Mémoires, Certains emprunts norvégiens*, vol. I, pág. 184.

[212] Ibíd., pág. 280, párr. 110.

[213] Ibíd., pág. 281, párr. 114.

[214] Ibíd., vol. II, pág. 162. Véase también ibíd., pág. 161.

[215] Ibíd., págs. 187 y 188.

[216] *C.I.J. Recueil 1957* (nota 55 *supra*), pág. 39.

[217] Head, *loc. cit.*, pág. 155, y O'Connell, *op. cit.*, pág. 1058.

[218] Haesler, *The Exhaustion of Local Remedies in the Case Law of International Courts and Tribunals*, pág. 57.

[219] Brownlie, *op. cit.*, pág. 500, y Law, *op. cit.*, págs. 57 y 58.

[220] Amerasinghe (*Local Remedies in International Law*, págs. 287 y 288) 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.»

[221] «International law in the past third of a century», pág. 295. Véase también Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», págs. 531 a 590, y Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 526.

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 cláusula[222]. 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 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.

[222] Véase *North American Dredging Company of Texas (U.S.A.)* v. *United Mexican States*, decisión de 31 de marzo de 1926, Naciones Unidas, RSA, vol. IV (n.º venta: 1951.V.1), pág. 26.

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, párr. 1, es un principio general que no está sujeto a codificación. En ese caso tal vez prefiera simplemente codificar el artículo 15, párr. 2. Otra posibilidad es que prefiera aprobar la propuesta breve, pero precisa, presentada por Kokott a la ADI que se menciona en el párrafo 103 *supra*.

Capítulo III

La cláusula Calvo

«*Artículo 16*

1. Una estipulación contractual entre un extranjero y el Estado en que aquél realice actividades comerciales, en el sentido de que:

a) El extranjero quedará satisfecho con los recursos internos; o

b) Ninguna controversia dimanada del contrato se resolverá mediante una reclamación internacional; o

c) El extranjero será tratado como nacional del Estado contratante a los fines del contrato,

será interpretada en virtud del derecho internacional como una renuncia válida del derecho del extranjero a solicitar protección diplomática en relación con asuntos relativos al contrato. Sin embargo, dicha estipulación contractual no afectará el derecho del Estado de la nacionalidad del extranjero de ejercer protección diplomática en nombre de dicha persona cuando ésta sea lesionada por un acto internacionalmente ilícito atribuible al Estado contratante o cuando el daño que sufriera el extranjero preocupe directamente al Estado de la nacionalidad del extranjero.

2. La estipulación contractual a que se hace referencia en el párrafo 1 será interpretada como una presunción en favor de la necesidad de agotar los recursos internos antes de recurrir a un arreglo judicial internacional.»

A. Introducción

119. La cláusula Calvo es la promesa contractual hecha por un extranjero por la cual conviene en renunciar a todo derecho que tuviera a la protección diplomática del Estado de su nacionalidad en asuntos dimanados del contrato y de limitarse exclusivamente a los recursos judiciales internos para todo reclamo que pudiera tener en relación con el contrato[223]. La cláusula, que lleva el nombre de un distinguido jurista argentino, Carlos Calvo (1824-1906), ha ocupado un lugar importante en la doctrina jurídica sobre la norma de los recursos internos y todavía en 1955 se la describió como «una de las cuestiones más controversiales de la diplomacia y jurisprudencia internacionales contemporáneas»[224]. Aunque hoy día ha desaparecido del primer plano, ninguna codificación de la norma de los recursos internos sería completa si no se reconociera esa cláusula. Además, ignorarla sería dejar de lado un componente de la norma de los recursos internos que ha sido llamada una costumbre regional en América Latina[225] y que forma parte de la identidad nacional de muchos Estados[226].

[223] Freeman, «Recent aspects of the Calvo doctrine and the challenge to international law», pág. 130. Véase también García Amador, «Calvo doctrine, Calvo clause», pág. 522; Schwarzenberger, *op. cit.*, pág. 150; y Shea, *The Calvo Clause: A Problem of International Law and Diplomacy*, pág. 6.

[224] Ibíd.

[225] Ibíd., págs. 260 a 279.

[226] Oschmann, *Calvo-Doktrin und Calvo Klauseln*, pág. 381.

B. Historia

120. Las revoluciones, las guerras civiles y los disturbios internos eran una característica común de la historia de América Latina a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Los nacionales de los Estados de Europa y de los Estados Unidos, atrapados en esas revueltas civiles, a menudo sufrían daños personales y pecuniarios. Cuando el Estado anfitrión negaba la responsabilidad por dichos daños, frecuentemente los extranjeros buscaban la protección del Estado de su nacionalidad y le solicitaban que reclamara una indemnización en su nombre en un procedimiento internacional. Inevitablemente, los extranjeros abusaron de esa posición de privilegio. Según mencionaba Shea:

> A menudo los nacionales se sentían con derecho a una seguridad completa sobre sus personas y bienes y efectuaban un llamamiento a sus gobiernos con pruebas bastante poco convincentes y sin haber hecho un verdadero esfuerzo por obtener una solución en el plano interno. El gobierno que recibía la petición, actuando con pruebas limitadas y sesgadas, y a menudo bajo presión política interna, patrocinaba denuncias que frecuentemente no se basaban en una justicia estricta. No era infrecuente que se utilizara la fuerza armada para obligar a las naciones más débiles a que cumplieran esas denuncias dudosas y en ocasiones ocurría que la gravedad de las medidas adoptadas para obtener la indemnización por los presuntos daños era completamente desproporcionada a la entidad del daño sufrido inicialmente[227].

A los Estados de América Latina les parecía que las comisiones mixtas de reclamación establecidas para solucionar esas controversias estaban sesgadas en favor de los Estados protectores.

121. En consecuencia, los Estados de América Latina trataron de socavar la institución de la protección diplomática mediante teorías que ponían en duda sus fundamentos mismos. En primer lugar, la doctrina Drago, codificada en 1907 en la Convención relativa a la Limitación del Empleo de la Fuerza para el Cobro de Deudas Contractuales (Convención Porter), declaró ilegal la intervención encaminada al cobro compulsivo de deudas públicas; se trataba de una doctrina inspirada esencialmente por la intervención de Alemania, Italia y el Reino Unido en Venezuela en 1902 y 1903. En segundo término, la doctrina Calvo trató de declarar ilícitas todas las formas de protección diplomática mediante la invocación de dos principios: la igualdad soberana de los Estados, que prohibía la intervención extranjera, y la igualdad entre extranjeros y nacionales, que privaba a los extranjeros de su derecho a un trato privilegiado[228]. En relación con este último principio, Calvo declaró:

> Es cierto que los extranjeros que se establecen en un país tienen el mismo derecho a protección que los nacionales, pero no deben tratar de obtener una protección más amplia.
>
> […]
>
> La responsabilidad de los gobiernos en relación con los extranjeros no puede ser mayor que la que esos gobiernos tienen en relación con sus propios nacionales[229].

