

21 El Sr USHAKOV sugiere que se supriman las palabras «de un Estado» en el título del artículo

22 El Sr AGO (Relator Especial) no tiene nada que objetar a esa sugerencia

23 El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acuerda suprimir las palabras «de un Estado» en el título del proyecto de artículo 20

Así queda acordado

24 El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar el título, así enmendado, y el texto del artículo 20 propuesto por el Comité de Redacción

*Así queda acordado*³

Se levanta la sesión a las 16 15 horas

³ Véase también la 1469^a sesión, párrs 1 a 5

1463.^a SESIÓN

Martes 19 de julio de 1977, a las 10 05 horas

Presidente Sir Francis VALLAT
más tarde Sr José SETTE CÂMARA

Miembros presentes Sr Ago, Sr Calle y Calle, Sr Dadzie, Sr Díaz González, Sr El-Erian, Sr Francis, Sr Jagota, Sr Njenga, Sr Quentin-Baxter, Sr Reuter, Sr Riphagen, Sr Šahović, Sr Schwebel, Sr Sucharitkul, Sr Tabibi, Sr Thiam, Sr Tsuruoka, Sr Ushakov, Sr Verosta

Responsabilidad de los Estados (*continuación*) (A/CN.4/302 y Add.1 a 3) [Tema 2 del programa]

PROYECTO DE ARTICULOS
PRESENTADO POR EL RELATOR ESPECIAL (*continuación**)

ARTICULO 22 (Agotamiento de los recursos internos)

1 El PRESIDENTE invita al Relator Especial a que presente el proyecto de artículo 22, cuya redacción es la 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 solo nacen a raíz de ese agotamiento infructuoso.

2 El Sr AGO (Relator Especial) recuerda que los artículos 20 y 21 estaban dedicados respectivamente a las obligaciones internacionales que exigen de un Estado un comportamiento específicamente determinado y a las que sólo le exigen que logre cierto resultado dejándole en libertad para determinar por sí mismo el comportamiento por el cual ha de conseguirlo. En uno y otro caso, el Estado está obligado a realizar o no realizar una o varias acciones u omisiones, pero la diferencia consiste en que, en el caso del artículo 20, la conducta que ha de observar le es dictada por el derecho internacional, mientras que, en el caso del artículo 21, le corresponde la iniciativa. Por otra parte, las obligaciones internacionales a que se refiere el artículo 21 se distinguen según que, además de la posibilidad de elegir inicialmente un medio en vez de otro, el Estado tenga o no también la facultad de poner remedio mediante un nuevo comportamiento a la situación creada por un primer comportamiento inadecuado. Si goza de esa facultad, no hay violación definitiva de la obligación internacional más que cuando no se ha alcanzado definitivamente el resultado, ni siquiera de esa manera excepcional. En ocasiones incluso, como se ha visto, la obligación es tan permisiva que, cuando el resultado originariamente exigido ya no puede alcanzarse, el Estado puede, no obstante, cumplir su obligación logrando un resultado equivalente. De todo ello se desprende hasta qué punto es cierto que el modo como se realiza la violación de la obligación internacional depende del modo de ser de la obligación misma.

3 Conviene ahora tener en cuenta una categoría especial y amplia de obligaciones internacionales las que contraen los Estados en lo que respecta al trato que han de dar a particulares, especialmente a los extranjeros. Cuando el resultado exigido por una obligación internacional versa sobre determinado trato que ha de concederse a particulares, es normal que los interesados colaboren en la obtención de ese resultado, ya presentando al principio una demanda apropiada, ya, si la obligación concede también al Estado la posibilidad de subsanar una situación inicialmente creada que no esté en conformidad con la que exige la obligación internacional, poniendo en marcha el mecanismo necesario para que se corrija la situación que no es satisfactoria. Por ejemplo, en el caso de una obligación internacional convencional o consuetudinaria que establezca la igualdad de trato de nacionales y extranjeros en lo que concierne al ejercicio de una determinada profesión, si cualquier autoridad estatal no hace beneficiarse a un extranjero de esta igualdad de trato, es normal que corresponda a ese extranjero tomar la iniciativa de hacer corregir la decisión de esa autoridad por una autoridad administrativa superior o por un órgano judicial. En efecto, no puede pedirse al Estado que adopte él mismo tal iniciativa en cada caso. De aquí dimana el principio denominado del agotamiento de los recursos internos.

4 El Relator Especial señala de pasada que, en cambio, cuando los beneficiarios de una obligación internacional

* Reanudación de los trabajos de la 1461^a sesión

son Estados y la obligación deja al Estado la posibilidad de poner remedio a los efectos de un primer comportamiento inadecuado, es normal que incumba a este Estado tomar la iniciativa del nuevo comportamiento destinado a corregir el primero. Nos hallamos entonces en el supuesto contemplado en el párrafo 2 del artículo 21 y no en el del artículo 22.

