RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

[Tema 2 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/302 Y ADD.1 A 3

Sexto informe sobre la responsabilidad de los Estados, por el Sr. Roberto Ago, Relator Especial

***El hecho internacionalmente ilícito del Estado como fuente de responsabilidad internacional* (continuación *)**

[Original: francés]
[15 de abril, 7 de junio, 5 y 14 de julio de 1977]

ÍNDICE

		Página
Abreviaturas		3
Nota explicativa: pasajes en cursiva en las citas		3
Capítulo	*Párrafos*	
III. La violación de una obligación internacional *(continuación)*	1-113	4
5. Violación de una obligación internacional que exige del Estado un comportamiento específicamente determinado	1-13	4
Artículo 20	13	9
6. Violación de una obligación internacional que exige del Estado la obtención de un resultado	14-46	9
Artículo 21	46	22
7. Agotamiento de los recursos internos	47-113	22
Artículo 22	113	46

ABREVIATURAS

CIJ	Corte Internacional de Justicia
C.I.J. *Mémoires*	CIJ, *Mémoires, plaidoiries et documents*
C.I.J. Recueil	CIJ, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
C.P.J.I., serie A	CPJI, *Recueil des arrêts*
C.P.J.I., serie A/B	CPJI, *Arrêts, ordonnances et avis consultatifs*
C.P.J.I., serie C	CPJI, *Plaidoiries, exposés oraux et documents*
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
OIT	Organización Internacional del Trabajo

NOTA EXPLICATIVA: PASAJES EN CURSIVA EN LAS CITAS

Cada vez que en el presente documento figura un asterisco en el texto de una cita, se indica con ello que el pasaje en cursiva que precede inmediatamente al asterisco ha sido subrayado por el Relator Especial.

* Este informe es la continuación del quinto informe sobre la responsabilidad de los Estados, presentado por el Relator Especial en el 28.º período de sesiones de la Comisión [*Anuario... 1976*, vol. II (primera parte) pág. 3, documento A/CN.4/291 y Add.1 y 2].

CAPÍTULO III

La violación de una obligación internacional (*continuación*[1])

5. VIOLACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL QUE EXIGE DEL ESTADO UN COMPORTAMIENTO ESPECÍFICAMENTE DETERMINADO

1. La sección precedente de este capítulo estaba dedicada al examen de la incidencia del contenido de la obligación internacional en la calificación de un hecho del Estado realizado en violación de dicha obligación. Al respecto, hemos tenido concretamente en cuenta la forma en que la importancia más o menos esencial que el contenido de la obligación internacional violada tenga para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional, considerada en conjunto, se refleja en la caracterización de ese hecho. Sobre esta base, ha sido posible hacer una distinción entre dos categorías de hechos internacionalmente ilícitos, definidos respectivamente como «crímenes» y como «delitos» internacionales, que entrañan la aplicabilidad de regímenes de responsabilidad diferentes. Aunque por razones de lógica dejemos para más tarde la definición de esos respectivos regímenes, ha sido posible constatar desde ahora que su diferenciación guarda relación tanto con la naturaleza de las consecuencias que el hecho internacionalmente ilícito acarrea para el Estado que lo ha cometido como con los sujetos facultados para poner en práctica esas consecuencias.

2. Sin embargo, los aspectos de fondo de la obligación internacional pueden también considerarse desde otro ángulo: no tanto desde aquel del contenido, sino más bien desde aquel de la forma de la obligación, de la manera en que ella impone al Estado sus exigencias. En efecto, las obligaciones cuya responsabilidad el derecho internacional atribuye al Estado, por estar dirigidas a él, no constituyen sólo una manifestación de los deberes que corresponden a las diferentes esferas de las relaciones interestatales, a materias de importancia diversa para la comunidad internacional, sino que esas exigencias pueden también encontrarse estructuradas de modo diferente en cuanto a la determinación de las vías y los medios a través de los cuales el Estado está obligado a asegurar su ejecución. Correlativamente, es pues normal que la violación por el Estado de una obligación internacional que le incumbe no se realice necesariamente del mismo modo en uno u otro caso.

3. Para darse mejor cuenta de la naturaleza de la distinción que se contempla, es preciso tener presente que, si bien todas las obligaciones que incumben al Estado en virtud de las normas del derecho internacional apuntan lógicamente a un objetivo dado, una profunda diferencia separa, no obstante, el caso en que la determinación de los medios por los cuales dicho objetivo ha de lograrse se hace en el plano internacional de aquel en que ella se hace en el plano nacional. En el primer caso, se trata de obligaciones cuyo sujeto es el Estado, que le exigen llevar a cabo una actividad específicamente determinada o abstenerse de ella; que le imponen, por ejemplo, la aprobación o no aprobación de un acto legislativo, administrativo o judicial determinado. En cambio, en el segundo caso, el derecho internacional, en su preocupación por respetar la libertad interna del Estado, se limita a exigir de este último que asegure la existencia de determinada situación, un cierto resultado, dejando a su arbitrio llegar a ello por los medios que elija. Dionisis Anzilotti señalaba:

> [...] como norma general, el derecho internacional no establece los medios por los cuales los Estados deben asegurar el cumplimiento de sus deberes. [...] La necesidad de respetar, como es lógico, la libertad interna del Estado exige que las normas imperativas del derecho internacional sean comúnmente bastante indeterminadas: deben señalar el resultado que es preciso obtener, dejando al Estado la elección de los medios apropiados para alcanzarlo [2].

En esta hipótesis, la única condición que establece el derecho internacional para que pueda sostenerse que se ha asegurado el cumplimiento de la obligación internacional es que, de un modo u otro, se logre plenamente el resultado buscado. En efecto, como no ha dejado de subrayarse en repetidas oportunidades, uno de los principios más firmemente reconocidos por la doctrina, la jurisprudencia y la práctica internacionales es el de que un Estado no puede prevalerse de las deficiencias de su organización interna para sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

4. Sobre esta base, cabe pues constatar la existencia de dos clases de obligaciones internacionales. Para el cumplimiento de algunas de ellas, el Estado no puede utilizar sino medios específicamente determinados; para ajustarse a las otras, el Estado puede elegir entre una pluralidad de medios [3]. En el marco de la próxima sección, se verá que, en el segundo caso, pueden a su vez presentarse diversas hipótesis. La elección entre uno u otro de los medios de que dispone el Estado puede ser indiferente en lo que concierne al derecho internacional, o bien —lo que viene a resultar prácticamente lo mismo— puede ocurrir que la obligación de que se trata, aunque señale su preferencia por un medio determinado, admita no obstante (o en todo caso no excluya) que el Estado

---

[1] El comienzo del capítulo III (secciones 1 a 4) figura en *Anuario... 1976*, vol. II (primera parte), pág 3, documento A/CN.4/291 y Add.1 y 2.

[2] «La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers», *Revue générale de droit international public*, París, tomo XIII, N.º 1 (enero-febrero de 1906) pág. 26. Anzilotti agrega:

> «Por eso, la mayor parte de las veces, el Estado no realiza tanto actos prescritos por el derecho internacional sino actos que él mismo ha elegido libremente como los más apropiados para asegurar el cumplimiento de su deber hacia los otros Estados.»

Véase también, del mismo autor, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, reimpr. en *Scritti di diritto internazionale pubblico*, Padua, CEDAM, 1956, t. 1.º, pág.117.

[3] La distinción entre esos dos tipos de obligaciones ya la había hecho implícitamente H. Triepel, al poner de relieve la diferencia entre el derecho interno inmediatamente ordenado («unmittelbar gebotenes Landesrecht») y el derecho interno internacionalmente indispensable («internationales unentbehrliches Landesrecht») (H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, Hirschfeld, 1899, pág. 299). La misma distinción se desprende ineludiblemente de los pasajes de D. Anzilotti que se reseñan en la nota precedente. No obstante, fue D. Donati quien la enunció por primera vez en términos explícitos, convirtiéndola en un principio de alcance general (D. Donati, *I trattati internazionali nel dirrito costituzionale*, Turín, Unione Tipografico — editrice torinese, 1906, vol. I, págs. 343 y ss.).

elija un medio diferente. Sobre todo, es posible que el resultado previsto por la obligación internacional esté definido de tal modo que, si el medio elegido por el Estado para actuar crea una situación que no se conforma a ese resultado, sea preciso concluir en forma definitiva que el Estado ha incurrido en incumplimiento de la tarea que le correspondía, en circunstancias que es posible, por otra parte, que no se imponga una conclusión en tal sentido. En efecto, puede definirse el resultado que se procura alcanzar en el plano internacional de tal modo de que se considere también como logrado cuando el Estado pone remedio *ex post facto*, por medios extraordinarios, a la situación creada por el medio utilizado inicialmente y restablece una situación que se conforma totalmente al resultado buscado. Sin embargo, conviene no anticiparse y limitarse, en esta etapa, a examinar la distinción principal que existe entre las obligaciones que exigen formalmente el empleo de medios determinados específicamente y las obligaciones que dejan al Estado la elección entre diversos medios. Como se acaba de decir, esta distinción básica entre dos tipos de obligaciones internacionales tiene forzosamente repercusiones en cuanto a la forma en que se produce la violación de la obligación. La presente sección está dedicada al análisis de la primera de las dos hipótesis formuladas anteriormente: su objeto será pues establecer en qué condiciones hay violación de una obligación internacional en el caso de que esa obligación exija del Estado un comportamiento que ella determina específicamente.

5. En la situación que acabamos de señalar, el comportamiento, determinado específicamente, que la obligación internacional exige del Estado puede consistir en una acción. Puede tratarse de un acto de los órganos legislativos o, en términos más generales, normativos, que consista en la adopción o la derogación de una ley propiamente tal o, en todo caso de una norma determinada, cualquiera que sea su forma. Por ejemplo, tomemos el caso de las obligaciones establecidas por una de las convenciones internacionales llamadas «de derecho uniforme». Según el párrafo 1 del artículo I de la Convención relativa a una ley uniforme sobre la formación de contratos para la venta internacional de mercaderías (La Haya, 1.º de julio de 1964) [4]:

> Cada país contratante asume la obligación de incorporar a su propia legislación, de acuerdo con sus procedimientos constitucionales, no después de la fecha de entrada en vigor de la presente Convención en relación con el país de que se trate, la Ley uniforme sobre la formación de contratos para la venta internacional de mercaderías [...] que forma el anexo de la presente Convención.

Las convenciones de derecho internacional privado de La Haya, algunos convenios internacionales del trabajo [5], ciertos acuerdos de derecho internacional sanitario, las disposiciones elaboradas por ciertas organizaciones e instituciones internacionales [6], etc., contienen fórmulas semejantes. El párrafo 1 del artículo 10 del Tratado de Estado relativo al restablecimiento de una Austria independiente y democrática (Viena, 15 de mayo de 1955)[7] obliga, entre otras cosas, a ese país a codificar los principios establecidos en sus artículos 6, 8 y 9 y a hacerlos entrar en vigor. En cambio, según el apartado *c* del artículo 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965 [8]:

> Cada Estado parte tomará medidas efectivas para [...] enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista.

Asimismo, de acuerdo con el apartado *a* del artículo 3 de la Convención de 1960 relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza [9], losEstados se comprometen a «derogar todas las disposiciones legislativas y administrativas [...] que entrañen discriminaciones en la esfera de la enseñanza». El párrafo 1 del artículo 10 del Tratado de Estado relativo a Austria exige que ese país derogue o modifique todas las medidas legislativas o administrativas adoptadas entre el 5 de marzo de 1933 y el 30 de abril de 1945 que sean incompatibles con los principios enunciados en los artículos 6,

---

[4] *Registro de textos de convenciones y otros instrumentos relativos al derecho mercantil internacional*, vol. I (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta S.71.V.3), pág. 65.

[5] Véase, por ejemplo, el artículo 4 del Convenio N.º 121 de la OIT relativo a las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales (*Convenios y recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo, 1919-1966*, Ginebra, OIT, 1966, pág. 1152) que determina las categorías de personas a las cuales «la legislación nacional» debe otorgar dichas prestaciones. Cabe observar que ciertos convenios no formulan expresamente o no mencionan sino parcialmente, la exigencia de que se ejecute un acto legislativo, pero esta exigencia se deduce, no obstante, del contexto del Convenio, al igual que en el caso de los artículos 1 y 2 del Convenio N.º 55 relativo a las obligaciones del armador en caso de enfermedad, accidente o muerte de la gente de mar (*ibid.*, pág. 354), o del artículo 2 del Convenio N.º 112 relativo a la edad mínima de admisión al trabajo de los pescadores (*ibid.*, pág. 1043), o aún más del artículo 4 del Convenio N.º 123 relativo a la edad mínima de admisión al trabajo subterráneo de las minas (*ibid.*, pág. 1191), etc. Los formularios enviados a los Estados sobre la aplicación de las disposiciones de esos convenios confirman esta conclusión. Por ejemplo, el que se refiere al Convenio N.º 55 contiene la disposición siguiente:

> «Sírvase facilitar una lista de las leyes, reglamentos administrativos, etc., que aplican las disposiciones del Convenio [...]. Sirvase incluir en esta memoria varios ejemplares de dichas leyes [...]».

Respondiendo a una pregunta hecha a este respecto por el Gobierno de los Estados Unidos de América, la Oficina Internacional del Trabajo contestó, el 13 de noviembre de 1950, que

> «los organismos competentes de la Organización Internacional del Trabajo han considerado que corresponde a cada miembro de la Organización decidir si, habida cuenta de su práctica constitucional y de las leyes vigentes, de hecho se necesita reglamentación específica para aplicar las disposiciones del Convenio.»

La mención de la práctica constitucional aludía manifiestamente a los casos en que, en virtud de esa práctica, la ratificación de un convenio hacía entrar automáticamente en el derecho nacional («the law of the land») las disposiciones del Convenio, lo que, en realidad, otorga también al acto de ratificación el valor de un acto legislativo interno. Véase *Código Internacional del Trabajo, 1955*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1957, vol. I, pág. 1049, nota 352.

[6] El artículo 24 del Convenio que estableció el estatuto definitivo del Danubio, adoptado en París el 23 de junio de 1921 (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. XXVI, pág. 186) preveía expresamente que la Comisión elaboraría un reglamento de navegación y policía y que «Cada Estado pondría en vigor ese reglamento en su propio territorio mediante un acto legislativo o administrativo [...]».

[7] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 217, pág. 223.

[8] *Ibid.*, vol. 660, pág. 241.

[9] *Ibid.*, vol. 429, pág. 108.

8 y 9 de ese Tratado. Puede asimismo tratarse de un acto de los órganos ejecutivos: consideremos, por vía de ejemplo, las obligaciones específicas de entregar armamentos y otros objetos, entregar o hundir buques, desmantelar obras fortificadas, que aparecen tan frecuentemente en los tratados de paz [10]. Por último, puede tratarse de un acto de los órganos judiciales. Se encuentran ejemplos al respecto en ciertos convenios internacionales en materia de conpetencia jurisdiccional, de reconocimiento de decisiones dictadas en el extranjero o de asistencia judicial [11]. Los tratados de paz que confían a las autoridades competentes la revisión de ciertas disposiciones y reglamentos de los tribunales de presas proporcionan ejemplos todavía más concretos [12].

6. El comportamiento determinado específicamente que una obligación internacional exige al Estado puede igualmente ser un comportamiento de omisión. Además, el comportamiento de que se trata puede referirse a diferentes esferas de actividad. Puede consistir en la obligación del Estado de no dictar ciertas leyes o, en términos más generales, ciertas normas. Una vez más, encontramos un ejemplo de obligación internacional que exige del Estado que no derogue leyes determinadas en el artículo 10 del Tratado de 1955, en virtud del cual Austria se comprometió a mantener en vigor las leyes ya adoptadas para la liquidación de los vestigios del régimen nazi, así como en la ley de 3 de abril de 1919 relativa a la casa de Habsburgo-Lorena. Por su parte, varias obligaciones internacionales exigen de las autoridades administrativas y especialmente de las de policía que no penetren en ciertos locales que gozan de una protección especial, tales como la sede de una misión diplomática o consular o de una organización internacional [13], o que esas autoridades se abstengan de someter a ciertas personas a detención o arresto [14]. El derecho internacional general impone a las fuerzas de policía —y con mayor razón a las fuerzas armadas— de todos los países la obligación de no penetrar en el territorio de otro país sin el consentimiento de este último, de no efectuar detenciones en ese territorio, etc. Hay tratados de paz que prevén incluso la obligación concreta de no mantener ni reunir fuerzas armadas en un área determinada del territorio mismo del Estado [15]. En otros casos, a las autoridades judiciales se exige que no ejerzan su jurisdicción con respecto a Estados extranjeros, a algunos de sus órganos o a ciertas categorías de controversias [16], etc.

7. En las hipótesis que acaban de contemplarse y que, a pesar de su variedad, se caracterizan todas por que la obligación internacional requiere del Estado, según sea el caso, una acción u omisión específicamente determinadas, las consecuencias de esta naturaleza de la obligación, en cuanto a la determinación de la existencia de una posible violación, son evidentes desde un punto de vista lógico. En uno u otro caso en particular, pueden surgir dificultades para establecer de hecho la conducta de los órganos del Estado y es posible que se planteen siempre cuestiones relativas a la verificación del contenido exacto de la obligación que pesa sobre el Estado. Pero, en cambio, no se planteará ninguna duda en cuanto a la conclusión de que en los casos en que la acción u omisión pertinentes resultasen efectivamente inadecuadas en relación con la conducta específicamente requerida del órgano del que emana la acción o la omisión, se produciría de inmediato una violación de la obligación de que se trate, sin que sea necesaria ninguna otra condición para tal constatación. En esta situación no influiría el hecho de que el desajuste entre el comportamiento adoptado y el que debería haberse adoptado haya engendrado o no consecuencias concretamente perjudiciales. Si, por ejemplo, una convención internacional exige al Estado, como lo hace el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [17] en el párrafo 3 del artículo 10, sancionar por la ley la prohibición de emplear a niños y a adolescentes «en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal», dicha obligación se infringiría por el solo hecho de no sancionar una ley que contemple el castigo de tales prácticas, aun si no se ha comprobado en el país de que se trate ningún caso concreto de empleo de niños en los trabajos indicados. Del mismo modo, si una convención, como

[10] Véase, por ejemplo, el artículo 115 del Tratado de Versalles (G. F. de Martens, ed., *Nouveau Recueil général de traités*, Leipzig, Weicher, 1922, 3.ª serie, t. XI, pág. 323; para una versión española, véase E. Díaz Retg, *Tratado de Paz entre las Potencias aliadas y asociadas y Alemania*, Barcelona, A.L.S.A., 1919), que prevé la destrucción de las fortificaciones, establecimientos militares y puertos de la isla de Heligoland «por los alemanes y a cargo de Alemania». Véanse asimismo los artículos 145 y 195 y otros artículos de la parte V del mismo Tratado. Véanse también los artículos 40, 41 y 42 del Tratado de Paz con Italia de 1947 (para la referencia, véase la nota 12 *infra*) y las disposiciones análogas de otros tratados de paz celebrados al final de la segunda guerra mundial.

[11] Véase, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 2 y los artículos 31 y 32 de la Convención relativa a la competencia judicial y la ejecución de decisiones en materia civil y comercial (Bruselas, 27 de septiembre de 1968) (*Journal officiel des Communautés européennes*, Luxemburgo, 31 de diciembre de 1972, 15.º año, N.º L 299, pág. 32).

[12] Véase, por ejemplo, la sección A del anexo XVII del Tratado de Paz entre las Potencias aliadas y asociadas e Italia, firmado en París el 10 de febrero de 1947 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 49, pág. 3).

[13] Por ejemplo, según el párrafo 1 del artículo 22 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961 (*ibid.*, vol. 500, pág. 162): «Los locales de la misión son inviolables. Los agentes del Estado receptor no podrán penetrar en ellos sin consentimiento del jefe de la misión».

[14] El artículo 29 de la misma Convención dispone que «La persona del agente diplomático es inviolable. No puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto. [...]»

[15] El artículo 43 del Tratado de Versalles (para la referencia, véase la nota 10 *supra*) prohibía a Alemania mantener o reunir fuerzas armadas y organizar maniobras militares en la ribera izquierda del Rhin y en la ribera derecha al oeste de una línea situada a 50 kilómetros del río.

[16] Así, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 43 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 596, pág. 392) prohíbe a las autoridades judiciales del Estado de residencia ejercer su jurisdicción con respecto a los funcionarios consulares por los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares. El párrafo 3 del artículo II de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958) (*ibid.*, vol. 330, pág. 60) compromete al tribunal de uno de los Estados Contratantes, al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan celebrado un compromiso, a abstenerse de todo acto de ejercicio de jurisdicción y a remitir a las partes al arbitraje, a instancias de una de ellas. Otras convenciones prevén la obligación de suspender el fallo de ciertos asuntos durante el curso de un juicio paralelo en otro Estado.

[17] Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, anexo.

la de 1965 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial impone al Estado la obligación de derogar las disposiciones legislativas que tengan como consecuencia crear tal discriminación (art. 2, párr. 1, apartado *c*) esta obligación se viola por el mero hecho de que las disposiciones en cuestión no se deroguen formalmente, aun si no se las hubiese aplicado jamás o si no se las aplicare en el futuro.

8. El examen de la práctica de los Estados y de la jurisprudencia internacional confirma tanto los fundamentos de la distinción hecha aquí entre la naturaleza de la obligación internacional que requiere del Estado una actividad determinada específicamente y la de la obligación que sólo exige al Estado que alcance un cierto resultado, y deja a su elección los medios que adoptará para lograrlo. Este examen refuerza considerablemente la conclusión de que, cuando la obligación de que se trate figura en la primera de las dos categorías, la actividad del órgano del Estado que no se ajuste a la que se exigiría de él constituye sin más una violación de la obligación. No es posible hallar una formulación de principio más exacta de estas conclusiones que la dada por el Gobierno suizo en su respuesta al punto III, N.º 1, de la solicitud de información dirigida a los Estados por el Comité Preparatorio de la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional (La Haya, 1930). Dicho punto había sido redactado como sigue:

> ¿Debe considerarse comprometida la responsabilidad del Estado en los casos siguientes?:
>
> ¿Si el Estado adopta disposiciones legislativas incompatibles con los derechos reconocidos por tratado a otros Estados o con sus demás obligaciones internacionales? ¿Si el Estado deja de adoptar las disposiciones legislativas necesarias para la ejecución de obligaciones que le han sido impuestas por tratado o por otras obligaciones internacionales? [18].

En relación con la segunda pregunta, el Gobierno suizo señaló:

> Sería tal vez [...] una posición demasiado absoluta la que respondiese de manera simplemente afirmativa a la segunda pregunta planteada en 1. El hecho de no sancionar una ley puede por sí mismo comprometer la responsabilidad internacional de un Estado si el acuerdo en que participa *obliga expresamente** a las partes contratantes a adoptar ciertas medidas legislativas. En cambio, en ausencia de una disposición convencional de este género, lo que compromete la responsabilidad del Estado no es el hecho de no sancionar una ley sino en realidad el hecho de que este Estado no está en condiciones de cumplir, *por cualquier medio existente** con sus obligaciones internacionales [19].

La distinción entre ambas formas de comisión de la violación de una obligación internacional, ligadas respectivamente a naturalezas diversas de la obligación queda demostrada claramente en esta posición explícita. En lo tocante en particular a la hipótesis a la que se hace referencia en esta sección, el Gobierno suizo se muestra claramente partidario de que cuando la obligación internacional requiere específicamente del Estado la adopción de una medida determinada (en este caso la sanción de una ley), el simple hecho negativo de no adoptar esta medida es de por sí una violación de la obligación internacional de que se trate y, salvo alguna otra circunstancia en contrario, compromete la responsabilidad del Estado.

9. La aplicación a casos prácticos del principio así enunciado tampoco da lugar a dudas. Al respecto, resulta particularmente interesante examinar los casos en que se trata de la violación de ciertos convenios internacionales del trabajo, por ejemplo, cuando uno de los Estados ratificantes de una convención no ha sancionado las disposiciones legislativas requeridas por dicho convenio o, sobre todo, si no ha derogado las leyes cuya eliminación exigía en particular el convenio. Tomemos, por ejemplo, el «Informe de la Comisión instituida en virtud del artículo 26 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo para examinar la queja presentada por el Gobierno de Ghana relativa a la observancia por el Gobierno de Portugal del Convenio (N.º 105) sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957». Cabe señalar que la Comisión de Investigación (integrada por el Sr. P. Ruegger, el Sr. E. Armand-Ugon y el Sr. I. Forster) demostró en particular que las obligaciones internacionales que ciertos convenios imponen al Estado exigen la derogación formal de cualquier otra disposición legislativa y que a los fines de la aplicación del convenio «Una situación en la cual subsiste una disposición legal incompatible con las exigencias del convenio pero considerada como caída en desuso no puede, a juicio de la Comisión, ser tenida por satisfactoria» o como derogada de hecho. Y la Comisión subraya que «*Es, pues, indispensable la plena conformidad de la ley con las exigencias del Convenio* *», si bien por sí misma ella no es suficiente ya que es necesario asimismo «que la ley se aplique plena y estrictamente en la práctica» [20]. A su vez, el «Informe de la Comisión instituida en virtud del artículo 26 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo para examinar la queja presentada por el Gobierno de Portugal relativa a la observancia por el Gobierno de Liberia del Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (N.º 29)» subraya que la Comisión de Investigación (integrada por el Sr. E. Armand-Ugon, el Sr. T. P. P. Goonetilleke y el Sr. E. Castrén) ha hecho suya la opinión expresada por la Comisión Ghana/Portugal. En aplicación específica del artículo 23 del Convenio, que exige a las autoridades competentes del Estado «dictar una reglamentación completa y precisa sobre el empleo del trabajo forzoso u obligatorio», la Comisión ha llegado a la conclusión de que

> hasta el 31 de agosto de 1961, fecha de la queja, la legislación de Liberia era incompatible con la obligación que imponía a dicho Estado la Constitución de la Organización de dar efecto a las disposiciones del Convenio en derecho y en hecho, e incompatible con las disposiciones particulares de los artículos 23 a 25 del Convenio [21].

---

[18] Sociedad de las Naciones, *Conférence pour la codification du droit international, Bases de discussion établies par le Comité preparatoire à l'intention de la Conférence*, t. III: *Responsabilité des Etats en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (documento C.75.M.69. 1929.V), pág. 25.

[19] *Ibid.*, pág. 29.

[20] Oficina Internacional del Trabajo, *Boletín Oficial*, vol. XLV, N.º 2, Suplemento II, abril de 1962, párr. 716, pág. 259.

[21] *Ibid.*, vol. XLVI, N.º 2, Suplemento II, abril de 1963, párr. 416, pág. 175. El artículo 25 completa el artículo 23 cuando exige que la ley imponga sanciones penales al hecho de exigir ilegalmente trabajo forzoso u obligatorio.

10. En otros casos concretos, la controversia entre los Estados no dimana de la falta de una obligación específica de sancionar o de derogar una disposición legislativa, sino de la inobservancia de la obligación igualmente específica de cumplir cierto acto de naturaleza administrativa o, sobre todo, de abstenerse de éste, como ocurre con la obligación de no penetrar en la sede de una misión diplomática o en la residencia privada de un agente diplomático extranjero [22], o en los locales de un consulado extranjero [23]. En otras situaciones, la controversia ha sido causada por el incumplimiento de la obligación que garantiza la inmunidad de jurisdicción de los agentes diplomáticos, etc. [24]. En todos estos casos, el principio básico aplicado ha sido el mismo, a saber, que la adopción por cualquier autoridad administrativa o judicial de una conducta distinta de la exigida específicamente en la obligación internacional se considera una violación inmediata de esta obligación.

11. Las posiciones adoptadas por los autores de obras científicas que han tratado esta cuestión coinciden con las que derivan de la lógica de los principios y han sido confirmadas por la práctica de los Estados y por la jurisprudencia internacional. Heinrich Triepel ha deducido expresamente de la distinción que elaboró respecto de la posible influencia del derecho internacional sobre el derecho interno que cuando una norma de derecho internacional o un tratado imponen al Estado el deber de *tener* una ley determinada, la no adopción o la derogación de esta ley constituye una violación del derecho internacional o del tratado: incluso si, a pesar de la no adopción o de la derogación de la ley interna internacionalmente exigida, el Estado estaba en condiciones «de realizar eficazmente todo aquello que de conformidad con la ley puede o debe hacerse» y así entendía hacerlo [25]. Más recientemente, varios autores han profundizado la cuestión y han puesto de relieve el efecto que la naturaleza de una obligación internacional tiene necesariamente sobre la determinación de la existencia de una violación de esta obligación. En relación con el tema que nos ocupa en el marco de la presente sección, los autores han destacado que cuando un Estado está obligado a cumplir con cierto comportamiento —activo u omisivo— «que debe ejercerse necesariamente en cierta forma y por órganos determinados», todo comportamiento seguido por el Estado que no esté en conformidad con el específicamente exigido constituye como tal «una infracción directa de la obligación jurídica internacional existente», de suerte que «si se cumplen todas las demás condiciones requeridas, nos encontramos frente a un hecho ilícito internacional» [26].

12. Cabe la tentación de calificar de «obligaciones internacionales de comportamiento» a las obligaciones que requieren la adopción por un Estado de una conducta activa u omisiva específicamente determinada, por oposición a las obligaciones que impone al Estado la exigencia genérica de asegurar cierto resultado y que dejan a su elección las vías y medios para lograrlo, a las que podría calificarse de «obligaciones de resultado». Esa calificación se ajustaría al modelo proporcionado por los sistemas de derecho privado interno dimanados del derecho romano. Por consiguiente, podría definirse respectivamente como «hecho internacionalmente ilícito de comportamiento» y como «hecho internacionalmente ilícito de resultado» la violación por un Estado de una obligación internacional comprendida en la primera o en la segunda de las dos categorías. En nuestra opinión, dada su concisión, el empleo de esta terminología sería de utilidad. En lo tocante a la primera categoría, sería prudente, pues, hablar con más precisión de «obligaciones de comportamiento específico» y, en consecuencia, de «hechos internacionalmente ilícitos de comportamiento específico», ya que también en el caso de las «obligaciones de resultado» se trata siempre de «comportamientos» del Estado requeridos para asegurar el resultado previsto. Nos parece asimismo oportuno subrayar claramente que el sentido atribuido a la distinción y a las caracterizaciones de que se trata sería el que se ha señalado en esta sección, que corresponde en nuestra opinión a aspectos típicos de la comunidad internacional y de su derecho. En cambio se correría algún riesgo de confusión si se intentase asimilar muy estrictamente la distinción y las caracterizaciones en cuestión a las que son familiares a los juristas de los sistemas de derecho privado y que están lógicamente influidos por los aspectos propios de estos sistemas sociojurídicos [27].

---

[22] Véase al respecto los casos citados por G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, Wáshington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1942, vol. IV, págs. 562 y ss.

[23] Véase G. H. Hackworth, *op. cit.*, págs. 716 y ss.; A.-Ch. Kiss, *Repertoire de la pratique française en matière de droit international public*, París, CNRS, 1965, vol. III, págs. 408 y ss.; S.I.O.I.-C.N.R., *La prassi italiana di diritto internazionale*, Dobbs Ferry (N.Y.) Oceana, 1970, 1.ª serie (1861-1887), vol. I, págs. 469 y 470.

[24] Véanse los casos citados por G. H. Hackworth, *op. cit.*, págs. 533 y ss.; A.-Ch. Kiss, *op. cit.*, págs. 340 y 341; S.I.O.I.-C.N.R., *op. cit.*, págs. 384 y ss.

[25] Triepel, *op. cit.*, pág. 299.

[26] Véase R. Ago, «La regola del previo esaurimento dei ricorsi interni in tema di responsabilità internazionale», *Archivio di diritto pubblico*, mayo-agosto de 1938 — XVI, Padua, CEDAM, 1938, vol. 3, fasc. 2, págs. 231 y ss.; y «Le délit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1939-II, París, Sirey, 1947, t. 68, págs. 508 y ss. Véase asimismo, especialmente, G. Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, 7.ª ed., Padua, CEDAM, 1967, pág. 332; P. Reuter, «La responsabilité internationale», *Droit international public* (curso), París, Les Nouvelles Institutes, 1955-1956, págs. 56 y ss.; A. P. Sereni, *Diritto internazionale*, Milán, Giuffrè, 1962, t. III, págs. 1533 y ss. Para un examen de los aspectos particulares de la cuestión en relación con la actividad legislativa del Estado, véase Ch. De Visscher, «La responsabilité des Etats», *Bibliotheca Visseriana*, Leiden, Brill, 1924, t. II, pág. 97; E. Vitta, *La responsabilità internazionale dello Stato per atti legislativi*, Milán, Giuffrè, 1953, págs. 87 y ss.; A. S. Bilge, *La responsabilité internationale des Etats et son application en matière d'actes législatifs* (tesis N.º 471), Estambul, Tsitouris, impr. 1950, págs. 101 y ss.

[27] P. Reuter *(loc. cit.)* propone una aplicación ingeniosa al derecho internacional de nociones propias del derecho civil. Pero debe señalarse que si en la mayoría de los casos una «obligación de comportamiento» en el sentido que se preconiza aquí es al mismo tiempo una «obligación de comportamiento» en el sentido con que se emplearía en el derecho civil, no siempre ocurre así; y ello es válido también para las «obligaciones de resultado». Según el criterio de derecho civil que exige, por ejemplo, que la obligación del médico de sanar al enfermo sin por otra parte poder asegurar su curación, sea una obligación de comportamiento, debería calificarse de obligación internacional de comportamiento la que incumbe al Estado de proteger a los extranjeros y sobre todo a ciertas personas extranjeras contra los atentados de terceros, obligación que, en cambio, aparece como obligación de resultado con arreglo a los criterios preconizados en esta sección. El Estado tiene en efecto

13. Cualquiera que sea la terminología que elija la Comisión, el Relator Especial opina que, a los fines del presente proyecto, la definición del principio al que está consagrada esta sección no debe presentar dificultades particulares. En vista de todas las consideraciones precedentes, propone, pues, la adopción del texto siguiente:

Artículo 20.— Violación de una obligación internacional que exige del Estado un comportamiento específicamente determinado

Hay violación por un Estado de una obligación internacional que exige de él específicamente un comportamiento determinado por el solo hecho de que el Estado observe un comportamiento diferente del específicamente exigido.