122. Las tentativas de poner en práctica la doctrina Calvo en los tratados o en disposiciones constitucionales o legislativas fueron en gran medida infructuosas[230]. Fue la cláusula Calvo, una estipulación incluida en un contrato entre un extranjero y el Estado anfitrión, en que el extranjero conviene en renunciar a su derecho a solicitar protección diplomática en toda controversia dimanada del contrato, la que garantizó un cierto éxito a la doctrina Calvo. Es de esta forma que hoy día se recuerda a la doctrina Calvo.

C. Alcance

123. El hecho de que la cláusula Calvo puede adoptar varias formas queda demostrado por las distintas formulaciones presentadas por la doctrina[231]. La exposición más clara la brinda García Amador:

> En ocasiones, simplemente consiste en la estipulación de que el extranjero interesado quedará satisfecho con las decisiones de los tribunales locales. En otros casos, la cláusula entraña una renuncia más directa y amplia a la protección diplomática, por ejemplo cuando establece que en ningún caso las controversias que puedan surgir darán lugar a una reclamación internacional, o bien que a los fines del contrato o la concesión se considerará que los particulares o empresas extranjeros son nacionales del país[232].

124. La cláusula Calvo se refiere a la relación contractual entre un extranjero y el Estado anfitrión y sólo funciona en relación con las controversias dimanadas de la interpretación, la aplicación y el cumplimiento del contrato[233]. No incluye la renuncia en un supuesto de denegación de justicia que se podría producir en un tribunal local en un proceso relacionado con el contrato[234].

D. Codificación en las Américas

125. Las tentativas de codificar la cláusula Calvo en los Estados de América Latina han sido en general poco exitosas.

126. En 1902, la Segunda Conferencia Internacional Americana, celebrada en México, adoptó la Convención relativa a los derechos de extranjería, que, después de reconocer la igualdad entre nacionales y extranjeros (sin privilegios especiales para estos últimos), estableció que:

> En todos los casos en que un extranjero tenga reclamaciones o quejas de orden civil, criminal o administrativo contra un Estado, o sus nacionales, deberá interponer su denuncia ante el tribunal competente del país; y no podrá reclamar por la vía diplomática, sino en los casos en que haya habido, de parte de ese tribunal, manifiesta denegación de justicia, o retardo anormal, o violación evidente de los principios del derecho internacional[235].

---

[227] *Op. cit.*, pág. 12.

[228] Véase Hershey, «The Calvo and Drago doctrines», pág. 26.

[229] Shea, *op. cit.*, págs. 18 y 19. Traducción de Calvo, *Le Droit International: Théorétique et Pratique*, vol. VI, pág. 231, y vol. III, pág. 138.

[230] Shea, *op. cit.*, págs. 21 a 27.

[231] Véase O'Connell, *op. cit.*, págs. 1059 y 1060; Eagleton, *op. cit.*, pág. 168; Geck, *loc. cit.*, pág. 1058; Dunn, *The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law*, pág. 169; Lipstein, «The place of the Calvo clause in international law», págs. 131 a 134.

[232] García Amador, «State responsibility. Some new problems», pág. 455; y *Anuario… 1958*, vol. II, pág. 62 y ss.

[233] García Amador, «State responsibility…», pág. 456.

[234] Este tema se analiza en más detalle en el párrafo 149, apdo. *d*, *infra*. Aparentemente la opinión de García Amador que se cita en la nota 285 *supra* contradice esta propuesta.

[235] Art. 3. *Anuario… 1956*, vol. II, anexo 5, pág. 222. Sobre esta Convención y las posteriores tentativas de confirmarla, véase además Shea, *op. cit.*, págs. 77 a 79.

Los Estados Unidos estuvieron presentes en la Conferencia, pero se abstuvieron de votar en relación con la Convención.

127. En 1933, se celebró en Montevideo la séptima Conferencia Internacional Americana, que adoptó la resolución sobre responsabilidad internacional del Estado, respaldada por los Estados Unidos, que:

Reafirma, igualmente, que el amparo diplomático no debe promoverse en favor de los extranjeros sino que deben éstos agotar todos los recursos jurisdiccionales establecidos por las leyes del país ante el cual se instaura la acción. Se exceptúan los casos de manifiesta denegación o de retardo inmotivado de justicia, los cuales serán siempre interpretados restrictivamente, esto es, en favor de la soberanía del Estado donde se haya suscitado la disidencia. Si dentro de un plazo razonable no se lograre acuerdo sobre la disidencia, por la vía diplomática, se acudirá entonces al arbitraje[236].

128. La Conferencia adoptó la Convención sobre derechos y deberes de los Estados que establece:

Los nacionales y los extranjeros se hallan bajo la misma protección de la legislación y de las autoridades nacionales y los extranjeros no podrán pretender derechos diferentes, ni más extensos que los de los nacionales[237].

129. Aunque los Estados Unidos pasaron a ser partes en la Convención, se reservaron sus derechos en virtud del derecho internacional, lo que planteó dudas sobre su aceptación de esa disposición, ya que no se conformaba a la manera en que los Estados Unidos interpretaban los derechos de los extranjeros en virtud del derecho internacional[238].

130. En la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá en 1948, se aprobó el siguiente artículo VII del Tratado americano de soluciones pacíficas («Pacto de Bogotá»):

Las Altas Partes Contratantes se obligan a no intentar reclamación diplomática para proteger a sus nacionales, ni a iniciar al efecto una controversia ante la jurisdicción internacional, cuando dichos nacionales hayan tenido expeditos los medios para acudir a los tribunales domésticos competentes del Estado respectivo[239].

131. Aunque los Estados Unidos ratificaron el tratado, añadieron la reserva siguiente:

El Gobierno de los Estados Unidos no puede aceptar el artículo VII relativo a la protección diplomática y al agotamiento de los recursos. Por su parte, el Gobierno de los Estados Unidos mantiene las normas de la protección diplomática, incluso la norma del agotamiento por los extranjeros de los recursos internos, según se establece en el derecho internacional[240].

E. Codificación: la perspectiva internacional

132. Las tentativas de codificar la cláusula Calvo en el plano internacional han tenido menos éxito.

133. En la Conferencia para la codificación del derecho internacional (La Haya, 1930), se examinaron el informe Guerrero de 1926[241], el proyecto de Harvard[242] y las bases de discusión de 1929 redactadas por el Comité Preparatorio de la Conferencia[243], instrumentos en los cuales figuraban propuestas relativas a la cláusula Calvo. Sin embargo, la cláusula no fue examinada en la Conferencia, en gran medida debido a los desacuerdos en relación con el tema de la denegación de justicia. La Conferencia se suspendió sin que se hubiera llegado a un acuerdo relativo a la Convención[244].

134. En 1961, la Facultad de Derecho de Harvard preparó otro proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a

---

[236] *Anuario… 1956*, vol. II, págs. 222 y 223.

[237] Art. 9.

[238] Véase Shea, *op. cit.*, págs. 81 a 83.