5. Cuando una autoridad no otorga a particulares el trato internacionalmente exigido y éstos se dirigen a una autoridad superior, ésta puede remediar la situación otorgándoles ella misma el trato correspondiente o pidiendo a la primera autoridad que así lo haga. En tal caso, no hay violación de la obligación internacional, puesto que ésta sólo exige el logro de un resultado, a saber, que se otorgue *in concreto* un trato determinado a los particulares interesados. Por el contrario, si la autoridad superior confirma la decisión de la autoridad inferior y se hace así definitivamente imposible lograr el resultado exigido, hay violación de la obligación internacional y nacimiento de la responsabilidad internacional del Estado, puesto que todas las vías a las que podía recurrir no han conducido al resultado apetecido. Sin embargo, en caso de que los particulares interesados (personas físicas o jurídicas) omitan poner en movimiento el mecanismo necesario, no se puede evidentemente reprochar al Estado el haber procedido con falta de diligencia. Cabe, en efecto, que los particulares tengan poco interés en que se corrija la situación o que dejen prescribir su derecho por negligencia. En este caso no concurre la condición suplementaria de la colaboración de los particulares o, dicho de otro modo, del agotamiento de los recursos internos.

6. La regla del agotamiento de los recursos internos ha suscitado muchas controversias en cuanto a su origen (consuetudinario o convencional) y en cuanto a su naturaleza (regla de fondo o regla de procedimiento). A juicio del Relator Especial, se trata de una regla muy antigua, nacida al mismo tiempo que las que tienen por objeto otorgar cierto trato a particulares extranjeros. La cuestión del agotamiento de los recursos internos debió plantearse el día en que, por primera vez, un particular establecido en un país distinto del suyo propio fue víctima de un trato diferente del que preveía a su favor una obligación internacional.

7. Por lo que respecta a su naturaleza, las discrepancias emanan fundamentalmente del hecho de que el problema ha sido mal planteado. Quienes estiman que se trata de una regla de procedimiento se basan en que aparece enunciada en tratados en los que tiene como consecuencia que un Estado no pueda intervenir para ejercer la protección diplomática de sus nacionales ni entablar a favor de éstos una demanda ante un tribunal arbitral o la Corte Internacional de Justicia mientras los particulares de que se trate no hayan agotado los recursos internos. Ahora bien, el sentido común obliga a reconocer que esta regla, como regla consuetudinaria muy antigua, no puede ser una regla de procedimiento que sólo concierna al ejercicio de la protección diplomática ni, menos aún, a la interposición de una demanda ante un tribunal internacional, puesto que los tribunales internacionales son todos de origen convencional; no existe, en efecto, una jurisdicción internacional creada

por la costumbre. Es evidente que se ha confundido el principio mismo, que expresa una condición de fondo de la existencia de una violación de la obligación internacional, y el corolario de ese principio, que concierne a la posibilidad de invocar la responsabilidad dimanante de esa violación.

8. El principio del agotamiento de los recursos internos implica, en efecto, una proposición principal y un corolario. La proposición principal es la de que no hay violación de una obligación internacional de la categoría considerada ni, por consiguiente, nacimiento en ese mismo contexto de la responsabilidad internacional mientras no se haya cumplido una condición especial, a saber, mientras los particulares interesados no hayan agotado los medios de recurso ofrecidos por el ordenamiento jurídico interno. El corolario es el de que un Estado no puede interponer una acción para invocar una responsabilidad por violación de la obligación de que se trate mientras no se haya cumplido dicha condición especial del nacimiento de la responsabilidad, es decir, el agotamiento por los particulares de los medios de recurso internos aptos para conducir al resultado exigido por la obligación internacional. En otras palabras, la responsabilidad internacional de un Estado sólo puede hacerse efectiva después de que los particulares hayan agotado los recursos internos únicamente porque la responsabilidad nace sólo desde el momento en que se hace evidente que ya no puede alcanzarse el resultado exigido.