6. Violación de una obligación internacional que exige del Estado la obtención de un resultado

14. La sección precedente estaba dedicada a las hipótesis de violación por un Estado de obligaciones internacionales que exigen de él que realice o se abstenga de realizar una actividad específicamente determinada. En esos casos, que son relativamente poco frecuentes, como ya se ha señalado, el derecho internacional invade, por así decirlo, el ámbito del Estado para exigir la observancia de cierto comportamiento por tal o cual sector específicamente determinado del aparato estatal; exige de los órganos legislativos o, en todo caso, de los órganos que cumplen una función normativa que promulguen o abroguen determinadas normas, de los órganos ejecutivos que realicen o no realicen determinadas acciones, o de los órganos judiciales que se pronuncien sobre ciertas situaciones o decidan en lo que concierne a ciertas personas, o que se abstengan de hacerlo, etc. Se ha puesto de relieve que, en todos esos casos, se derivan del carácter así definido de la obligación internacional consecuencias evidentes para la determinación del cumplimiento o incumplimiento de la obligación. La obligación se hallará cumplida cuando se haya observado el comportamiento específicamente exigido y se entenderá que ha sido violada en caso contrario.

15. La situación es muy distinta en los casos, particularmente frecuentes en derecho internacional, en que este ordenamiento jurídico se detiene en las fronteras exteriores del aparato estatal y, como se indica más arriba «en su preocupación por respetar la libertad interna del Estado, se limita a exigir de este último que asegure la existencia de determinada situación, un cierto resultado, dejando a su arbitrio llegar a ello por los medios que elija» [28]. La presente sección tiene precisamente por objeto determinar cuándo se puede llegar a la conclusión de que ha habido violación de una obligación internacional que reviste ese otro carácter, tan diferente del anterior.

16. Se ha mencionado ya [29] la multiplicidad y variedad de los casos aquí considerados y se han mencionado sucintamente las diferentes hipótesis que corresponden a esa serie de casos. Se ha aludido, en primer lugar, a las hipótesis en que el Estado goza de una libertad de opción inicial en cuanto a los medios por los que ha de alcanzar el resultado exigido por una obligación internacional. En relación con esta serie de hipótesis, se ha hecho una distinción entre, por una parte, los casos en que se deja totalmente al arbitrio del Estado la elección de los medios que éste puede utilizar para alcanzar el resultado exigido por la obligación internacional, sin que se exprese en el plano internacional ninguna opinión al respecto, y, por otra parte, los casos en que la obligación internacional señala a pesar de todo una preferencia, indica que un medio determinado parece, por lo menos, el más apto para alcanzar el resultado exigido del Estado, aunque no requiera específicamente que éste recurra a ese medio.

17. Son muchos los ejemplos de casos del primer grupo. A veces el propio texto del tratado, al imponer ciertas obligaciones, indica expresamente que se deja al arbitrio del Estado la elección de los medios apropiados para alcanzar el fin a que tienden esas obligaciones. Considérese, por ejemplo, el artículo 14 del Tratado por el que se instituye la Comunidad Europea del Carbón y del Acero [30], según el cual:

> Las recomendaciones implicarán obligación en cuanto a los fines que persigan, pero dejarán a aquellos a quienes vayan dirigidas la elección de los medios apropiados para alcanzar esos fines.

El tercer párrafo del artículo 189 del Tratado por el que se instituye la Comunidad Económica Europea [31] dispone asimismo:

> La orden obliga al Estado Miembro a quien va dirigida por lo que respecta al resultado que se persigue, dejando a salvo la competencia de los órganos nacionales en cuanto a la forma y a los medios.

Por otra parte, la plena libertad de elección de que disfruta el Estado se desprende a veces del hecho de que la obligación internacional generalmente exige de los Estados que vincula que adopten «todas las medidas apropiadas» para alcanzar cierto resultado, sin especificar en absoluto cuáles son tales medidas. Así, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial [32], de 1965, dispone:

> Los Estados partes condenan la discriminación racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial [...].

Análogamente, el párrafo 2 del artículo 22 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas [33], prescribe, en relación con la protección de los órganos representativos de otros Estados, lo siguiente:

> El Estado receptor tiene la obligación especial de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger los locales de la misión contra

la elección de los medios que estima más adecuados para asegurar la protección de que se trata.

[28] Párr. 3.

[29] Véase párr. 4 *supra*.

[30] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 261, pág. 141. Para una versión española, véase *Textos básicos de la organización internacional* (seleccionados y anotados por J. M. Cordero Torres), Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1955, pág. 238.

[31] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 294, pág. 17. Para una versión española, véase Servicio de Estudios del Banco Urquijo, *El Mercado Común Europeo: Estudio y textos*, 2.ª ed., Madrid, 1958, pág. 262.

[32] Para la referencia, véase la nota 8 *supra*.

[33] *Idem*, nota 13.

toda intrusión o daño y evitar que se turbe la tranquilidad de la misión o se atente contra su dignidad,

y el artículo 29 de dicha Convención dispone:

El Estado receptor [...] adoptará todas las medidas adecuadas para impedir cualquier atentado contra su persona [del agente diplomático], su libertad o su dignidad.

El párrafo 3 del artículo 31 y el artículo 40 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares [34] y el párrafo 2 del artículo 25 y el artículo 29 de la Convención sobre las misiones especiales [35], de 1969, utilizan un lenguaje casi idéntico. Por último, en ciertos casos, quizás aún más frecuentes, la libertad de opción reconocida al Estado se deduce implícitamente del hecho de que la obligación internacional se limita a fijar el resultado que ha de alcanzarse, sin que el texto donde figura consignada esa obligación mencione para nada la cuestión de los medios por los que se obtendrá ese resultado. Así ocurre, por ejemplo, en la Convención para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (1950) [36] y en ciertos convenios internacionales del trabajo; en muchos otros textos figuran también disposiciones del mismo carácter [37]. Cabe agregar que esta situación es normal en lo que se refiere a las obligaciones internacionales de origen consuetudinario y convencional concernientes a la protección de los extranjeros y de ciertas categorías particulares de extranjeros [38].

18. En cuanto al segundo grupo de casos, basta citar, entre otros ejemplos, el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [39], que dice lo siguiente:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas [...] para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos,

o el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [40], según el cual:

Cada Estado parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las *disposiciones legislativas o de otro carácter** que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

No cabe duda de que, en esos casos, el medio legislativo se indica expresamente en el plano internacional como el más normal, el más apropiado para alcanzar los fines a que se refiere el Pacto. Pero no se impone específicamente, no se exige de modo exclusivo que se recurra a ese medio: el Estado queda libre de utilizar, si prefiere, otro distinto, en la medida en que también le permita lograr *in concreto* el pleno ejercicio de los derechos humanos a que se refieren los Pactos.

A este respecto, la respuesta de la Oficina Internacional del Trabajo al Gobierno de Irlanda, el 18 de octubre de 1929, es particularmente instructiva. Dicho Gobierno había preguntado si se exigía expresamente la adopción de una ley para llevar a efecto las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 del Convenio N.º 14, de 1921, sobre el descanso semanal (Convenio relativo al descanso semanal en las empresas industriales), habida cuenta de que, en la práctica irlandesa, ya se concedía a los trabajadores industriales un período de descanso de 24 horas. La Oficina Internacional del Trabajo, aun reconociendo que «el curso que se ha seguido más corrientemente consiste en adoptar leyes que impongan el descanso semanal obligatorio en los establecimientos industriales», señaló que el Convenio dejaba considerable libertad a los gobiernos en el cumplimiento de la obligación y, a este respecto, manifestó:

Por consiguiente, todo gobierno puede aplicar, en virtud del Convenio, cualquier sistema que merezca su aprobación [...]. Incumbe al gobierno que ha contraído una obligación internacional al adherirse al Convenio considerar las medidas que, en su opinión, puedan darle efectiva aplicación. En este caso incumbe a vuestro Gobierno determinar las garantías que podrían necesitarse, en virtud de la ratificación, para impedir que se modifique la práctica actual o que no se cumplan las reglas indicadas.

La Oficina Internacional del Trabajo no ocultó que consideraba la adopción de disposiciones que dieran fuerza de ley a la práctica existente el método más apropiado en este caso concreto, pero reiteró que el Gobierno podía seguir otro método, a condición de que éste implicase también el «efectivo cumplimiento del Convenio» [41].

---

[34] *Idem*, nota 16.

[35] Resolución 2530 (XXIV) de la Asamblea General, anexo.

[36] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 213, pág. 221. El artículo 1 de la Convención dispone:

«Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I de la presente Convención.»

Ahora bien, los artículos del título I están redactados como sigue: «Nadie puede ser mantenido en esclavitud ni servidumbre» (art. 4, párr. 1); «Nadie puede ser obligado a realizar un trabajo forzado u obligatorio» (art. 4, párr. 2); «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.[...]» (art. 5, párr. 1), etc. Se deduce implícitamente que el Estado es libre de elegir los medios que estime más aptos para garantizar que una persona no puede ser mantenida en esclavitud, que su seguridad esté protegida, etc.

[37] Normalmente, las disposiciones convencionales por las cuales los Estados se obligan a otorgar a otros Estados el trato de la nación más favorecida en una esfera convenida de relaciones se limitan a indicar el fin que ha de alcanzarse, sin precisar los medios por los cuales debe ser alcanzado.

[38] En el Asunto de los fosfatos de Marruecos (excepciones preliminares), el Gobierno italiano subrayó en su Memoria que el derecho internacional imponía a la Potencia protectora la obligación de procurar

«que el trato que en virtud de las convenciones internacionales la Potencia protectora está obligada a conceder a los extranjeros y el respeto de los derechos que estos últimos han adquirido con respecto a la administración pública estén garantizados por medios adecuados de protección judicial.»

Agregaba:

«La Potencia protectora puede elegir esos medios, puede establecerlos de la manera que estime más apropiada según la organización de los poderes públicos del Protectorado, pero es preciso que esos medios sean aptos para garantizar a los extranjeros el trato conforme a las convenciones internacionales y a los derechos adquiridos.» (*Répertoire des décisions et des documents de la procédure écrite et orale de la Cour permanente de Justice Internationale et de la Cour internationale de Justice*, publicado bajo la dirección de P. Guggenheim, serie I, Corte Permanente de Justicia Internacional, vol. I, *Droit international et droit interne*, por K. Marek, Ginebra, Droz, 1961; pág. 679.)

[39] Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, anexo.

[40] *Ibid.*

[41] Oficina Internacional del Trabajo, *Código Internacional del Trabajo, 1955 (op. cit.)*, pág. 327.

19. Se ha indicado antes [42] que el margen de latitud para escoger el medio de alcanzar el resultado exigido por el derecho internacional puede no consistir en la existencia de una libertad de opción inicial. En ciertos casos bastante frecuentes, en efecto, el Estado que ha observado primero un comportamiento consistente en una acción u omisión contraria al logro del resultado que de él exige una obligación internacional puede tener, a pesar de ello, una nueva posibilidad de cumplir esa obligación. En determinadas condiciones y siempre que ese resultado no se haya hecho definitivamente inalcanzable como consecuencia del comportamiento inicial, el derecho internacional admite que el Estado ponga remedio a la deplorable situación que se ha producido provisionalmente y obtenga, aunque con retraso, ese resultado recurriendo con carácter excepcional a otro comportamiento, capaz de eliminar todas las consecuencias del primero. Adviértase bien que, en un caso de esta índole, la situación no es evidentemente la misma que en los demás casos antes examinados. Como ya se ha señalado, no se puede hablar de libertad de opción por parte del Estado entre medios que se sitúan en un mismo plano; el recurso a un comportamiento ulterior para *poner remedio* a los efectos internacionalmente inaceptables del comportamiento inicial pertenece a la «patología» más bien que a la «fisiología» del cumplimiento de las obligaciones internacionales. Pero es indiscutible que la existencia de esa posibilidad de subsanar la no utilización del medio por el que normalmente debería haberse logrado antes el resultado exigido por la obligación internacional es, por sí sola, suficiente para inferir que el Estado tiene a su disposición más de un recurso para cumplir su obligación. En efecto, la posibilidad de llegar a una situación que esté en conformidad con la obligación internacional al corregir, por otro medio, una situación no conforme a ella de momento no se concede únicamente al Estado en los casos en que éste disfrutaba de una libertad de opción inicial entre distintos medios «normales» de cumplimiento de la obligación. El Estado puede tener esa facultad aun cuando no haya disfrutado de tal libertad de opción inicial. La facultad ulterior de poner remedio por un nuevo comportamiento a las consecuencias de la acción u omisión iniciales pone de relieve precisamente el margen de libertad de que goza el Estado; esta facultad ulterior es la que permite, aunque el texto deje subsistir alguna duda a este respecto, clasificar la obligación entre las que tienen por objeto lograr cierto resultado y no entre las que exigen específicamente la observancia de un comportamiento determinado, examinadas en la sección precedente. Adviértase, por último, que rara vez las normas, incluso convencionales, que imponen al Estado obligaciones internacionales mencionen de manera explícita la posibilidad que ofrecen a éste, en ciertos casos, de poner remedio *ex post facto* a la situación que haya sido creada en un principio por una acción u omisión de sus órganos contraria al resultado internacionalmente exigido. La interpretación de la cláusula pertinente en el contexto de las disposiciones de la convención que la contiene, según su *ratio* y su espíritu o a la luz de las normas aplicables del derecho internacional consuetudinario, suele ser lo que permitirá determinar si cierta obligación admite o no excepcionalmente que su cumplimiento se efectúe mediante un comportamiento distinto en caso de que el comportamiento inicial no haya surtido ese efecto.

20. Algunos ejemplos servirán, como de costumbre, para ilustrar mejor la situación a que se acaba de hacer referencia. Considérese, en primer lugar, el supuesto de las obligaciones internacionales en relación con las cuales la facultad excepcional del Estado de cumplir, en su caso, la obligación que le incumbe recurriendo a un comportamiento ulterior para poner remedio a las consecuencias internacionalmente inaceptables del comportamiento inicial no hace más que sumarse a una normal libertad de opción previa en cuanto a los medios que han de emplearse para el cumplimiento de la obligación. Esa libertad de opción inicial, como se ha visto, caracteriza por ejemplo la mayoría de las obligaciones internacionales relativas a la protección de los derechos humanos. Cuando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [43] dispone que «toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio» (art. 12, párr. 2), que «todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica» (art. 16) o que «toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otra, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses» (art. 22, párr. 1), lo primero que se desprende del objeto mismo de esas disposiciones y de su enunciado es que el Estado tiene libertad para adoptar las medidas que crea más apropiadas, en las circunstancias del caso, a fin de garantizar a los particulares esas libertades y esos derechos. Tiene incluso la posibilidad de no adoptar ninguna medida, siempre que se consiga concretamente el resultado apetecido, a saber, que cualquier hombre o mujer deseoso de salir del país sea de hecho libre de marcharse, que no se niegue su personalidad jurídica, que no se pongan trabas a su libertad de asociación, etc. Pero del espíritu del Pacto, de su fin y de su objeto, así como de su contexto, se desprende además otra conclusión. Si el Estado ha optado, por ejemplo, por satisfacer sus compromisos por la vía administrativa, la decisión negativa que pueda adoptar en cuanto al derecho de una persona la primera autoridad llamada a pronunciarse al respecto no suele imposibilitar que el Estado logre el resultado que de él se exige internacionalmente. Ese resultado podrá considerarse alcanzado aunque tenga que intervenir una autoridad superior para anular la decisión de la primera y aunque sólo en virtud de esa acción ulterior la persona interesada obtenga el respeto del derecho que pretendía ejercitar. Si subsistieran dudas en cuanto al fundamento de esta conclusión, el hecho de que el Pacto comprenda una disposición relativa al agotamiento de los medios de recurso internos [44] bastaría

[42] Véase párr. 4 *supra*.

[43] Para la referencia, véase la nota 40 *supra*.

[44] El Comité creado por el Pacto para examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone este Pacto

> «conocerá del asunto que se le someta después de haberse cerciorado de que se han interpuesto y agotado en tal asunto todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer, de conformidad con los principios del derecho internacional generalmente admitidos» (art. 41, párr. 1, apartado *c*).

para disiparlas. Ni que decir tiene que una conclusión análoga se aplica naturalmente a todas las obligaciones previstas en convenciones que contienen una cláusula de este género [45]. En efecto, esta cláusula, como se verá en la próxima sección, debe considerarse por esencia como una cláusula de fondo cuyo efecto es precisamente impedir que conste como inalcanzado de manera definitiva el resultado exigido del Estado por la obligación que la incluye mientras subsista la posibilidad de lograr ese resultado por alguno de los demás medios de que dispone el Estado.

21. Sin embargo, sería un error pensar que la conclusión que se deduce a las claras del ejemplo anterior sólo está justificada en los casos en que la convención de la que dimanan determinadas obligaciones contiene una cláusula que dispone de manera expresa que no se puede inculpar internacionalmente al Estado del incumplimiento de sus obligaciones mientras no se hayan agotado los medios de recurso internos. Aunque no exista cláusula de esta índole, la conclusión a que se ha llegado en el ejemplo mencionado también podrá deducirse del contexto del acuerdo, de su espíritu, de su fin y su objeto y, finalmente, de las normas consuetudinarias en el marco de las cuales se sitúa la interpretación del acuerdo. Considérese, a título de ejemplo, el párrafo 1 del artículo III del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) [46], que dice lo siguiente:

> Las partes contratantes reconocen que los impuestos y otras cargas interiores [...] no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional.

El párrafo 2 de ese mismo artículo dispone:

> Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el de cualquier otra parte contratante no estarán sujetos, directa ni indirectamente, a impuestos u otras cargas interiores, de cualquier clase que sean, superiores a los aplicados, directa o indirectamente, a los productos nacionales similares. [...]

Estas disposiciones no incluyen ninguna cláusula expresa relativa a los recursos internos. Con todo, su finalidad, su única razón de ser es evitar que los productos nacionales puedan llegar a ser objeto concretamente de una protección a expensas de los productos extranjeros similares. Se exige del Estado parte en el Acuerdo que, en última instancia, obtenga el resultado de que los productos extranjeros no se hallen en situación desventajosa en el mercado interior por estar sujetos a una imposición fiscal más severa que los productos nacionales. Así pues, esas disposiciones no se pueden interpretar en el sentido de que exigen que se prohíba absolutamente todo acto, incluso provisional, de imposición equivocada de un producto extranjero. Si en algún momento se aplicara a uno de estos productos un tipo impositivo diferente del aplicable a un producto nacional similar y se produjera una exacción indebida del impuesto, se alcanzará igualmente el resultado a que se refieren las obligaciones enunciadas en los artículos citados si el Estado procura anular o reducir en la debida proporción el impuesto discriminatorio y restituir las cantidades abusivamente percibidas. De este modo se garantizará también la consecución del fin buscado, a saber, la igualdad de trato entre productos extranjeros y productos nacionales [47].

22. Todos los ejemplos mencionados hasta ahora se refieren a obligaciones previstas en convenciones, pero ni que decir tiene que existen casos igualmente válidos entre las obligaciones de origen consuetudinario, por ejemplo: la obligación que exige del Estado que conceda a los extranjeros, por lo menos en ciertas esferas, la igualdad de trato con los nacionales, la obligación que exige del Estado en ciertas circunstancias, que indemnice a los extranjeros cuyos bienes han sido expropiados o la que le impone el castigo de los autores de delitos perpetrados contra la persona de extranjeros y, en especial, de extranjeros que tienen la calidad de órganos de sus respectivos Estados, etc. Sería a todas luces excesivo afirmar que estas diferentes obligaciones sólo pueden tenerse por cumplidas si el Estado consigue que en ningún momento un órgano estatal adopte una medida discriminatoria respecto de un extranjero, realice un acto de expropiación sin indemnización o dicte una sentencia absolutoria respecto del autor de un delito contra un extranjero o un órgano de un Estado extranjero. El resultado que exigen esas obligaciones internacionales es, en definitiva, que el extranjero reciba el mismo trato que el nacional, sea indemnizado por la expropiación del bien de que se trate y obtenga el castigo del culpable de un delito contra su persona. Ahora bien, es evidente que, también en este caso, se alcanzará el resultado apetecido aun cuando una primera medida contraria a lo exigido haya sido corregida por una medida ulterior capaz de eliminar las consecuencias de la primera.

23. La obligación que no exige un comportamiento específico sino genéricamente cierto resultado puede revestir una forma aun más permisiva que la que consiste en conceder al Estado la libre elección inicial de los medios por los cuales ha de alcanzar el resultado perse-

[45] Véanse, por ejemplo, el artículo 26 de la Convención para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (para la referencia, véase la nota 36 *supra*) y el párrafo 3 del artículo 11 y el apartado *a* del párrafo 7 del artículo 14 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (para la referencia, véase la nota 8 *supra*). Véanse asimismo los acuerdos de cooperación económica concertados por los Estados Unidos de América que se citan por G. Gaja, en *L'esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale*, Milán, Giuffrè, 1967, pág. 140, nota 17.

[46] GATT, *Instrumentos básicos y documentos diversos*, vol. IV (N.º de venta: GATT/1969-1).

[47] Compárese, desde este punto de vista, la obligación internacional a que se hace referencia con, por ejemplo, la obligación enunciada en el artículo 34 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas (para la referencia, véase la nota 13 *supra*), en virtud del cual: «El agente diplomático estará exento de todos los impuestos y gravámenes personales o reales, nacionales, regionales o municipales». En este caso, la *ratio* de la obligación es muy distinta. La Convención exige que, para salvaguardar el interés fundamental del libre ejercicio de la función que le ha sido confiada, no se entorpezca la actividad del agente diplomático mediante la aplicación de medidas fiscales, al igual que no debe entorpecerse su actividad con la aplicación de medidas de policía, de jurisdicción, etc. Por ello, el agente diplomático no debe ser objeto de ningún acto indebido de exacción de impuestos. Esta obligación, a diferencia de la que se examina en el texto, es una de las que imponen al Estado un comportamiento de omisión específico y que han sido tratadas en la sección 5: el Estado no puede considerar que ha cumplido su deber internacional por el hecho de haber restituido al agente diplomático las cantidades indebidamente exigidas o de haber liberado al diplomático indebidamente detenido, etc.

guido o también la que le permite obtener ese resultado eliminando completamente mediante otro comportamiento las consecuencias de un posible comportamiento inicial contrario a la obtención de dicho resultado. Existen casos en que la obligación internacional admite que, si el comportamiento inicial ha hecho inalcanzable el resultado principal exigido, el Estado tenga aún la posibilidad de considerar que ha cumplido si obtiene otro resultado en sustitución del primero. Considérese, por ejemplo, la obligación de derecho internacional consuetudinario que exige del Estado que ejerza cierta vigilancia para prevenir los atentados contra la persona o los bienes de los extranjeros. El Estado, si no ha podido impedir en un caso concreto que se produzca un atentado de esta índole, tiene aún la posibilidad de cumplir su obligación ofreciéndose a reparar el daño sufrido por el extranjero víctima del atentado. Del párrafo 1 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [48], que dispone que «nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias», se desprende una conclusión análoga. La obligación así enunciada debe examinarse junto con los párrafos 4 y 5 del mismo artículo, que disponen, respectivamente, que:

> Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

y que:

> Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

Esta yuxtaposición pone de relieve que el Estado podrá considerar que ha obrado en conformidad con sus deberes internacionales incluso en caso de que, no habiendo obtenido el resultado principal a que se refiere la obligación enunciada en el artículo 9, haya alcanzado no obstante en su lugar el resultado de reparar el daño indebidamente causado a la persona víctima de una detención o prisión que no hubieran debido efectuarse [49].

24. En resumen, las obligaciones internacionales que no llegan a exigir del Estado un comportamiento específicamente determinado (o, si se prefiere, un comportamiento de órganos específicamente designados), sino que se limitan a recabar de él la obtención de un resultado dado, se caracterizan en relación con las primeras por un grado, variable por lo demás, de permisividad. Esta permisividad, como se ha visto, puede entrañar una libertad de opción inicial entre diversos medios de obtención del resultado perseguido; en ocasiones puede entrañar, además de esta libertad de opción inicial, o incluso sin ella, la posibilidad de poner remedio *a posteriori* a los efectos de un comportamiento inicial que haya conducido a una situación contraria al resultado deseado. A su vez, esta facultad de poner remedio puede no extenderse, en ocasiones, más que a la obtención tardía del mismo resultado, y ello gracias a la desaparición de todas las consecuencias del comportamiento inicial; en ocasiones, puede incluso comprender la obtención de un resultado sustitutivo, considerado en cierto modo como equivalente del que el primer comportamiento haya hecho inalcanzable.

25. Habida cuenta de estas observaciones, debe ahora establecerse cómo se determina la violación de una obligación internacional comprendida entre las que constituyen el objeto de la presente sección. Esta tarea es mucho menos sencilla que la que debe llevarse a cabo en los casos de la sección precedente, en los que la existencia de la violación se desprende simplemente de una comparación entre el comportamiento adoptado de hecho por el Estado y el comportamiento que estaba específicamente obligado a adoptar. En los casos que se consideran en la presente sección, se tratará más bien de comparar el resultado exigido por la obligación internacional con el resultado concreta y definitivamente obtenido por el comportamiento o los comportamientos del Estado. Cuando esos dos resultados no coincidan, habrá que llegar manifiestamente a la conclusión de que la conducta del Estado no se ha ajustado a lo que la obligación internacional exigía de él y que, por consiguiente, ha habido una violación. En otros términos, la circunstancia de que el resultado perseguido por la obligación internacional no se haya alcanzado es la única que caracteriza en este caso el modo de realización de la violación. Debe examinarse ahora con mayor detalle la forma en que esta circunstancia se articula en las diferentes hipótesis formuladas en los párrafos anteriores y qué consecuencias se derivan de ella cada vez.

26. Es normal empezar por la hipótesis en la cual la permisividad, que caracteriza a la obligación internacional en cuanto a los medios de garantizar su ejecución [50], se traduce, como se ha dicho, en una simple libertad de opción inicial entre diferentes medios utilizables para conseguir el resultado internacionalmente exigido. Esta libertad de opción, como también se ha visto, subsiste tanto en los casos en que la obligación internacional

---

[48] Para la referencia, véase la nota 40 *supra*.

[49] Además, como se ha indicado en la nota 44, el Pacto enuncia en el apartado *c* del párrafo 1 del artículo 41 una disposición general sobre el agotamiento de los medios de recurso internos como condición para que el Comité de Derechos Humanos pueda examinar «las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone este Pacto». Ahora bien, cualquier medio de recurso interno puede poner término a una detención o prisión arbitrarias y dar lugar a la reparación del daño causado, pero no puede desde luego conseguir que la detención o la prisión arbitrarias no se hayan producido. La reparación del daño causado, evidentemente, no es más que un resultado sustitutivo en lugar del resultado principal, que es el de impedir la detención o prisión arbitrarias.

Una vez más hay que insistir en la diferencia que existe entre una obligación como la que se examina y otra obligación, aparentemente similar, como la del artículo 29 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, que establece: «La persona del agente diplomático es inviolable. No puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto». Es evidente que la letra y el espíritu de esta disposición impiden que el Estado pueda considerar que ha cumplido su obligación si ofrece la reparación de la detención o prisión de un agente diplomático. Como se ha señalado ya varias veces, la obligación asumida con respecto al agente diplomático extranjero equivale a exigir del Estado que observe un comportamiento de omisión específicamente determinado y no sólo que alcance cierto resultado y aún menos que obtenga un resultado sustitutivo como la reparación del daño causado al diplomático por la detención o prisión.

[50] Permisividad que hace precisamente que la obligación se incluya entre las que exigen del Estado que garantice un resultado dado y no entre las que exigen que adopte un comportamiento específicamente determinado.

guarda una neutralidad completa respecto de esa opción como en aquellos otros en que el instrumento en que se halla consignada expresa una simple preferencia por un medio y no por otros, sin que esa preferencia vincule al Estado. En uno y otro caso, el Estado sólo está obligado a la realización efectiva del resultado exigido por la obligación.

27. Se tomará, pues, el caso de una obligación internacional que permita al Estado conseguir el resultado previsto por la vía que prefiera, es decir, promulgando una ley a tal fin, adoptando una decisión o estableciendo normas de naturaleza administrativa, o bien basándose en una práctica establecida o promoviendo una nueva, o por otras vías. Parece evidente que cuando una obligación internacional tiene esas características, su violación no puede en ningún caso residir en la elección hecha por el Estado del medio que se propone utilizar; sólo puede estar constituida por el hecho de que el Estado no ha llegado a garantizar de manera concreta el resultado internacionalmente previsto, y ello por ninguna de las vías de que disponía para conseguirlo. Esta conclusión lógicamente evidente puede articularse en los cuatro elementos siguientes:

a) Cuando, por la vía que ha elegido, el Estado haya llegado de modo concreto a obtener el resultado internacionalmente deseado, nadie podrá pretender que ha cometido una violación de la obligación por el hecho de que su comportamiento se haya manifestado en la adopción de una medida y no de otra, o incluso de que haya llegado al objetivo perseguido sin adoptar ninguna medida concreta a tal efecto;

b) En tanto no se pueda comprobar *in concreto* que el Estado ha incumplido su tarea en lo que respecta al resultado exigido de él por una obligación internacional, el hecho de que no haya adoptado la medida que, *in abstracto*, habría parecido más idónea para llegar a ese resultado no es suficiente en sí para acusar a dicho Estado de violación de la obligación de que se trate;

c) Mientras no se compruebe una falta concreta de obtención del resultado exigido, se impone la misma solución en el caso de que el Estado haya adoptado una medida que pueda obstaculizar en principio la obtención de dicho resultado, pero no haya creado por sí misma una situación concreta que se oponga a dicho resultado;

d) Por el contrario, allí donde se compruebe que la situación creada concretamente por el Estado, por una u otra de las vías entre las que podía elegir, se opone al resultado que de él exige una obligación internacional, el Estado no podrá pretender que ha cumplido su obligación aduciendo, por ejemplo, que ha adoptado de todos modos unas medidas por las cuales podía esperar conseguir el resultado exigido.

28. La conclusión que acaba de enunciarse y sus diversos elementos se imponen por sí mismos en el plano de la lógica y del sentido común: no son sino la consecuencia evidente del hecho de que en los casos considerados sólo cuenta el resultado concretamente obtenido, y la comparación entre ese resultado y el que el Estado habría debido garantizar constituye el único criterio para determinar si se ha infringido, o no, la obligación. Pero conviene destacar que esta misma conclusión y sus elementos están plenamente confirmados en el análisis de la práctica de los Estados, de la jurisprudencia internacional y de la doctrina.

29. En la sección 5 se ha indicado que la diferencia en cuanto al modo de realización de la violación de una obligación internacional según que ésta requiera del Estado la adopción de un comportamiento específicamente determinado o sólo exija de él que garantice, mediante un comportamiento libre, un resultado dado, se ha puesto de manifiesto en la práctica de los Estados cuando se ha examinado la posibilidad de concluir que el ejercicio o la falta de ejercicio de una actividad legislativa ha constituido violación de una obligación internacional. Algunos Estados que, como Suiza [51] y Polonia [52], se pronunciaron a este respecto en sus respuestas al punto III, N.º 1, de la solicitud de información dirigida a ellos por el Comité Preparatorio de la Conferencia de codificación de 1930, destacaron precisamente que en el segundo caso, a su juicio mucho más frecuente que el primero, la promulgación o falta de promulgación de una ley de contenido determinado no se toma en consideración sino como uno de varios medios de obtención de un resultado, que solo es decisivo.

Se advierte una posición análoga en la carta dirigida el 18 de octubre de 1929 al Gobierno del Estado Libre de Irlanda por el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, Sr. Albert Thomas, en respuesta a la pregunta formulada por dicho Gobierno sobre la posibilidad de considerar cumplidos los preceptos del Convenio sobre el descanso semanal en vista de la práctica existente en el país. Tras recordar que el método más corriente para garantizar de modo efectivo la aplicación del Convenio era la adopción de medidas legislativas a tal efecto, el Director General de la Oficina destacaba en su carta que el Estado quedaba libre de seguir el método que le pareciese mejor adaptado a las circunstancias del caso, con la sola condición de que tal método garantizase concretamente el resultado de una aplicación efectiva de los preceptos del Convenio [53].

---

[51] Como se ha observado en el párrafo 8 *supra*, el Gobierno suizo subrayó la necesidad de matizar la respuesta a la cuestión de si debe considerarse que el Estado incurre en responsabilidad cuando «deja de adoptar las disposiciones legislativas necesarias para la ejecución» de sus obligaciones. Sólo respondió afirmativamente en la hipótesis de que un acuerdo internacional obligase de modo expreso a las partes a adoptar medidas legislativas determinadas. En los demás casos, observó que «lo que compromete la responsabilidad del Estado no es el hecho de no sancionar una ley sino en realidad en hecho de que ese Estado no está en condiciones de cumplir, por cualquier medio existente, sus obligaciones internacionales».

[52] El Gobierno polaco hizo en su respuesta una distinción entre el caso excepcional y raro en que el Estado hubiera «contraído el compromiso internacional de promulgar disposiciones concretas en un plazo determinado» y «todos los demás casos». Según indicó, sólo en el primer caso «el hecho de que no se hayan promulgado esas disposiciones en dicho plazo constituye un delito», mientras que en los demás «el simple hecho de no haber promulgado por negligencia las prescripciones no entraña responsabilidad internacional». [Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion... (op. cit.)*, págs. 28 y 29.]

[53] Se decía en la carta de A. Thomas:

«El Convenio deja considerable libertad a los gobiernos que lo ratifican [...]. Por consiguiente, todo gobierno puede aplicar, en virtud del Convenio, cualquier sistema que merezca su aprobación, y la práctica existente en el Estado Libre de Irlanda

Se encuentra, pues, en estas diferentes manifestaciones de opinión, la confirmación expresa de lo acertado de la conclusión enunciada anteriormente [54] y de su primer elemento, en virtud del cual si, en un caso dado, el Estado garantiza el resultado internacionalmente exigido, poco importa el hecho de que se haya llegado a este último mediante la promulgación de una ley o por cualquier otro medio.