[239] Ibíd., pág. 102.

[240] Ibíd., pág. 103.

[241] Responsabilidad de los Estados por daños causados en sus territorios a la persona o bienes de los extranjeros (*Anuario… 1956*, vol. II, págs. 218 y 219).

[242] Proyecto de convención sobre responsabilidad de los Estados por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros, preparado por Facultad de Derecho de Harvard. En el artículo 17 del proyecto se establecía que:

«La responsabilidad del Estado no desaparece a consecuencia de una disposición de su legislación o de un convenio con un extranjero que tienda a excluir toda responsabilidad declarando sin recurso las decisiones de sus tribunales. La responsabilidad del Estado no desaparece tampoco por la renuncia de un extranjero a la protección del Estado de que sea nacional» (ibíd., pág. 226).

[243] Ibíd., pág. 219. Las bases de discusión pertinentes (ibíd., págs. 219 y 221) establecen:

«*Base de discusión n.º 26*

La renuncia de una de las partes de un contrato al recurso a la vía diplomática no obliga al Estado del cual es nacional el interesado y no exonera al Estado contratante de su responsabilidad internacional.

Si un extranjero ha aceptado válidamente en un contrato la competencia exclusiva de los tribunales locales, esta disposición es obligatoria para todo tribunal internacional al que se presente una demanda en virtud de ese contrato; en consecuencia, el Estado no podrá ser responsable del daño sufrido por el extranjero más que en los casos previstos en las bases de discusión n.os 5 y 6.

Base de discusión n.º 27

En aquellos casos en que el extranjero puede ejercitar una acción ante los tribunales del Estado (entre los que se incluye a los tribunales administrativos), dicho Estado puede exigir que se deje en suspenso toda cuestión relativa a la responsabilidad internacional hasta que sus tribunales hayan pronunciado su decisión definitiva. Esta norma no excluye la aplicación de las disposiciones formuladas en las bases de discusión n.os 5 y 6.

Base de discusión n.º 5

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

1. Se le rehúse el acceso a los tribunales para defender sus derechos;

2. Una decisión judicial definitiva e inapelable sea incompatible con las obligaciones dimanantes de los tratados o con otras obligaciones internacionales del Estado;

3. Haya habido demoras injustificables por parte de los tribunales;

4. El contenido de la decisión judicial esté manifiestamente inspirado por la mala voluntad hacia los extranjeros como tales o como nacionales de un determinado Estado.

Base de discusión n.º 6

El Estado es responsable por el daño sufrido por un extranjero a consecuencia del hecho de que el procedimiento y la sentencia adolecen de vicios tan graves que revelan que los tribunales no ofrecen las garantías indispensables para una acertada administración de justicia.»

[244] Borchard, «‘Responsibility of States’ at The Hague Codification Conference», pág. 539.

los extranjeros, cuyo artículo 22 establecía, en su parte pertinente, que:

4. El reclamante no podrá presentar reclamación alguna si, *después de sufrido el daño** y sin coacción, dicho reclamante o la persona de la que deriva su pretensión la hace objeto de renuncia, transacción o liquidación.

5. El reclamante no podrá presentar reclamación alguna conforme a la presente Convención por ninguno de los daños enumerados en los apartados *e*, *f*, *g* y *h* del párrafo 2 del artículo 14 [destrucción, daños o pérdida de bienes; privación del uso o goce de bienes; privación de medios de subsistencia; y pérdida o privación del goce de derechos en virtud de un contrato o concesión]:

a) Si, antes de adquirir derechos de propiedad o el derecho a ejercer una profesión u ocupación en el territorio del Estado responsable del daño o como condición para obtener derechos en virtud de un contrato con el Estado o de una concesión otorgada por ese Estado, el extranjero a quien se hayan conferido tales derechos acepta renunciar a las reclamaciones a que pueda dar lugar una violación, por dicho Estado, de cualquiera de los derechos así adquiridos;

b) Si el Estado demandado no ha modificado unilateralmente el convenio por un acto legislativo o por cualquier otro medio y, en los demás, ha cumplido las disposiciones y condiciones establecidas en el convenio; y

c) Si el daño se ha producido como consecuencia de la violación, por el Estado, de los derechos así adquiridos por el extranjero.

6. El reclamante no podrá presentar reclamación alguna con respecto a los daños enumerados en el párrafo 2 del artículo 14 si, como condición para que se le permitiera dedicarse a actividades que llevan consigo un riesgo sumamente elevado —privilegio que de otro modo le habría negado el Estado—, el extranjero ha aceptado renunciar a toda reclamación respecto de tales daños y si la reclamación se origina en un acto u omisión, imputable al Estado que guarda una relación razonablemente estrecha con tales actividades. *Sin embargo, dicha renuncia sólo será efectiva con respecto a los daños resultantes de actos u omisiones por negligencia o de la falta de la debida diligencia en la protección del extranjero interesado y no con respecto a los daños causados por actos u omisiones intencionales imputables al Estado**[245].

En el artículo 24, párr. 1, se establece además:

Ningún Estado podrá presentar una reclamación si el reclamante o la persona de la que deriva su pretensión la ha hecho objeto de renuncia, transacción o liquidación conforme a los párrafos 4, 5 o 6 del artículo 22[246].

135. Entre 1956 y 1961, el Relator Especial, Sr. García Amador, presentó a la Comisión varios informes en que se encaraba la cláusula Calvo. En 1956, en su primer informe sobre la responsabilidad del Estado, sugirió la siguiente base de discusión:

La renuncia a la protección diplomática, por parte del Estado o de los particulares extranjeros. En la segunda hipótesis, en tanto la *cláusula Calvo* no se refiera a derechos que por su naturaleza sean irrenunciables o a cuestiones en las cuales el particular no sea el único interesado[247].

En 1961, en su sexto y último informe, propuso:

2) […] en los casos de incumplimiento de obligaciones estipuladas en un contrato o concesión, no procederá la reclamación internacional si el extranjero hubiese renunciado a solicitar la protección diplomática del Estado de su nacionalidad, y de conformidad con los términos en que esté concebida la renuncia.

[…]

4) La renuncia a solicitar la protección diplomática […] [no] priva[n] al Estado de la nacionalidad del derecho a entablar una reclamación internacional en la hipótesis y a los fines [de impedir la repetición del hecho lesivo][248].