9. La razón de ser de este principio reside en la lógica propia de ciertas obligaciones internacionales. Violar una obligación internacional significa vulnerar un derecho subjetivo. La existencia de una obligación internacional «de resultado» de un Estado para con otro Estado corresponde a la existencia en favor de este último del derecho subjetivo a exigir del primero que logre el resultado requerido por la obligación. A la violación por el primer Estado de la obligación que le incumbe corresponde la lesión del derecho subjetivo del segundo Estado. Por consiguiente, si ese derecho subjetivo ha sido vulnerado, es evidente que ha nacido a su favor un nuevo derecho subjetivo internacional: el derecho a exigir la reparación del daño causado al derecho que poseía antes. Ahora bien, no existe ningún derecho subjetivo en suspenso. No es concebible que un Estado, para invocar un derecho subjetivo que ya posee, deba esperar a que un particular haya obtenido, en el ámbito interno, la respuesta de un tribunal al recurso que ha interpuesto. Si el Estado no puede actuar para hacer efectivo su nuevo derecho subjetivo es porque este último no existe todavía por el momento, porque mientras exista aún la posibilidad de lograr, en virtud del recurso interpuesto por el particular, el resultado sobre el que versa su primer derecho subjetivo, el Estado no posee todavía (como es lógico) un nuevo derecho dimanante de la lesión del primero. No se ha consumado aún esa lesión.

10. Reina cierta confusión en la doctrina. Borchard, uno de los primeros autores que examinó esta cuestión, comprendió perfectamente los dos aspectos del principio. Luego, algunos autores han hecho suyas sus opiniones, mientras que otros se han inclinado a favor de la idea de que la condición del agotamiento de los recursos internos dimana de una regla de mero procedimiento y otros, en

fin, han reconocido en el principio a la vez un aspecto de fondo y un aspecto de procedimiento. Algunos autores que en un principio sostuvieron que se trataba de una regla de procedimiento se han percatado después de que no habían tomado en consideración sino la consecuencia lógica del aspecto de fondo de la regla. El Relator Especial aclara que en el párrafo 54 de su sexto informe (A/CN.4/302 y Add.1 a 3) no ha mencionado más que una selección de autores y que con posterioridad le han sido dados a conocer algunos estudios recientes. De todas maneras, la Comisión no debe entrar en una controversia doctrinal sino buscar, en la práctica de los Estados y la jurisprudencia internacional, la confirmación de la existencia del principio del agotamiento de los recursos internos y su significado.

11. Antes de proceder a este análisis, convendría insistir nuevamente en un aspecto esencial. Afirmar que el principio de que se trata impide acudir a un tribunal internacional mientras no se hayan agotado los recursos internos, no significa en absoluto negar que ese principio sea ante todo un factor determinante de la violación de la obligación internacional y, por lo tanto, del nacimiento de la responsabilidad internacional. Los tribunales internacionales a menudo deben considerar la cuestión del agotamiento de los recursos internos en el marco de las cuestiones de admisibilidad de una demanda. No es raro, en efecto, que el Estado demandado invoque una excepción de admisibilidad basada en el principio del agotamiento de los recursos internos. Sin embargo, al proceder de este modo, el Estado se limita a alegar el corolario del principio, que es lo único que le interesa en ese momento, y el tribunal actúa necesariamente del mismo modo. Para poder negar que ese principio presente a la vez un aspecto de fondo y un aspecto de procedimiento sería menester, pues, encontrar en la jurisprudencia la afirmación de que se refiere únicamente al procedimiento con exclusión de todo efecto sobre la existencia de la responsabilidad internacional.

12. Por lo que respecta a la práctica de los Estados, procede referirse en primer término, como siempre, a la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional (La Haya, 1930). Las respuestas a la solicitud de información dirigida a los gobiernos por el Comité Preparatorio de dicha Conferencia fueron a menudo poco claras en lo relativo a la cuestión que se examina, pero algunas de ellas indicaban claramente que la responsabilidad internacional sólo nacía después del agotamiento infructuoso de los recursos internos. Tan sólo la Gran Bretaña se refirió únicamente a los aspectos de procedimiento del principio, pero hay que señalar que ulteriormente ha adoptado, en otras ocasiones, una posición diferente. En la propia Conferencia se manifestaron diversas tendencias en las opiniones expresadas. Para muchas delegaciones —en particular la delegación rumana, cuya declaración especialmente clara y precisa ha reproducido el Relator Especial en el párrafo 55 de su informe—, el agotamiento de los recursos internos era una condición del nacimiento de la responsabilidad. Un número menor de delegaciones, como la de Italia, expresaron la opinión contraria, si bien de manera mucho menos neta. Por último, las delegaciones de los Estados Unidos de América y de Noruega afirmaron

que el agotamiento de los recursos internos era, ya una condición de la responsabilidad, ya una condición de la posibilidad de invocarla. Así pues, esa Conferencia no permite deducir ninguna conclusión clara y definitiva, pero puede afirmarse que la mayoría de las delegaciones estimaron que la responsabilidad internacional no nacía sino después del agotamiento de los recursos internos por los particulares.