30. Las mencionadas respuestas a la solicitud de información del Comité Preparatorio de la Conferencia de codificación de 1930 confirman también el segundo de los elementos de la conclusión ya citada [55], elemento que, por lo demás, está estrechamente vinculado al primero. Ese segundo elemento consiste, como se recordará, en que, mientras el Estado no haya dejado de garantizar *in concreto* el resultado exigido de él por una obligación internacional, el hecho de no haber adoptado ninguna medida determinada a tal efecto, en especial de no haber promulgado una ley, no puede reprochársele como violación de la obligación.

En la continuación de la respuesta del Gobierno suizo a la solicitud de información del Comité Preparatorio de la Conferencia de 1930, se lee, en efecto:

> [...] incluso en ausencia de una ley que permita a un Estado garantizar sin más la ejecución de sus obligaciones, no podrá considerarse que existe un hecho o acto contrario al derecho de gentes mientras no se haya producido una circunstancia que menoscabe los derechos de otros Estados [56].

Y en la continuación de la respuesta del Gobierno polaco se dice que la responsabilidad

> no existe sino cuando las autoridades o los tribunales de un Estado determinado deniegan el ejercicio de los derechos dimanados de sus compromisos internacionales, a falta del respectivo precepto interno. Hasta entonces no hay prueba de que la promulgación de esos preceptos sea indispensable, de que, por ejemplo, las autoridades y los tribunales dictarán fallos incompatibles con los compromisos internacionales del Estado; debe dejarse al arbitrio del propio Estado decidir si es necesaria la promulgación de una ley especial, de un decreto o de una circular [57].

31. En lo que respecta a las ideas expuestas en la doctrina, se observa igualmente que éstas coinciden con la conclusión básica enunciada en el párrafo 27, y en especial con sus dos primeros elementos, abonados, como se acaba de ver, por manifestaciones oficiales de la opinión de los Estados. Los autores también han concentrado su atención, como era normal, en el problema tal como se presenta respecto del ejercicio o la falta de ejercicio de una actividad legislativa. Sostienen con mucha firmeza que a ningún Estado que haya garantizado concretamente el resultado exigido de él por una obligación internacional puede reprocharse la violación de esa obligación por el hecho de haber llegado a ese resultado sin recurrir para ello a la promulgación de una ley y que, en general, la ausencia de la actividad legislativa no es suficiente en sí para concluir que se ha violado la obligación mientras no pueda afirmarse que el Estado no ha garantizado de modo concreto el resultado de que se trate. Estos principios se desprendían ya claramente de las consideraciones de Heinrich Triepel [58], y han hallado formulación explícita en las obras de Charles de Visscher [59] y de Eduar-

---

correspondería indudablemente a los requisitos del Convenio [...]. Incumbe al gobierno que ha contraído una obligación internacional al adherirse al Convenio considerar las medidas que, en su opinión, puedan darle efectiva aplicación [...]. El curso que se ha seguido más corrientemente consiste en adoptar leyes que impongan el descanso semanal obligatorio en los establecimientos industriales [...]. Bastaría, sin embargo, que se adoptaran disposiciones que se limiten a dar fuerza de ley a la práctica existente [...]. Corresponde, pues, al Gobierno del Estado Libre de Irlanda considerar cuál de estos métodos se adapta mejor a las circunstancias del caso. Cualquiera de ellos [...] implicaría el efectivo cumplimiento del Convenio.» (Oficina Internacional del Trabajo, *Boletín Oficial*, vol. XIV, N.º 3, 31 de diciembre de 1929, págs. 131 y 132.) Véase también *Código Internacional del Trabajo, 1955 (op. cit.)*, pág. 327, nota 464.

[54] Párr. 27.

[55] Párr. 27, apartado *b*.

[56] Dicho de otro modo, mientras el Estado no haya llegado concretamente a un resultado que contradiga el que el internacionalmente se exige de él [Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion... (op. cit.)*, pág. 29].

[57] *Ibid.* La respuesta del Gobierno británico daba ejemplos de obligaciones para la ejecución de las cuales la adopción de medidas legislativas constituía el medio adecuado y, verosímilmente, indispensable. Pero en ella se destacaba claramente que, habida cuenta de la característica de esas obligaciones, que sólo requerían la obtención de un resultado, la falta de adopción de las medidas legislativas correspondientes no debía considerarse en cuanto tal como una violación de dichas obligaciones. Sólo podría comprobarse la violación cuando, verosímilmente por la falta de disposiciones legislativas oportunas, resultase concretamente que el Estado no estaba en condiciones de obtener el resultado exigido por la obligación.

[58] *Op. cit.*, págs. 301 y 302. Refiriéndose a su distinción entre el derecho interno «inmediato» y el derecho interno «requerido internacionalmente», observaba que este último

> «se crea efectivamente en consideración de un deber internacional, pero de un deber que lleva por sí mismo a algo distinto de la formación de esta regla jurídica. El Estado formula en este caso el derecho porque, de otro modo, no se hallaría, *según el derecho interno*, en condiciones de cumplir un deber internacional, por ejemplo un deber de castigar [...]. Así pues, el *derecho interno*, y no el *derecho internacional*, conduce al legislador a actuar. En el derecho inmediato, el acto que el derecho internacional ordenaba al Estado consistía en crear derecho; en este caso, el Estado se pone en situación, habida cuenta de *su propio* derecho y en virtud del nuevo derecho, de realizar un acto ordenado por el derecho internacional. Antes, el hecho de no legislar o de derogar la ley ya era en sí contrario al derecho; ahora, la violación del derecho proviene de que el Estado no ha realizado el acto que la ley le autoriza a hacer, o que ha realizado el acto que la ley le autoriza a no hacer.»

[59] *Loc. cit.*, pág. 97:

> «Puede ocurrir» —escribe el docto internacionalista— «que un Estado incurra en responsabilidad [...] por omisión del poder legislativo, que deja de promulgar una ley indispensable para la observancia efectiva de las obligaciones internacionales del Estado. Considérese, por ejemplo, el caso de un tratado de establecimiento por el que se garantiza a los extranjeros un trato especialmente favorable en un país determinado. Este país puede verse obligado a introducir en su derecho interno ciertas disposiciones legislativas destinadas a garantizar el cumplimiento de sus compromisos internacionales. Conviene, sin embargo, puntualizar a este respecto que lo único que interesa desde el punto de vista internacional es que la obligación que incumbe al Estado tenga ejecución efectiva; es absolutamente indiferente que este objetivo se alcance promulgando una ley, dictando un decreto o aplicando cualquier otro procedimiento autorizado por el derecho público interno; poco importa a los Estados extranjeros la elección de los medios por los cuales su cocontratante se pone en situación de cumplir sus obligaciones internacionales: el derecho internacional sólo considera a este respecto el resultado por alcanzar. Así, pues, miradas las cosas como son, las más de las veces un Estado incurre en responsabilidad no ya porque se haya obligado para con otro Estado a promulgar una ley, sino porque,

(Continúa en la página siguiente.)

do Jiménez de Aréchaga [60]. Algunos autores han puesto de manifiesto que dichos principios no son sino la consecuencia necesaria de la distinción entre las obligaciones que exigen del Estado la adopción de un comportamiento específicamente determinado y las que sólo exigen de él la obtención de un resultado [61].

32. La aceptación del tercero de los elementos de la conclusión formulada sobre la base de la característica de las obligaciones que dejan al Estado la libre elección de los medios para alcanzar el resultado exigido [62], puede a primera vista plantear problemas. Cabe preguntarse si es evidente que la adopción de una medida, y en especial de una ley que pareciera obstaculizar la obtención del resultado internacionalmente previsto, no es por sí misma suficiente para decidir que ha habido violación de la obligación internacional. Sin embargo, no se justifica en absoluto la vacilación: la lógica exige que, cualquiera que sea la medida adoptada, sólo se puede hablar de violación de una obligación que requiere la garantía concreta de un resultado determinado cuando se comprueba de hecho que no se ha obtenido ese resultado, y no cuando se advierte simplemente un obstáculo en la vía de dicha obtención. Las dificultades que experimentan algunos autores quizá obedezcan, en realidad, a que no han tenido presente la distinción que debe hacerse entre las diversas clases de obligaciones y que se han preguntado indistintamente, en relación con el conjunto la cuestión, si la promulgación de una ley «contraria al derecho internacional» representa ya la violación de la obligación por el Estado, o si esa violación se produce sólo después, con la puesta en práctica de la ley. En tal caso, es lógico que, entre esos autores, los que tenían sobre todo presentes las obligaciones que exigen específicamente del Estado la aprobación o no aprobación de una ley lleguen de modo natural a la conclusión de que la violación se produce en el momento de la promulgación de la ley [63], y que, por el contrario, los que tenían presentes las obligaciones que no exigen más que la obtención de un resultado concreto hayan llegado a la conclusión de que la violación sólo se produce en el momento de la aplicación de la ley a casos concretos [64]. Pero la mayoría de los autores han sentido la necesidad de hacer una distinción entre situaciones diferentes y han sostenido que podían justificarse ambas conclusiones en función del contenido de la obligación [65] o de las circunstancias del caso [66]. Por lo demás, los criterios que se han dado por una y otra parte para decidir concretamente en qué casos el mero hecho de haber promulgado una ley de contenido determinado constituía la violación de una obligación internacional y en qué otros se imponía la conclusión contraria, varían y no parecen siempre pertinentes [67]. Indudablemente, los autores que han basado la solución del problema en la distinción entre la violación de obligaciones llamadas «de comportamiento» y la violación de obligaciones llamadas «de resultado», han dado el criterio válido para responder a la cuestión que se examina [68].

33. En opinión del Relator Especial, el criterio de diferenciación propugnado por esos autores no sólo es el mejor fundado desde el punto de vista lógico, sino que también permite la interpretación más plausible de la práctica de los Estados y de la jurisprudencia internacional. En lo que se refiere a la práctica, debe decirse, en efecto, que no abunda en posiciones explícitas sobre la cuestión que se examina. Las respuestas de los gobiernos al punto III, N.º 1, de la solicitud de información del

(Continuación de la nota 59.)

en las condiciones prescritas por el derecho interno, el recurso a la acción legislativa puede ser el único medio de que el Estado imponga a sus órganos, funcionarios y agentes un comportamiento conforme a sus obligaciones internacionales. Sólo se daría una situación distinta en los casos bastante excepcionales en que un Estado se hubiera comprometido expresamente por tratado a hacer sancionar por el poder legislativo una reforma determinada.»

[60] E. Jiménez de Aréchaga, «International Responsability», *Manual of Public International Law*, ed. por Sørensen, Londres, Macmillan, 1968, pág. 545:

«Solamente existe responsabilidad internacional por la falta de promulgación de leyes en los casos en que se ha estipulado que el único medio de cumplir una obligación convencional es la promulgación de una disposición legislativa determinada. En otros casos, en que la obligación puede cumplirse por disposiciones legislativas o por otros medios, la responsabilidad nace del incumplimiento de la obligación, ya se deba éste a la ausencia de legislación o a cualquier otra deficiencia del mecanismo estatal.»

[61] Véanse en particular, Bilge, *op. cit.*, págs. 103 y 104; y Vitta, *op. cit.*, págs. 95 y ss.

[62] Véase párr. 27 *supra*, apartado *c*.

[63] Tal es, por ejemplo, el caso de U. Scheuner, quien, sin embargo, atenúa esta afirmación mediante las palabras «por regla general» («L'influence du droit interne sur la formation de droit international», *Recueil des cours..., 1939-II*, París, Sirey, 1947, t. 68, págs. 121 y ss.).

[64] Véase L. Kopelmanas, «Du conflit entre le traité international et la loi interne», *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruselas, 3.ª serie, t. XVIII, N.º 1, 1937, págs. 118 y 122; G. Ténékidès, «Responsabilité internationale», *Répertoire de droit international*, París, Dalloz, 1969, vol. II, pág. 787.

[65] B. Cheng, por ejemplo, observa que la respuesta a la cuestión aquí planteada depende de lo que prohíba de hecho la regla de derecho internacional de que se trate y de si el derecho interno contraviene a ella efectivamente o sólo permite a algún otro órgano del Estado contravenir a ella (*General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens, 1953, págs. 174 y 175).

[66] Tal es el caso de G. Schwarzenberger, *International Law*, 3.ª ed., Londres, Stevens, 1957, vol. I, págs. 614 y 615.

[67] Algunos autores hacen una distinción según que la ley pueda aplicarse directamente o necesite a tal efecto una normativa de ejecución (por ejemplo, P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, Ginebra, Georg. 1954, t. II, págs. 7 y 8). Otros basan la distinción en el hecho de que la legislación «viole directamente derechos o normas vigentes», como en el caso de la anulación ilícita de una concesión atribuida a una compañía extranjera, o sólo produzca efectos ilícitos «cuando se aplique *in concreto*», como una ley que fije directrices para futuras nacionalizaciones (véase J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leiden Sijthoff, 1973, vol. VI, págs. 621 y 622, 641 y 642). Por último, otros subrayan que, en caso de daños contra un Estado, puede ser suficiente la sola promulgación de la ley, mientras que en el de daños a particulares extranjeros la responsabilidad nacería en general en el momento de su aplicación (Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, págs. 547 y 548; J. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 2.ª ed., Londres, Oxford University Press. 1973, págs. 435 y 436).

[68] Así han hecho, en particular, los autores que han dedicado estudios monográficos a la cuestión de la responsabilidad de los Estados por los hechos de los órganos legislativos. Véase Bilge, *op. cit.*, págs. 101 y ss.; y Vitta, *op. cit.*, págs. 89 y ss. Véase también Sereni, *op. cit.*, págs. 1538 y 1539; y A. Favre, *Principes du droit des gens*, París, Librairie de droit et de jurisprudence, 1974, págs. 650 y 651.

Comité Preparatorio de la Conferencia de 1930 no pudieron dejar de ser influidas, a este respecto, por la forma algo superficial en que estaba redactada la pregunta. Muchos países se limitaron, pues, a responder afirmativamente, sin dar precisiones en cuanto al alcance del acuerdo expresado de ese modo. Mas sería completamente erróneo creer que con tales respuestas esos Gobiernos hayan querido manifestar la convicción de que, en caso de actividad estatal en la esfera legislativa, el Estado ya incurre en todos los casos en responsabilidad internacional con la promulgación de la ley. Antes al contrario, la respuesta del Gobierno de Sudáfrica, por ejemplo [69], muestra que dicho Gobierno entendió que la pregunta se refería a la aplicación y no a la promulgación de la ley. Otros dos Gobiernos, el de Gran Bretaña y el de Suiza, declararon explícitamente que, en su opinión, no podía llegarse sin más a la conclusión de que se había violado una obligación internacional por el mero hecho de la adopción de una medida, tal como la promulgación de una ley, que obstaculizase la ejecución de la obligación. «*La aplicación de la legislación, y no la aprobación de esa legislación, hace incurrir a los Estados en responsabilidades**» afirmó el primero de esos dos Gobiernos [70], y el segundo sostuvo que «Como tesis general [...] *no hay que fijarse en las leyes en cuanto tales para buscar y establecer la responsabilidad internacional, sino en los hechos dimanantes de esas leyes* * que afecten a los derechos de otros Estados» [71]. Cabe agregar que la opinión manifestada por los Gobiernos británico y suizo sólo se refería, como la pregunta a que respondían, a la responsabilidad por la violación de obligaciones relativas al trato de particulares extranjeros, obligaciones que de hecho no son sino obligaciones que requieren exclusivamente la obtención de un resultado. Si sus respuestas se hubieran referido a la violación de obligaciones relativas a cualquier otra esfera en general, habrían sido sin duda más matizadas. Ambos Gobiernos probablemente habrían estimado necesario hacer una diferencia entre los casos en que la aprobación de una ley constituye el «comportamiento específico» que representa en sí la ejecución o la violación de una obligación internacional, y los casos, más frecuentes, en que la aprobación de una ley no es sino una de las vías que el Estado puede seguir para llegar al resultado concreto que constituye el verdadero objeto de la obligación internacional [72]. Parece probable que otros gobiernos, si se hubieran expresado de manera más detallada, habrían apoyado las ideas de los Gobiernos de la Gran Bretaña y de Suiza. Puede admitirse, por consiguiente, que la labor de codificación emprendida por la Sociedad de las Naciones en 1929 y 1930 no proporciona elementos suficientes para determinar con seguridad cuál era, según la convicción de los Estados, la solución adecuada del problema. No obstante, debe reconocerse que lo que se desprende de esa labor no es ciertamente incompatible con la conclusión de que, cuando una obligación internacional sólo persigue la obtención por el Estado de un resultado concreto, no cabe considerar que se ha violado esta obligación por el solo hecho de que el Estado haya promulgado una ley capaz de obstaculizar la obtención del resultado apetecido.

34. Cuando se pasa al análisis de las posiciones adoptadas por los gobiernos en casos concretos, es interesante observar las de los Estados Unidos de América y de la Gran Bretaña en el litigio que surgió entre estos dos países en 1912 y 1913 respecto de los *derechos de tránsito por el canal de Panamá*. En 1912, el Congreso de los Estados Unidos aprobó, para reglamentar los derechos de tránsito por el canal, una ley que se inspiraba en criterios que la Gran Bretaña estimó incompatibles con la disposición del párrafo 1 del artículo III del Tratado Hay-Pauncefote, de 18 de noviembre de 1901, que disponía la igualdad de trato de los pabellones de todas las partes en el Tratado, sin discriminación alguna [73]. Amparándose, pues, en el artículo 1.º del Tratado de Arbitraje de 1908, el Gobierno de Londres propuso que se sometiera la cuestión a arbitraje. El Gobierno estadounidense no entró a debatir el fondo de la cuestión, pero se opuso a la propuesta británica haciendo observar:

> Si la Gran Bretaña formula una queja en el sentido de que, como consecuencia de la ley y su promulgación, los buques británicos serán objeto, de hecho, de un trato desigual o estarán sujetos al pago de derechos de tránsito injustos e inequitativos en violación de las disposiciones del Tratado Hay-Pauncefote, cabrá preguntar entonces si los Estados Unidos están obligados por el Tratado a tomar en consideración y percibir derechos de tránsito de buques estadounidenses, y también si en virtud de las obligaciones impuestas por ese Tratado los buques británicos tienen derecho al mismo trato en todos los aspectos que los buques de los Estados Unidos. Mientras dichas objeciones no descansen en algo más sólido que una simple posibilidad, no se considera que deban someterse a arbitraje [74].

El Gobierno británico expresó una opinión diferente en los siguientes términos:

> Ni el derecho ni la costumbre internacionales abonan la doctrina de que la aprobación de una ley que infrinja un derecho nacido de un tratado no constituye un fundamento para quejarse por la in-

[69] Véase Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion... (op. cit.)*, pág. 25. El Gobierno indicaba que el Estado incurría en responsabilidad al «*aplicar* disposiciones legislativas incompatibles ya con las disposiciones de un tratado celebrado con otro Estado, ya con sus demás obligaciones internacionales».

[70] *Ibid.*, pág. 27.

[71] *Ibid.*, pág. 29.

[72] El hecho de que el Comité preparatorio propusiera como «base de discusión», en virtud de las respuestas recibidas, un texto en el que se afirma que «el Estado es responsable del daño sufrido por un extranjero si ese daño resulta del hecho de haber aprobado tal Estado medidas legislativas incompatibles con sus obligaciones internacionales» (base N.º 2) (*ibid.*, pág. 30, y *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 219, documento A/CN.4/96, apéndice 2) no demuestra, pues, que, en opinión del Comité, la responsabilidad nacería siempre de la simple promulgación de las disposiciones legislativas «incompatibles». La misma observación cabe hacer respecto del artículo 6, aprobado en primera lectura por el Comité Tercero de la Conferencia, que recogía la fórmula de la base N.º 2.

[73] Dicho párrafo decía lo siguiente:

«El acceso al canal será libre y estará abierto a los buques de comercio y de guerra de todas las naciones que observen el presente Reglamento, en condiciones de entera igualdad, de modo que no haya discriminación contra ninguna de esas naciones, ni sus ciudadanos o súbditos en lo que concierne a las condiciones o cargas del tráfico ni en otros aspectos.» (*British and Foreign State Papers 1900-1901*, vol. XCIV, Londres, H.M. Stationery Office, 1904, pág. 47.)

[74] Instrucciones del Secretario de Estado, Knox, al Encargado de Negocios de los Estados Unidos en Londres, de fecha 17 de enero de 1913 [G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, Wáshington (D.C.), Government Printing Office, 1943, vol. VI, pág. 59].

fracción de ese derecho, y que una nación que afirme que se han infringido o puesto en duda de ese modo sus derechos convencionales negando la existencia de éstos deba, antes de formular una protesta y de buscar un medio de decidir el punto en litigio, esperar a que medien otros actos que violen esos derechos de modo concluyente, lo que, en el presente caso, parecería significar, según su razonamiento, que se ha de esperar hasta que se hayan cobrado efectivamente a buques británicos derechos de tránsito de los cuales hayan sido eximidos los buques pertenecientes a ciudadanos de los Estados Unidos.

[...] La ley del Congreso, al declarar que no deben cobrarse derechos de tránsito a los buques dedicados al comercio de cabotaje de los Estados Unidos, y al establecer, encargando al Presidente que fije esos derechos dentro de ciertos límites, una diferencia entre los buques de ciudadanos de los Estados Unidos y los demás buques, ya era en sí, e independientemente de toda medida que pueda adoptarse en virtud de ella, incompatible con las disposiciones del Tratado Hay-Pauncefote sobre la igualdad de trato de los buques de todas las naciones [75].

Finalmente no hubo arbitraje en este asunto ya que los Estados Unidos aceptaron modificar la ley que había dado lugar a este intercambio de notas. Pero, de todos modos, es interesante examinar las posiciones adoptadas por ambos gobiernos. La tesis estadounidense correspondía por completo, al menos desde el punto de vista formal, al criterio general que, a juicio del Relator Especial, debe imponerse en esta materia, a saber que no puede concluirse que se ha violado una obligación que exija de un Estado la garantía *in concreto* de un resultado determinado, por el hecho de que el Estado haya adoptado una medida, legislativa o de otra índole, que no constituye aún la creación de una situación concreta no conforme al resultado apetecido, incluso si tal medida obstaculiza la obtención de dicho resultado. En cambio, la tesis británica parecía contradecir este criterio. Cabe, sin embargo, observar que la medida adoptada por el Gobierno estadounidense en este caso no equivalía a prever la imposición, a los buques británicos, de derechos de tránsito más elevados que los aplicados a los buques estadounidenses, sino a eximir a estos últimos de los derechos que seguían cobrándose a los buques de las demás naciones. Podía, pues, sostenerse con cierto fundamento que la situación resultante para los buques británicos ya era una situación *in concreto* discriminatoria e ilícita según el Tratado, lo que explica la celeridad con que el Presidente Wilson hizo modificar dicha situación por la Ley de 1914. Por otra parte, como observa McNair en su comentario a la nota británica:

[...] la nota británica no llegó a afirmar que se había producido ya una violación del tratado y [...] los párrafos siguientes tienen más bien la naturaleza de la afirmación, a título preventivo, de un derecho a protestar y solicitar el arbitraje [76].

La protesta británica y su propuesta de arbitraje parecen. en efecto, haber tenido por finalidad evitar que se produjera un hecho internacionalmente ilícito, más que poner de manifiesto las consecuencias de un hecho ilícito ya realizado [77]. Además, en el párrafo anterior se ha podido comprobar que, en 1929, el Gobierno británico iba a adherirse decididamente al principio según el cual los hechos derivados de la ley, y no la ley en sí, dan origen a la responsabilidad del Estado[78].

35. Por lo que respecta a la jurisprudencia internacional, cabe recordar que la Comisión general de reclamaciones Estados Unidos de América/Panamá, creada por la Convención de 28 de julio de 1926, tomó directamente en consideración, en su decisión del 27 de junio de 1933 relativa al *Asunto de la Mariposa Development Company*, el problema aquí examinado. En dicha decisión se lee:

La Comisión no afirma que no pueda aprobarse una ley de tal carácter que su simple promulgación destruya la utilidad comercial de un bien privado, le reste todo valor y dé lugar inmediatamente a una reclamación internacional; pero opina que, por lo común, y tal es el presente caso, debe considerarse que la acción para reclamar por la expropiación nace cuando se ponen trabas a la posesión y no cuando se aprueba la ley que hace posible el ulterior desposeimiento.

El simple sentido común hace ver que la mera aprobación de una ley en virtud de la cual puede expropiarse ulteriormente un bien sin indemnización en virtud de una decisión judicial o administrativa no debe dar lugar inmediatamente a una reclamación internacional por cuenta de cada extranjero propietario de bienes en el país. Debería haber un *locus paenitentiae:* dar oportunidad para las gestiones por la vía diplomática y la tolerancia en la acción de la autoridad administrativa, y sólo debería haber posibilidad de interponer una reclamación cuando se proceda efectivamente a la confiscación [79].

El criterio adoptado por la Comisión Estados Unidos de América/Panamá coincide, pues, perfectamente con el formulado en el apartado *c* de los diferentes elementos de la conclusión enunciada en el párrafo 27 *supra*. En el asunto sometido a esa Comisión, el resultado perseguido era claramente el respeto de los bienes de extranjeros. Ahora bien, según la propia Comisión, no podía considerarse que ese resultado dejaba de lograrse por el solo hecho de la aprobación de una ley que permitía proceder en el futuro a confiscaciones de bienes de extranjeros («cuando se aprueba la ley que hace posible el ulterior desposeimiento»). Sólo se podría hablar de resultado incumplido —y aun con posibilidades ulteriores de obtención de dicho resultado, cuestión que se tratará concretamente más adelante— sólo cabría hablar de violación de la obligación si en efecto se vulnerase el derecho de propiedad de un extranjero («cuando se ponen trabas a la posesión»). Como hizo observar la Comisión, el único caso en que, desde otro punto de vista, podría considerarse incumplido el resultado exigido desde el momento de la aprobación de la ley que autoriza la expropiación sería aquel en que, por el hecho de la aprobación de dicha ley, el valor comercial de los bienes del extranjero quedara gravemente afectado [80]. De otro modo, habrá violación, a su juicio, cuando se prive *in concreto* al extranjero de sus bienes y no cuando se haya

[75] Nota del Embajador de la Gran Bretaña en Wáshington al Secretario de Estado estadounidense, Knox, de fecha 28 de febrero de 1913 (A. D. McNair, *The Law of Treaties*, 2.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1961, págs. 548 y 549).

[76] *Ibid.*, pág. 548.

[77] Una nota de protesta y una propuesta para que la existencia de un derecho sea comprobada por un órgano objetivo pueden muy bien justificarse en cuanto medio de prevención de un hecho internacionalmente ilícito. Véanse Schwarzenberger, *op. cit.*, pág. 614, E. Vitta, *op. cit.*, pág. 95, y Favre, *op. cit.*, pág. 651.

[78] Véase párr. 33 *supra*.

[79] Naciones Unidas, *Recueil des sentances arbitrales*, vol. VI (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 1955.V.3), págs. 340 y 341.

[80] Véase sobre esta cuestión Reuter, *loc. cit.*, págs. 95 y 96.

meramente adoptado una medida que haga posible *in abstracto* tal privación.

36. En otras decisiones judiciales internacionales, la aceptación del principio que se examina se hace, si no *expressis verbis*, por lo menos implícitamente. Así ha ocurrido, por ejemplo, cuando la Corte Permanente de Justicia Internacional, llamada a decidir si una ley dada constituye o no la violación de una obligación internacional —obligación, conviene precisarlo, perteneciente a la categoría de las que sólo persiguen la obtención por el Estado de un resultado determinado y no de las que exigen la adopción de un comportamiento específicamente determinado— se ha referido a la *aplicación* de dicha ley y no a su *aprobación*. En su tan famoso fallo de 25 de mayo de 1926 en el *Asunto relativo a ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca (fondo)*, la Corte afirmó:

> Cabría preguntar si no plantea una dificultad el hecho de que la Corte debería ocuparse de la ley polaca de 14 de julio de 1920. Mas tal no es, al parecer, el caso [...]. La Corte ciertamente no está llamada a interpretar la ley polaca como tal; pero nada se opone a que se pronuncie sobre la cuestión de saber si, *al aplicar dicha ley* *, Polonia ha actuado o no de conformidad con las obligaciones que la Convención de Ginebra le impone para con Alemania [81].

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos parece, por su parte, defender el mismo criterio, por ejemplo cuando en su fallo en el *Asunto De Becker*, de 27 de marzo de 1962, declara:

> [...] El Tribunal no está obligado en virtud de los artículos 19 y 25 de la Convención a zanjar un problema abstracto relativo a la compatibilidad de dicha ley con las disposiciones de la Convención, sino *el caso concreto de la aplicación* * de tal ley con respecto al demandante y en la medida en que éste haya sido lesionado por ella en el ejercicio de uno de los derechos garantizados por la Convención [...] [82].

Se advierten, por último, posiciones muy análogas en una serie de decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos [83].

37. En consecuencia, puede resumirse lo que se desprende del presente análisis tomando nota de que la doctrina, la práctica de los Estados y la jurisprudencia internacional confirman conjuntamente lo que se ha deducido lógicamente en primer lugar de la naturaleza peculiar de las obligaciones que exigen del Estado la obtención concreta de un resultado. El hecho de que el Estado sujeto a una obligación de esa índole haya adoptado una medida y, en especial, haya aprobado una ley que constituya *in abstracto* un obstáculo a la obtención del resultado exigido no constituye todavía una violación en sí, ni siquiera un comienzo de violación de la obligación considerada [84]. No habrá violación más que si se comprueba que el Estado no ha garantizado *in concreto* dicho resultado.

38. Para terminar, se mencionará el cuarto elemento de la conclusión a que se llega ineludiblemente cuando se trata de determinar la existencia de la violación de una obligación que no requiere del Estado un comportamiento específico, sino el logro de un resultado *in concreto* [85]. Ese elemento estriba en que el Estado que no ha obtenido el resultado requerido no puede eludir el cargo de no haber cumplido la obligación internacional alegando que ha adoptado medidas con las cuales esperaba lograr el resultado que de él se exigía. Lo importante, como se ha dicho una y otra vez, es que se logre el resultado concreto: si no se logra, hay violación, cualesquiera que sean las medidas adoptadas por el Estado [86]. Se ha visto, por ejemplo, que el párrafo 1 del artículo 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial [87] dispone que:

> Los Estados partes condenan la discriminación racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas [...].

Ahora bien, huelga decir que, si las autoridades ejecutivas de un Estado Parte en la Convención cometen de hecho actos de discriminación racial, el Estado no eludirá la consecuencia de que se reconozca contra él una violación de la Convención, escudándose tras la ley que pueda haber dictado para prohibir tales actos [88]. Por lo demás, es inútil insistir, pues la verdad expresada por este último

---

[81] *C.P.J.I.*, serie A, N.º 7, pág. 19. En la opinión consultiva de 4 de fefrero de 1932 relativa al Trato de los nacionales polacos en Dantzig (*ibid.*, serie A/B, N.º 44, pág. 24), la Corte estimó igualmente que:

> «*La aplicación** de la Constitución de la Ciudad Libre [...] puede tener como resultado la violación de una obligación jurídica internacional de Dantzig.»

[82] *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme, 1962*, La Haya, vol. 5, 1963, págs. 335 y 337.

[83] Las decisiones sobre las demandas N.º 290/57 contra Irlanda y N.º 867/70 contra Noruega contienen la declaración siguiente:

> «La Comisión no puede examinar la conformidad de una ley nacional con la Convención más que si dicha ley es aplicable a una persona física, una organización no gubernamental o un grupo de particulares y sólo en la medida en que *su aplicación pueda haber entrañado una violación de la Convención** en perjuicio de dicha persona física, de dicha organización o de dicho grupo de particulares [...].» (*Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1960, La Haya, vol. 3, 1961, pág. 221; *Annuaire de la Convention..., 1961*, La Haya, vol. 4, 1962, pág. 227.)

[84] Con la excepción, por supuesto, de los casos como el mencionado por la Comisión de recursos en el asunto de la Mariposa Development Company (véase párr. 35 *supra*) en los que la ley correspondiente crearía por sí misma una situación concreta incompatible con el resultado internacionalmente exigido.

[85] Véase párr. 27 *supra*, apartado *d*.

[86] El resultado que debe lograrse ha de ser, evidentemente, el que la obligación internacional exige del Estado y sólo ése. Conviene subrayarlo sobre todo en lo que concierne a la posible violación de una obligación que, por ejemplo, requiera del Estado que asegure, por los medios que estime más adecuados, una protección apropiada contra ciertos acontecimientos exteriores. No cabe duda de que el resultado que en tal hipótesis se exige es que el sistema de protección esté constituido y funcione, y no que el acontecimiento temido se evite en cualquier circunstancia. En una sección ulterior estudiaremos con más detalle los hechos internacionalmente ilícitos llamados de acontecimiento y sus características distintivas.

[87] Para la referencia, véase la nota 8 *supra*.

[88] Cabe observar, además, que aun en el caso de que una obligación imponga expresamente al Estado que apruebe una ley con un contenido determinado, tal obligación suele ir acompañada de una obligación de aplicar esa ley. El hecho de haber dictado la ley prescrita constituye entonces la ejecución de la primera obligación, pero el hecho de no aplicar efectivamente esa ley constituye una violación de la segunda obligación. Véase a este respecto la posición enunciada al final del pasaje relativo al informe de la Comisión de Investigación Ghana/Portugal, que se cita en el párrafo 9, concerniente a la violación del Convenio N.º 105 de la OIT sobre la abolición del trabajo forzoso.

elemento de la conclusión que se formula más arriba [89] (elemento que tiene en cuenta la situación inversa a la precedentemente examinada y resuelve el caso según los mismos principios) es de una absoluta evidencia.