F. Práctica de los Estados

136. El amplio estudio realizado por Shea sobre la cláusula Calvo, publicado en 1955, demuestra que en aquel entonces la cláusula Calvo era reconocida en la práctica, las leyes o las constituciones de la mayoría de los Estados de América Latina[249] y se la podía describir como una costumbre regional de América Latina[250]. La práctica de los Estados de otras regiones era muy diferente. Durante mucho tiempo los Estados Unidos habían afirmado que la cláusula no entrañaba una renuncia, ni podía hacerlo, al derecho del Estado de la nacionalidad de prestar protección diplomática y que la renuncia del particular no incluía los casos de denegación de justicia[251]. Otros gobiernos estaban divididos en cuanto a la cuestión. Según las respuestas al cuestionario sobre el tema distribuido entre los Estados antes de la Conferencia para la codificación del derecho internacional (La Haya, 1930), Australia, Austria y Sudáfrica, consideraban que dichas cláusulas no tenían efecto. Alemania, Finlandia y los Países Bajos reconocían la validez de la cláusula, mientras que Bélgica, Checoslovaquia, Dinamarca, Hungría, la India, el Japón, Noruega, Nueva Zelandia, Polonia, el Reino Unido y Suiza lo hacían únicamente en la medida en que estaban afectados los derechos individuales, pero no en relación con la renuncia al derecho del Estado a una intervención diplomática en caso de violación del derecho internacional. Por su parte, el Canadá adoptó la posición de que la cláusula era válida si el Estado de la nacionalidad del particular lesionado permitía a dicho particular celebrar ese tipo de contrato[252]. La respuesta del Reino Unido[253] fue particularmente esclarecedora, ya que prestó pleno apoyo a la decisión adoptada en el caso *Dredging*[254], que se examina más adelante, en que se sostuvo la validez limitada de la cláusula Calvo.

G. Decisiones judiciales

137. La jurisprudencia relativa a la cláusula Calvo se divide usualmente en dos períodos: la anterior y la posterior al caso *Dredging*[255], de 1926.

138. Las decisiones pronunciadas por las comisiones mixtas de reclamación antes de 1926 se caracterizaron por la falta de claridad y determinación en su actitud en cuanto a la validez de la cláusula Calvo. Ello se ilustra

[245] *Anuario… 1969*, vol. II, pág. 153, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo VII. De acuerdo con el artículo 20, párr. 1, la palabra «reclamante» se refiere al extranjero lesionado.

[246] Ibíd., pág. 154.

[247] *Anuario… 1956*, vol. II, pág. 217, Base de discusión V, párr. 2, apdo. b.

[248] *Anuario… 1961*, vol. II, pág. 54, documento A/CN.4/134 y Add.1, art. 19 del anteproyecto revisado. Además, en relación con la historia del tratamiento de este tema en la Comisión, véase Graham, «The Calvo clause: its current status as a contractual renunciation of diplomatic protection», págs. 297 a 300.

[249] Paradójicamente, el Estado de nacionalidad de Calvo, la Argentina, era uno de los pocos que no reconocía dicha práctica.

[250] Shea, *op. cit.*, págs. 269 a 279.

[251] Ibíd, págs. 37 a 45.

[252] Ibíd, págs. 46 a 54 (base de discusión III, pregunta XI, *d*), págs. 133 a 135).

[253] Ibíd., pág. 50 (base de discusión III, pág. 134).

[254] *North American Dredging Company of Texas (U.S.A.)* v. *United Mexican States*, Naciones Unidas, RSA (nota 222 *supra*).

[255] Ibíd.

con las distintas interpretaciones dadas a esas decisiones por Borchard y Shea. Si bien el primero afirmó que de los 19 casos decididos sólo en 8 se reconoció la validez de la cláusula[256], Shea sostiene que en ninguno de esos casos fue decisiva la validez de la cláusula Calvo en el contrato[257]. Quizás lo más interesante del estudio de Borchard es su conclusión de que los casos en que se denegó validez a la cláusula, la decisión se basó en uno de tres motivos:

en primer lugar, que excede la competencia del particular renunciar por contrato al derecho superior de su gobierno de protegerlo, […] en segundo término, en los casos en que el gobierno anuló el contrato sin recurrir en primer término a los tribunales internos, dicha acción exime al reclamante de la estipulación de que el contrato no esté sujeto a una reclamación internacional, […] en tercer lugar, siempre que es posible, los tribunales tratan de afirmar que la reclamación no dimana del contrato mismo, sino de otra violación de los derechos sobre la propiedad, con lo cual basan la reclamación en la responsabilidad extracontractual[258].

139. La naturaleza y el alcance de la cláusula Calvo fueron examinados por la Comisión general de reclamaciones México-Estados Unidos, presidida por el Sr. Van Vollenhoven, en 1926, en el caso *Dredging*[259]. En dicho caso, la empresa demandante había celebrado un contrato con el Gobierno de México para el dragado del Puerto de Santa Cruz. A fin de garantizar la concesión del contrato, la reclamante convino en que en el contrato se incluyera el texto siguiente (art. 18):

El contratista y todas las personas que, por ser empleados o en cualquier otra condición, puedan participar en la ejecución de los trabajos en virtud del presente contrato, ya sea de manera directa o indirecta, serán considerados mexicanos para todas las cuestiones, dentro de la República de México, relativas a la ejecución de dichos trabajos y del cumplimiento del presente contrato. No podrán reclamar, ni tampoco tendrán, en relación con los intereses y las actividades relacionadas con el presente contrato, ningún otro derecho o medio de hacerlos cumplir que los otorgados por las leyes de la República a los mexicanos, ni tampoco disfrutarán de ningún otro derecho que los establecidos en favor de los mexicanos. En consecuencia, quedan privados de todo derecho por su condición de extranjero y, en ninguna circunstancia, se permitirá la intervención de agentes diplomáticos extranjeros en relación con cualquier cuestión relativa al presente contrato[260].

140. Cuando se produjo un presunto incumplimiento del contrato, el reclamante no intentó agotar los recursos internos sino que, en cambio, sobre la base del artículo V del tratado que establecía la Comisión, que eximía de cumplir la norma del agotamiento de los recursos internos, pidió al Gobierno de los Estados Unidos que presentara una reclamación en su nombre ante la Comisión de reclamaciones. Al respaldar el pedido del Gobierno de México de rechazar la reclamación, esa comisión examinó a fondo la validez y el alcance de la cláusula Calvo que figuraba en el artículo 18.

141. En primer lugar, la Comisión de reclamaciones rechazó los argumentos en favor de mantener o rechazar la validez de la cláusula «en la medida en que dichos argumentos sean extremos»[261]. A continuación manifestó:

La cláusula Calvo dentro de un contrato concreto no es una cláusula que deba mantenerse con plena validez debido a su naturaleza contractual, ni tampoco se la puede separar discrecionalmente del resto del contrato, como si fuera una adición accidental. El problema no se resuelve diciendo sí o no; la respuesta afirmativa expone a un riesgo cierto a los derechos de los extranjeros y la negativa no da a las naciones interesadas otra alternativa que excluir a los extranjeros de las actividades comerciales. La etapa actual del derecho internacional impone a todo tribunal internacional el deber solemne de encontrar un equilibrio adecuado entre el derecho soberano de la jurisdicción nacional, por un lado, y el derecho soberano de proteger a los nacionales, por el otro.

[…]

Resulta enteramente posible reconocer como válidas algunas formas de renuncia al derecho a la protección de los extranjeros sin que al mismo tiempo se reconozcan como válidas y lícitas todas las formas de hacerlo[262].

142. En segundo término, la Comisión de reclamaciones rechazó el argumento de que la cláusula era contraria a toda norma reconocida de derecho internacional y sostuvo que no existía ninguna norma de derecho internacional que prohibiera todas las limitaciones al derecho a la protección diplomática[263]. La cláusula Calvo era permisible, ya que se trataba simplemente de la promesa hecha por un particular de no ignorar los recursos internos.

143. En tercer lugar, la Comisión de reclamaciones sostuvo que, si bien un extranjero podía prometer agotar los recursos internos, no podía:

privar al Gobierno de su nación de su derecho indudable de aplicar recursos internacionales frente a las violaciones del derecho internacional cometidas en su perjuicio. Dichos gobiernos con frecuencia tienen un interés más amplio de mantener los principios del derecho internacional que de recuperar los daños sufridos por uno de sus nacionales en un caso particular, y manifiestamente dicho nacional no puede mediante un contrato atar a ese respecto las manos de su Gobierno. Pero si bien toda tentativa de obligar de esa manera a su Gobierno es nula, la Comisión no ha encontrado ninguna norma reconocida general de derecho internacional positivo que dé a su Gobierno el derecho a intervenir para rescindir un contrato lícito […] concertado por uno de sus nacionales. El propósito obvio de dicho contrato es impedir los abusos del derecho de protección, no destruir el derecho mismo; abusos que son intolerables para toda nación que se respete a sí misma y que son una causa frecuente de fricción internacional[264].

144. En lo que respecta a la cláusula Calvo que figuraba en el artículo 18 del contrato, la Comisión de reclamaciones manifestó que su propósito era

obligar al reclamante a regirse por las leyes de México y a utilizar los recursos existentes en virtud de dichas leyes […] pero esa disposición no privaba al reclamante, ni podía hacerlo, de su nacionalidad norteamericana y todo lo que ella entraña. No le privaba de su derecho indudable de pedir protección a su propio Gobierno si su recurso ante los tribunales de México o a otras autoridades a que pudiera dirigirse diera lugar a una denegación o demora de justicia, según esos términos se utilizan en el derecho internacional. En tal caso, la reclamación no sería que se había producido una violación del contrato, sino que se le había denegado justicia. El fundamento de la apelación no sería una interpretación de su contrato, salvo quizás de manera incidental, sino más bien un acto ilícito internacional[265].

La Comisión de reclamaciones destacó que el extranjero:

no renuncia a ningún derecho que posea por ser nacional de los Estados Unidos en lo que respecta a cualquier cuestión que no estuviera

[256] Borchard, *op. cit.*, págs. 800 y 801.

[257] *Op. cit.*, págs. 121 a 193.

[258] Borchard, *op. cit.*, pág. 805.

[259] Naciones Unidas, RSA (nota 222 *supra*).

[260] Ibíd., págs. 26 y 27.

[261] Ibíd., pág. 27, párr. 4.

[262] Ibíd., págs. 27 y 28, párrs. 4 y 5.

[263] Ibíd., págs. 28 y 29, párrs. 8 y 9.

[264] Ibíd., pág. 29, párr. 11.

[265] Ibíd., pág. 30, párr. 14.

relacionada con el cumplimiento, la ejecución de su contrato como tal […] no renuncia a su derecho indudable como ciudadano norteamericano de pedir protección a su Gobierno contra una violación del derecho internacional (actos ilícitos internacionales), ya sean dimanadas del contrato o de otras situaciones […]. No afecta, ni puede hacerlo, el derecho de su Gobierno de otorgarle su protección en general o de otorgarle su protección contra incumplimientos del derecho internacional. Pero lo que sí convino de manera franca y sin reservas es que, en consideración por haberle otorgado ese contrato el Gobierno de México, no necesitaba, invocaría ni aceptaría la asistencia de su Gobierno en lo que respecta al cumplimiento o interpretación de su contrato y la ejecución de su labor al respecto[266].

145. Por último, la Comisión de reclamaciones sostuvo que el artículo V del tratado que establecía la Comisión, en que se estipulaba que no se podría rechazar una reclamación con fundamento en que no se habían agotado los recursos internos, no autorizaba a ninguno de los gobiernos a desconocer un contrato válido expreso entre uno de sus nacionales y el otro Gobierno[267]. La Comisión sostuvo que la aplicación del artículo V se limitaba a las reclamaciones que hubieran sido «presentadas correctamente»[268] y que esa reclamación no se podía considerar «correctamente presentada» porque el reclamante no había tratado de cumplir una condición fundamental de su contrato.

146. En resumen, la Comisión de reclamaciones sostuvo que la cláusula Calvo entrañaba una promesa del extranjero de agotar los recursos internos. En consecuencia, renunciaba a su derecho de pedir protección diplomática en una reclamación por daños dimanados del contrato en relación con cualquier cuestión relativa al contrato. Sin embargo, ello no le privaba de su derecho de pedir protección diplomática con respecto a una denegación de justicia u otra violación del derecho internacional sufrida en el proceso de agotar los recursos internos o de tratar de ejecutar su contrato.

147. La decisión en el caso *Dredging* ha sido muy debatida. Sin embargo, la mayor parte de las críticas se han dirigido a la negativa de la Comisión de reclamaciones de dar pleno efecto al artículo V del tratado que establece la Comisión[269] más que a la formulación del alcance y el efecto de la cláusula Calvo misma. Se han realizado esfuerzos considerables para establecer una interpretación precisa de la norma en el caso *Dredging*. Probablemente la interpretación más exitosa es la que se encuentra en el encabezamiento del caso que figura en el *Recueil des sentences arbitrales* de las Naciones Unidas:

Se sostuvo que la cláusula Calvo prohíbe al reclamante presentar a su Gobierno cualquier reclamación relacionada con un contrato en que sea parte y, en consecuencia, pone a dicha reclamación fuera de la jurisdicción del tribunal. La cláusula no impedirá que su Gobierno plantee, o que el tribunal examine, otras reclamaciones basadas en la violación del derecho internacional. *Se sostuvo* que el artículo V del compromiso no impedía dicho resultado[270].

148. Las comisiones mixtas relativas a México pronunciaron varias decisiones después del caso *Dredging* en que aprobaron los principios expuestos en dicha causa[271], si bien en varios casos las comisiones mostraron una considerable indulgencia hacia México al determinar que en los hechos no se había producido denegación de justicia[272]. Además, en el caso *Mexican Union Railway (Great Britain)* v. *United Mexican States*[273], aparentemente la Comisión de reclamaciones limitó las circunstancias en que la cláusula Calvo no se aplicaba únicamente a una especie de acto ilícito internacional: la denegación de justicia.

H. Doctrina

149. Mucho se ha escrito en relación con la cláusula Calvo[274]. Después de la decisión en el caso *Dredging* y las decisiones posteriores que la respaldaron, no ha sido posible argumentar seriamente que la cláusula Calvo es

[266] Ibíd., págs. 30 y 31, párr. 15.

[267] Ibíd., pág. 32, párr. 21.

[268] Ibíd., párr. 20.