39. Se ha dicho, al comenzar el presente análisis [90], que en éste se tomaría en consideración, en un principio, la hipótesis en que el Estado dispone, para asegurar el resultado requerido por una obligación internacional, de una libertad de opción inicial en cuanto a los medios que habrá de utilizar a tal efecto, y solamente de esa libertad inicial. Es evidente que si, en esa hipótesis, el Estado, por el comportamiento activo o pasivo que adopte al decidirse por una de las líneas de conducta que es dueño de elegir, llega a una situación incompatible con el resultado exigido por la obligación internacional a su cargo, pierde con ello toda posibilidad de cumplir su obligación. No se le autoriza a poner remedio *ex post facto* a los efectos de su comportamiento, ni a modificar, recurriendo a otro medio, la situación que ha creado.

40. No es imposible que en el propio texto del instrumento en que se establece la obligación se prevea expresamente que la libertad del Estado para ejecutar su obligación se limita exclusivamente a la elección inicial entre los diferentes medios utilizables para asegurar el resultado internacionalmente requerido. Es más probable, sin embargo, que tal limitación deba deducirse implícitamente del contexto del instrumento o de su objeto o su finalidad. Pero no cabe duda de que, en general, dimana automáticamente de la naturaleza específica del resultado a que tiende la obligación internacional, que hace que, por el solo hecho de crearse una situación contraria a ese resultado, éste no pueda ya lograrse. Se citará, para ilustrar el caso, uno de los ejemplos mencionados anteriormente [91], a saber, la disposición del párrafo 2 del artículo 22 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, por la que se obliga al Estado receptor a «adoptar todas las medidas adecuadas para proteger los locales de la misión contra toda intrusión o daño y evitar que se turbe la tranquilidad de la misión o se atente contra su dignidad». Otro ejemplo, entre las obligaciones internacionales de origen consuetudinario relacionadas con la condición de los extranjeros en general, es el caso de la obligación del Estado de establecer un sistema mínimo de protección preventiva de los extranjeros contra los ataques debidos, por ejemplo, a una explosión de xenofobia. No cabe duda de que en ambos casos sólo se indica al Estado el resultado que debe lograr y que el Estado dispone, sin duda alguna, de una libertad inicial en cuanto a los medios que puede elegir para asegurar el sistema de protección requerido. Ahora bien, cuando, sea cual fuere el medio de protección elegido, ha sido posible, a causa de la insuficiencia manifiesta de tal protección, que una muchedumbre amotinada invada los locales de una embajada, linche a un extranjero o proceda a una matanza de nacionales de un país determinado, es forzoso reconocer que el incumplimiento de la obligación que incumbía al Estado es irremediable y que no queda absolutamente ninguna posibilidad de recurrir a un medio ulterior para restablecer una situación *ab initio* conforme al resultado exigido por la obligación internacional. El resultado que el Estado debía lograr no se ha logrado ni se logrará, y debe reconocerse que el Estado ha violado la obligación que le incumbía.

41. La hipótesis prevista en los dos párrafos precedentes representa, sin embargo, más bien una excepción que una regla. Como se ha podido comprobar, cuando el derecho internacional define la obligación que impone al Estado indicando simplemente el resultado que debe lograr, la libertad que le deja en cuanto a los medios de lograr tal resultado suele ir más allá de la mera libertad de opción inicial. Mientras el resultado deseado no haya pasado a ser definitivamente imposible de lograr por el solo hecho del primer comportamiento adoptado por el Estado, el derecho internacional no priva en general al Estado que por medio de uno de sus órganos ha creado una situación incompatible con el resultado exigido por una obligación internacional, de la posibilidad de lograr ese resultado mediante un nuevo comportamiento de los órganos estatales que haga desaparecer la situación existente y la sustituya por otra, conforme *ab initio* a dicho resultado. En tal caso, la posibilidad de acción ulterior que se ofrece al Estado viene a añadirse a la libertad de opción de que disponía inicialmente, y a completarla [92]. La latitud de que dispone el Estado para ejecutar la obligación a su cargo queda así definida en su totalidad.

42. Sin embargo, antes de formular conclusiones en cuanto a las condiciones que en la hipótesis prevista deben llenarse para reconocer que se ha violado una obligación internacional, debe hacerse una reserva. Cabe la posibilidad de que en el plano internacional nada se oponga a que el Estado pueda cumplir su obligación remediando *ex post facto* y por un comportamiento nuevo una situación incompatible con el resultado internacionalmente exigido, situación que ha sido creada por el comportamiento inicial. Pero también cabe que el Estado, en el sistema de su propio derecho interno, encuentre un obstáculo que se oponga a tal posibilidad. Tal seria el caso, en particular, cuando la situación incompatible con el resultado internacionalmente exigido se hubiese producido por un medio cuyos efectos no pudieran suprimirse. Cuando, por ejemplo, la situación ha sido creada por la aprobación y la aplicación efectiva de una ley, en la mayoría de los casos se deberá renunciar a la esperanza de encontrar en el sistema jurídico interno un medio para modificar retroactivamente esa situación y asegurar así el resultado al que tales medidas se habían opuesto. La única posibilidad de modificar retroactivamente tal situación sería que existiera en el aparato estatal una instancia judicial facultada para pronunciar la nulidad de los actos legislativos y suprimir retroactiva-

[89] Párr. 27, apartado *d*.

[90] Párr. 26.

[91] Párr. 17 *supra*.

[92] Aunque no necesariamente, pues, como se ha observado (párr. 19 *supra*) la facultad de remediar *a posteriori* las consecuencias de un comportamiento inicial contrario a la obtención del resultado internacionalmente exigido puede llegar a subsistir en ciertos casos en que, en un principio, la propia naturaleza del resultado que debía lograrse no permitía una verdadera elección entre diferentes medios de acción, ya que tal resultado sólo podía lograrse por un solo medio.

mente sus efectos. La obligación de respetar los bienes de los extranjeros, prevista en ciertos tratados, es el ejemplo típico de una obligación que exige del Estado la obtención de un resultado dejándole total libertad en cuanto a los medios de lograrlo. Pero si el Estado dicta una ley en la que se dispone la expropiación sin indemnización de ciertas categorías de extranjeros o de ciertas categorías de bienes pertenecientes a extranjeros, y aplica esa ley a la propiedad de particulares protegidos por un tratado de esa índole, no cabrá razonablemente esperar que se pueda asegurar la ejecución de la obligación prevista en el tratado, pues no se ve qué órganos o qué instancias podrían hacerlo. Se llega a la misma conclusión en las hipótesis en que la actividad que ha creado una situación incompatible con el resultado exigido se ha concretado en una medida del poder ejecutivo que no pueda ser anulada ni modificada por otro órgano estatal, o en una decisión del poder judicial contra la que no exista recurso alguno, o en una medida administrativa o judicial que se haya limitado a aplicar correctamente una disposición obligatoria de la ley. Debe subrayarse —y no sólo en estos casos— que la imposibilidad de remediar las consecuencias del comportamiento inicial por un nuevo comportamiento que las suprima puede no deberse a que falten realmente en el orden jurídico interno medios utilizables a tal efecto, sino a que la existencia de tales medios sea puramente formal y a que éstos no ofrezcan, en tales casos, ninguna perspectiva real de lograr el efecto buscado. En todos estos casos la comprobada imposibilidad de remediar la situación creada por la acción o la omisión del órgano que actuó inicialmente tiene entonces los mismos efectos paralizantes que el impedimento que se produce, como se ha visto en el párrafo anterior, cuando a causa de la acción o la omisión inicial del Estado no puede de hecho lograrse el resultado exigido por la obligación internacional. Tanto en un caso como en otro, el Estado no dispone realmente de los medios que le permitan eliminar las consecuencias del comportamiento inicial. Sólo queda comprobar que el resultado que el Estado debía garantizar no está ni estará garantizado: queda entonces necesariamente establecida la existencia de una violación de la obligación.

43. Deben, pues, reunirse tres condiciones para que la situación creada por el comportamiento inicial de un órgano del Estado e incompatible con el resultado exigido por una obligación internacional no constituya una violación completa y definitiva de esa obligación: *a*) que en la obligación se deje en principio al Estado la posibilidad de proseguir la consecución del resultado apetecido aunque, por una acción u omisión de uno de sus órganos se haya creado una situación incompatible con tal resultado; *b*) que el resultado exigido no sea de hecho definitivamente irrealizable a consecuencia de la acción o la omisión mencionadas, y *c*) que el orden jurídico interno no se oponga formal o realmente a ese esfuerzo ulterior por asegurar a pesar de todo la ejecución de la obligación. Si se reúnen todas esas condiciones, es obvio que no se puede evidentemente llegar aún a la conclusión de que el Estado ha faltado definitivamente a su obligación de asegurar el resultado que de él se esperaba. El hecho de que el órgano que interviene inicialmente en el asunto haya dado lugar, por su acción o su omisión, a una situación incompatible con el resultado exigido no es más que un comienzo, un esbozo de violación de la obligación internacional, puesto que el Estado no ha agotado sus posibilidades de obrar con miras a la consecución de dicho resultado. Tal esbozo de violación de la obligación desaparecerá si el Estado sabe aprovechar la oportunidad que todavía tiene de lograr plenamente, por un nuevo comportamiento, el resultado que debe alcanzar, eliminando del todo y *ab initio* la situación incompatible creada por el comportamiento anterior. Basta recordar, a ese respecto, las obligaciones internacionales que se han dado antes como ejemplos [93]. Supóngase que, contrariamente a las disposiciones de las convenciones internacionales relativas a los derechos humanos, las autoridades policiales de un Estado nieguen a ciertas personas la libertad de residir en el lugar de su elección, o la libertad de asociarse, o la de profesar su religión, etc., o que, en contra de las disposiciones de un tratado de establecimiento, la autoridad administrativa competente niegue o retire a un extranjero la licencia para ejercer una profesión o una actividad determinada. En cada uno de estos casos, el Estado podrá todavía, si quiere hacerlo, asegurar una situación conforme con el resultado internacionalmente requerido, siempre que haya en el país una autoridad administrativa superior o una jurisdicción administrativa, o una jurisdicción civil que tenga la competencia y la posibilidad material de derogar la prohibición de residencia o de asociación o de eliminar los obstáculos a la práctica del culto elegido, o de anular el acto de denegación o revocación de licencia. Supóngase que, contrariamente a la obligación dispuesta en una convención internacional en virtud de la cual deben aplicarse a ciertas relaciones relativas a los nacionales de un país determinado la ley nacional de esas personas, un tribunal de primera instancia aplique, en un caso dado, una ley diferente, o que, en contra de las obligaciones impuestas por la costumbre internacional, un tribunal ponga trabas al desarrollo normal de un proceso incoado por un extranjero, o absuelva a los autores reconocidos de un delito contra el representante de un gobierno extranjero o simplemente contra un extranjero [94]. El Estado aún podrá cumplir con las obligaciones que le incumben siempre que exista una instancia superior facultada para modificar la decisión impugnada y crear así una situación en todo punto conforme con el resultado internacionalmente exigido.

44. En todas estas hipótesis, el comportamiento inicial de un órgano estatal que ha creado una situación incompatible con el resultado internacionalmente exigido sólo pasará a ser una violación completa de la obligación internacional si el Estado, a pesar de la posibilidad que se le ofrece, se abstiene de eliminar esa situación o la confirma por otra acción. Tras esa omisión o acción ulterior, la existencia de la violación quedará definitivamente establecida y el Estado incurrirá en responsabilidad. Pero en tal caso, como el comienzo de violación, representado por el comportamiento inicial, no habrá sido suprimido, sino, antes bien, completado por el comportamiento ulterior del Estado, la violación se habrá reali-

[93] Véanse párrs. 20 a 22.
[94] Véase párr. 22 *supra*.

zado en definitiva mediante un hecho complejo [95] que comprenderá todas las acciones y omisiones sucesivas del Estado en el caso considerado.

45. Hay que mencionar, por último, la tercera de las hipótesis examinadas en la primera parte de esta sección: la relativa a la categoría de obligaciones cuyos aspectos se han puesto de manifiesto y de la que se han dado ejemplos [96]. Tales obligaciones se caracterizan, como se ha dicho, frente a las que acaban de mencionarse, por un mayor grado de permisividad en la latitud que se deja al Estado para cumplirlas. La naturaleza, las finalidades y la esfera de acción de esas obligaciones hacen que, aunque el comportamiento inicial del Estado a quien incumbe la obligación, además de crear una situación incompatible con el resultado internacionalmente exigido, haga materialmente imposible el logro de tal resultado, ese Estado sigue disponiendo de una última posibilidad de cumplir con sus deberes internacionales. El Estado puede asegurar excepcionalmente, en lugar del resultado exigido, otro resultado que lo sustituya, es decir, un resultado diferente del que se preveía en la obligación, pero en cierto modo equivalente. La conclusión en lo que respecta al reconocimiento de la violación de una de esas obligaciones es obvia. Como se ha dicho ya, no se podrá, por ejemplo, imputar al Estado una violación completa de la obligación de ejercer cierta vigilancia para prevenir ataques inadmisibles contra la persona y los bienes de los extranjeros, o de la obligación de proteger a todo individuo contra la detención o el encarcelamiento arbitrarios, por el solo hecho de que el Estado no haya podido impedir que tales actos se produzcan. Para llegar a la conclusión de que el Estado ha cometido una violación de esa índole, será preciso que ese Estado, que no ha podido lograr el resultado prioritario tampoco haya logrado un resultado sustitutivo, es decir, que las víctimas de esos hechos obtengan plena y total reparación de los perjuicios sufridos [97]. Este segundo incumplimiento, al añadirse al comienzo de violación representado por el primero, lo transforma en violación completa y definitiva. Y, como en la hipótesis precedentemente examinada, la violación está constituida por un hecho estatal «complejo».

46. A la luz de los datos facilitados y de los argumentos aducidos en la presente sección, el Relator Especial propone, para definir la materia delicada que en ella se trata, que se apruebe el texto siguiente:

Artículo 21.— Violación de una obligación internacional que exige del Estado la obtención de un resultado

1. Hay violación de una obligación internacional que exige del Estado que logre *in concreto* determinado resultado, dejándolo en libertad para elegir inicialmente el medio de conseguirlo, si el Estado, mediante el comportamiento observado en el ejercicio de esa libertad de elección, no ha logrado concretamente el resultado internacionalmente exigido.

2. En los casos en que la obligación internacional permite al Estado cuyo comportamiento inicial ha dado lugar a una situación incompatible con el resultado buscado poner remedio a esa situación, ya obteniendo mediante un nuevo comportamiento el resultado originalmente exigido, ya logrando en su lugar un resultado equivalente, hay violación de la obligación si, además, el Estado ha desaprovechado esa posibilidad ulterior y de ese modo ha completado el principio de violación representado por su comportamiento inicial.

7. Agotamiento de los recursos internos

47. En la sección precedente se ha examinado cómo se produce, en general, la violación de una obligación internacional cuando ésta no exige del Estado que observe un comportamiento específicamente determinado, sino sólo que obtenga concretamente determinado resultado. Se ha señalado que, en este caso, es lógico que tanto el cumplimiento como la violación de la obligación se aprecien con referencia a ese resultado. Por ello se ha empezado por poner de relieve el criterio fundamental según el cual hay violación cuando no se ha logrado concretamente el resultado exigido. A la luz de este criterio se ha pasado a examinar de qué modo el margen más o menos grande de latitud de que dispone el Estado para obtener ese resultado es determinante para deducir la existencia de una violación de la obligación internacional. El análisis de esta cuestión ha permitido definir los principios básicos que indican las condiciones en que se puede considerar que se ha cometido tal violación, bien en los casos en que el Estado sólo dispone inicialmente de una libertad de elección, bien en aquellos, más frecuentes, en que el Estado que ha dado lugar con su comportamiento inicial a una situación incompatible con el resultado exigido por la obligación tiene todavía la posibilidad de poner remedio a esa situación y de cumplir su obligación mediante un comportamiento ulterior.

48. Una vez establecidas así las reglas fundamentales, procede estudiar en particular, en relación con los casos mencionados en segundo lugar, las condiciones específicas de la violación de obligaciones que corresponden a una categoría determinada. Se trata de las obligaciones que tienen por objeto la protección de los particulares, personas físicas o jurídicas, y que, en el ámbito internacional, formulan determinadas exigencias y establecen determinadas garantías en cuanto al trato que los Estados deben otorgar en el ámbito interno a esas personas y a sus bienes. Para los efectos de determinar si ha habido violación de una obligación de esta categoría, una condición suplementaria viene a sumarse a las que se requieren en relación con la violación de otras obligaciones que, por lo demás, también se califican de obligaciones «de resultado». A juicio del Relator Especial, las características propias de esas obligaciones, que derivan precisamente de la naturaleza de sus beneficiarios, son también la causa de las particularidades de las condiciones de su violación.

49. En efecto, cuando el resultado que el Estado tiene el deber de alcanzar ha sido establecido fundamentalmente en favor de particulares y afecta a la situación

[95] La noción de hecho estatal «complejo» ha sido ilustrada por el Relator Especial en su quinto informe [véase *Anuario... 1976*, vol. II (primera parte), págs. 24 y 25, documento A/CN.4/291 y Add.1 y 2, párr. 67] y por la propia Comisión en su proyecto de artículos [véase *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), págs. 85 y 92 y 93, documento A/31/10, cap. III, secc. B, art. 18, párr. 5, y párr. 23 del comentario].

[96] Véase párr. 23 *supra*.

[97] *Ibid.*

de éstos en el ámbito del ordenamiento jurídico interno del Estado obligado, es normal que se recurra a la colaboración de las personas interesadas para conseguir que el Estado se atenga a lo que prescribe en su provecho la obligación internacional. Es normal que, si surgen dificultades, corresponda a esas personas la iniciativa de promover la acción del Estado para poner remedio a los efectos a que eventualmente haya dado lugar la acción u omisión inicial de un miembro del aparato estatal, acción u omisión atribuible al Estado y contraria al logro del resultado internacionalmente exigido [98]. Así pues, habrá violación de la obligación internacional si los particulares que se consideran perjudicados, por hallarse en una situación incompatible con el resultado internacionalmente exigido, no consiguen, aun utilizando hasta el fin los medios de recurso que se les ofrecen en el ámbito interno, que esa situación sea debidamente reparada. En este caso, en efecto, el resultado a que tiende la obligación internacional se hace definitivamente irrealizable por obra del Estado. Sin embargo, si los particulares que deben y pueden poner en marcha el mecanismo necesario dejan por cualquier razón de hacerlo [99], no será posible normalmente reprochar al Estado que no haya tomado la iniciativa de eliminar la situación concreta a que ha dado lugar su comportamiento inicial y que está en contradicción con el resultado internacionalmente exigido. Así pues, si falta la acción de los particulares interesados, la situación a que haya dado lugar el comportamiento estatal en oposición con el resultado internacionalmente buscado no podrá ser corregida mediante una acción ulterior del Estado, apta para sustituir esa situación por otra que esté en conformidad con ese resultado. No obstante, el hecho de que no se haya efectuado esa rectificación debido únicamente a que aquellos a quienes incumbía tomar la iniciativa no la han tomado, no es imputable al Estado. En este caso los hechos son muy distintos de aquel en que, pese a la iniciativa efectivamente tomada para obtener la rectificación, la situación creada por el comportamiento inicial viene a ser confirmada por un nuevo comportamiento del Estado, incompatible también con el resultado internacionalmente exigido. En el supuesto ahora considerado no se puede deducir que ha habido violación de la obligación por el Estado, precisamente porque no se ha cumplido una de las condiciones para que se produzca esa violación. La falta de esa condición tiene por efecto excluir la ilicitud del hecho de que no se haya logrado el resultado internacionalmente exigido. En este caso, pues, no se puede considerar que el Estado ha incurrido en responsabilidad internacional. Este es el significado, a juicio del Relator Especial, de la condición denominada del «agotamiento de los recursos internos».

50. El principio que enuncia esta condición ha sido objeto de estudios específicos, a veces muy completos. Por otra parte, es uno de los principios de que más se han ocupado los autores de tratados generales dedicados a la responsabilidad de los Estados por violación de sus obligaciones relativas al trato de los particulares extranjeros o a su protección contra los daños causados a su persona o a sus bienes. Los tribunales internacionales lo han mencionado a menudo y aparece con frecuencia en las convenciones internacionales destinadas a garantizar la concesión por los Estados contratantes de cierta situación a particulares extranjeros o incluso nacionales. Habida cuenta del vivo interés que ha suscitado ese principio y de la abundancia de formulaciones y análisis, es lógico que se hayan expresado puntos de vista diferentes al examinar y explicar el principio y que se hayan formulado al respecto concepciones divergentes. De ahí que se hayan manifestado posiciones antagónicas, en particular en cuanto al origen convencional o consuetudinario del principio, al hecho de si debe ser considerado como una norma de fondo o de procedimiento, etc.

51. En opinión del Relator Especial, muchas de estas disputas son más aparentes que reales y se deben, a menudo, al hecho de que la cuestión ha sido mal planteada o, sobre todo, a que el marco específico dentro del cual se ha examinado el problema ha conducido a conclusiones a las que probablemente no se habría llegado si el análisis se hubiera efectuado en un marco más amplio. Nadie discute, en efecto, que el principio que requiere la utilización de los medios de recursos internos por los particulares que se estiman perjudicados por medidas o decisiones no conformes a lo que el derecho internacional dispone que se les otorgue convierte finalmente esa utilización en una condición para que sea posible «hacer efectiva» la responsabilidad internacional. Y ello es así tanto si el modo de hacer efectiva la responsabilidad internacional consiste en la presentación de una reclamación diplomática como si se traduce en la interposición de un recurso ante un organismo judicial o arbitral internacional. Es indiscutible, por lo tanto, que el principio tiene repercusiones evidentes sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos destinados a hacer efectiva la responsabilidad. Sin embargo, ello no permite deducir que el principio mismo no es más que una «regla práctica» o una «regla de procedimiento», como algunos sostienen, aunque luego ya no se pongan de acuerdo sobre la cuestión de si esta «regla» debe referirse a la protección diplomática en general o sólo al procedimiento de presentación de una reclamación ante un tribunal internacional. Las innegables repercusiones del principio sobre esos distintos procedimientos son lógico corolario de tal principio, pero la proposición principal que éste enuncia no puede reducirse, a juicio del Relator Especial, a ese corolario.

52. En opinión del Relator Especial, el principio que establece la condición del agotamiento de los recursos internos opera necesariamente y ante todo en el plano de la determinación de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito resultante de la violación de una obligación internacional y, por consiguiente, en el plano

[98] Por el contrario, cuando el resultado que ha de alcanzarse se exige en beneficio directo de otros sujetos de derecho internacional, la iniciativa de la acción que aún permitiría el cumplimiento de la obligación no puede corresponder más que al Estado al que ésta incumbe, en la medida en que tenga la posibilidad de poner remedio a los efectos del comportamiento inicial incompatible con ese resultado. No se puede considerar normal, en efecto, que la incoación de tal acción en el ámbito del ordenamiento jurídico interno del Estado corresponde a otro Estado, sujeto de derecho internacional.

[99] A condición, evidentemente, de que el Estado no tenga ninguna culpa de esa pasividad de los particulares.

del nacimiento de la responsabilidad internacional. Afirmar, por ejemplo, que un Estado ha cometido una violación de la obligación que le incumbe, en virtud de un tratado, de garantizar una situación determinada a un nacional de otro Estado equivale, como se ha comprobado desde el comienzo de nuestros trabajos, a afirmar que se ha lesionado un derecho subjetivo internacional de ese otro Estado, a saber, el derecho a que se garantice a la persona que es nacional suyo la situación prescrita en el tratado. Así pues, si un Estado ha perfeccionado una violación de su obligación respecto de otro Estado y si, por consiguiente, el derecho de este último ha quedado definitivamente lesionado, el autor de esa violación incurre inevitablemente en responsabilidad internacional [100]. Ahora bien, el nacimiento de una responsabilidad equivale al nacimiento de las nuevas situaciones jurídicas subjetivas en que aquélla se traduce. En el presente caso se trata del nacimiento de un nuevo derecho subjetivo internacional del Estado perjudicado a obtener reparación por la lesión del derecho que le confería el tratado. Sería inconcebible que ese nuevo derecho subjetivo internacional del Estado, nacido de la infracción cometida, quede, por así decirlo, suspendido en el aire a la espera del resultado de una acción entablada por un particular en el ámbito interno, acción que puede conducir al restablecimiento del derecho de ese particular, pero no al restablecimiento de un derecho propio del Estado en el ámbito internacional y que, en ese ámbito, ha sido lesionado. Derecho, en el sentido subjetivo del término, significa esencialmente facultad de exigir de un tercero un comportamiento o una prestación. Si el Estado no está autorizado a exigir la reparación de un hecho internacionalmente ilícito cometido en perjuicio suyo hasta que el particular haya utilizado y agotado los recursos internos es porque, por el momento, no tiene derecho a esa reparación, es decir, porque ese hecho ilícito no existe todavía, o por lo menos no ha sido todavía realizado completamente, y porque aún no ha nacido la responsabilidad internacional. Como ya se ha indicado, sólo el eventual rechazo definitivo de los recursos dará lugar a esa responsabilidad, completando con sus efectos los del comportamiento inicialmente observado por el Estado en ese caso particular y haciendo de ese modo definitivamente imposible la consecución del resultado exigido por la obligación internacional. En efecto, conviene insistir en ello, el Estado perfecciona su acto ilícito al provocar la imposibilidad definitiva de conseguir el resultado buscado. Pensar lo contrario equivale a no tener en cuenta la característica de una obligación que no se refiere a la observancia de un comportamiento específicamente determinado, sino al logro final de un resultado, y supone no tener presente el concepto de hecho estatal complejo ni el momento en que un hecho de esta naturaleza se perfecciona y acarrea consecuencias jurídicas internacionales. En fin, que parece innegable lógicamente que la aplicación del principio objeto de examen precede y no sigue a la violación de una obligación internacional y al nacimiento de la responsabilidad internacional.

53. Paralelamente a las consideraciones que anteceden, hay que añadir que, como ya se ha indicado, es incontestable que la condición del agotamiento de los recursos internos se enuncia explícitamente en un número cada vez mayor de convenciones internacionales. Cabe mencionar, ante todo, las convenciones de establecimiento y de otro tipo en las que se prescribe el trato que debe otorgarse a las personas físicas o jurídicas de uno de los Estados contratantes en el territorio del otro Estado contratante, las convenciones internacionales que tienen por objeto general o particular garantizar a todos, sin distinción de nacionalidad, el respeto de ciertas prerrogativas esenciales de la persona, las convenciones que rigen la facultad de recurso de los Estados a organismos arbitrales o judiciales internacionales por las infracciones cometidas en una de las esferas antes mencionadas, etc. No obstante, esta confirmación y este desarrollo por vía convencional no deben hacer perder de vista que la condición denominada del agotamiento de los recursos internos tiene su raíz en la costumbre internacional y que su afirmación en este ámbito es más antigua que su formulación en instrumentos escritos de origen voluntario. Ello obedece, nuevamente, a que este principio enuncia una condición del nacimiento de la responsabilidad internacional por violación de una obligación relativa a determinados sujetos, mucho antes de convertirse en una condición para hacer efectiva en la práctica esa responsabilidad.

54. Se ha tratado hasta ahora de puntualizar en el plano de la lógica de los principios cómo, en opinión del Relator Especial, hay que entender, justificar e interpretar, en su alcance directo y en el de sus corolarios, el enunciado de la condición del agotamiento de los recursos internos, condición que el derecho internacional afirma específicamente en relación con la violación de obligaciones internacionales relativas al trato otorgado por el Estado a particulares. A continuación hay que tratar de discernir, como se ha hecho en la sección precedente, si acaso la jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados desmienten formalmente las ideas antes expresadas y, por lo tanto, obligan a modificar las conclusiones expuestas. Se menciona la jurisprudencia y la práctica porque, como ya se ha indicado, los autores de tratados que versan específicamente sobre esta materia adoptan puntos de vista divergentes y llegan a conclusiones a menudo opuestas. En estas circunstancias, consideradas en su conjunto, las explicaciones del principio que proporcionan esos tratadistas no pueden inclinar la balanza a favor de una solución en vez de otra. Conviene tener en cuenta, asimismo, los resultados poco concluyentes a que llegó a este respecto el Instituto de Derecho Internacional en 1927, en 1954 y en 1956 [101]. Así pues, nos limitaremos a señalar que los tratadistas que han explicado el principio del agotamiento de los recursos internos con referencia principalmente al nacimiento de la responsabilidad internacional son, en

[100] Es inconcebible, por lo menos en el ordenamiento jurídico internacional, que un hecho ilícito no dé lugar a responsabilidad. Y, por supuesto, el derecho internacional, impregnado de efectividad y tendiendo siempre a fines prácticos, no puede prever el nacimiento de una responsabilidad existente sólo en abstracto, es decir, sin que otro Estado tenga la facultad de invocarla desde su aparición.

[101] *Annuaire de l'Institut de droit international, 1927*, Bruselas, vol. 33, t. I, págs. 455 y ss. y t. III, págs. 81 y ss.; *Annuaire de l'Institut..., 1954*, Basilea, vol. 45, t. I, págs. 5 y ss.; *Annuaire de l'Institut..., 1956*, vol. 46, págs. 1 y ss., y 265 y ss.

particular, Borchard [102], Strisower [103], Ago [104], Pau [105], Durante [106], Donner [107], Simpson y Fox [108], Sereni [109], Morelli [110], Giuliano [111], Gaja [112], Thierry, Combacan, Sur y Vallée [113]. Por el contrario, los aspectos procesales del principio han sido puestos de relieve por de Visscher [114], Panayotakos [115], Urbanek [116], Law [117], Amerasinghe [118], Haesler [119], Chappez [120] y Strozzi [121]. No hay que olvidar tampoco la existencia de una tercera corriente doctrinal, según la cual la regla se refiere al origen de la responsabilidad en los casos en que la violación de la obligación internacional resulta exclusivamente de la acción de órganos judiciales que han incumplido su deber de garantizar a un particular la protección judicial internacionalmente exigida contra los daños sufridos como consecuencia de la violación del derecho interno únicamente; en los demás casos, en cambio, el mismo principio sólo se refiere a los procedimientos destinados a hacer efectiva la responsabilidad. Así se expresan Eagleton [122], Eustathiades [123], Freeman[124], Fawcett [125], Verzijl [126]. Estas divergencias de opinión o a menudo, de énfasis y presentación aparecen por supuesto reflejadas en los proyectos de codificación en materia de responsabilidad internacional de los Estados elaborados por juristas o por instituciones científicas [127].

[102] E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims*, Nueva York, Banks Law Publishing, 1928, págs. 817 y ss.; «Theoretical aspects of the international responsibility of States», *Zeitschrift für ausländisches, öffentliches Recht und Völkerrecht*, Berlín, vol. I, 1.ª parte, 1929, págs. 233 y ss., 239 y ss.; y «La responsabilité des Etats à la Conférence de codification de La Haye», *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruselas, 3.ª serie, t. XII, 1931, págs. 47 y ss.

[103] L. Strisower, Informe sobre «La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers», *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1927, Bruselas, vol. 33, t. I, págs. 492 y 498.

[104] R. Ago, «La regola del previo esaurimento...» *(loc. cit.)*, págs. 181 y ss. y, en particular, 239 y ss; «Le délit international» *(loc. cit.)*, págs. 514 y ss.; y «Ovservations au sujet de l'exposé preliminaire de J. H. W. Verzijl», *Annuaire de l'Institut de droit international, 1954*, Basilea, vol. 45, t. I, págs. 34 y ss.

[105] G. Pau, «Responsabilità internazionale dello Stato per atti di giurisdizione», Instituto de Ciencias Jurídicas, Económicas y Políticas de la Universidad de Cagliari, *Studi economico-giuridici*, vol. XXXIII (1949-1950), Roma, Pinnarò, 1950, págs. 45 y ss.

[106] F. Durante, *Ricorsi individuali a organi internazionali*, Milán, Giuffrè, 1958, pág. 137.

[107] B. Donner, «K otazce nutnosti vyčerpání vnitrostátních právních postředků před diplomatickým zákrokem» (Acerca del agotamiento de los medios de recurso internos antes de la intervención diplomática), *Studies mezinárodního práva*, Praga, 1958, vol. IV, págs. 5 y ss.

[108] J. L. Simpson y H. Fox, *International Arbitration Law and Practice*, Nueva York, Praeger, 1959, págs. 111 y 112.

[109] A. P. Sereni, *op. cit.*, pág. 1534.

[110] G. Morelli, *op. cit.*, pág. 350.

[111] M. Giuliano, *Diritto internazionale*, Milán, Giuffrè, 1974, vol. I, pág. 593.

[112] G. Gaja, *op. cit.*, págs. 5 y ss.

[113] H. Thierry *et al.*, *Droit international public*, París, Montchrestien, 1975, págs. 660 y ss.

[114] Ch. de Visscher, «Note sur la responsabilité internationale des Etats et la protection diplomatique, d'après quelques documents récents», *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruselas, 3.ª serie, t. VIII, 1927, págs. 245 y ss.; y «Le déni de justice en droit international», *Recueil des cours... 1935-II*, París, Sirey, 1936, t. 52, págs. 421 y ss.

[115] C. P. Panayotakos, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes, en théorie et en pratique*, Marsella, Moullot, imp., 1952, págs. 29 y ss., y 113.

[116] H. Urbanek, «Das Völkerrechtsverletzende nationale Urteil», *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, vol. IX, fasc. 2, 1958-1959, págs. 213 y ss.

[117] C. H. P. Law, *The Local Remedies Rule in International Law*, Ginebra, Droz, 1961, págs. 32 y ss., y 131 y ss.

[118] C. F. Amerasinghe, «The formal character of the rule of local remedies», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Stuttgart, vol. 25, fasc. 3, 1965, págs. 445 y ss.

[119] T. Haesler, *The Exhaustion of Local Remedies in the Case Law of International Courts and Tribunals*, Leiden Sijthoff, 1968, págs. 92 y ss., y 131 y ss.

[120] J. Chappez, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, París, Pédone, 1972, págs. 9 y ss.

[121] G. Strozzi, *Interessi statali e interessi privati nell'ordinamento internazionale; la funzione del previo esaurimento dei ricorsi interni*, Milán, Giuffrè, 1977, pág. 104.

[122] C. Eagleton, *The Responsability of States in International Law*, Nueva York, New York University Press,1928, págs. 95 y ss.; y «Une théorie au sujet du commencement de la responsabilité internationale», *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruselas, 3.ª serie, t. XI, N.º 2, 1930, págs. 643 y ss.