[269] Véase, por ejemplo, Borchard, «Decisions of the Claims Commissions, United States and Mexico», pág. 540; Feller, «Some observations on the Calvo clause», págs. 462 y 463; Lipstein, *loc. cit.*, págs. 144 y 145; Freeman, *op. cit.*, págs. 481 y 482; Shea, *op. cit.*, págs. 226 a 228. La causa *North American Dredging Company* fue más tarde revisada por una Comisión interna de reclamaciones de los Estados Unidos y México, integrada por tres nacionales de los Estados Unidos, establecida en virtud de una ley del Congreso aprobada el 18 de diciembre de 1943 (56 Stat. 1058), que entendió de las reclamaciones que no había completado la Comisión de reclamaciones o para las cuales se había pedido una nueva vista (México había aceptado un arreglo global y la Comisión interna adjudicaba las reclamaciones). Al otorgar una indemnización de 128.627,77 dólares de los EE.UU. en favor de la empresa, la Comisión interna fue particularmente crítica de las decisiones adoptadas por la Comisión general de reclamaciones México-Estados Unidos en relación con el artículo V:

«El efecto de la decisión de la Comisión general de reclamaciones es sostener que prevalecen las disposiciones del artículo 18 del contrato entre el reclamante y el Gobierno de México a pesar de lo establecido en los artículos I y V de la Convención. Con el debido respeto a los ilustres miembros de dicha Comisión, no podemos convenir en la posición así asumida. En nuestra opinión, el artículo V de la Convención de 8 de septiembre de 1923 controla los derechos del Gobierno de los Estados Unidos; por ese motivo dicho Gobierno puede presentar la reclamación en nombre del reclamante y esta Comisión tiene competencia para decidir la reclamación» (véase Whiteman, *op. cit.*, pág. 923).

Shea (*op. cit.*, pág. 230, nota 89 *in fine*) correctamente rechaza esa decisión en los términos siguientes:

«Aunque desde el punto de vista estrictamente financiero del reclamante esto podría considerarse una revocación de la decisión anterior en lo que respecta a la reclamación, sería erróneo presumir que dicha medida, adoptada por una comisión enteramente nacional, podría en modo alguno revocar o incluso debilitar la decisión o la norma en el caso *Dredging* en la jurisprudencia internacional. Desde el punto de vista del presente estudio, la decisión adoptada por la comisión interna resulta de interés, pero no tiene importancia determinante para nuestra tarea de determinar la norma de derecho relativa a la cláusula Calvo.»

[270] Naciones Unidas, RSA (nota 254 *supra*), pág. 26. Véase también Shea, *op. cit.*, págs. 215 a 223.

[271] *International Fisheries Company (U.S.A.)* v. *United Mexican States*, Naciones Unidas, RSA, vol. IV (n.º de venta: 1951.V.1), pág. 691, y *Douglas G. Collie MacNeill (Great Britain)* v. *United Mexican States*, ibíd., vol. V (n.º de venta: 1952.V.3), pág. 135. Para un debate sobre dichos casos, véase Shea, *op. cit.*, págs. 231 y ss., y Freeman, *op. cit.*, págs. 469 a 490.

[272] *The Interoceanic Railway of Mexico (Acapulco to Veracruz) (Limited), and the Mexican Eastern Railway Company (Limited), and the Mexican Southern Railway (Limited) (Great Britain)* v. *United Mexican States*, Naciones Unidas, RSA, vol. V, pág. 178. Véase también *El Oro Mining and Railway Company (Limited) (Great Britain)* c. *United Mexican States* (nota 190 *supra*), pág. 191.

[273] Ibíd., vol. V, pág. 115. Compárense los párrafos 13 y 14, apdos. *d* y *e*.

[274] Véase, en particular, Shea, *op. cit.*; Lipstein, *loc. cit.*; Feller, *op. cit.*; Freeman, *op. cit.*; García Amador, *op. cit.*; Oschmann, *op. cit.*, y Graham, *loc. cit.*, pág. 289.

contraria al derecho internacional. En consecuencia, la doctrina ha tratado en cambio de examinar su propósito y alcance, en gran medida en el contexto del caso *Dredging*. Decir que no hay consenso por parte de los autores en lo que respecta al alcance de la cláusula Calvo resulta obvio. Sin embargo, de la doctrina aparentemente surgen varios principios comunes:

a) La cláusula Calvo tiene validez limitada, únicamente en el sentido de que no constituye una prohibición completa de la intervención diplomática. Sólo se aplica en controversias relativas al contrato entre un extranjero y el Estado anfitrión en que figure la cláusula y que no constituye una violación del derecho internacional. Esta interpretación propuesta en el caso *Dredging* no da vigor al propósito real de la cláusula Calvo, es decir, excluir la protección diplomática en todos los casos, y ese es el motivo por el cual ha sido criticada por autores de América Latina[275]. Sin embargo, la interpretación dada en el caso *Dredging* ha sido aceptada en la práctica de los Estados[276] y ha recibido un amplio apoyo en la doctrina[277].

b) La cláusula Calvo confirma la importancia de la norma del agotamiento de los recursos internos. Si bien algunos autores han sugerido que la validez limitada otorgada a la cláusula en el caso *Dredging* no hace más que reafirmar la norma de los recursos internos[278], y que por ello no hace más que volver a declarar de manera superflua lo obvio, la mayoría de los autores considera que va más allá de esa reafirmación. Sin embargo, las opiniones difieren en lo que respecta a cuál es esa dimensión extra[279]. La mejor explicación probablemente se encuentre en la decisión relativa al caso *Dredging*, en el sentido de que quizás la cláusula Calvo pueda prevalecer sobre la disposición de un compromiso en que se renuncie a la exigencia de que se deben agotar los recursos internos. En consecuencia, Shea manifiesta que esa es la «eficiencia mínima» que se puede acordar a la cláusula.

> Ese mínimo de eficacia no se puede negar, ya que se pueden citar seis laudos arbitrales recientes en su apoyo. Quizás sea esa la eficacia total de la cláusula. […] En consecuencia, si las futuras convenciones se adecuan a lo que aparentemente es la tendencia reciente en el arbitraje internacional [de renunciar en el compromiso a la norma de los recursos internos], la cláusula Calvo, aun si se la restringe en su eficacia a prevalecer sobre la renuncia general a la norma de los recursos internos que figura en el compromiso, seguirá teniendo un efecto determinante en la admisibilidad de las reclamaciones internacionales[280].

c) El derecho internacional no prohíbe el derecho de un extranjero de renunciar contractualmente a su propia facultad o derecho de pedir al Estado de su nacionalidad que ejerza en su nombre protección diplomática[281].

d) Un extranjero no puede renunciar mediante la cláusula Calvo a derechos que, en virtud del derecho internacional, corresponden a su Gobierno. La ficción de Vattel, que establece los fundamentos del derecho de la protección diplomática, se funda en la noción de que un daño a un nacional dimanado de una violación del derecho internacional es un daño al Estado de la nacionalidad mismo. Un particular no puede renunciar a ese derecho, ya que no tiene la facultad de hacerlo[282].

e) La renuncia en la cláusula Calvo sólo se extiende a las controversias dimanadas del contrato, o al incumplimiento del contrato, lo que en ningún caso constituye una violación del derecho internacional[283]. No se extiende a las violaciones del derecho internacional y, en particular, a la denegación de justicia. Si bien existe un amplio apoyo a esta propuesta[284], hay un cierto grado de incertidumbre sobre la denegación de justicia conexa al contrato en que figure la cláusula Calvo o dimanada de éste. Ello resulta aparente en las obras de García Amador. Por un lado, reconoce que:

> cualquiera sea la forma que adopte, la «cláusula Calvo» invariablemente se refiere a una relación contractual y sólo funciona en relación con controversias relativas a la interpretación, aplicación o ejecución del contrato o concesión[285].