[123] C. Th. Eustathiades, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les actes des organes judiciaires et le problème du déni de justice en droit international*, París, Pédone, 1936, págs. 243 y ss., y 331 y ss.

[124] A. V. Freeman, *The International Responsability of States for Denial of Justice*, Londres, Longmans, Green, 1938, págs. 407 y 408.

[125] J. E. S. Fawcett, «The exhaustion of local remedies: substance or procedure?», *The British Year Book of International Law*, 1954, Londres, vol. 31, págs. 452 y ss.

[126] J. H. W. Verzijl, «La règle de l'épuisement des recours internes», *Annuaire de l'Institut de droit international, 1954*, Basilea, vol. 45, t. I, págs. 23 y ss.; e *International Law in Historical Perspective*, pág. 635.

[127] El proyecto elaborado en 1929 por la Harvard Law School, bajo la influencia de Borchard, presenta muy claramente, en los artículos 6, 7 y 8, el agotamiento de los recursos internos como una condición del nacimiento de la responsabilidad del Estado (*Anuario... 1956*, vol. II, pág. 225, documento A/CN.4/96, apéndice 9). Lo mismo cabe decir del artículo IX del proyecto redactado por G. O. Murdock y aprobado en 1965 por el Comité Jurídico Interamericano como expresión de la opinión de los Estados Unidos de América (*Anuario... 1969*, vol. II, pág. 161, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo XV).

Otros proyectos, en cambio, presentan el agotamiento de los recursos internos desde el punto de vista de sus repercusiones sobre el ejercicio de la protección diplomática; proyecto de 1927 del Instituto de Derecho Internacional (art. 12) (*Anuario... 1956*, vol. II, pág. 225, documento A/CN.4/96, apéndice 8); proyecto de 1930 de la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht (art. 13) (*Anuario... 1969*, vol. II, pág. 157, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo VIII); proyecto de 1932 de A. Roth (art. 9) (*ibid.*, pág. 159, anexo X); resolución de 1956 del Instituto de Derecho Internacional, especialmente dedicada a la norma del agotamiento de los recursos internos (*ibid.*, pág. 148. anexo IV); anteproyecto preparado en 1958 por F. V. García Amador para la Comisión de Derecho Internacional (art. 15) (*Anuario... 1958*, vol. II, pág. 78, documento A/CN.4/111, anexo) y anteproyecto revisado de 1961 (art. 18) (*Anuario... 1961*, vol. II, págs. 53 y 54, documento A/CN.4/134 y Add.1, adición); proyecto preparado en 1961 por Sohn y Baxter para la Harvard Law School (art. 1) (*Anuario... 1969*, vol. II, pág. 148 y 149, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo VII); *Restatement* preparado en 1965 por el American Law Institute (párr. 206) [*Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 210, documento A/CN.4/217/Add.2]. En realidad, la naturaleza que se atribuye al principio en este último proyecto no se desprende muy claramente del texto del párrafo 206, pero ha sido precisada en el comentario [véase American Law Institute, *Restatement of the Law, Second, Foreign Relations Law of the United States*, Saint Paul (Minn.), American Law Institute Publishers, 1965, pág. 612].

Por otra parte hablar de corrientes doctrinales no es tampoco apropiado ya que los argumentos aducidos en favor o en contra de una tesis determinada varían de tal modo según los tratadistas que éstos a veces llegan a conclusiones análogas por caminos prácticamente opuestos. Las preocupaciones particulares de los distintos especialistas, además, les llevan a menudo a extender el ámbito de su análisis más allá de los límites de la esfera que constituye actualmente el objeto de estudio de la Comisión. Huelga decir que es imposible someter a un examen crítico todos los argumentos aducidos en los distintos tratados en apoyo de las tesis presentadas. El Relator Especial se limitará a tener en cuenta, llegado el caso, los argumentos que pueden afectar directamente, en un sentido o en otro, a la concepción que a su juicio se impone en esta materia.

55. Por lo que respecta a las posiciones adoptadas por los Estados, parece oportuno tomar en consideración, en primer lugar, las opiniones generales que han manifestado en abstracto, es decir, sin relación con las controversias concretas en que se hallaban implicados. La Conferencia de Codificación del Derecho Internacional (La Haya, 1930) examinó si el agotamiento de los recursos internos es una condición *sine qua non* para que, en ciertos casos, nazca la responsabilidad internacional o únicamente para que pueda invocarse esta responsabilidad en el contexto de los procedimientos diplomáticos o judiciales. El punto XII de la petición de información dirigida a los gobiernos por el Comité Preparatorio de la Conferencia estaba redactado del modo siguiente:

> El nacimiento de la responsabilidad del Estado, según el derecho internacional, ¿está subordinado al agotamiento por los interesados de los recursos que les concede el derecho interno del Estado cuya responsabilidad se aduce? [128].

Esa pregunta no estaba formulada en términos muy claros. Parece que su enunciado vino dictado por cierta vacilación en las ideas y la preocupación por no prejuzgar la cuestión examinada. No es sorprendente, pues, que los gobiernos no siempre formularan sus respuestas de manera que permita formarse una idea precisa acerca de la opinión de cada uno de ellos sobre el fondo de la cuestión. De ellas se desprende, sin embargo, que Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria [129], Polonia y Checoslovaquia [130] opinaban que la responsabilidad internacional sólo nacía después del agotamiento infrustuoso de los recursos internos, mientras que Gran Bretaña, por el contrario, parece haber expresado la idea de que sólo la posibilidad de invocar una responsabilidad ya existente estaba subordinada al agotamiento de los recursos internos [131].

A la vista de las respuestas, el Comité Preparatorio elaboró la base de discusión siguiente:

> 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 [...] [32].

Ese texto parecía a su vez concebido para provocar discusiones, como así sucedió en la práctica. Durante los debates de la Conferencia [133], hubo delegados que expresaron la opinión de que el agotamiento de los recursos internos era una condición para el nacimiento de la responsabilidad, en particular, los representantes de Egipto [134], España [135], México [136], Colombia [137] y Rumania. Especialmente interesante es la manera como se expresó a este respecto el delegado de este último país, cuya posición se distinguía por la claridad y la precisión de los conceptos expresados y los términos utilizados:

> *La responsabilidad del Estado nace del incumplimiento de una obligación internacional* *. Por lo tanto, está condicionada o subordinada a la falta de ejecución de esa obligación.
>
> Ahora bien, *mientras un órgano del Estado esté en condiciones de ejecutar la obligación o tenga la posibilidad de hacerlo, no se verifica la falta de ejecución* * y, por consiguiente, *la condición del nacimiento de esa responsabilidad* * —es decir, la prueba de la falta de ejecución— *no existe* *.
>
> En consecuencia, es perfectamente correcto decir que *la responsabilidad misma sólo nace cuando se ha comprobado que no ha habido ejecución* *, es decir, que no se ha cumplido la exigencia o la obligación internacional.
>
> [...]
>
> Ahora bien, *mientras exista una posibilidad de ejecución por medios de recurso internos, no puede decirse que no se ha ejecutado la obligación internacional* * [138].

Otros delegados, aunque menos numerosos, como los representantes de Italia [139] y Alemania [140], expresaron una opinión contraria, si bien no adoptaron una actitud tan clara y fundamentada. Un tercer grupo estimó que el principio del agotamiento era una condición en algunos casos de la responsabilidad y en otros de la posibilidad de invocarla (por ejemplo, los delegados de los Estados Unidos de América [141] y de Noruega [142]).

---

[128] Sociedad de las Naciones, *Bases de discusión... (op. cit.)*, pág. 136.

[129] *Ibid.*

[130] *Ibid.*, pág. 139.

[131] *Ibid.*, pág. 137. Noruega (*ibid.*, pág. 138) distinguía dos hipótesis: la de un daño causado a un extranjero por un acto cometido en violación del derecho interno y la de un daño ocasionado por un acto contrario a un tratado o a otra obligación indiscutible de derecho internacional. En la primera hipótesis, según indicaba el Gobierno noruego, no existe responsabilidad internacional hasta que se hayan agotado los recursos internos, mientras que en la segunda no se aplica el principio que exige dicho agotamiento.

[132] Base N.º 27 (*ibid.*, pág. 139).

[133] El debate relativo a esta base de discusión figura reproducido en Sociedad de las Naciones, *Actes de la Conférence... (op. cit.)*, págs. 63 y ss., 162 y ss.

[134] *Ibid.*, pág. 64. El Gobierno egipcio propuso incluso una enmienda al texto en el sentido que propugnaba (*ibid.*, pág. 217).

[135] *Ibid.*, pág. 65.

[136] *Ibid.*, pág. 72. El Gobierno mexicano formuló también una propuesta de enmienda (*ibid.*, pág. 228).

[137] *Ibid.*, pág. 78.

[138] *Ibid.*, pág. 77.

[139] *Ibid.*, pág. 75.

[140] *Ibid.*, pág. 79. Debe observarse que en su respuesta a la petición de información, Alemania se había inclinado a favor de la tesis de que la responsabilidad sólo nace después del agotamiento de los recursos internos.

[141] *Ibid.*, págs. 73 y 74.

[142] *Ibid.*, pág. 76.

56. A raíz del debate, las delegaciones se pusieron de acuerdo para adoptar una fórmula en la que no se zanjaba la cuestión de si la responsabilidad internacional nacía antes o después del agotamiento de los recursos internos [143]. El texto propuesto por el Subcomité encargado de esta cuestión [144] y adoptado en primera lectura por el Comité figura en el párrafo 1 del artículo 4 y dice lo siguiente,

> No puede invocarse la responsabilidad internacional del Estado para la reparación del daño sufrido por un extranjero mientras no se hayan agotado los recursos que la legislación interna del Estado ofrece al individuo lesionado [145].

No hay duda de que la fórmula así adoptada era deliberadamente equívoca y, en efecto, los partidarios de cada una de las tesis esgrimidas durante el debate la invocaron después en apoyo de su punto de vista [146]. Los trabajos de codificación de 1930 no permiten, pues, deducir conclusiones claras y definitivas sobre la cuestión que nos interesa. Sin embargo, ello no impide señalar que la mayoría de los representantes de los gobiernos que tuvieron ocasión de manifestarse a este respecto opinaron que el hecho de agotar los medios de recurso internos, en los casos en que está previsto dicho agotamiento, equivale a cumplir una condición para que se produzca la violación de una obligación internacional (y por consiguiente para que pueda nacer la responsabilidad internacional), y no solamente a permitir el recurso a los procedimientos destinados a hacer efectiva una responsabilidad ya existente.

57. Por lo demás, no será ocioso detenerse a examinar la opinión formulada por ciertos gobiernos, como los de los Estados Unidos de América y Noruega, según la cual el principio del agotamiento de los recursos internos sólo expresa una condición de la existencia de la responsabilidad internacional en la hipótesis de que se recurra a los órganos judiciales a raíz de una simple violación del derecho interno [147]. Prescindamos de la curiosa idea de un principio que cambiaría de naturaleza según los casos a que se aplica. Todavía más interesante es el hecho de que, incluso en la hipótesis considerada, la aplicación del principio del agotamiento de los recursos internos también se extiende inevitablemente al caso de utilización de tales recursos con miras a reformar un acto por el que se haya contravenido el tenor de una obligación internacional. Supóngase, para aclarar ese extremo, que el particular que inicialmente alegó la violación de una ley interna en detrimento suyo interponga un recurso ante un tribunal de primera instancia y que su demanda sea desestimada en condiciones contrarias a las exigencias del derecho internacional en materia de administración de justicia con respecto a los extranjeros. Según la opinión mencionada al comienzo de este párrafo, ese hecho no basta ciertamente para dar lugar al nacimiento de una responsabilidad internacional; el hecho internacionalmente ilícito que se resume en la expresión «denegación de justicia» sólo se considera consumado cuando los órganos judiciales superiores se han pronunciado sucesivamente y han confirmado el comportamiento del tribunal de primera instancia. Esto equivale a reconocer que, aun después de que, en el caso considerado, se haya observado un comportamiento contrario a lo que exige una obligación internacional, no se perfeccionará la violación de esa obligación ni nacerá una responsabilidad sino después de la utilización y del agotamiento por el particular interesado de los recursos internos disponibles contra ese comportamiento. Conviene insistir en que éste debe considerarse como el indicio de una violación de una obligación internacional, pero no como esa violación consumada, que es la única que da lugar a una responsabilidad internacional del Estado.

58. Procede pasar seguidamente a analizar algunas de las posiciones más significativas adoptadas en otras ocasiones por órganos estatales o jueces internacionales, especialmente en lo que respecta a controversias concernientes a casos concretos. No obstante, el Relator Especial considera imprescindibles algunas reflexiones preliminares para evitar interpretaciones erróneas que podrían conducir a conclusiones arbitrarias.

59. En la práctica diplomática y judicial internacional se encuentra a veces literalmente la afirmación de que el agotamiento de los medios de recurso internos es una condición del nacimiento de la responsabilidad internacional del Estado. Más adelante se mencionan algunos ejemplos significativos. Ahora bien, es evidente que el valor probatorio de esta afirmación varía mucho según que aparezca consignada en la decisión de un juez o que sea formulada por el representante de un Estado parte en un litigio y que, en este caso, la parte contraria se oponga o no a ella. Pero es indudable, en todo caso, que el hecho de que se formule tal afirmación constituye en sí mismo una prueba positiva en apoyo de la tesis de que, en los casos considerados en la presente sección, la responsabilidad internacional del Estado no surge antes de que se cumpla la condición del agotamiento de los recursos internos por parte de los particulares interesados. En otras palabras, toda afirmación de este género viene a corroborar la opinión de que esta iniciativa de los particulares es un elemento indispensable para que la violación de una obligación internacional pueda perfeccionarse y surtir efectos.

60. Sólo la negación absoluta del aserto de que el principio del agotamiento de los recursos internos puede influir en la génesis de la responsabilidad internacional

---

[143] Varias delegaciones se resignaron con esta solución por estimar que el problema discutido no tenía consecuencias prácticas importantes. Véanse a este respecto las intervenciones de los delegados de Grecia (*ibid.*, pág. 66), Bélgica (pág. 69), Gran Bretaña (pág. 70), los Estados Unidos de América (pág. 73), México (págs. 72 y 73), Colombia (pág. 78) y Alemania (pág. 80). Los participantes en la Conferencia no habían apreciado, evidentemente, todas las consecuencias que la adopción de un criterio en lugar de otro podía tener sobre cuestiones tales como la determinación del momento de la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito y de su duración. Las consecuencias prácticas de la respuesta a estas cuestiones pueden ser decisivas para aspectos tan esenciales como el de si la controversia suscitada por un hecho dado pertenece o no a la categoría de aquellas respecto de las cuales es competente un tribunal internacional o el de la determinación del momento a partir del cual debe tomarse en consideración el daño causado a los efectos de su reparación.

[144] *Ibid.*, pág. 162.

[145] *Ibid.*, pág. 237.

[146] Véase, por ejemplo, Borchard, «La responsabilité des Etats...» *(loc. cit.)*, pág. 49, y Chappez, *op. cit.*, pág. 23.

[147] Esta opinión reflejaba manifiestamente la de los autores de la tercera corriente doctrinal mencionada *supra* (párr. 54).

aportaría una prueba en apoyo de la opinión opuesta. Por el contrario, nada autoriza a considerar como prueba del fundamento de esta otra opinión el hecho de que, en diversos casos, los tribunales internacionales y los gobiernos se hayan referido al agotamiento de los recursos internos en sus decisiones y opiniones para hacer valer su efecto de condición del ejercicio de la protección diplomática de ciertas personas o de la facultad de presentar reclamaciones al respecto ante un órgano internacional [148]. Sería abusivo interpretar este hecho como la manifestación concreta de la convicción implícita de que el principio que enuncia la condición del agotamiento de los recursos internos no afecta en modo alguno al nacimiento de la responsabilidad y es de naturaleza meramente práctica y de procedimiento. Hay que tener presente que la finalidad perseguida por el Estado que alega la no utilización de los recursos internos frente a una reclamación presentada contra él ante un órgano internacional es, ante todo, la de impedir el examen del fondo de esta reclamación oponiéndole una excepción de inadmisibilidad. Y, por su parte, la intención del Estado autor de la reclamación, cuando impugna la existencia de ese vicio o su influencia en el caso de que se trate, es precisamente la de suprimir el obstáculo preliminar que se opone al examen del fondo de su demanda. Por consiguiente, ambos Estados se ven inducidos a tomar en consideración el principio del agotamiento de los recursos internos, no desde el punto de vista de su influencia en la génesis de la responsabilidad, sino desde el de sus efectos sobre la admisibilidad de la demanda. La distinción, ya generalizada, entre el procedimiento relativo a las excepciones preliminares y el procedimiento sobre el fondo determina asimismo que el tribunal internacional que ha de pronunciarse sobre esta cuestión en el marco del primer procedimiento no pueda examinarla sino desde el mismo punto de vista. A esto se añade que el debate a este respecto gira normalmente en torno a la interpretación del texto de un acuerdo que establece la jurisdicción del órgano internacional ante el que se ha planteado el caso y sus límites; por consiguiente, si dicho acuerdo menciona el principio del agotamiento de los recursos internos al definir las condiciones en que se podrá considerar admisible una demanda, ese órgano se verá obligado necesariamente a resolver la cuestión de si se han agotado o no los recursos internos desde el punto de vista de la existencia de una condición de la admisibilidad de la demanda y no desde el punto de vista de la existencia de una condición de la responsabilidad internacional del Estado demandado. Es evidente, sin embargo, que toda afirmación de las repercusiones de la eventual no utilización de los medios de recurso internos sobre la admisibilidad de una reclamación internacional no implica en absoluto la intención de negar sus repercusiones sobre la cuestión del fondo del nacimiento de una responsabilidad internacional [149]. Antes al contrario, el reconocimiento del efecto dirimente de ese hecho sobre la cuestión formal de la admisibilidad es, como se ha subrayado [150], la aplicación de un simple corolario de la proposición principal enunciada por el principio del agotamiento de los recursos internos, corolario que, lejos de negarla, confirma la influencia de esa proposición principal en la existencia de la violación de una obligación internacional y, por consiguiente, en el nacimiento de la responsabilidad.

61. Por otra parte, es indiscutible que, en muchos casos, la condición del agotamiento previo de los recursos internos se invoca con un doble fin: directamente, como condición para que se verifique la responsabilidad internacional, e indirectamente sólo como condición para presentar legítimamente una reclamación internacional. Así ocurre, en particular, siempre que el hecho internacionalmente ilícito denunciado en la reclamación es un acto de denegación de justicia cometido en perjuicio de un particular que, hasta ese momento, no había sufrido más que un daño en violación de la ley interna [151]. No

[148] Véase, por ejemplo, el memorando del Gobierno británico, de 28 de agosto de 1931 presentado al Consejo de la Sociedad de las Naciones en relación con el Asunto de los buques finlandeses [Sociedad de las Naciones, *Journal Officiel*, 12.º año, N.º 11, (noviembre de 1931), pág. 2217], en el que se afirma «que un Estado no tiene derecho a presentar, en nombre de sus nacionales, una reclamación diplomática contra otro Estado por asuntos en los cuales, si la reclamación es válida, la ley nacional permite interponer recurso, a menos que se hayan agotado los recursos nacionales», o la nota del Secretario de Estado estadounidenses Hull al Senador Ellender, de 25 de abril de 1942 [reproducida en M. Whiteman, *Digest of International Law*, Wáshington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1967, vol. VIII, pág. 772], según la cual «un principio de derecho internacional requiere, como condición previa a la formulación de una reclamación internacional válida, el agotamiento de los recursos jurídicos disponibles ante los tribunales del país contra el que se presenta la reclamación. Véanse también los pasajes del fallo de la Corte Internacional de Justicia en el Asunto Interhandel (*C.I.J. Recueil 1959*, pág. 27) en los que se dice: «Antes de recurrir a la jurisdicción internacional, se ha considerado [...] necesario dar al Estado en que se haya cometido el acto lesivo la posibilidad de remediarlo por sus propios medios, en el ámbito de su ordenamiento jurídico interno», y que «deben agotarse los recursos internos antes de que pueda incoarse un procedimiento internacional»; o la observación del Mensaje del Consejo Federal Suizo, de 15 diciembre de 1967 (*Annuaire suisse de droit international, 1968*, Zurich, 1970, vol. XXV, pág. 271), en el sentido de que «no puede plantearse una reclamación ante una autoridad internacional si no se han agotado previamente los medios de recurso internos».

[149] Lo mismo ocurre en los casos en que el Estado demandado o el juez internacional sostienen que el Estado demandante no está autorizado a presentar una reclamación puesto que, en el caso considerado, no ha habido violación de una obligación internacional. Al formular tal afirmación, no pretenden ciertamente sostener que la existencia de una violación de una obligación internacional no es más que la condición de la admisibilidad de una reclamación internacional y no, ante todo, la condición de la existencia de una responsabilidad internacional. Pretenden simplemente poner de manifiesto las repercusiones sobre la utilización de los procedimientos de reclamación de un hecho que concierne ante todo al nacimiento de la responsabilidad.

[150] Véase párr. 51 *supra*.

[151] Son bastante frecuentes, por ejemplo, las afirmaciones de la siguiente índole:

«[...] las reclamaciones dimanantes de una relación contractual entre un nacional de los Estados Unidos y un Estado extranjero no constituyen, en general, materia adecuada para una intervención diplomática del Gobierno de los Estados Unidos mientras no conste claramente que el nacional estadounidense ha agotado todos los recursos jurídicos a su disposición y ha sido objeto de una denegación de justicia en el sentido en que esta expresión se entiende en derecho internacional» [nota del «Attorney Adviser» de los Estados Unidos, Matra, a Herschel Davis, de 14 de mayo de 1956 (Whiteman, *op. cit.*, pág. 907)],

[...] El Gobierno de los Estados Unidos no tendría base jurídica para interponer una reclamación internacional contra el Gobierno

hay en tal caso violación por el Estado de una obligación internacional más que si el particular ha interpuesto recurso ante las autoridades judiciales del país contra la inobservancia del derecho interno en perjuicio suyo. La utilización de los recursos internos, por consiguiente, se presenta a la vez como condición de la existencia de un acto de denegación de justicia, hecho internacionalmente ilícito caracterizado, y como condición de la presentación de una reclamación por la que se invoca la responsabilidad internacional a que ha dado lugar ese hecho ilícito. Es evidente que el segundo aspecto presupone el primero, del que se desprende lógicamente. En conclusión, el hecho de que los árbitros y jueces internacionales, así como los órganos de los Estados, hayan invocado a menudo el agotamiento de los recursos internos como condición para hacer efectiva la responsabilidad más bien que como condición de su nacimiento no puede alegarse en sí mismo como prueba de una supuesta convicción de que la responsabilidad internacional nace en todo caso antes de que se hayan utilizado todos los medios de recurso internos e independientemente de su agotamiento. Nada permite deducir de ese hecho que, en opinión de esos jueces y esos órganos, la posibilidad de invocar en los planos diplomático o judicial una responsabilidad existente antes del agotamiento de los recursos internos depende *exclusivamente* de que se hayan agotado tales recursos.

62. Por consiguiente, sólo se podrían tomar en consideración en apoyo de la tesis de que el agotamiento de los recursos internos no es más que una condición del ejercicio de la protección diplomática y judicial, las posiciones claramente adoptadas en tal sentido. No se podría atribuir valor probatorio más que a manifestaciones inequívocas de rechazo de la idea de que, antes de ser una condición formal para invocar la responsabilidad internacional mediante la presentación de una reclamación internacional, el agotamiento de los recursos internos es una condición de fondo del nacimiento de tal responsabilidad. Ahora bien, hay que reconocer que ese tipo de manifestaciones son en definitiva muy raras y, habida cuenta de sus circunstancias, menos concluyentes que las que sostienen la tesis opuesta.

63. Basta, para convencerse de ello, examinar las manifestaciones de los gobiernos o los jueces internacionales en las raras ocasiones en que se les ha planteado concretamente la cuestión de la repercusión eventual del agotamiento de los recursos internos sobre el nacimiento de la responsabilidad internacional del Estado. En la decisión N.º 21 dictada, en el *Asunto de la Mexican Union Railway*, en febrero de 1930, por la Comisión Mixta de Reclamaciones Gran Bretaña/México, instituida por la Convención de 19 de noviembre de 1926, se dice lo siguiente:

> [...] *La responsabilidad del Estado en derecho internacional sólo puede surgir* * cuando los interesados hayan utilizado todos los recursos que ponía a su disposición la legislación nacional del Estado de que se trate [152].

Es indiscutible que en esa decisión se afirmaba clarísimamente que el agotamiento de los recursos internos era una condición del nacimiento de la responsabilidad internacional.

64. Con ocasión del procedimiento entablado por Alemania ante la Corte Permanente de Justicia Internacional en relación con el *Asunto de la administración del Príncipe von Pless*, el Gobierno polaco invocó una excepción preliminar en la que, tras oponerse a la acción del Gobierno alemán que equivalía a someter una pretensión «a la decisión de una jurisdicción internacional, cuando el particular de que se trata tiene una posibilidad de recurso ante los órganos nacionales mediante la cual puede obtener satisfacción», alegaba:

> [...] mientras no se hayan agotado los medios jurídicos que la legislación interna pone a disposición de los particulares para defender sus intereses, *no puede invocarse la responsabilidad* * internacional del Estado [153].

El Gobierno polaco, pues, se manifestó claramente en el sentido de que el principio que enuncia la condición del agotamiento de los recursos internos concierne directamente a la existencia de la responsabilidad internacional, aun cuando alegase al mismo tiempo el corolario que emana de ese principio y que se refiere a la posibilidad formal de interponer una demanda ante una jurisdicción internacional. Conviene destacar asimismo que el Gobierno alemán adujo la inaplicabilidad en ese caso del principio del agotamiento de los recursos internos por razón de una derogación convencional de dicho principio, pero no impugnó en modo alguno la definición del mismo que había dado el Gobierno polaco.

65. La interpretación del laudo arbitral relativo al *Asunto de los buques finlandeses* es menos sencilla. Se ha señalado ya [154] que el Gobierno británico, en su memorando al Consejo de la Sociedad de las Naciones, había invocado el principio del agotamiento de los recursos internos con la intención de oponerse a la presentación por el Gobierno finlandés de la reclamación diplomática que éste formulaba en contra suya. Se ha puesto de relieve, a este respecto, que el hecho de invocar el principio con tal fin no implicaba excluir la posibilidad de invocarlo también con un fin diferente, y en particular con el de negar, en un caso determinado, la existencia de una violación completa y definitiva de una obligación internacional y, por ende, de una responsabilidad internacional ya contraída por el Estado demandado. Por su parte, el Gobierno finlandés había puesto en duda la existencia misma del principio que Gran Bretaña consideraba indiscutido. El debate ante el Consejo llevó a las partes a someter al arbitraje la cuestión concreta siguiente: «¿Cabe o no considerar que los armadores finlandeses han agotado los medios de recurso que tienen a su disposición con arreglo al derecho británico?» [155].

---

cubano ni para una intervención diplomática cerca del Gobierno cubano a no ser que un nacional estadounidense intentara cobrar un crédito agotando los recursos jurídicos previstos en la ley cubana y fuera objeto de una denegación de justicia [...]» [Memorandos del Departamento de Estado estadounidense de 1.º de marzo de 1961 relativos a los créditos de ciudadanos estadounidenses en Cuba *(ibid.)*].

[152] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 1952.V.3), pág. 122 (traducido del original inglés).

[153] *C.P.J.I.*, serie C, N.º 70, págs. 134 y 135.

[154] Nota 148.

[155] G. F. de Martens, ed., *Nouveau Recueil général de traités*, Leipzig, Buske, 1933, 3.ª serie, t. XXVIII, pág. 118.

Tal era la cuestión sobre la que debía pronunciarse el árbitro A. Bagge, quien observó en primer lugar que el Gobierno finlandés no pretendía que la violación del derecho internacional que alegaba estuviese representada, en ese caso particular, por la desestimación por los tribunales británicos del recurso de los armadores finlandeses, sino por la violación inicial del derecho internacional («initial breach of international law» [156]) constituida, a su juicio, por el embargo y la utilización sin que mediara pago alguno de los buques de su propiedad. Una vez establecido este punto, el árbitro centró su atención en la cuestión de los elementos de derecho y de hecho que los demandantes debían someter a los tribunales internos en un caso de esta índole. Señaló que, cuando se invocaba una «violación inicial» del derecho internacional, la *razón de ser* del principio del agotamiento de los recursos internos no era más que la de permitir a los tribunales del Estado hasta el último órgano competente, que investigaran y dirimieran todas las cuestiones de derecho y de hecho que el Estado demandante habría alegado en un procedimiento internacional para probar la existencia de una violación. En efecto, la finalidad perseguida era la de dar al Estado demandado la posibilidad de hacer justicia a su modo acostumbrado («in their own, ordinary way»). Sin entrar ahora en el fondo de la cuestión, que excede de los límites del tema examinado, se advierte ante todo que, por el hecho mismo de tomar en consideración la posibilidad de que el principio que exige el agotamiento de los recursos internos se aplique a casos en que el demandante alega una «violación inicial» del derecho internacional, el árbitro parecía inclinarse a favor de la idea de que ese principio no enuncia una condición del nacimiento de la responsabilidad [157],sino únicamente una condición para recurrir a un procedimiento de reclamación. No obstante, el árbitro declaraba seguidamente que no figuraba que en la doctrina, en las reuniones del Instituto de Derecho Internacional y especialmente en la Conferencia de Codificación de 1930 se había sostenido la tesis de que

> la responsabilidad del Estado no nace hasta que los tribunales nacionales hayan desestimado el recurso de un particular, tanto si el motivo invocado para presentar la reclamación internacional es el incumplimiento por los tribunales nacionales de las disposiciones del derecho internacional o una violación inicial del derecho internacional,

y llegaba finalmente a la conclusión de que:

> Si esta afirmación significa que la responsabilidad del Estado no nace hasta que los motivos en que el Estado demandante en el procedimiento internacional funda su alegación de una violación inicial del derecho internacional han sido rechazados por los tribunales nacionales, no arroja ninguna luz sobre la cuestión de saber cuáles son los elementos de hecho o de derecho que han de tomarse en consideración en virtud de la regla del agotamiento de los recursos internos [158].

El árbitro Bagge, por lo tanto, adoptó una actitud en cierto modo neutral [159] frente a las dos maneras de concebir el requisito del agotamiento de los recursos internos, puesto que ambas le conducían a la misma conclusión respecto de la cuestión que debía dirimir. Por consiguiente, sería totalmente arbitrario considerar su razonamiento como la expresión de una actitud clara y motivada a favor del rechazo de la tesis que, en los casos en que interviene el principio del agotamiento de los recursos internos, hace de ese agotamiento una condición del nacimiento de la responsabilidad internacional.

66. Las dos tesis relativas a la función atribuida al agotamiento de los recursos internos por el principio que enuncia esa condición se afrontaron en el curso del litigio entre Italia y Francia sobre el *Asunto de los fosfatos de Marruecos*. En su demanda de incoación de instancia ante la Corte Permanente de Justicia Internacional, de 30 de marzo de 1932, el Gobierno de Italia pidió a la Corte que fallara que la decisión del Servicio de Minas de fecha 8 de enero de 1925 [160] y la denegación de justicia subsiguiente eran incompatibles con la obligación internacional de Francia de respetar los derechos adquiridos por la sociedad italiana Miniere e Fosfati [161]. El Gobierno de Francia había aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte, en una declaración de fecha 25 de abril de 1931, para «todas las controversias que surgieran después de la ratificación respecto *de situaciones o hechos posteriores a esa ratificación* * [162]. Se planteaba, pues, la cuestión de saber si el hecho internacionalmente ilícito objeto de la demanda del Gobierno de Italia podía o no ser considerado como un «hecho posterior» a la fecha crítica. El Gobierno italiano sostenía que la violación de la obligación internacional iniciada con la decisión de 1925 sólo se había convertido en una violación completa y definitiva como resultado de ciertos actos posteriores a 1931, en particular a raíz de una nota de 28 de enero de 1933 del Ministerio

---

[156] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 1949.V.2), pág. 1502.

[157] La expresión «initial breach of international law», utilizada por el árbitro Bagge, probablemente significaba «violación inicial del derecho internacional» en el sentido de una violación de ese derecho cometida al comienzo del asunto. Pero la fórmula es equívoca, ya que podría muy bien traducirse por «comienzo, esbozo, primera fase de una violación del derecho internacional», en cuyo caso expresaría una idea diferente, precisamente la que nos parece adecuada para describir la situación concreta a que se refería el árbitro.

[158] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III *(op. cit.)*, pág. 1502.

[159] El árbitro Bagge se limitó a decir que no entendía cómo se podía conciliar esa tesis con el hecho de que en ciertas decisiones de la Comisión de Conciliación Estados Unidos de América-Gran Bretaña creada en 1871 se hubiera dispensado a los particulares interesados del requisito de interponer recurso contra las decisiones de primera instancia porque no habían podido comunicarse con sus abogados o porque los plazos fijados eran demasiado breves. Si la violación de la obligación internacional no se perfecciona realmente sino después de que la reclamación de los particulares haya sido desestimada por el órgano judicial interno más alto, decía el árbitro Bagge, el recurso a los tribunales internos es «cuestión de fondo y no de procedimiento». Es difícil, sin embargo, seguir el razonamiento del árbitro sobre este punto. Según la opinión a que se refería, el principio que exige la utilización y el agotamiento de los medios de recurso internos representa efectivamente una condición de fondo del nacimiento de la responsabilidad internacional, pero esto no significa ciertamente que, cuando se opongan indebidamente obstáculos de procedimiento a la utilización normal de los recursos internos, no se pueda eximir a los particulares de sus obligaciones, pudiendo considerarse así cumplida la condición exigida.

[160] Decisión por la que se había desestimado la demanda de un nacional italiano, el Sr. Tassara, de que se le reconociera como el descubridor de los yacimientos de fosfatos de Marruecos.

[161] *C.P.J.I.*, serie A/B, N.º 74, pág. 15.