Por otro lado, en disidencia con la decisión pronunciada en el caso *Dredging*, afirma que:

> en principio, la «cláusula» es válida como prohibición del ejercicio a la protección diplomática, aun en casos de «denegación de justicia». No se debe dejar de lado que tiene vigor únicamente en relación con controversias relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de contratos o concesiones. En ese sentido, *sólo entrañaría un caso concreto de denegación de justicia, no todos los casos en que podría afectarse algún otro derecho del extranjero o intereses de otro tipo*[*]. A primera vista, esta excepción al principio que rige la responsabilidad internacional por actos y omisiones de esa naturaleza podría parecer injustificada. En realidad, no lo es. Los intereses y derechos contractuales no tienen, por así decirlo, la misma categoría que otros derechos de que disfruta el extranjero en el derecho internacional. No sólo se trata de derechos de carácter exclusivamente pecuniario, sino que el extranjero los adquiere en virtud de un contrato o concesión, cuya aceptación depende únicamente de su propia voluntad. Con este razonamiento no se trata de disminuir la importancia de esta categoría de derechos e intereses, sino de destacar que, por su propia naturaleza, pueden formar el ámbito de una variedad infinita de operaciones y transacciones que sólo se pueden realizar mediante el consentimiento de las partes contratantes. En resumen, se trata de derechos e intereses en relación con los cuales el extranjero puede renunciar a la protección diplomática en los términos

---

[275] García Robles, *La cláusula Calvo ante el derecho internacional*, pág. 176; Sepúlveda Gutiérrez, *La responsabilidad internacional del Estado y la validez de la cláusula Calvo*, págs. 69 a 71; Beteta y Henríquez, «La protección diplomática de los intereses pecuniarios extranjeros en los Estados de América», págs. 44 y 45.

[276] Notas 252 y 253 *supra*.

[277] Shea, *op. cit.*, págs. 217 y 218; Freeman, *op. cit.*, págs. 489 y 490; Brownlie, *op. cit.*, págs. 548 y 549, y Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 931.

[278] Lipstein, *loc. cit.*, pág. 145; Freeman, *op. cit.*, págs. 489 y 490; Nguyen Quoc Dinh, Daillier y Pellet, *op. cit.*, pág. 778; Feller, *The Mexican Claims Commissions 1923-1934. A Study in the Law and Procedure of International Tribunals*, pág. 192.

[279] O'Connell, ha sugerido, pero rechazado, el argumento de que esta «dimensión extra» es que una decisión afirmativa sobre los derechos del contratista extranjero constituye una condición previa para una reclamación internacional (*op. cit.*, pág. 1062).

[280] *Op. cit.*, págs. 260 y 261 (véanse también págs. 215, 217 y 257). Esa opinión es respaldada por Brownlie, *op. cit.*, pág. 549. Véase asimismo O'Connell, *op. cit.*, pág. 1063, y Lipstein, *loc. cit.*, pág. 145.

[281] Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», pág. 591; García Amador, «State responsibility…», págs. 459 y 460; Jessup, *A Modern Law of Nations: An Introduction*, págs. 111 y 117; Shea, *op. cit.*, págs. 261 a 263.

[282] Eagleton, *op. cit.*, pág. 170; Borchard, *op. cit.*, pág. 809; García Amador, *op. cit.*, pág. 460; Nguyen Quoc Dinh, Daillier y Pellet, *op. cit.*, pág. 778.

[283] Brownlie, *op. cit.*, pág. 549.

[284] Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», págs. 591 y 592; Freeman, *op. cit.*, págs. 489 y 490; O'Connell, *op. cit.*, pág. 1064, y Shea, *op. cit.*, págs. 217 y 218.

[285] «State responsibility…», pág. 456.

que considere más propicios para la adquisición de los beneficios que espera derivar del contrato o concesión[286].

Afirma que se puede encontrar apoyo a esa opinión en el caso *Interoceanic Railway*[287]. Por último sostiene, ampliando la opinión de Shea[288], que la cláusula Calvo exige que se demuestre una forma agravada de denegación de justicia («más patente y flagrante»[289]) antes de que se pueda interponer una reclamación internacional[290].

I. Novedades

150. La cláusula Calvo nació del temor de parte de algunos Estados de América Latina de que los Estados de Europa y los Estados Unidos intervinieran en sus asuntos internos con la excusa de la protección diplomática. Por otra parte, la resistencia a la cláusula Calvo surgió del temor por parte de los Estados de Europa y de los Estados Unidos de que sus nacionales no recibieran un trato justo en países cuyos estándares judiciales eran inferiores a los mínimos creados por esos últimos Estados a su propia imagen. Hoy día la situación ha cambiado. Los Estados de Europa y los Estados Unidos respetan la igualdad soberana de los Estados de América Latina y tienen confianza en el sistema judicial de éstos que, al igual que en Europa, están sujetos a supervisión regional e internacional[291]. En consecuencia, ya no se observan las actividades agresivas de protección diplomática que alguna vez caracterizaron a las relaciones entre Europa y los Estados Unidos, por un lado, y América Latina, por el otro. Ello no significa que el debate relativo a la cláusula Calvo haya perdido pertinencia. Si bien la doctrina jurídica internacional en Europa y los Estados Unidos trata de ver a la cláusula Calvo como una reliquia de una época pasada de desigualdad en las relaciones internacionales[292], los Estados de América Latina todavía se aferran a la cláusula por tratarse de una característica importante de su enfoque regional del derecho internacional. Si bien han demostrado cierto grado de flexibilidad en su actitud ante las nuevas instituciones que crean procedimientos de arreglo de controversias para los inversionistas extranjeros, no cabe duda de que muchas de esas instituciones son todavía juzgadas por su adhesión a la cláusula Calvo. Además, en las principales resoluciones de la Asamblea General relativas al derecho económico internacional se observa una gran influencia de la cláusula Calvo.

151. La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, que figura en la resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 1974, proclama que la controversia relativa a la compensación por la explotación de bienes extranjeros:

> será resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, a menos que todos los Estados interesados acuerden libre y mutuamente que se recurra a otros medios pacíficos sobre la base de la igualdad soberana de los Estados y de acuerdo con el principio de libre elección de los medios[293].