[162] *Ibid.*, pág. 22.

de Relaciones Exteriores de Francia a la Embajada de Italia, y de una carta de la misma fecha dirigida por ese Ministerio al particular interesado, de nacionalidad italiana. El Gobierno de Italia considera que ambas comunicaciones constituían una interpretación oficial de los derechos adquiridos por nacionales italianos que estaba en contradicción con las obligaciones internacionales de Francia y una confirmación de la denegación de justicia de que ya habían sido víctimas los interesados en virtud de la negativa del Residente general de Francia a admitir que éstos le presentaran un recurso no contencioso a tenor del artículo 8 del dahir de 12 de agosto de 1913. El nuevo acto de denegación de justicia consistía en la negativa definitiva del Gobierno de Francia a facilitar a los demandantes un medio extraordinario de recurso, administrativo o de otra naturaleza, dada la inexistencia de medios ordinarios [163]. Basándose en esos hechos, el Gobierno de Italia optaba claramente por la tesis de que un hecho internacionalmente ilícito, aun iniciado con el primer comportamiento estatal contrario al resultado exigido por una obligación internacional, no se perfecciona hasta que los particulares lesionados han promovido infructuosamente todos los recursos oportunos y eficaces existentes. A ese momento, pues, se remontaba en su opinión el nacimiento de la responsabilidad [164].

67. El Gobierno de Francia opuso al Gobierno italiano que si sus alegaciones acerca de la decisión de 1925 del Servicio de Minas estaban realmente justificadas —violación de tratados, violación del derecho internacional en general—, era en esa fecha que Francia había cometido y perfeccionado la violación de sus obligaciones internacionales y que, por lo tanto, había nacido el hecho internacionalmente ilícito alegado. El representante francés afirmó:

> En este caso la regla del agotamiento de los recursos internos no es más que una regla de procedimiento. La responsabilidad internacional ya existe, aun cuando no pueda hacerse efectiva por vía diplomática o mediante recurso al juez internacional y mediante solicitud a la Corte Permanente de Justicia Internacional si no se han agotado previamente los recursos internos [165].

68. La Corte, en su fallo de 14 de junio de 1938, indicó que no discernía en los actos del Gobierno de Francia posteriores a la decisión de 1925 ningún hecho nuevo que hubiera dado lugar a la controversia en curso y que la negativa del Gobierno de Francia a acceder a la petición de que se sometiera el litigio a jurisdicción distinta de la ordinaria no constituía un hecho ilícito internacional generador de una nueva controversia. Seguidamente, la Corte añadió:

> En la pretendida denegación de justicia alegada por el Gobierno italiano, la Corte no puede apreciar un elemento generador de la controversia actual. En su demanda, el Gobierno de Italia ha presentado la decisión del Servicio de Minas como un hecho ilícito internacional, basándose en que esa decisión se había inspirado en la voluntad de eliminar la influencia extranjera y constituía, por ello, una violación de los derechos adquiridos que se amparaban en convenciones internacionales. De ser así, la violación ya perfeccionada del derecho internacional, violación que daría lugar por sí misma y de modo inmediato a la responsabilidad internacional, residiría en esa decisión [...]. En tal caso, la pretendida denegación de justicia constituida, ya por una deficiencia de la organización judicial, ya por la negativa a conceder recursos administrativos o extraordinarios para suplir esa deficiencia no puede tener otro resultado que el de permitir que subsista el hecho ilícito. No ejerce ninguna influencia ni en su consumación, ni en la responsabilidad que de él deriva [166].

69. A penar de las apariencias, la Corte, al rechazar la pretensión italiana de que se considerase el hecho internacionalmente ilícito alegado como un hecho posterior a la fecha crítica y al negarse, por consiguiente, a reconocer su jurisdicción en ese caso, no se manifestó en realidad en contra de la tesis de principio sostenida por el Gobierno de Italia. Según la Corte, la decisión adoptada en 1925 por el Servicio de Minas, decisión contra la cual no había en realidad ningún remedio en forma de recursos judiciales o de otra naturaleza [167] era *por esta causa* una violación ya *perfecta y definitiva* de la obligación internacional de garantizar a los nacionales italianos plena igualdad de trato en materia de concesiones mineras. Así pues, la Corte no aceptaba que se considerase como remate del hecho internacionalmente ilícito atribuido por el Gobierno italiano a Francia la pretendida «denegación de justicia» representada por la nota del Gobierno francés de 28 de enero de 1933, que se limitaba a confirmar en el plano diplomático la inexistencia de recursos contra la decisión de 1925. Y tampoco aceptaba que se considerase como un «recurso interno», en el sentido enunciado en el principio, la petición dirigida por los particulares al Gobierno de Francia para que les abriera una vía judicial extraordinaria no prevista por la ley. En conclusión, la Corte se negó a admitir que el hecho internacionalmente ilícito alegado por el Gobierno de Italia, que se había iniciado, según ese mismo Gobierno, en 1925, necesitara la nota de 1933 para su perfeccionamiento. Esta posición, aunque estaba indudablemente justificada y llevaba necesariamente a rechazar la demanda italiana, no constituye, sin embargo, un rechazo de la opinión que el Gobierno de Italia alegó como principio general acerca del efecto de los recursos internos —cuando éstos existen— sobre la determinación del carácter perfecto y definitivo de una violación de una obligación internacional y, por consi-

[163] *Ibid.*, págs. 27 y 28.

[164] La tesis italiana fue expuesta principalmente en la intervención oral de 12 de mayo de 1938 (*C.P.J.I.*, serie C, N.º 85, págs. 1231 y 1232) y desarrollada en la intervención de 16 de mayo (*ibid.*, págs. 1332 y 1333).

[165] La tesis francesa fue expuesta en el informe oral de 5 de mayo de 1938 (*ibid.*, serie C, N.º 85, pág. 1048). Admitiendo que el Gobierno francés estuviera en lo cierto al decir, en su nota de 28 de enero de 1933, que la decisión del Servicio de Minas no podía ser objeto de recurso, la posición francesa estaba probablemente justificada en la medida en que sostenía que el hecho internacionalmente ilícito alegado sólo podía haber quedado completado en 1925 y que, por consiguiente, la Corte Permanente era incompetente al respecto. Por el contrario, la tesis francesa resulta aparentemente contradictoria al sostener que el principio que exige el agotamiento de los recursos internos podía continuar aplicándose en ese caso particular como regla de mero procedimiento. Si no cabe ningún recurso, es evidente que el principio del agotamiento de los recursos internos no puede ser objeto de aplicación práctica.

[166] *Ibid.*, serie A/B, N.º 74, pág. 28.

[167] Es evidente que la Corte no consideró que el «recurso no contencioso» al Residente General de Francia en Marruecos constituyera verdaderamente un remedio.

guiente, sobre el nacimiento de la responsabilidad internacional.

70. Después del *Asunto de los fosfatos de Marruecos*, ni la Corte Permanente de Justicia Internacional, ni luego la Corte Internacional de Justicia, tuvieron otra ocasión de pronunciarse sobre la cuestión examinada. No cabe considerar como la expresión de una opinión a este respecto el pasaje del fallo de 21 de marzo de 1959, relativo al *Asunto Interhandel*, en el que, tras afirmar que el agotamiento de los recursos internos es un principio establecido «en una norma definitivamente arraigada del derecho internacional consuetudinario [...] generalmente observada en los casos en que un Estado interviene en defensa de uno de sus nacionales cuyos derechos han sido lesionados en otro Estado en violación del derecho internacional», la Corte prosigue:

> Antes de recurrir a la jurisdicción internacional, se ha considerado en tal caso necesario que el Estado en que se ha cometido el acto lesivo pueda remediarlo por sus propios medios, dentro del marco de su ordenamiento jurídico interno [168].

Es de todo punto evidente que, al emplear en el pasaje precedente los términos «acto lesivo», la Corte se refería a la lesión de los derechos del particular en el plano interno y no a la lesión sufrida eventualmente por el Estado en su derecho en el plano internacional. El principio enunciado por la Corte (por otra parte muy sumariamente) es, pues, perfectamente conciliable con la idea de que la violación por el Estado de la obligación internacional, que justifica al recurso a la jurisdicción internacional, sólo se perfecciona con la negativa a poner remedio, en el marco de su ordenamiento jurídico interno, a la lesión causada por su comportamiento inicial al derecho de un particular.

71. Por el contrario, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha tenido algunas ocasiones de pronunciarse sobre el principio relativo al agotamiento de los recursos internos. En la jurisprudencia de esa Comisión se encuentran a veces afirmaciones de la necesidad de reconocer al Estado «la facultad de reparar el daño alegado por sus propios medios en el marco de su sistema jurídico interno» [169]. La Comisión Europea se refiere, evidentemente, al daño sufrido por el particular y no pretende en modo alguno que ese daño ya representa, por sí solo, una violación perfecta de una obligación internacional. Tales afirmaciones, pues, son comparables a las que se han examinado más arriba [170] y que, al poner de relieve la repercusión de la eventual no utilización de los medios de recurso internos sobre la admisibilidad de una reclamación internacional, no pretenden ciertamente negar el efecto que esa misma no utilización surte primero sobre la formación de la responsabilidad internacional. Por otra parte, la propia Comisión Europea de Derechos Humanos proporciona, si fuera menester, una prueba suplementaria del fundamento de esta observación. Ella ha aportado, en efecto, la confirmación más reciente, y al propio tiempo muy clara y directa, del principio defendido en la presente sección. En su decisión de 1958 sobre la demanda 235/56, la Comisión Europea ha afirmado que

> *la responsabilidad de un Estado* * con arreglo a la Convención de Derechos Humanos *sólo nace* *, conforme al artículo 26, *a partir del momento en que se han agotado todos los medios de recurso internos* * [171].

Aunque formulada con motivo de un caso de aplicación particularmente evidente del principio objeto de examen [172], la afirmación de la Comisión está redactada en términos que se refieren claramente a cualquier supuesto de aplicación del artículo 26 de la Convención, disposición que, a su vez, enuncia el requisito del agotamiento de los recursos internos en los términos más generales. No cabe ninguna duda, pues, de que la decisión mencionada tiene el valor de una interpretación general del principio que establece el requisito del agotamiento de los recursos internos como un principio que enuncia ante todo una condición del nacimiento de la responsabilidad internacional del Estado.

72. Antes de extraer una conclusión del análisis de las posiciones adoptadas por los representantes oficiales de los Estados y por los tribunales y demás órganos internacionales en relación con la cuestión examinada, tal vez sea útil también considerar las opiniones manifestadas por algunos magistrados de la Corte Internacional de Justicia o de su predecesora en opiniones individuales o disidentes. Esas opiniones parecen tanto más interesantes cuanto que, en los casos que las motivaron, la propia Corte no adoptó una posición directa y clara con respecto a esta cuestión.

73. Algunas de esas opiniones no brillan, a su vez, por gran claridad. Por ejemplo, la opinión disidente del magistrado Armand-Ugon en el *Asunto Interhandel* puede interpretarse de diversas maneras. En ella se dice lo siguiente:

> La finalidad de la regla del agotamiento de los recursos internos no es sino la de permitir a los tribunales internos que examinen, en una primera fase judicial, la responsabilidad internacional del Estado demandado, tal como se presenta en la demanda; naturalmente, dicho examen debería realizarlo un tribunal nacional [173].

Ahora bien, tal afirmación puede entenderse en el sentido de que el tribunal interno debería «examinar» una responsabilidad internacional ya formada, lo que, a decir verdad, sería algo sorprendente, pues no se alcanza a discernir cómo un tribunal nacional podría determinar las consecuencias de una responsabilidad nacida en el plano de las relaciones interestatales. No obstante, también puede interpretarse —y es más probable que tal sea su verdadero significado— en el sentido de que la finalidad del principio relativo al agotamiento de los recursos internos es la de permitir a los tribunales del Estado que examinen la situación creada por un comportamiento estatal que

---

[168] *C.I.J. Recueil 1959*, pág. 27.

[169] Demanda N.º 343/57, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme, 1958-1959*, La Haya, vol. 2, 1960, pág. 439. En decisiones dictadas los años siguientes se encuentran afirmaciones casi idénticas.

[170] Véase párr. 60 *supra*.

[171] *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme (op. cit.)*, pág. 305.

[172] Se trataba de un caso de mala administración de justicia, respecto del cual el acuerdo es casi general en atribuir al requisito del agotamiento de los recursos internos el valor de un principio de fondo.

[173] *C.I.J. Recueil 1959*, págs. 88 y 89.

haya iniciado el proceso complejo de violación de una obligación internacional y, por lo tanto, de creación de una responsabilidad internacional, y ello a los efectos de intervenir con un remedio eficaz antes precisamente de que surja esa responsabilidad internacional.

74. La opinión individual del magistrado Tanaka en el *Asunto de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (segunda fase)* destaca claramente la idea de que la regla del agotamiento de los recursos internos asume el carácter de una regla de procedimiento en la medida en que enuncia una condición para que el Estado pueda hacer suya ante un tribunal internacional la reclamación de la persona a la que se propone proteger. Pero el hecho de que el magistrado Tanaka haya mencionado también el aspecto de regla de procedimiento que el principio enunciado adopta en relación con el ejercicio de la protección diplomática y judicial no parece indicar que haya tenido la intención de excluir la existencia del aspecto de norma de fondo que asume el principio en relación con la cuestión del nacimiento de la responsabilidad internacional [174].

75. Otros tres magistrados han expresado opiniones absolutamente claras, todas ellas del mismo tenor que las ideas aquí defendidas. En su opinión disidente en el *Asunto del ferrocarril Panevezys-Saldutiskis*, el magistrado Hudson señaló:

> Es una norma muy importante del derecho internacional la que exige que se hayan agotado los recursos internos sin obtener reparación antes de que un Estado pueda con éxito salir en defensa de un nacional suyo contra otro Estado. *Esta norma no es una regla de procedimiento, ni simplemente una regla de conducta, sino que forma verdaderamente parte del derecho positivo en materia de responsabilidad internacional, es decir, de la responsabilidad de Estado a Estado* *. Si el particular que ha sufrido el perjuicio encuentra a su disposición un recurso adecuado, si ese particular sólo tiene que hacer una gestión para utilizar ese recurso, *carece de todo fundamento la demanda* * que pueda asumir el Estado de que sea nacional dicho particular. *En tanto no se hayan agotado los recursos internos disponibles, no puede surgir ninguna responsabilidad internacional* * [175].

Por otra parte, el magistrado Cordova, en su opinión individual en el *Asunto Interhandel*, se expresó de la siguiente forma:

> El derecho del Estado [...] a asumir la protección de su nacional [...] contra un pretendido acto lesivo de un gobierno extranjero [...] no surge jurídicamente hasta que los órganos judiciales de este último Estado zanjan la cuestión de dicho acto lesivo mediante una decisión definitiva. *Hasta que los tribunales del Estado demandado no hayan dictado su decisión definitiva no puede tenerse al Estado por internacionalmente responsable, por la simple razón de que todavía no se ha ocasionado el daño* *. Este principio es un principio básico de todos los sistemas jurídicos, derecho civil y derecho penal, derecho interno y derecho internacional [176].

Por último, el magistrado Morelli, en su opinión disidente en el *Asunto de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (excepciones preliminares)*, dio la definición del principio del agotamiento de los recursos internos más profunda y más precisa, a juicio del Relator Especial, que haya surgido nunca de la pluma de un magistrado internacional:

> La norma del agotamiento de los recursos internos, en cuanto norma del derecho internacional general, es, en mi opinión, *una norma sustantiva y no adjetiva* *. Se trata precisamente de una *norma complementaria* * de otras normas que tienen, también, carácter de normas sustantivas, es decir, *las normas concernientes al trato de los extranjeros* *.
>
> Esas normas prescriben a los Estados, a los que están destinadas, un *resultado final determinado* * en lo que concierne al trato de los nacionales extranjeros, dejando al Estado obligado *en libertad* * por lo que respecta a los *medios que hayan de utilizarse* *. Por consiguiente, si un órgano del Estado obligado realiza un acto contrario al resultado deseado, *no puede afirmarse la existencia de un hecho ilícito internacional ni de la responsabilidad internacional del Estado mientras el nacional extranjero tenga la posibilidad de lograr, por los medios disponibles en el ordenamiento interno, el resultado previsto en la norma internacional* * [177].

76. El Relator Especial celebra haber podido concluir su análisis de las posiciones adoptadas por los representantes de los gobiernos y por los jueces internacionales con la cita de una opinión tan clara, tan explícita y tan impregnada del auténtico espíritu en que se inspira el principio estudiado. El Relator Especial había hecho una reserva [178] hasta tanto no hubiera procedido a un análisis atento y minucioso de la jurisprudencia internacional y de la práctica de los Estados, a fin de verificar si, acaso, éstas desmentían claramente las conclusiones inicialmente deducidas del modo de ser, de la finalidad y de los beneficiarios de una categoría determinada de obligaciones internacionales y, por lo tanto, de las condiciones en que puede producirse la violación. Esta reserva ya no tiene ahora ninguna razón de ser, pues lo menos que cabe decir es que el análisis no ha desmentido en absoluto las ideas propugnadas. Por el contrario, al considerarlas en su conjunto, después de haber investigado la significación exacta de aquellos asertos que, a primera vista, habían podido inducir en error a algunos observadores, esa práctica y esa jurisprudencia parecen aportar, pese a algunas incertidumbres, un sólido apoyo a las opiniones que la lógica de los principios ya nos había dictado.

77. Algunos consideraciones suplementarias permitirán eliminar ciertas objeciones, que se ha creído poder deducir de determinadas premisas, en contra de las conclusiones indicadas. Se ha alegado, por ejemplo, el hecho de que cuando un Estado invoca la violación por otro Estado de una obligación internacional concerniente al trato que debe otorgarse a particulares, el daño cuya reparación exige es el causado por el comportamiento estatal observado en un principio y no el causado por la desestimación de los recursos internos ejercitados por los particulares perjudicados. Se pretende deducir de ello la prueba del

---

[174] *C.I.J. Recueil 1970*, pág. 143. Algunos otros pasajes de esta opinión podrían inicialmente dar a entender que tal fue la intención de su autor, pero en realidad la duda subsiste enteramente, tanto más cuanto que la cuestión del valor del principio del agotamiento de los recursos internos no guardaba relación con la cuestión tratada por el Sr. Tanaka en su opinión.

[175] *C.P.J.I.*, serie A/B, N.º 76, pág. 47.

[176] *C.I.J. Recueil 1959*, págs. 45 y 46. Esta opinión parece especialmente interesante, pues expresa con bastante claridad la idea de que el efecto del principio relativo al agotamiento de los recursos internos sobre el ejercicio de la protección diplomática no es sino un corolario del efecto que tiene ese mismo principio sobre el nacimiento de la responsabilidad internacional.

[177] *C.I.J. Recueil 1964*, pág. 114.

[178] Véase párr. 54 *supra*.

hecho de que la responsabilidad internacional nace definitivamente del primer comportamiento estatal y, por consiguiente, antes del agotamiento de los recursos internos por los particulares interesados. En realidad, este razonamiento no es válido. Recuérdese, en primer lugar, que más de una vez se ha puesto de relieve en los informes anteriores del Relator Especial y en los de la Comisión, el peligro que entraña la pretensión de deducir del elemento del «daño» y de los criterios para la determinación de su existencia y su alcance consecuencias acerca de la determinación de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito, de sus elementos constitutivos y de sus efectos [179]. La obligación de reparar que surge a cargo de un Estado a raíz de un hecho internacionalmente ilícito se refiere —conviene subrayarlo una vez más— a la reparación del incumplimiento por el Estado de sus propias obligaciones para con otro Estado. La reparación que puede exigir y obtener el Estado lesionado en su derecho de que se respeten las obligaciones internacionales concernientes al trato que ha de darse a los particulares es una cosa y la reparación que uno de esos particulares, lesionado en sus derechos por el comportamiento de órganos de un Estado que hayan procedido en contra del resultado previsto por una obligación internacional, puede exigir y obtener de un órgano de recurso interno de ese mismo Estado, es otra. Ambas tienen un fundamento distinto y se sitúan en planos diferentes. Incluso si el monto de la reparación exigida por el Estado en el plano internacional coincidiese materialmente con el de la reparación exigida por el particular en el plano interno —incluso si el primero se evaluase de hecho con arreglo al segundo—, subsistiría aún la diferencia de naturaleza entre ambos tipos de reparación.

Prescindiendo de estas consideraciones de principio, la objeción aquí examinada no tiene evidentemente en cuenta la naturaleza de hecho estatal complejo que reviste la violación de una obligación internacional en los casos en que entra en juego el requisito del agotamiento de los recursos internos. Cuando el particular perjudicado por un comportamiento estatal incompatible con el resultado exigido por una obligación internacional reacciona utilizando y agotando sin éxito los medios de recurso previstos en el derecho interno, la violación de la obligación internacional no está constituida solamente por la última etapa del proceso de su perpetración, del mismo modo que tampoco está representada únicamente por la primera etapa. Dicha violación resulta del conjunto de los comportamientos estatales sucesivamente observados, desde el primero que la inicia hasta el último que la completa y la hace definitiva. De suerte que el perjuicio sufrido por el particular —y que puede servir eventualmente de criterio de evaluación para la determinación del monto de la reparación que puede exigir el Estado que actúe ejerciendo la protección diplomática o judicial— es el perjuicio causado al particular por el conjunto de los comportamientos estatales observados en el caso de que se trate en contradicción con el resultado internacionalmente exigido. Incluso en el caso de que, de hecho, sólo se tomara como base el perjuicio causado por el comportamiento observado en un principio, ello sería porque los comportamientos siguientes no habrían añadido nada nuevo a ese perjuicio y no porque el proceso de realización del hecho internacionalmente ilícito hubiera concluido con la primera etapa [180].

78. Otras objeciones son, en opinión del Relator Especial, todavía menos sólidas. Por ejemplo, la de una pretendida coincidencia necesaria entre el momento en que se perfecciona la violación de una obligación internacional y en que, por consiguiente, surge la responsabilidad internacional y el momento en que nace la controversia entre los Estados implicados [181]. Cualquiera que sea el concepto de «controversia internacional» que se adopte, se desprende claramente de la práctica internacional que las controversias —y sólo se hace referencia a las controversias jurídicas— pueden muy bien nacer antes de la perpetración definitiva de un hecho internacionalmente ilícito e incluso sin que se haya producido tal hecho. Vincular la cuestión del nacimiento de la controversia a la de la existencia de una responsabilidad internacional ya perfectamente establecida y, por consiguiente, inferir del hecho de que las controversias nacen antes de todo agotamiento de los recursos internos la conclusión de que ese agotamiento no guarda ninguna relación con el nacimiento de la responsabilidad es, a juicio del Relator Especial, un procedimiento totalmente arbitrario.

79. Tampoco es posible conceder ningún valor a la observación según la cual la tesis de que el agotamiento de los recursos internos es una condición de fondo concerniente al nacimiento de la responsabilidad internacional viene a ser refutada por el hecho de que los tribunales internacionales tratan normalmente esta cuestión en la

[179] En lo que se refiere a las condiciones de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito, véase el tercer informe del Relator Especial [*Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), págs. 238 y 239, documento A/CN.4/246 y Add.1 a 3, párrs. 73 a 75] y el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 25.º período de sesiones (*Anuario... 1973*, vol. II, págs. 186 y 187, documento A/9010/Rev.1, cap. II, secc. B, art. 3, párr. 12 del comentario). En lo que concierne al error de referirse a los criterios utilizados concretamente para determinar en los diferentes casos el importe de la reparación debida para deducir consecuencias sobre la determinación del hecho que ha de atribuirse al Estado como fuente de responsabilidad, véase el cuarto informe del Relator Especial (*Anuario... 1971*, vol. II, págs. 104 y 105, documento A/CN.4/264 y Add.1, párrs. 68 a 70) y el informe de la Comisión sobre su 27.º período de sesiones (*Anuario... 1975*, vol. II, págs. 78 y 79, documento A/10010/Rev.1, cap. II, secc. B, subsecc. 2, art. 11, párrs. 9 y 10 del comentario).

[180] A la inversa, incluso si, de modo igualmente erróneo a juicio del Relator Especial, se considerase sólo el último acto como elemento constitutivo de la violación de la obligación internacional y, por lo tanto, como fuente de la responsabilidad internacional, no hay motivos para afirmar que la reparación que podría exigir el Estado por esa violación debería determinarse sobre la base del perjuicio causado al particular por este último acto. Puede muy bien resultar de los criterios de justicia y de equidad que normalmente rigen la determinación del monto de la reparación de los actos ilícitos internacionales que se tome como base a tal efecto el perjuicio causado por el primer acto; esto sin excluir los casos en que hay solamente actos ulteriores contrarios a las exigencias de una obligación internacional, como ocurre cuando el hecho internacionalmente ilícito atribuido al Estado es exclusivamente una denegación de justicia. En tal caso se advierte cómo la determinación de la reparación debida por la violación de una obligación internacional es independiente de la determinación del «daño» y sobre todo del daño económico causado directamente por la propia violación.

[181] Véase Amerasinghe, *loc. cit.*, págs. 448 y 449, 463; y *contra*, Gaja, *op. cit.*, págs. 22 y 23.

fase del proceso relativa a las excepciones preliminares [182]. El Relator Especial está perfectamente convencido de la posibilidad de oponer igualmente cuestiones de fondo como excepciones preliminares y tal es sin duda la opinión dominante en el seno de la propia Corte Internacional de Justicia. Pero incluso para quienes han manifestado una opinión diferente, como los magistrados Hudson y Morelli [183], se impone como consecuencia la imposibilidad de que las partes invoquen y la Corte examine como excepción preliminar la falta de agotamiento de los recursos internos. Es menester, a su juicio, que esa falta se trate como una objeción en cuanto al fondo, con ocasión del examen del fondo del asunto. Esos dos magistrados figuran, en efecto, entre los defensores más convencidos de la idea de que el agotamiento de los recursos internos constituye una condición de fondo de la responsabilidad y no una condición de simple procedimiento.

80. Por último, el Relator Especial estima que no se debe tomar en consideración la supuesta objeción basada en la posibilidad de que se dicte un fallo puramente declaratorio antes incluso de que se hayan agotado los recursos internos. Obsérvese, en primer lugar, que esta hipótesis es más teórica que práctica, ya que nunca se ha planteado en la realidad [184]. Prescindiendo de esto, el Relator Especial no ignora la existencia de la opinión, a decir verdad muy controvertida, según la cual el requisito del agotamiento de los recursos internos subsistiría exclusivamente en el caso de una reclamación formulada con miras a obtener una restitución o un resarcimiento y, por consiguiente, no se aplicaría en el caso de que se solicitara un fallo puramente declaratorio [185]. Sin embargo, no alcanza a discernir sobre qué base agunos autores han podido afirmar que para los partidarios de esa opinión estaría excluido *a priori* que el agotamiento de los recursos internos sea, como opina el Relator Especial, una condición para que la violación de una obligación internacional pueda perfeccionarse y convertirse de este modo en fuente de responsabilidad [186]. Es del todo posible concebir un fallo puramente declaratorio destinado a establecer, antes de que se examine la existencia de una infracción y de la responsabilidad que de ella dimana, la existencia a cargo del Estado de una obligación internacional, el contenido y el alcance de esta obligación; también puede concebirse un fallo de esta naturaleza dictado con el objeto de reconocer que un comportamiento inicial observado por dicho Estado respecto de un particular contradice el resultado exigido por la obligación de que se trate.

81. El examen, breve, pero suficiente, de los asertos acerca de una supuesta incompatibilidad entre las tesis expuestas y las no menos supuestas consecuencias que algunos autores querrían extraer de ciertas premisas, no ha incitado en absoluto al Relator Especial a modificar su punto de vista, como tampoco, por lo demás, el análisis detallado de las posiciones adoptadas por los gobiernos y por los jueces internacionales. Así pues, el Relator Especial puede confirmar las deducciones presentadas inicialmente como conclusión sobre la cuestión hasta ahora examinada. En el vasto contexto de las obligaciones internacionales que exigen del Estado no que observe un comportamiento específicamente determinado, sino que logre determinado resultado, cabe distinguir una categoría especial de obligaciones: las que están específicamente dirigidas a que, en el ámbito interno del Estado, se otorgue un trato determinado a personas físicas o morales y a sus bienes. A causa precisamente de estas características, debe reconocerse lógicamente, como se ha indicado [187], que una condición suplementaria viene a sumarse a las que normalmente se requieren para determinar que ha habido violación de una obligación que exige del Estado que logre concretamente un resultado determinado. Lo que hay que tomar en consideración a este respecto es precisamente el hecho de que las obligaciones internacionales de esta categoría específica

[182] Véase de nuevo Amerasinghe, *loc. cit.*, págs. 449 y 450, 462 y 463; Chappez, *op. cit.*, pág. 25.

[183] Véanse sus opiniones disidentes comunes relativas, respectivamente, a los fallos dictados en el Asunto del ferrocarril Panevezys-Saldutiskis (*C.P.J.I.*, serie A/B, N.º 76, pág. 47) y en el Asunto Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (excepciones preliminares) (*C.I.J. Recueil 1964*, págs. 114 y 115), en las que critican la decisión de la mayoría de tratar del agotamiento de los recursos internos como excepción preliminar.

[184] En el Asunto Interhandel, la Corte no se pronunció sobre la demanda subsidiaria del Gobierno suizo que pedía que la Corte se limitara a declarar que había habido violación de una obligación internacional si no reconocía que se habían agotado los recursos internos en ese caso (*C.I.J. Mémoires, Interhandel*, pág. 405). Los Estados Unidos se habían desdicho en el procedimiento oral (*ibid.*, págs. 501 y 502) de lo que habían admitido a este respecto en el procedimiento escrito (*ibid.*, pág. 317). En el laudo del Tribunal arbitral (de la Comisión Mixta) sobre las deudas exteriores alemanas, dictado el 3 de julio de 1958 entre Suiza y la República Federal de Alemania, el Tribunal observó, pero únicamente en concepto de principio, que la «invocación del principio del agotamiento de los recursos internos en cuanto norma reconocida del derecho internacional general solamente se admite en derecho cuando se ha formulado una reclamación contra un Estado, en particular una reclamación encaminada a obtener una restitución o un resarcimiento» [*Zeitschrift für auslandisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Stuttgart, vol. 19, 1958, pág. 770 (traducción del Relator Especial)].

[185] Las opiniones de los autores están divididas con respecto a la posibilidad de un fallo declaratorio antes del agotamiento de los recursos internos. En el Instituto de Derecho Internacional, P. Guggenheim (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1956, Basilea, t. 46, págs. 299 y 300) y J. H. W. Verzijl (*ibid.*, pág. 301) se pronunciaron a favor de tal posibilidad; E. Giraud y Ch. de Visscher se pronunciaron en contra (*ibid.*, págs. 300 y 301). La mayoría de los miembros compartieron la opinion sostenida en el texto (*ibid.*, pág. 302). A favor se puede citar también a Fawcett (*op. cit.*, pág. 457) y en contra a C. H. P. Law (*op. cit.*, pág. 110) y, con ciertas dudas, a Amerasinghe (*loc. cit.*, págs. 450 y 451). Sin embargo, todos estos autores se pronuncian a favor o en contra más bien sobre la base de la conveniencia o no conveniencia de las consecuencias de tal fallo que sobre la base de la práctica internacional. A este respecto, Chappez cree poder afirmar que la práctica de los Estados reconoce la posibilidad de ese fallo (*op. cit.*, págs. 94 y ss.). Por el contrario, Haesler afirma que no hay precedentes significativos (*op. cit.*, pág. 125). Para Gaja, si se admite en general la posibilidad de un fallo declaratorio, debe admitirse también la posibilidad de un fallo que verse sobre algunas de las condiciones del hecho ilícito o de la responsabilidad o de la protección diplomática (*op. cit.*, pág. 25, nota 15).

[186] Según Amerasinghe, «solamente cuando se considere que la regla del agotamiento de los recursos internos es de carácter procesal podrá obtenerse un fallo de esta índole antes de que se hayan agotado los recursos internos» (*loc. cit.*, pág. 451). Igualmente, para Chappez, «la posibilidad, generalmente reconocida en la práctica, de que un tribunal pueda dictar un fallo declaratorio sin que se hayan agotado previamente los recursos internos, invalida la tesis según la cual dicho agotamiento es una norma de fondo» (*op. cit.*, pág. 17).

[187] Véase párr. 48 *supra*.

tienen como fin y por objeto lograr que el Estado garantice, en su orden interno, una situación determinada a particulares, a saber, a sujetos de derecho interno. Por consiguiente, no puede haber violación perfecta y definitiva de una obligación internacional de esta categoría hasta que las personas consideradas como beneficiarias del resultado perseguido no hayan hecho cuanto esté en su mano para que éste se realice. En particular, no puede haber violación de la obligación hasta que esas personas no hayan utilizado a tal fin los medios que les ofrece el ordenamiento jurídico internacional para reaccionar contra una situación incompatible con el resultado deseado y para remediarla, hasta que no hayan agotado esos medios sin obtener por ello la finalidad buscada. Solamente en ese momento podrá concluirse que el Estado ha incumplido definitivamente la obligación de lograr el resultado internacionalmente exigido, que ha cometido una violación perfecta de su obligación internacional y que, por consiguiente, ha incurrido en responsabilidad internacional.

82. En vista de estas conclusiones, parece casi superfluo preguntarse si el principio que exige la condición del agotamiento de los recursos internos es o no, y ante todo, un principio de carácter general y de derecho no escrito, aunque esté expresamente previsto en innumerables convenciones. Como ya hemos subrayado, ese principio forma en realidad parte de los que se imponen como consecuencia lógica del modo de ser de estas obligaciones y de su finalidad y objeto específico. Ciertamente, muchas convenciones lo enuncian, lo recuerdan, lo confirman, precisan su alcance y sus efectos, amplían o restringen sus límites, y excluyen a veces *in toto* su aplicación a las obligaciones que prevén. Pero esas convenciones hacen todo esto partiendo precisamente del principio de que la exigencia del agotamiento de los recursos internos es anterior a ellas como principio de aplicación general, aunque susceptible de derogación, como principio que, repitámoslo, encuentra sus raíces en la costumbre o, mejor aún, en la propia lógica del modo de ejecución de cierto tipo de obligaciones internacionales y que, por tanto, no es ciertamente de origen puramente convencional.