El precursor moderado de esa resolución, la resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, relativa a la soberanía permanente sobre los recursos naturales, declara igualmente que en caso de una controversia sobre la indemnización correspondiente a los bienes expropiados «debe agotarse la jurisdicción nacional del Estado que adopte esas medidas»[294]. Rogers ha descrito correctamente esas resoluciones como una «clásica reformulación de la cláusula Calvo»[295].

152. En el marco del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Pacto Andino), que establece un mercado común entre Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, se considera igualmente la cláusula Calvo. En la decisión 24 se establece que:

> En ningún instrumento relacionado con inversiones o transferencia de tecnología se admitirán cláusulas que sustraigan los posibles conflictos o controversias de la jurisdicción y competencia nacionales del país receptor o que permitan la subrogación por los Estados de los derechos y acciones de sus nacionales inversionistas[296].

A su vez, en la decisión 220 se estableció la norma de que:

> En la solución de las controversias o conflictos derivados de las inversiones extranjeras directas o de la transferencia de tecnología extranjera, los Países Miembros aplicarán lo dispuesto en sus legislaciones internas[297].

153. En 1991, los países del Pacto Andino (ahora Comunidad Andina de Naciones), revisaron y liberalizaron su código de inversiones extranjeras en la decisión 291, pero dejaron sin cambios ese elemento de la cláusula Calvo[298].

---

[286] Ibíd., pág. 458.

[287] Nota 272 *supra*.

[288] *Op. cit.*, pág. 265.

[289] Ibíd.

[290] García Amador, «State responsibility. Some new problems», pág. 459.

[291] Por los organismos establecidos en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[292] Según Dolzer («New foundation of the law of expropriation of alien property», pág. 571):

> «La práctica internacional que confirme a la doctrina Calvo no se observa en ninguna parte y las opiniones jurídicas de las naciones occidentales exportadoras de capital refutan definitivamente el argumento de que todos los grupos principales afectados han consentido al cambio en el derecho consuetudinario en relación con la doctrina Calvo.»

El hecho de que la cláusula Calvo no ha sido rechazada por la doctrina de los Estados Unidos queda ilustrada en el caso *Reavis* v. *Exxon Corporation*, Estados Unidos, Corte Suprema de Nueva York, Término Especial, Condado de Nueva York (Gellinoff J.), decisión de 28 de junio de 1977, ILR(1984), vol. 66, pág. 317, en que la Corte consideró seriamente la cláusula Calvo, si bien no la aplicó.

[293] Art. 2, párr. 2, apdo. *c*.

[294] Párr. 4.

[295] «Of missionaries, fanatics, and lawyers: some thoughts on investment disputes in the Americas», pág. 5.

[296] Art. 51, Decisión 24 sobre el Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, Comisión del Acuerdo de Cartagena, tercer período de sesiones extraordinarias, Lima, 14-31 de diciembre de 1970.

[297] Art. 34, Decisión 220 sobre sustitución de las decisiones 24 y conexas sobre el régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, Comisión del Acuerdo de Cartagena, cuadragésimo cuarto período de sesiones ordinarias, Lima, 11 de mayo de 1987.

[298] Decisión 291 sobre el Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, Comisión del Acuerdo de Cartagena, quincuagésimo quinto período de sesiones ordinarias, Lima, 21-22 de marzo de 1991.

154. La respuesta de los Estados de América Latina en relación con el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, en que se estableció el CIADI, fue inicialmente moderada[299]. Sin embargo, el artículo 27 incorpora un elemento de la cláusula Calvo al establecer que:

> Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

155. Los Estados de América Latina respondieron inicialmente de manera similar ante el OMGI, que facilita las inversiones en los países en desarrollo al poner a disposición de los inversionistas que deseen realizar actividades en los países en desarrollo seguros contra el riesgo político. Una vez más, al igual que el CIADI, el OMGI no se opone necesariamente a la filosofía de la cláusula Calvo, ya que sólo permite el arbitraje en los casos en que la controversia no se pueda resolver mediante negociaciones o conciliación[300]. Hoy día la mayor parte de los Estados de América Latina son partes en el OMGI.

156. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC), concertado entre el Canadá, los Estados Unidos y México, ha sido señalado como prueba de una nueva flexibilidad por parte de los principales Estados de América Latina proponentes de la cláusula Calvo, ya que permite al inversionista extranjero, en ciertas circunstancias, recurrir al arbitraje internacional[301]. Sin embargo, esa opinión no debe exagerarse[302], ya que dentro de México hay voces poderosas que exigen que el TLC se aplique de manera compatible con la cláusula Calvo[303].

J. Conclusión

157. Quedan dos opciones abiertas a la Comisión. La primera es no incluir en el proyecto disposición alguna sobre el tema, con fundamento en que la cláusula Calvo es únicamente pertinente y válida en la medida en que reafirma la norma del agotamiento de los recursos internos. En consecuencia, incluir una disposición de esa naturaleza sería innecesario y superfluo. La segunda opción es redactar una disposición que limite la validez de la cláusula Calvo a las controversias dimanadas del contrato que incluya la cláusula y que reconozca que dicha cláusula podrá dar lugar a una presunción *juris tantum* en favor del agotamiento de los recursos internos, aun cuando el compromiso que remita al arreglo judicial las controversias entre el Estado de la nacionalidad del extranjero lesionado y el Estado anfitrión contenga una cláusula que excluya la necesidad de agotar los recursos internos. Una disposición de ese tipo reflejaría la jurisprudencia, la doctrina y, posiblemente, la práctica de los Estados en relación con la cláusula Calvo.

158. Si bien el Relator Especial acepta que la primera propuesta tiene cierto mérito, prefiere la segunda, ya que codificaría una norma consuetudinaria de una de las principales regiones del mundo y aclararía los límites de un mecanismo que ha desempeñado una función prominente en la historia de este ámbito del derecho. Con ese espíritu es que se presenta a la Comisión el artículo 16.

---

[299] Rogers, *op. cit.*, págs. 3 y 4; Manning-Cabrol, «The imminent death of the Calvo clause and the rebirth of the Calvo principle: equality of foreign and national investors», pág. 1185. Hoy día la mayor parte de los Estados de América Latina son partes en el CIADI.

[300] Manning-Cabrol, *loc. cit.*, págs. 1185 y 1186; y Dalrymple, «Politics and foreign direct investment: the multilateral investment guarantee agency and the Calvo clause», pág. 161.

[301] Caps. 11 y 20.

[302] Daly, «Has Mexico crossed the border of State responsibility for economic injury to aliens? Foreign investment and the Calvo clause in Mexico after the NAFTA», pág. 1147.

[303] Sepúlveda Amor, «International law and national sovereignty: the NAFTA and the claims of Mexican jurisdiction», pág. 565. Véase también Zamora, «Allocating legislative competence in the Americas: the early experience under NAFTA and the challenge of hemispheric integration», pág. 615.