83. Por otra parte, algunos autores recientes han demostrado de modo muy concienzudo y exhaustivo el fundamento de esta aserción [188]. Nos bastará con recordar sumariamente los elementos esenciales de tal demostración.

84. Parece indudable que, en el derecho internacional general, el principio que fija la condición del agotamiento de los recursos internos se estableció en relación estrecha con el desarrollo de las obligaciones internacionales relativas al trato reservado por un Estado a las personas físicas o jurídicas extranjeras y a la prevención de los perjuicios causados a esas personas y a sus bienes. Si se examina la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional se advierte que, en su fallo sobre el *Asunto de las concesiones Mavrommatis en Palestina* (1924), define la exigencia de que los extranjeros perjudicados por actos estatales contrarios al derecho internacional traten de «obtener satisfacción por las vías ordinarias» como «un principio elemental del derecho internacional» [189] y se advierte que, en su fallo sobre el *Asunto del ferrocarril Panevezys-Saldutiskis* (1939), hace constar que ambas partes reconocen la existencia «*de la regla del derecho de gentes que exige el agotamiento del recurso interno* *» [190]. La Corte Internacional de Justicia, en su fallo sobre el *Asunto Interhandel* (1959), adopta una posición muy explícita al afirmar que:

> La norma según la cual deben agotarse los recursos internos [...] es *una norma definitivamente arraigada del derecho internacional consuetudinario* * [191].

La jurisprudencia arbitral internacional sigue claramente esta línea. En su decisión relativa al *Asunto de los bienes británicos en el Marruecos Español*, pronunciada en 1925, el árbitro Max Huber presenta la exigencia del agotamiento de los recursos internos como «un principio reconocido del derecho internacional» [192]. En su decisión de 1930 sobre el *Asunto de la Mexican Union Railway* —ya citada [193] por su definición del principio en el sentido de que indica que «*la responsabilidad del Estado en derecho internacional sólo puede surgir* *» después de la utilización de los recursos internos—, la Comisión de reclamaciones Gran Bretaña/México dice que el principio de que se trata es «*una de las reglas reconocidas del derecho internacional general* *» [194]. En su decisión de 1956 sobre el *Asunto Ambatielos*, la Comisión de arbitraje Grecia/Reino Unido se refiere a la exigencia de la plena utilización de los recursos internos como una «*regla bien establecida* *» [195] y, en su decisión de 1958, el tribunal instituido por Suiza y la República Federal de Alemania para el *Acuerdo sobre las deudas exteriores alemanas* afirma que

> No cabe duda de que la norma del agotamiento de los recursos internos [...] es [...] una *regla de derecho internacional generalmente aceptada* * [196].

La jurisprudencia internacional reconoce, pues, unánimemente la existencia del principio del agotamiento de los recursos internos en el derecho internacional general, con independencia de las disposiciones especiales de instrumentos convencionales. Al mismo tiempo, es cierto que todos los casos concretos examinados por tribunales internacionales, que han dado lugar a estas manifestaciones de reconocimiento del principio, son casos de incumplimiento o supuesto incumplimiento de obligaciones internacionales concernientes al trato reservado por un Estado, en su territorio, a personas extranjeras o a sus bienes.

85. En la práctica de los Estados, son igualmente abundantes y prácticamente unánimes las opiniones que admiten el carácter general del principio relativo al agotamiento

[188] Véase en especial Gaja, *op. cit.*, págs. 37 y ss.

[189] *C.P.J.I.*, serie A, N.º 2, pág. 12.

[190] *Ibid.*, serie A/B, N.º 76, pág. 18.

[191] *C.I.J. Recueil 1959*, pág. 27.

[192] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta; 1949.V.1), pág. 731.

[193] Véase párr. 63 *supra*.

[194] *Ibid.*, vol. V *(op. cit)*, pág. 122.

[195] *Ibid.*, vol. XII (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 63.V.3), págs. 118 y 119.

[196] *International Law Reports, 1958-I*, Londres, vol. 25, 1963, pág. 42.

de los recursos internos. Esto se advierte al examinar las opiniones expresadas por representantes de los gobiernos con motivo de los trabajos de codificación en materia de responsabilidad de los Estados por daños causados en su territorio a las personas o a los bienes de extranjeros. También se advierte al referirse a las convicciones manifestadas por los gobiernos en controversias relativas a la violación de una obligación internacional concerniente al trato de los nacionales de otro Estado.

86. Durante la tentativa de codificación de 1930, ningún gobierno expresó la menor duda en cuanto al hecho de que la regla que se trataba de codificar era una regla que pertenecía ante todo al derecho internacional general. La esfera de aplicación de esa regla estaba, por otra parte, determinada previamente por los propios límites del objeto de la Conferencia de Codificación. Las respuestas de los gobiernos a la petición de información del Comité Preparatorio [197], las intervenciones de las delegaciones en el Comité III de la Conferencia y las propuestas hechas durante los trabajos [198], así como el texto del artículo 4 aprobado en primera lectura a raíz de los debates [199], tenían como fundamento la convicción básica de la existencia del principio del agotamiento de los recursos internos como regla de derecho internacional general. Las limitaciones del principio previstas en el texto aprobado [200], así como las propuestas por algunos representantes, partían de esta misma convicción.

87. En lo que respecta a las posiciones adoptadas por los gobiernos en los abundantes casos en que, en una controversia determinada, se ha pleanteado el problema de la falta de agotamiento de los recursos internos, su aspecto más interesante es la convergencia de opiniones no sólo de los gobiernos demandados, sino también de los gobiernos demandantes sobre el reconocimiento del principio de que se trata en cuanto regla general de derecho internacional. Las divergencias inevitables sólo se refieren al problema de la aplicabilidad del principio en las circunstancias particulares del caso de que se trate. En todo caso, nunca se pretendió que la condición del agotamiento previo de las vías internas de recurso debía estar prevista en una cláusula concreta de una convención para poder ser exigida. Limitándonos a citar las afirmaciones más explícitas hechas ante la Corte Permanente de Justicia Internacional o la Corte Internacional de Justicia, recordaremos que en el *Asunto de la administración del Príncipe von Pless* el Gobierno polaco declaró que la exigencia del agotamiento de los recursos internos era «*un principio generalmente admitido en las relaciones internacionales* *», y esto sin oposición alguna por parte del Gobierno alemán [201]; que en el *Asunto Losinger*, el Gobierno yugoslavo se refirió también a una «*regla universalmente admitida* *» y el Gobierno suizo declaró que no desconocía esta «*regla del derecho internacional* *» [202]; que en el *Asunto de los fosfatos de Marruecos*, el Gobierno francés afirmó que se trataba de «*una regla bien establecida del derecho internacional* *» y el Gobierno italiano declaró que no tenía «*la intención de impugnar la existencia de esa regla* *» [203]; que en el *Asunto del ferrocarril Panevezys-Saldutiskis*, el Gobierno lituano sostuvo, sin que se opusiera el Gobierno estoniano, que «la regla del agotamiento de las vías de recurso internas está sólidamente establecida en el derecho internacional positivo de nuestro tiempo» [204]; que en el *Asunto de la Anglo-Iranian Oil Co.*, el Gobierno iraní mencionó el «agotamiento previo de los recursos internos» como condición que debía respetarse «*conforme al derecho internacional general* *» y el Gobierno británico reconoció que se trataba «*en general de una condición* *» [205]; que en el *Asunto Interhandel*, los Estados Unidos de América invocaron el «*principio bien establecido de derecho internacional que exige el agotamiento de los recursos internos* *» y el Gobierno suizo respondió que no impugnaba en absoluto esa aserción [206]; que en el *Asunto del incidente aéreo del 27 de julio de 1955*, el Gobierno búlgaro subrayó, sin que se opusieran a este respecto los Gobiernos de los Estados Unidos de América y de Israel, el carácter «indiscutible» de la regla del agotamiento previo de los recursos internos [207]. En muchos otros casos se han adoptado implícitamente posiciones análogas [208].

88. Las posiciones adoptadas por los gobiernos partes en controversias sometidas a otras instancias internacionales resultan igualmente concluyentes. Del laudo dictado en el *Asunto de los bosques del Rhodope central* se desprende, por ejemplo, que el Gobierno búlgaro se apoyó «en *el principio, perfectamente conocido en derecho internacional, del agotamiento de los recursos judiciales internos* *», y que el Gobierno griego puso solamente en duda la aplicabilidad de ese principio al caso de que se trataba [209]; y la decisión relativa al *Asunto de la Anglo-Iranian Oil Co.*, entre el Irán y la Gran Bretaña, indica

[197] Hemos visto más arriba (párr. 55) el texto del punto XII de la petición de información. Para las respuestas de los gobiernos véase Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion... (op. cit.)*, págs. 136 y ss., y *Supplément au tome III* [c.75(*a*).M.69(*a*).1929.V], págs. 4 y 23. La base de discusión N.º 27, radactada por el Comité sobre la base de esas respuestas, se transcribe también más arriba (párr. 55).

[198] Véase, para las intervenciones en los debates, Sociedad de las Naciones, *Actes de la Conférence... (op. cit.)* págs. 63 y ss., 162 y ss.; para las propuestas y las enmiendas, *ibid.*, págs. 209 y ss., 217, 220, 227 y ss., 251.

[199] Véase *supra* párr. 56.

[200] Las limitaciones a la aplicación del principio previstas en el párrafo 2 del artículo 4 se referían a las hipótesis, evidentes de por sí, en que las autoridades judiciales se hubieran negado definitivamente a administrar justicia o hubieran pronunciado sentencias definitivas.

[201] *C.P.J.I.*, serie C, N.º 70, págs. 134 y 182.

[202] *Ibid.*, N.º 78, pág. 156.

[203] *Ibid.*, N.º 84, págs. 209 y 440.

[204] *Ibid.*, N.º 86, pág. 143.

[205] *C.I.J. Mémoires, Anglo-Iranian Oil Co.*, pág. 291.

[206] *Ibid., Interhandel*, págs. 315 y 402.

[207] *Ibid., Incident aérien du 27 juillet 1955*, págs. 276 y 277, 326 y 454.

[208] En un solo caso un gobierno emitió algunas dudas en cuanto a la existencia del principio como regla general: Bélgica, en el Asunto Borchgrave (*C.P.J.I.*, serie C, N.º 83, pág. 65). Pero el Gobierno belga adoptó ulteriormente una actitud netamente positiva en el Asunto relativo a la Compañía de Electricidad de Sofía y de Bulgaria (*C.P.J.I.*, serie C, N.º 88, pág. 37) y en el Asunto de la Barcelona Traction, Light and Power Co. Limited [*C.I.J. Mémoires, Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (nouvelle requête: 1962), vol. I, págs. 215 y ss.].

[209] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III *(op. cit.)*, pág. 1419.

que el Gobierno británico reconoció que la exigencia del agotamiento de los recursos internos, invocada por el Gobierno iraní, era «*un principio bien establecido* *» [210]. Hubo un caso en que se puso en duda la existencia de tal norma en el derecho internacional general: el de la cuestión planteada inicialmente por el Gobierno de Helsinki en el *Asunto de los buques finlandeses*, caso sometido en 1931, como se recuerda más arriba [211], al Consejo de la Sociedad de las Naciones. Sin embargo, cuando el Gobierno británico reiteró que esa norma era un principio indiscutido de derecho internacional, el Gobierno finlandés se sumó también a ese punto de vista al aceptar que se sometiese a arbitraje la cuestión de saber si, en el caso de que se trataba, se habían agotado los recursos internos.

89. Conviene recordar, por si fuera poco, que los gobiernos adoptaron posiciones significativas en otras ocasiones. Es particularmente interesante, por ejemplo, la posición del Gobierno suizo en el debate celebrado en 1967 en la Asamblea Federal sobre la aprobación del Convenio de 18 de marzo de 1965 relativo al arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. Al comentar el artículo 26 de ese Convenio, el Consejo Federal habló del agotamiento de los recursos internos como de «*un principio general de derecho internacional* *» [212]. Por otra parte, la práctica de ciertos gobiernos, en particular los de los Estados Unidos y del Canadá, de considerar que no pueden apoyar las reclamaciones de sus nacionales antes de que éstos hayan agotado los recursos internos, demuestra su convicción de que tal principio existe como principio de aplicación general [213]. Cabe por último añadir que incluso ciertas convenciones bilaterales o multilaterales se refieren al agotamiento de los recursos internos como a un principio general del derecho internacional. La Convención para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (1950) [214], por ejemplo, se refiere (art. 26) al agotamiento de «todos los recursos de derecho interno, *entendido esto* * conforme a los principios de derecho internacional generalmente reconocidos» [215].

90. Una vez demostrada por la jurisprudencia internacional y por la práctica de los Estados la existencia de una convicción unánime, parece casi superfluo agregar que el carácter del principio que se examina como principio afirmado por el derecho internacional general se reconoce también en la casi totalidad de las obras en que se ha estudiado el problema. No parece necesario citar a los muchos autores que han tratado el tema, puesto que, salvo raras excepciones, los internacionalistas no ponen en duda que el agotamiento de los recursos internos está previsto por el derecho internacional general como condición, bien del nacimiento de la responsabilidad internacional, bien, cuando menos, de su aplicación [216].

91. Por último, la condición que se examina se ha tomado en consideración en la resolución de 1956 del Instituto de Derecho Internacional como principio aplicable en virtud del derecho internacional general [217]. Y el principio que enuncia esa condición ha sido incluido como tal en los proyectos de codificación consagrados a la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados en su territorio a la persona o a los bienes de los extranjeros, aprobados con los auspicios de organizaciones internacionales [218] o por asociaciones

[210] *Ibid.*, pág. 122.

[211] Véase párr. 65 *supra*.

[212] Véase el mensaje del Consejo Federal de 15 de diciembre de 1967 en el *Annuaire suisse de droit international, 1968*, Zurich, 1970, vol. 25, pág. 271. La existencia, para Suiza, de la norma consuetudinaria del agotamiento de los recursos internos se desprende también de lo que afirmó el Consejo Federal en 1968 en relación con el artículo 26 de la Convención Europea de Derechos Humanos (*Annuaire suisse de droit international, 1969-1970*, Zurich, 1971, vol. 26, pág. 172) y en 1970 con respecto al Tratado de conciliación, solución judicial y arbitraje, celebrado entre Suiza y Chile el 14 de enero de 1970 (*Annuaire suisse de droit international, 1971*, Zurich, 1972, vol. 27, pág. 198).

[213] Véase, como ilustración de la práctica de los Estados Unidos, M. Whiteman, *op. cit.*, págs. 769 y ss., 906 y ss.; y con respecto a la práctica del Canadá, *Annuaire canadien de droit international, 1968*, Vancouver, t. VI, págs. 262 y ss.

[214] Para la referencia, véase la nota 36 *supra*.

[215] El artículo V de la Convención general de reclamaciones Estados Unidos/México, de 8 de septiembre de 1923 (G. F. de Martens, ed., *Nouveau Recueil général de traités*, Leipzig, Weicher, 1927, 3.ª serie, t. XVII, pág. 292), habla del «principio general de derecho internacional de que han de agotarse los remedios legales».

[216] C. G. Ténékidès, que, en un estudio publicado en 1933 («L'épuisement des voies de recours internes comme condition préalable de l'instance internationale», *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruselas, 3.ª serie, t. XIV, N.º 3, 1933, págs. 514 y ss.), había manifestado dudas al respecto, cambió posteriormente de opinión [«Les jugements nationaux "manifestement injustes" envisagés comme sources de la responsabilité internationale des Etats», *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. XIII, N.º 4 (julio-agosto de 1939), pág. 376). En el artículo de W. Friedman, «Epuisement de voies de recours internes» [*Revue de droit international... (op. cit.)*, págs. 318 y ss.], se negaba la existencia del principio del agotamiento de los recursos internos en el derecho internacional general, pero ese estudio parece hoy anticuado. J. H. W. Verzijl, en su informe al Instituto de Derecho Internacional [«La règle de l'épuisement des recours internes...» *(loc. cit.)*, págs. 5 y ss. y, en particular, págs. 22 y 23], aun cuando aceptaba que la norma era un principio del derecho internacional general, limitó mucho su alcance. A su juicio, sólo se justificaría en caso de denegación de justicia en el sentido propio. En las demás hipótesis, la posibilidad ofrecida al Estado de evitar la responsabilidad internacional autorizando al extranjero perjudicado a dirigirse a sus tribunales internos no se explicaría más que por «motivos de oportunidad». Muy recientemente, un amplio estudio sobre la misma cuestión, ya citado antes (nota 121), ha sido publicado por un joven internacionalista italiano, G. Strozzi, quien, salvo en ciertos casos limitados, no reconoce al principio por el que se requiere el agotamiento de los recursos internos más que un origen convencional. En consecuencia, no ve en ese principio, acerca del cual expresa en general ideas muy restrictivas, más que una condición de la iniciación de una acción ante una jurisdicción internacional. Sin embargo, la posición de ese autor en la doctrina jurídica italiana —que es una de las que han consagrado mayor atención a la cuestión en examen— es una posición aislada.

[217] Véase *Annuaire de l'Institut de droit international, 1956*, Basilea, t. 46, pág. 358, y *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 148, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo IV.

[218] Además de los artículos 4 y 9 aprobados en primera lectura en 1930 por el Comité III de la Conferencia de Codificación de La Haya (*Anuario... 1956*, vol. II, págs. 221 y 222, documento A/CN.4/96, apéndice 3), véase el artículo 15 del anteproyecto elaborado en 1958 por F. V. García Amador (*Anuario... 1958*, vol. II, pág. 78, documento A/CN.4/111, apéndice) y el artículo 18 del anteproyecto revisado elaborado en 1961 (*Anuario... 1961*, vol. II, págs. 53 y 54, documento A/CN.4/134 y Add.1, adición), el párrafo 3 de la resolución aprobada en 1933 en la Séptima Conferencia Internacional Americana (*Anuario... 1956*, vol. II, págs. 222 y 223, documento A/CN.4/96, apéndice 6), el punto VIII de los principios

científicas privadas [219]. El mismo principio forma también parte de proyectos relativos a la responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos en general [220].

92. Parece entonces bien establecido que el derecho internacional general ha afirmado tradicionalmente el principio llamado del agotamiento de los recursos internos en relación con el respeto de las obligaciones internacionales que imponen al Estado la obligación de garantizar un trato determinado a las personas físicas y jurídicas extranjeras. En la primera parte de la presente sección, se hace hincapié en que el principio incluye a la vez una cláusula principal y un corolario. Con arreglo a la cláusula principal, la violación de una obligación internacional y la responsabilidad internacional que dimana de tal violación no pueden determinarse mientras los particulares que presentan una queja por una situación debida a la acción o a la omisión de un órgano estatal, contraria al resultado requerido por una obligación internacional no hayan procurado obtener la modificación de tal situación recurriendo a los demás medios de derecho internos capaces de asegurar el resultado internacionalmente exigido. Con arreglo al corolario, el Estado del que son nacionales dichos particulares no estará facultado, mientras no se haya cumplido la condición indicada, para defender a tales personas, es decir para tomar, respecto de las mismas, iniciativas de protección diplomática o judicial; no estará facultado, entre otras cosas, para iniciar una acción ante una jurisdicción internacional.

93. Cabe preguntarse, sin embargo, si la comprobación de que la exigencia del agotamiento de los recursos internos se afirmó en el derecho internacional consuetudinario paralelamente a la formación de las normas relativas a la condición de los extranjeros no puede conducir, máxime si se aplica sin modificación alguna al derecho internacional actual, a conclusiones que pequen por exceso o por carencia. Es lícito preguntarse, en efecto, si el propio derecho internacional general no prevé, actualmente al menos, excepciones a la aplicabilidad del principio para determinar la violación de obligaciones internacionales relativas al trato de las personas físicas o jurídicas extranjeras. Por otra parte, cabe también preguntarse si la condición del agotamiento de los recursos internos por los particulares interesados no debe aplicarse asimismo cuando se trata de determinar la violación de obligaciones internacionales relativas a personas distintas de aquellas respecto de las cuales el principio que se examina se ha afirmado tradicionalmente, y en particular a personas físicas o jurídicas nacionales. Como es natural, tales cuestiones sólo se plantean en relación con el derecho internacional general, puesto que los Estados recurren a veces a la posibilidad de limitar o ampliar el alcance del principio mediante convenciones bilaterales o incluso multilaterales.

94. Por lo que respecta al primer aspecto, hay dos hipótesis diferentes en las que cabe normalmente preguntarse si el agotamiento de los recursos internos por los particulares interesados debe o no considerarse como condición previa para que un Estado pueda llegar a la conclusión de que otro Estado ha violado realmente una obligación internacional relativa al trato que debe darse a sus nacionales y para que ese mismo Estado pueda en consecuencia hacer valer la responsabilidad internacional en que ha incurrido el otro Estado. La primera hipótesis se refiere a los casos en que un primer comportamiento de los órganos del Estado en cuyo territorio ha tenido lugar el daño (que se llamará aquí «Estado territorial») ha creado una situación que sea incompatible con el resultado que trataba de lograrse mediante una obligación internacional y que perjudique a ciertas personas en cuanto nacionales de un país determinado. La segunda se refiere a los casos en que el perjuicio causado a los derechos de particulares extranjeros se ha producido fuera del territorio del Estado o a los casos en que las personas perjudicadas no tengan su residencia en el Estado territorial o no tengan vínculo voluntario alguno con éste.

95. De hecho, en el caso de una situación originada por el comportamiento de un órgano estatal que vulnera a una persona en calidad de nacional de un Estado objeto de una intención discriminatoria especial, el Estado del que la persona es nacional reacciona a veces afirmando la responsabilidad del Estado territorial sin esperar a que la víctima haya recurrido a las instancias internas [221]. Merece señalarse a este respecto una frase de la respuesta

adoptados en 1962 por el Comité Jurídico Interamericano según la opinión de los países latinoamericanos (*Anuario... 1969*, vol. II, pág. 160, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo XIV), y el punto IX de los principios adoptados por el mismo Comité según la opinión de los Estados Unidos de América (*ibid.*, pág. 161, anexo XV).

[219] Véase artículo 12 del proyecto de 1927 del Instituto de Derecho Internacional (*Anuario... 1956*), vol. II, pág. 224, documento A/CN.4/96, apéndice 8), artículos 6 y 7 del proyecto de convención de 1929 preparado por la Harvard Law School (*ibid.*, pág. 225, apéndice 9), artículo 13 del proyecto de convención de 1930 de la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht (*Anuario... 1969*, vol. II, pág. 157, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo VIII), artículo 1, párr. 2, y artículo 19 del proyecto de convención de 1961 de la Harvard Law School (*ibid.*, págs. 149 y 152, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo VII), y párrafos 206 a 210 de la nueva enunciación de la Ley, aprobada en 1965, por el American Law Institute [*Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 210, documento A/CN.4/217/Add.2]. Véanse asimismo los artículos III y IV del proyecto relativo a la protección diplomática preparado en 1925 por el Instituto Americano de Derecho Internacional (*Anuario... 1956*, vol. II, pág. 223, documento A/CN.4/96, apéndice 7).

[220] Tal es el caso de las bases de discusión sobre la responsabilidad internacional de los Estados elaboradas en 1956 por F. V. García Amador (véase base N.º V, párr. 2, en *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 217, documento A/CN.4/96, párr. 241) y del proyecto de convención sobre la responsabilidad de los Estados por actos ilícitos internacionales preparado por A. Roth en 1932 (véase artículo 9 en *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 159, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo X). El proyecto elaborado por K. Strupp (*ibid.*, pág. 158, anexo IX) y el de B. Gräfrath y P. A. Steiniger («Kodifikation der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit», *Neue Justiz*, Berlín, 1973, N.º 8, pág. 227), también dedicados a la responsabilidad internacional de los Estados en general, no mencionan la norma, lo cual no significa en modo alguno que sus autores excluyan la existencia de la norma de derecho internacional general.

[221] Gaja (*op. cit.*, pág. 79) recuerda, a título de ejemplos recientes, el comunicado de 31 de julio de 1964 del Ministerio francés de Relaciones Exteriores, con ocasión de manifestaciones realizadas en Saigón contra particulares franceses [para el texto, véase Ch. Rousseau, «Chronique des faits internationaux», en *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. XXXV, N.º 4 (octubre-diciembre de 1964), pág. 943] y la nota del Gobierno de los Países Bajos de 18 de diciembre de 1959 sobre medidas discriminatorias de nacionalización adoptadas por el Gobierno de Indonesia [*American Journal of International Law*, Wáshington (D.C.), vol. 54, N.º 2 (abril de 1960), págs. 487 y ss.].

de Dinamarca a la solicitud de información del Comité Preparatorio de la Conferencia de Codificación de 1930. Al aceptar la propuesta de que la responsabilidad del Estado con arreglo al derecho internacional esté «subordinada» al agotamiento, por los interesados, de los recursos que les concede el derecho interno del Estado de cuya responsabilidad se trata, el Gobierno de Dinamarca añadía lo siguiente:

> No obstante, debe suponerse que la autoridad nacional no retrasará excesivamente el asunto o que no habrá negligencia evidente del derecho del extranjero por ser extranjero o nacional de determinado Estado extranjero [222].

Sería exagerado deducir de ello que la intención de tal observación ha sido afirmar claramente la existencia en derecho internacional general de una excepción a la condición general del agotamiento de los recursos internos. Esa frase, lo mismo que la actitud de ciertos Estados en casos determinados, se inserta simplemente en el contexto de una aplicación normal y razonable del principio. En otras palabras, puede que, en algunos casos concretos, en que el perjuicio debido a la acción o la omisión de un órgano estatal se ha producido en el marco de una animadversión generalizada contra los nacionales de tal o cual país extranjero, el Estado del que son nacionales las personas perjudicadas no haya esperado para intervenir a que esas personas hayan utilizado los recursos internos. Pero el motivo es mucho más sencillo que una intención de colocarse en el terreno de una supuesta excepción al principio: en esos casos concretos, el Estado del que eran nacionales los particulares perjudicados tenía conciencia de lo que tenía de irreparable la situación creada a sus nacionales en el plano del derecho interno. Estaba convencido de que, dadas las circunstancias, sería imposible obtener, mediante recursos internos eficaces, reparación de la situación creada por la actitud inicial del Estado territorial [223]. Habida cuenta de esas consideraciones, el Relator Especial cree firmemente que no hay motivo alguno para prever expresamente, en esa hipótesis especial, una excepción a la aplicación normal del principio del agotamiento de los recursos internos, siempre que tal principio se refiera exclusivamente, como se señalará ulteriormente, a recursos «efectivos» y «eficaces».

96. En lo que hace a la segunda de las dos hipótesis mencionadas en el párrafo 94 hay que observar previamente que nadie pretende poner en duda que, al definir el principio del agotamiento de los recursos internos, se ha hecho a menudo referencia a las situaciones que en perjuicio de extranjeros se producen en el territorio del Estado. Pero ¿debe inferirse de ello que el principio que exige ese agotamiento no sería válido en el caso de perjuicios causados por un Estado a particulares extranjeros que se encontraran fuera de su territorio? No. Desde luego, el caso de los perjuicios causados por un Estado a extranjeros en su propio territorio es, con mucho, el más frecuente, y ello explica la formulación de las definiciones de que se trata; pero nada indica que haya de verse en esas definiciones la intención de excluir otros casos de aplicabilidad del principio. De hecho, ni en la práctica de los Estados ni en la jurisprudencia internacional se observa el menor pronunciamiento explícito en ese sentido. En cuanto a las pretendidas afirmaciones implícitas de la inaplicabilidad de la condición de agotamiento de los recursos internos a hipótesis como las de los perjuicios causados a los bienes de particulares extranjeros en alta mar, su examen resulta muy poco concluyente [224]. En la doctrina, algunos autores se han pronunciado contra la aplicabilidad del principio del agotamiento de los recursos internos en caso de lesiones causadas por los órganos de un Estado a extranjeros o a sus bienes fuera del territorio de ese Estado. Pero no puede decirse que hayan dado una justificación convincente de su posición [225]. Debe agregarse que los proyectos de codificación cuyo alcance no se limitaba previamente a la responsabilidad internacional por los daños causados por el Estado en su territorio a particulares extranjeros o a sus bienes no preveían que se excluyeran de la aplicabilidad del principio considerado los casos de daños

[222] Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion... (op. cit)*, pág. 136. El Relator de la Subcomisión, Ch. de Visscher, indicó que la afirmación del principio no prejuzgaba la posibilidad, para el Estado, de reclamar antes de que se hubiesen agotado los recursos internos la reparación del perjuicio claramente determinado sufrido por el Estado en razón de daños causados a personas con motivo de su nacionalidad.

[223] Es difícil en esos casos que el propio Estado demandado pusiera seriamente en tela de juicio la falta de eficacia de los recursos utilizables. Véase asimismo Gaja *(op. cit.)*, sobre la posibilidad de explicar las pocas manifestaciones de la práctica por razones distintas del reconocimiento de la pretendida excepción.

[224] En el caso de apoderamiento en alta mar de buques, y en particular de buques de pesca privados, el Estado del pabellón ha exigido en ocasiones la entrega sin demora del buque o el pago de una indemnización. Así ocurrió en el asunto del buque *I am Alone* entre el Canadá y los Estados Unidos de América, zanjado en 1933 por un tribunal de arbitraje [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III *(op. cit.)*, págs. 1609 y ss.]. Pero, en otros casos, el Estado del pabellón no ha querido intervenir inmediatamente (véanse los casos citados por Law, *op. cit.*, págs. 103 y ss., y por Gaja, *op. cit.*, págs. 90 y ss.). En materia de presas, la práctica parece abonar la idea de la aplicabilidad del principio que exige el agotamiento de los recursos internos (véase Reuter, *loc. cit.*, págs. 161 y ss., y Gaja, *op. cit.*, pág. 91, nota 17). En los casos de aviones derribados en alta mar, con frecuencia se ha pedido y también obtenido una reparación sin que se hayan agotado previamente los recursos internos, pero en el marco de soluciones amistosas. Además, el carácter privado de los aviones derribados era a menudo dudoso. En materia de indemnización por daños y perjuicios causados a particulares extranjeros en territorio ajeno, se cita en ocasiones el Asunto de la Consolidated Mining and Smelting Company at Trail, British Columbia («Trail Smelter Case») [Estados Unidos de América contra Canadá, laudo del tribunal arbitral, en Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III *(op. cit.)*, págs. 1907 y ss.], en el cual las emanaciones de una fundición situada en Canadá habían causado daños en territorio de los Estados Unidos. Sin embargo, la obligación internacional cuya violación se aducía era la del respeto del territorio de otro Estado, más bien que la relativa al trato reservado a particulares extranjeros. Por último, hay que recordar que en muchos casos la no aplicación del principio del agotamiento de los recursos internos sólo obedecía a que en aquel caso concreto no existían recursos eficaces.

[225] Véase, por ejemplo, C. Parry, «Some considerations upon the protection of individuals in international law», *Recueil des cours..., 1956-II*, Leiden, Sijthoff, 1957, t. 90, pág. 688; T. Meron, «The incidence of the rule of exhaustion of local remedies», *The British Year Book of International Law, 1959*, Londres, vol. 35, pág. 98; Law, *op. cit.*, pág. 104; I. L. Head, «A fresh look at the local remedies rule», *Annuaire canadien de droit international, 1967*, Vancouver, t. V, pág. 153; C. F. Amerasinghe, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Oxford, Clarendon Press, 1967, págs. 185 y ss.

causados a esos particulares fuera de los límites de su territorio.

97. Puede decirse en general que no existe ninguna justificación plausible de esa limitación. Es evidente que los autores que la han sostenido no han tenido presente la razón de ser y la verdadera significación del principio que impone la condición del agotamiento de los recursos internos allí donde se justifica la exigencia de esta condición. ¿Por qué, en efecto, constituiría la acción de un órgano estatal una violación consumada de una obligación internacional relativa al trato de particulares extranjeros cuando esa obligación atañe a bienes que se encuentran fuera del territorio del Estado y, por el contrario, no la constituiría cuando concierne a bienes que se encuentran dentro de ese territorio? ¿Por qué, en el primer caso, la responsabilidad internacional y la facultad de hacerla exigible nacerían inmediatamente de la acción indicada, mientras que, en el segundo, sólo nacerían como consecuencia de una acción ulterior? En realidad, el único criterio válido, en caso de perjuicios causados por un Estado a la persona o a los bienes de particulares extranjeros, para decidir si el principio del agotamiento de los recursos internos debe o no ser aplicado es que existan o no recursos apropiados y eficaces a la disposición de esos particulares. No puede negarse que en ocasiones es más difícil que los extranjeros lesionados dispongan de esos medios en caso de perjuicios causados a sus bienes fuera del territorio del Estado autor de las medidas perjudiciales [226]. Pero allí donde existen recursos apropiados y eficaces y donde su utilización está al alcance de los interesados, no se acierta a ver realmente ningún motivo para privar al Estado de la posibilidad de cumplir su obligación adoptando, cuando los interesados interpongan recurso, las medidas necesarias para corregir la situación creada por un primer comportamiento de sus órganos. Parece inconcebible que esté privado de esa posibilidad simplemente porque la situación que se ha de corregir haya surgido fuera de las fronteras del Estado y no dentro de ellas. Y por otra parte, incluso si no se da al principio del agotamiento de los recursos internos más valor que el de una regla puramente «técnica» —lo que aquí se impugna— no se ve por qué el lugar en que se encontraban los bienes del particular cuando se causó el perjuicio ha de tener un valor decisivo para determinar si el Estado de origen de ese particular está o no obligado a esperar a que este último haya utilizado los recursos internos, antes de poder intervenir él mismo haciendo valer la protección diplomática [227].

98. Las consideraciones que anteceden son también válidas sin modificación en lo que hace a la pretendida excepción que el principio del agotamiento de los recursos internos ha de sufrir en caso de perjuicios causados a extranjeros no residentes en el territorio del Estado autor de esos perjuicios. Aquí también se trata de introducir un elemento territorial que no tiene nada que hacer con la *ratio* del principio de agotamiento de los recursos internos. La tesis de que ese principio es inaplicable en el caso de perjuicios causados a extranjeros no residentes fue sostenida en la práctica por el Gobierno de Francia en el *Asunto relativo a algunos empréstitos noruegos*, a fin de liberar a los nacionales franceses portadores de títulos noruegos, pero residentes en Francia, de la utilización de los recursos previstos por el ordenamiento jurídico noruego. Se lee en la respuesta del Gobierno de Francia de 20 de febrero de 1957 que

> Si la regla que actualmente se examina se formula algunas veces utilizando los términos «agotamiento previo de los recursos internos», lo es igualmente y quizá con mayor frecuencia con los términos «agotamiento de los recursos locales», «local redress», etc. que indican un matiz que atañe al fondo mismo de esa norma, a su justificación.
>
> . . .
>
> [...] 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 [228].

El Gobierno de Noruega impugnó enérgicamente ese modo de ver y afirmó que la limitación que el Gobierno de Francia asignaba a la norma no tenía ningún precedente en la práctica [229]. El Tribunal no tuvo ocasión de pronunciarse, pero el magistrado Read criticó enérgicamente la posición francesa en su opinión disidente, diciendo:

> Francia no ha invocado ningún precedente persuasivo sobre esta limitación del campo de aplicación de la relga: el conjunto de los precedentes está orientado en realidad en el otro sentido [230].

Es inexacto, en efecto, al menos en nuestra época, que la exigencia del agotamiento de los recursos internos sólo se haya aplicado a casos de perjuicios causados a extranjeros residentes en el territorio del Estado autor del perjuicio. Para citar únicamente dos casos que se han hecho famosos, se recordará que en el *Asunto de los buques finlandeses* y en el *Asunto Ambatielos*, los particulares lesionados no residían en el territorio del Estado autor del perjuicio alegado. Sin embargo, los gobiernos demandantes, Finlandia en el primer caso y Grecia en el segundo, no invocaron uno ni otro esas circunstancias para hacer valer sobre esa base la inaplicabilidad del principio.

99. Puede agregarse que el artículo 4 del proyecto aprobado en primera lectura por el Comité III de la Conferencia de La Haya de 1930 [231] establece ninguna distinción entre extranjeros residentes y extranjeros no residentes. Igual ocurre en los otros proyectos de codificación aprobados con los auspicios de organizaciones

[226] En algunas de las decisiones adoptadas en situaciones concretas, y que, al parecer, se basaban en la idea de la no aplicabilidad del principio del agotamiento de los recursos internos en caso de perjuicio causado fuera del territorio del Estado, el aspecto decisivo parece haber sido, en realidad, el del carácter más o menos eficaz que tenían en el caso particular los recursos internos disponibles.

[227] ¿Se encontraría alguna justificación, por ejemplo, para que el armador de un buque privado que hubiera sufrido un perjuicio debido a órganos de un Estado estuviera obligado a agotar los recursos internos de ese Estado en el caso de que la acción cometida en perjuicio de su buque hubiera tenido lugar en aguas territoriales y no estuviera obligado en cambio a ello en el caso de que la misma acción se hubiera verificado en aguas internacionales?

[228] *C.I.J. Mémoires, Certains emprunts norvégiens*, vol. I, pág. 408.

[229] *Ibid.*, págs. 452 y ss.

[230] *C.I.J. Recueil 1957*, pág. 97.

[231] Sociedad de las Naciones, *Actes de la Conférence... (op. cit.)*, pág. 237. El texto se reproduce en *Anuario... 1956*, vol. II, págs. 221 y 222, documento A/CN.4/96, apéndice 3.

internacionales y en los proyectos de origen privado. Por último, la mayoría de los autores rechazan la idea de una distinción sobre la base indicada [232]. Parece, pues, inútil insistir más sobre la idea de esa limitación que no se justifica en la lógica del principio y que, en la práctica, tendría efectos inadmisibles. Dejaría, en efecto, fuera del campo de aplicación del principio un gran número de hipótesis de nacionalización de bienes de extranjeros o de perjuicios causados a inversiones de extranjeros, por la sencilla razón de que esos extranjeros no residiesen en el país. La preocupación por evitar al particular que se estima lesionado una carga demasiado onerosa, pidiéndole que agote los recursos internos en un país distinto del de su residencia, no puede justificar ese género de conclusiones.

100. La idea de una excepción que no eximiría de la aplicación de la condición del agotamiento de los recursos internos más que a los extranjeros que no estén vinculados al Estado cuyos recursos deberían utilizarse por cualquier nexo voluntario, se aproxima mucho, por su espíritu, a la idea de una excepción relativa al caso de extranjeros no residentes, pero es más restrictiva en sus previsiones. Esta idea fue desarrollada ante la Corte Internacional de Justicia por el Gobierno israelí en relación con los perjuicios causados a nacionales israelíes por la D.C.A. búlgara, que derribó un avión civil israelí que había penetrado por error en el espacio aéreo búlgaro [233]. El Gobierno búlgaro impugnó la existencia de esa limitación [234]; los Estados Unidos de América, algunos de cuyos nacionales habían igualmente resultado perjudicados por la acción de las autoridades búlgaras, alegaron la inaplicabilidad del principio en ese caso, sin invocar, no obstante, la excepción formulada por el Gobierno israelí [235]. La Corte no tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión; pero la idea de la introducción de esa excepción encontró seguidamente algunos partidarios en la literatura jurídica [236]. Sin embargo, en la fase actual, no parece que una excepción concebida de ese modo, incluso muy limitada, haya encontrado ya apoyo en la práctica internacional, y dudaríamos en proponer su adopción, incluso desde el punto de vista del desarrollo progresivo del derecho internacional. Si hubiera que entrar ya en esas opiniones, 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? ¿Y no podría considerarse la hipótesis de que en tales casos el Estado pueda prever formas de utilización de oficio de las vías de recursos internas, a fin de no verse, por razones que no le son imputables, en una situación que entrañe para él una responsabilidad internacional?

101. Tras el examen del primero de los dos aspectos mencionados más arriba [237], pasemos seguidamente al examen del segundo. Hay que preguntarse si no se ha producido en el derecho internacional actual una extensión de la esfera tradicional en que se ha formado el principio de que nos ocupamos. ¿No se cree en la actualidad que es posible aplicar también a otros sectores la condición de que las personas interesadas en la ejecución por el Estado de obligaciones internacionales que les afecten utilicen y agoten los medios disponibles de recurso interno antes de que se pueda atribuir al Estado el incumplimiento de una de esas obligaciones y concluir de ello por lo tanto en la existencia de una responsabilidad internacional de ese Estado y en la posibilidad de reclamarla?

102. Digamos ante todo que no se trata de la extensión de la aplicabilidad del principio a casos de perjuicios sufridos por personas que actúen en el país en calidad de órganos del Estado a que pertenecen. Se ha hablado

[232] Constituye una excepción D. R. Mummery [«The content of the duty to exhaust local judicial remedies», *American Journal of International Law*, Wáshington (D.C.), vol. 58, N.º 2 (abril 1964), págs. 390 y ss.], que considera aplicable el principio al caso de extranjeros residentes o al de extranjeros no residentes, pero que tienen sus bienes en el territorio del Estado que está en tela de juicio. Para D. P. O'Connel (*International Law*, 2.ª ed., Londres, Stevens, 1970, vol. II, págs. 950 y ss.), el principio no se aplicaría si el extranjero se encontrase fuera de la jurisdicción del Estado. Muy claramente contra toda idea de limitación de ese género, véase A. D. McNair (*International Law Opinions*, Cambridge, University Press, 1956, vol. II, pág. 219) y Gaja (*op. cit.*, págs. 87 y ss.).

[233] En su exposición verbal, el agente del Gobierno israelí se expresó de la manera siguiente:

«Hay importantes limitaciones a la aplicación de esta regla. Según mi tesis [...] es esencial, para que pueda aplicarse la regla, que *exista un vínculo* entre el individuo perjudicado y el Estado cuyas acciones se impugnan. Sostengo que todos los precedentes muestran que solamente se aplica la regla cuando el súbdito extranjero [...] ha creado una *relación voluntaria, consciente y deliberada* * entre él y el Estado extranjero cuyas acciones se impugnan. Los precedentes se refieren siempre a casos en los que se ha establecido este tipo de vínculo, por ejemplo, en virtud de la residencia en dicho Estado, de la realización de actividades comerciales en él, de la propiedad de bienes en ese Estado [...], o bien por haber concertado alguna clase de contrato con el gobierno de ese Estado, como ocurre en los casos en que intervienen obligacionistas extranjeros; y puede haber otros ejemplos.» (*C.I.J. Mémoires, Incident aérien du 27 juillet 1955*, págs. 531 y ss.)

[234] *Ibid.*, pág. 565.

[235] *Ibid.*, págs. 301, 326 y ss.

[236] Se pronunciaron en ese sentido Meron (*loc. cit.*, págs. 94 y ss.), Head (*loc. cit.*, pág. 153), Jiménez de Aréchaga (*loc. cit.*, pág. 583) y Chappez (*op. cit.*, págs. 48 y ss.). Law (*op. cit.*, pág. 154) vincula la excepción propugnada al caso de ausencia de sumisión voluntaria del extranjero a las leyes y a la jurisdicción nacionales. En contra, véase Gaja, *op. cit.*, pág. 89.

[237] Véase párr. 93 *supra*.

de una supuesta exclusión de la aplicabilidad de la regla del agotamiento de los recursos internos a personas extranjeras que disfrutan en el país de una protección internacional especial. La resolución aprobada en 1956 por el Instituto de Derecho Internacional estaba redactada en esos términos [238]. Sin embargo, esa expresión puede inducir a error. Podría dar la idea de que una especie de excepción a una aplicación, por lo demás normal, del principio se debe a que ciertos extranjeros —entre ellos los agentes diplomáticos, los agentes consulares y los Jefes de Estado— gozan en el territorio del país de una protección mayor que la de las personas extranjeras en general. Ahora bien, en realidad, no se trata en estos casos de ninguna excepción. Como hemos puesto de manifiesto desde el comienzo de esta sección, el principio llamado del agotamiento de los recursos internos se ha afirmado en derecho internacional general paralelamente a la formación de obligaciones internacionales que prevén el trato que ha de reservar el Estado a personas físicas o jurídicas extranjeras. Habida cuenta del objeto específico de esas obligaciones, del hecho de que está previsto que personas particulares sean beneficiarias de su ejecución, ha parecido normal que esas mismas personas deban poner en marcha el mecanismo que permitirá al Estado remediar, llegado el caso, las posibles consecuencias negativas del comportamiento inicial de sus órganos y garantizar también así el resultado respecto del cual dicho comportamiento inicial pudiera comprometer su realización. En otros términos, todo esto tiene sentido precisamente porque se trata de la ejecución o del incumplimiento de obligaciones relativas al trato que ha de reservarse a los particulares. Los Jefes de Estado extranjeros, los agentes diplomáticos, los agentes consulares y los miembros de misiones especiales de un Estado extranjero no son particulares extranjeros; son órganos estatales, son el propio Estado extranjero. Por consiguiente, su caso es ajeno a las hipótesis de aplicación posible del principio que nos ocupa [239]. Es esta razón, y no la protección especialmente prevista para esas personas, la que hace que, si son víctimas de un perjuicio que les afecte en su esfera oficial, no se les pueda pedir que utilicen las vías de recurso internas. Podrá pedírseles que hagan esa utilización en el caso particular de que se quejen de una acción estatal contraria a una obligación internacional que les hubiera afectado en su esfera privada, en un caso, pues, en que sólo se presenten como simples particulares [240]. Pero es evidente que se trata en este caso de la hipótesis normal de aplicación del principio y no de una extensión excepcional de este último a otras esferas

103. La participación creciente del capital público en las sociedades privadas puede ocasionar automáticamente cierta extensión del campo tradicional de aplicación del principio que exige el agotamiento de los recursos internos. Es útil tener presente esta evolución cuando se trata de definir el marco de las situaciones concretas en que debe tomarse en cuenta la utilización de los recursos internos. El hecho de que la exigencia de esa utilización se haya afirmado en relación con las obligaciones internacionales cuyo objeto es el trato que debe otorgar el Estado a particulares extranjeros no debe conducirnos, en este contexto, a dar hoy al término particular la misma acepción que hace un siglo. Una sociedad extranjera en la que participe parcial o incluso preponderantemente el capital público está obligada, si se reúnen las condiciones, a utilizar los recursos internos del mismo modo que una sociedad en la que participen accionistas puramente privados. Por otra parte, jamás se ha invocado la presencia de una participación de capital público para excluir la aplicabilidad del principio del agotamiento de los recursos internos a una persona jurídica determinada. El Gobierno británico, por ejemplo, no lo hizo en el *Asunto de la Anglo-Iranian Oil Co.* Y en la controversia relativa al *Incidente aéreo del 27 de julio de 1955*, el Consejo del Gobierno búlgaro observó, en apoyo de la aplicabilidad del principio en dicho caso:

> E incluso si se demonstrase que la compañía El Al es una compañía [...] en la que el Estado de Israel poseyera la inmensa mayoría de las acciones, yo diría que esto no cambia en nada las cosas [241].

Por otra parte, sin querer entrar en una cuestión cuyos aspectos principales rebasan los límites de nuestras preocupaciones actuales, deseamos simplemente observar que no creemos que deba excluirse la aplicabilidad del principio del agotamiento de los recursos internos en el caso de personas jurídicas extranjeras cuyo carácter público sea predominante, si no exclusivo. Nos parece que el aspecto esencial a este respecto no es el carácter más o menos público que se atribuya a la persona jurídica en el orden jurídico a que pertenezca, sino el hecho de que su actividad en el territorio del Estado extranjero se realice en las mismas esferas en que se realizan habi-

---

[238] Dicha resolución disponía que la regla del agotamiento de los recursos internos no se aplicaría «al caso en que el acto lesivo haya perjudicado a una persona que disfrute de una protección internacional especial» (*Annuaire de l'Institut de droit international, 1956*, Basilea, vol. 46, pág. 358).

[239] Lo mismo ocurre respecto de otros órganos de un Estado que deban desempeñar funciones en el territorio de otro Estado, o de órganos de sujetos de derecho internacional distintos de los Estados, como la Santa Sede o las organizaciones internacionales. A este respecto, es interesante observar la opinión individual emitida por el Magistrado Azevedo en relación con la opinión consultiva sobre el asunto de la Reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas:

> «Si se trata de funcionarios o de expertos nombrados directamente por las Naciones Unidas [...] la Organización [...] podrá presentar la reclamación sin tener que invocar una denegación de justicia ni siquiera demostrar el agotamiento previo de las vías de recurso internas.» (*C.I.J. Recueil 1949*, pág. 195.)

[240] Imaginemos que un diplomático extranjero posee, en el país ante el que está acreditado, una propiedad privada, una finca rústica, por ejemplo, que compró para retirarse un día a ella, o para su beneficio personal. Y supongamos que sea víctima de un acto de confiscación cometido por una autoridad local contrariamente a lo previsto en un tratado que exija el respeto de la propiedad inmobiliaria de los nacionales de su país. Será necesario manifiestamente que utilice las vías de recurso internas antes de que pueda concluirse en la existencia de una responsabilidad internacional del Estado territorial y en la posibilidad de proceder en consecuencia. (Observemos que no puede invocarse, en contra de esta conclusión, el hecho de que el agente diplomático disfruta de una exención total de la jurisdicción local. Esa exención prohíbe que el diplomático deba comparecer ante los tribunales como demandado, pero no le impide en absoluto que recurra a ellos en calidad de demandante.)

[241] *C.I.J. Mémoires, Incident aérien du 27 juillet 1955*, pág. 569. Véase a este respecto Gaja, *op. cit.*, pág. 82, nota 6.

tualmente las actividades de las personas jurídicas privadas [242].

104. Creemos, sin embargo, que no puede hablarse de una verdadera extensión de la esfera de aplicación del principio del agotamiento de los recursos internos más que en lo que respecta a la aplicabilidad de la exigencia formulada por dicho principio a los beneficiarios de las obligaciones que recaen actualmente sobre los Estados en relación con el trato que debe otorgarse, no solamente a los particulares «extranjeros», sino también a los particulares «nacionales». El problema es relativamente reciente, pues hace poco tiempo que los Estados han admitido que el derecho internacional les impone deberes a este respecto, y sólo lo han hecho hasta el presente en proporciones limitadas. Debe también observarse que las obligaciones internacionales del Estado relativas al trato de sus propios ciudadanos son casi exclusivamente de naturaleza convencional y que en los instrumentos en que se prevén se enuncia casi siempre explícitamente la condición del agotamiento de los recursos internos por las personas interesadas. Sin embargo, se entiende que no puede excluirse por completo la existencia actual de algunas reglas consuetudinarias en esta materia y que es probable que dichas reglas vayan en aumento. Por lo demás, una definición de la cuestión en el presente proyecto puede también servir para interpretar las convenciones en que no se resuelve explícitamente el problema de la aplicabilidad del principio del agotamiento de los recursos internos.

105. Así pues, nos parece indudable que el principio que es objeto de la presente sección debe aplicarse también en materia de obligaciones internacionales del Estado concernientes al trato que debe otorgar a sus propios súbditos. No encontramos absolutamente ninguna razón para que el Estado evite incurrir en responsabilidad internacional remediando, por iniciativa indispensable de las personas interesadas, situaciones incompatibles con el resultado exigido por obligaciones internacionales en los casos en que ese resultado afecte a extranjeros y no en los que afecte a nacionales. Observemos, además, que los Estados que se sienten ya poco inclinados a admitir intervenciones frecuentes de otros Estados cuando esas intervenciones se hacen para proteger a súbditos de estos últimos, son todavía más reacios cuando esas intervenciones se hacen para proteger a sus propios súbditos. Es, pues, impensable que los Estados consientan en renunciar, precisamente en lo que respecta al incumplimiento eventual de obligaciones relativas al trato de sus propios nacionales, al precioso «filtrado» que representa la exigencia previa de los recursos internos. El hecho mismo de que las principales convenciones internacionales relativas a la protección de los derechos humanos prevean expresamente la exigencia del agotamiento previo de los recursos internos [243] excluye la posibilidad de que los Estados renuncien a esa barrera para obligaciones de naturaleza consuetudinaria. Así, pues, estimamos que debemos tener en cuenta estas consideraciones en la definición del principio que nos proponemos dar, y en particular que conviene no limitar únicamente a los particulares extranjeros la mención, en la fórmula que se ha de adoptar, de las personas respecto de las cuales se plantea la exigencia del agotamiento de los recursos internos.

106. Queda por precisar brevemente qué quiere decir exactamente utilizar y agotar los medios de recurso internos. Huelga decir, y desde otro punto de vista ya se ha puesto de relieve [244], que la condición establecida por el principio aquí estudiado presupone que, en el orden jurídico interno del Estado interesado, existen vías de recurso asequibles a los particulares interesados [245] Si la medida inicialmente adoptada por un órgano del Estado, ya sea legislativo, ejecutivo, judicial o de otra índole, no admite ningún recurso, queda excluida la posibilidad de corregir por otros medios la situación creada por esa medida. La violación por el Estado de su obligación internacional es perfecta desde el principio. Ya ha nacido, pues, la responsabilidad internacional del Estado y nada puede retrasar la posibilidad de exigirla. La única reserva que se ha de hacer concierne al caso en que la inexistencia de recursos a disposición del particular se deba a la negligencia de éste: al hecho, por ejemplo, de que haya dejado pasar los plazos para interponer su recurso [246].

107. En consecuencia, los verdaderos problemas de interpretación del principio se plantean cuando existen en derecho vías para recurrir contra una medida estatal determinada y esas vías están abiertas a los particulares que se consideran lesionados por esa medida. Todo el

---

[242] Varios autores se inclinan a pensar, si bien con algunas dudas, que la exigencia del agotamiento de los recursos internos se extiende progresivamente a las hipótesis de perjuicios causados a entidades públicas extranjeras —incluso a Estados— siempre que hayan actuado en el caso de que se trate *jure negotii* o *gestionis*. Para referencias, véase Gaja, *op. cit.*, pág. 83, nota 6. Por las razones ya indicadas antes (nota 240) estimamos que la exención de la jurisdicción local de que disfrutarían esas entidades carece de efecto en la solución de nuestro problema.

[243] Así lo hacen la Convención para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (para la referencia, véase la nota 36 *supra*) (art. 26); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (*idem*, nota 8) (art. 11, párr. 3, y art. 14, párr. 7, apartado *a*); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, anexo] (art. 41, párr. 1, apartado *c*) y el Protocolo Facultativo anexo *(ibid.)* (art. 5, párr. 2, apartado *b*).

[244] Véase lo que se dice en el párrafo 42 respecto de los casos en que el Estado encuentra en el sistema de su derecho interno un obstáculo insuperable para aprovechar la posibilidad de cumplir su obligación remediando *ex post facto* y mediante un comportamiento nuevo una situación incompatible con el resultado internacionalmente exigido, creada por su comportamiento inicial.

[245] Véase la observación hecha el 29 de mayo de 1873 por el Secretario de Estado estadounidense Fish, según la cual «un demandante en un Estado extranjero no está obligado a agotar los recursos ante los tribunales cuando no hay recursos que agotar» [J. B. Moore, *A Digest of International Law*, Wáshington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1906, vol. VI, pág. 677]. Se hallará un análisis de la práctica de los Estados, de la jurisprudencia internacional y de la doctrina sobre este punto en Gaja, *op. cit.*, págs. 123 y ss., nota 29, y pág. 85, nota 9

[246] Este aspecto se profundizó con ocasión del Asunto de los buques finlandeses. Sin embargo, el valor de la reserva mencionada en el texto se ha puesto en duda en caso de que los plazos de recurso sean excesivamente breves, sobre todo cuando el extranjero lesionado no reside en el territorio del Estado y le es por tanto materialmente imposible actuar a tiempo. Se tiende entonces a asimilar esta hipótesis a la de una verdadera ausencia de recurso.

mundo coincide en reconocer en principio que no basta tampoco con que haya vías de recurso para que la condición de su utilización por los particulares interesados se imponga de un modo obligatorio. Pero el grado de acuerdo es menor cuando se trata de determinar los casos en que es admisible el incumplimiento de esa condición. Las formas de recurso varían considerablemente de un sistema jurídico a otro; el derecho internacional sólo puede, por tanto, dar una indicación de principio, que debe adaptarse a cada caso particular. Sea como fuere, hay que tener presente la verdadera razón de ser del principio del agotamiento de los recursos internos, a saber: permitir que el Estado evite la violación de una obligación internacional remediando, por un comportamiento ulterior, adaptado a la iniciativa de los particulares interesados, las consecuencias de un primer comportamiento contrario al resultado exigido por la obligación. 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, en su caso, un resultado equivalente. Pero parece igualmente evidente que sólo deben utilizarse las vías que ofrecen esta posibilidad. La conclusión general que exige la «eficacia» de los recursos utilizables resume esta idea.

108. Parece útil analizar brevemente esta conclusión. De ella se sigue, desde el punto de vista positivo:

a) Que deben utilizarse todas las formas de recurso disponibles y capaces de remediar la situación incriminada: ya se trate de recursos jurisdiccionales o administrativos, ordinarios o extraordinarios, de primero, de segundo o de tercer grado [247];

b) Que deben utilizarse todos los motivos de derecho para obtener una decisión favorable. Igual ocurre con los medios de procedimiento y otros remedios formales [248]. En una palabra, el recurrente debe dar pruebas de que quiere ganar la partida y no sólo interponer recurso para satisfacer la condición de haber agotado desde el punto de vista formal los recursos internos. Debe probar su intención real de crear las premisas para una acción del Estado en el plano internacional. Cabe señalar que si el particular no hace valer durante el proceso interno un argumento capaz de asegurarle el éxito y esa omisión aparece más tarde al esgrimirse el argumento ante un juez internacional, este último podrá juzgar que la condición del agotamiento de los recursos internos no se ha cumplido debidamente.

109. Desde el punto de vista negativo, se infiere de la conclusión establecida antes:

a) Que una vía de recurso sólo debe utilizarse cuando ofrece perspectivas reales de éxito, incluso si son inciertas. Dicho de otro modo, no se puede obligar al particular a que pierda su tiempo atacando ante una jurisdicción interna una medida estatal que es en realidad definitiva. No se le puede obligar a utilizar un recurso que sólo sería una pura formalidad, como por ejemplo cuando es evidente desde un principio que el derecho que el juez deberá aplicar no puede sino llevar a desestimar el recurso (hipótesis de recurso contra una medida conforme a una ley que no admite invalidación, de un juez obligatoriamente constreñido por una sentencia precedente que rechazó un recurso análogo o por una jurisprudencia desfavorable bien establecida, de parcialidad probada de los jueces, etc.) [249];

b) Que una vía de recurso sólo debe utilizarse cuando el éxito que con ella se pueda obtener no sea a su vez un éxito puramente formal, sino que pueda traducirse efectivamente bien en la realización del resultado inicialmente exigido por la obligación internacional, bien, cuando esto ya no sea posible, en la realización de un resultado sustitutivo realmente equivalente [250].

110. La utilización exhaustiva de las vías de recurso internas disponibles puede dar resultados positivos cuando se produce y llevar, pues, a la aceptación del recurso presentado por el particular. Por el contrario, puede resultar inútil y hacer que se desestime el recurso. Si el recurso se acepta, el efecto de esa aceptación se traduce en la realización del resultado exigido por la obligación internacional o, en su caso, en la realización de otro

[247] Están incluidos, por supuesto, los recursos a la más alta instancia judicial (Tribunal de Casación, Tribunal Supremo) y, con ellos, los tipos especiales de recurso, como los recursos de revisión, los recursos contra los jueces y el recurso interpuesto ante un tribunal constitucional cuando éste existe y los particulares pueden actuar ante él. Se hallarán detalles sobre la práctica de los Estados a este respecto en Gaja, *op. cit.*, págs. 123 y ss., Chappez, *op. cit.*, págs. 181 y ss., Haesler, *op. cit.*, págs. 28 y ss., 48 y ss. Amerasinghe [*State Responsibility... (op. cit.)*, págs. 189 y ss.] quisiera exceptuar los recursos administrativos. Subsiste un punto dudoso, el de los recursos llamados «discrecionales», no fundados en una reclamación jurídica precisa. De ello se trató, como ya se ha visto, en el Asunto de los fosfatos de Marruecos. Contra la inclusión de este tipo de recurso entre los que deben utilizarse, véase Chappez, *op. cit.*, págs. 180 y ss., Haesler, *op. cit.*, pág. 29, Amerasinghe, *State Responsibility... (op. cit.)*, págs. 191 y ss.

[248] La cuestión de la utilización de todos los medios de procedimiento se examinó sobre todo en el Asunto Ambatielos [véase Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII *(op. cit.)*, págs. 119 y 120]. Véase Gaja, *op. cit.*, págs. 119 y ss., Haesler, *op. cit.*, págs. 28 y ss., 48 y ss., 81 y ss., Chappez, *op. cit.*, págs. 205 y ss.

[249] Véase Amerasinghe. *State Responsibility... (op. cit.)*, págs. 192 y ss., 194 y ss.; Gaja, *op. cit.*, págs. 109 y ss., notas 14 y 15.

[250] Si el resultado exigido por la obligación internacional es efectivamente aún realizable, no parece que pueda obligarse a los particulares interesados a conformarse con un resultado equivalente, es decir, con una reparación en vez de una restitución. Este punto fue examinado en el Asunto de los fosfatos de Marruecos, pero la Corte no tuvo que pronunciarse sobre él. En el caso en que el resultado internacionalmente exigido se haya convertido en un hecho irrealizable, es evidente que el particular sólo puede estar obligado a utilizar un recurso cuando este último ofrece perspectivas de reparación adecuada, por lo menos. Entran en esta esfera las hipótesis de justicia excesivamente lenta o excesivamente costosa en relación con las perspectivas de la indemnización que se ha de obtener. Sobre estos aspectos, que se trataron en el Asunto de los buques finlandeses y en el Asunto Ambatielos, véase Amerasinghe, *State Responsiblity... (op. cit.)*, págs. 196 y ss., Gaja, *op. cit.*, págs. 106 y ss., notas 10 y 12. Ya se ha hecho alusión al caso particular en que, por residir el particular lesionado lejos del territorio del Estado autor de las medidas perjudiciales y no tener vínculo voluntario con ese Estado, o por otras razones análogas, el impedimento para la utilización de los recursos internos no obedecería necesariamente a un defecto intrínseco del sistema de recurso disponible, sino a una situación objetiva haciendo en realidad imposible que el particular interesado se valiera de él. Como se ha indicado (párr. 100), cabe preguntarse a este respecto si la exigencia general de que los recursos disponibles sean *eficaces* no debería entenderse en el sentido de que comprende también el hecho de que sean *efectivamente utilizables*.

resultado equivalente al primero en el plano económico. Si se rechaza el recurso, la violación de la obligación, iniciada por el comportamiento estatal contra el cual se había interpuesto el recurso, queda perfeccionada en consecuencia por el rechazo dictado, y nace así una responsabilidad internacional a cargo del Estado. Una aceptación puramente aparente del recurso que, por ejemplo, no culminara en la realización del resultado internacionalmente exigido en un caso en que éste aún fuera realizable o que condujera a la realización de un resultado sustitutivo no equivalente, correspondería desde luego a una desestimación.

111. Para terminar, algunas breves consideraciones de *jure condendo*. Se sabe perfectamente que no hay sólo ventajas en el hecho de que el derecho internacional general exija de los particulares lesionados por la acción o la omisión de un órgano estatal que procuren que se ponga remedio a la situación perjudicial para ellos, provocando mediante un recurso ante instancias internas un nuevo comportamiento del Estado, correctivo del primero. Es decir, no hay sólo ventajas en el hecho de que una parte muy considerable de las obligaciones internacionales relativas al trato que debe darse a los particulares permitan en definitiva al Estado realizar por etapas el resultado que de él se exige. No hay sólo ventajas en el hecho de que esas obligaciones admitan, pues, que no se tomen en consideración, a los efectos del establecimiento de una responsabilidad internacional, comportamientos que van contra el resultado internacionalmente exigido, siempre que este último quede finalmente asegurado por comportamientos ulteriores. Precisamente por las desventajas prácticas que todo esto lleva consigo inevitablemente, se descarta de un modo expreso en diferentes convenciones la aplicación a determinados sectores del principio del agotamiento de los recursos internos. También para evitar las dilaciones y los retrasos que el principio puede causar tanto en el restablecimiento de situaciones incompatibles con el resultado propuesto en una obligación internacional, como en la comprobación de una violación definitivamente realizada de esa obligación, se han previsto y puesto en práctica sistemas de sustitución. Se pueden considerar como tales los acuerdos de compensación global respecto de los litigios concernientes a algunas nacionalizaciones de bienes extranjeros, o también la inserción, en los contratos entre Estados y compañías privadas extranjeras, de cláusulas arbitrales en sustitución de los recursos ante tribunales internos. Pero, a nuestro juicio, ello no basta para probar que los Estados estarían dispuestos ahora, teniendo en cuenta el desarrollo progresivo del derecho internacional, a renunciar al principio del agotamiento de los recursos internos o a reducir mucho su alcance. Desde luego, los países inversionistas parecen tomar en consideración cada vez más las repercusiones que los ataques contra los intereses de sus nacionales que operan en tierra extranjera tienen en los intereses de toda la comunidad nacional. Querrían, pues, ser dueños de presentar, sin traba alguna. reclamaciones internacionales, independientemente de que los particulares directamente lesionados hayan agotado los recursos internos disponibles o hayan dado prueba de negligencia a este respecto. Quienes defienden la idea de una protección más directa, más rápida y más eficaz de los derechos humanos ven, a su vez, en el principio del agotamiento de los derechos de recurso internos, un obstáculo a la evolución que desean. Al propio tiempo, la exigencia del agotamiento de los recursos internos por los particulares directamente afectados por las medidas de un órgano del Estado en cuyo territorio residen o ejercen su actividad ha constituido siempre una salvaguardia invocada por los países de inversión contra una tendencia a ampliar en demasía las obligaciones relativas al trato de las personas físicas o jurídicas extranjeras. En esa exigencia dichos países ven una protección contra la facilidad excesiva con que se ha intentado tradicionalmente llevar al plano de las relaciones internacionales litigios que a menudo no encajaban en el plano considerado. Las tendencias de los países en desarrollo se orientarían, pues, hacia un afianzamiento, en el marco del derecho internacional general, del principio del agotamiento de los recursos internos más bien que hacia su debilitamiento. Conviene agregar que los espíritus más atentos a los problemas de nuestra época y a las dificultades de su solución se dan cuenta de que el respeto de esa condición esencial podrá verosímilmente ser la mejor garantía de la realización de importantes progresos ulteriores, importantes en la aceptación de nuevas obligaciones en materia de derechos humanos. En esas condiciones, el Relator Especial cree que sería poco acertado tocar al actual alcance general del principio, en aras de un pretendido desarrollo progresivo que podría parecer a otros como una regresión en las garantías de la igual soberanía de todos los Estados.

112. La definición del principio en la regla que ahora se va a formular debe ser bastante flexible para que pueda adaptarse a las diversas situaciones concretas. Además, una redacción de síntesis parece preferible a una redacción que tome en consideración de modo detallado una serie de aspectos diferentes que, dado el carácter multiforme de la vida internacional, nunca podrían ser exhaustivos.

113. Vistas estas consideraciones y teniendo en cuenta la argumentación desarrollada y la documentación reunida en los párrafos que preceden, el Relator Especial propone a la Comisión que apruebe el texto siguiente:

Artículo 22.—Agotamiento de los recursos internos

Hay violación de una obligación internacional que exige del Estado que logre un resultado consistente en otorgar a particulares, personas físicas o jurídicas, un trato determinado si esos particulares, cuando la acción u omisión inicial del Estado haya dado lugar a una situación incompatible con el resultado exigido, han utilizado y agotado sin éxito los recursos internos que tenían a su disposición y cuya eficacia era suficiente para lograr que aún se les otorgara el trato previsto en su favor o, en caso de que ello resultase imposible, que se les atribuyera una indemnización equivalente. Por consiguiente, la responsabilidad internacional que incumbe al Estado autor de la acción u omisión inicial y la posibilidad de invocarla en contra suya sólo nacen a raíz de ese agotamiento infructuoso.