13. Es interesante señalar que los Gobiernos de los Estados Unidos y de Noruega afirmaron expresamente que el agotamiento de los recursos internos daba lugar al nacimiento de la responsabilidad en caso de que el hecho internacionalmente ilícito afectase a la administración de la justicia respecto de los extranjeros. Ahora bien, en esa esfera es normal que varios órganos intervengan sucesivamente, de suerte que la administración de la justicia no se reduce normalmente a la acción del primero de esos órganos. Además, si se afirma que en materia de administración de la justicia no hay violación definitiva de una obligación internacional mientras un órgano superior pueda todavía revocar lo que ha hecho un órgano inferior, se establece evidentemente un principio general válido más allá de esta esfera particular; por eso, el Relator Especial considera que las respuestas de los Estados Unidos y de Noruega confirman que el principio del agotamiento de los recursos internos tiene indudablemente consecuencias en el plano del procedimiento, pero que determina ante todo la existencia de la violación de la obligación y el nacimiento de la responsabilidad.

14. En lo que se refiere a la práctica diplomática y judicial internacional, el Relator Especial insiste ante todo en la necesidad de tener en cuenta las circunstancias propias de cada caso. Debe siempre examinarse si la afirmación del principio es formulada por un Estado únicamente cuando se opone a la admisibilidad de una demanda dirigida contra él, puesto que, en ese caso, es evidente que sólo alega el aspecto de procedimiento del principio y no su aspecto de fondo. Cabe señalar, por otra parte, que los tribunales internacionales, cuando examinan una excepción preliminar relativa a la admisibilidad, deben abstenerse de entrar en el fondo del asunto sometido a su consideración. Por consiguiente, sería abusivo interpretar las consideraciones hechas con tal motivo como un rechazo de los aspectos de fondo del principio.

15. El Relator Especial se refiere a continuación a los pasajes de su informe en los que ha analizado algunos ejemplos de la práctica internacional para tratar de deducir algunas conclusiones. En su decisión N.º 21 de febrero de 1930, la Comisión Mixta de Reclamaciones Gran Bretaña/México declaró que

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 trate¹

En el *Asunto de la administración del Príncipe von Pless*, sometido a la Corte Permanente de Justicia Internacional², tanto el Gobierno polaco como el alemán reconocieron que no podía plantearse la cuestión de

¹ Véase A/CN.4/302 y Add.1 a 3 párr. 63

² *Ibid.*, párr. 64

la responsabilidad internacional mientras no se hubieran agotado los recursos internos. En el *Asunto de los buques finlandeses*³, el árbitro consiguió observar una especie de neutralidad entre las dos formas de concebir la exigencia del agotamiento de los recursos internos a las que se refirió, pero puso de manifiesto un punto esencial: es menester que los interesados hayan agotado efectivamente los medios de recurso internos, con la intención de ganar el proceso. La condición del agotamiento de los recursos internos, en efecto, no constituye una simple formalidad y no es suficiente que los particulares interpongan un recurso para cubrir el expediente, reservando ciertos argumentos de peso para un futuro proceso internacional. En cuanto al *Asunto de los fosfatos de Marruecos*⁴, en el que se opusieron Italia y Francia ante la Corte Permanente de Justicia Internacional, tampoco es muy instructivo en lo que se refiere a la cuestión que constituye el objeto del artículo 22. En cambio, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha enunciado un principio de aplicación general al declarar que la responsabilidad de un Estado sólo nace a partir del momento en que se han agotado los medios de recursos internos⁵.

16. Por último, el Relator Especial señala a la atención de la Comisión las opiniones individuales o disidentes de algunos magistrados de la Corte Internacional de Justicia o de su predecesora⁶.

17. Del análisis que precede el Relator Especial extrae la conclusión de que todas las manifestaciones verdaderamente claras y positivas de la práctica y de la jurisprudencia, así como las opiniones individuales de eminentes magistrados, conducen al mismo resultado: no hay violación de la obligación internacional ni nacimiento de la responsabilidad mientras los interesados dispongan todavía, en el ámbito jurídico interno, de recursos que permitan al Estado obtener el resultado internacionalmente exigido.

El Sr. Sette Cámara, primer Vicepresidente, ocupa la Presidencia.

18. Continuando su exposición, el Relator Especial dice que cabe preguntarse si el principio que prescribe el agotamiento de los recursos internos como condición suplementaria de la violación de una obligación de resultado cuando el resultado perseguido consiste en otorgar un trato determinado a particulares extranjeros es o no un principio de derecho internacional general.

19. Recientemente, algunos tratadistas han sostenido que el principio del agotamiento de los recursos internos es un principio meramente convencional porque, al adoptar una actitud desfavorable al mismo, han tratado de restringir su alcance reduciéndolo a un principio de mero procedimiento establecido por ciertas convenciones internacionales. Se trata, sin embargo, de una opinión aislada en la doctrina, pues la gran mayoría de los tratadistas estiman que el principio del agotamiento de los recursos internos es un principio general

de derecho internacional, principio que, por otra parte, no es sino la consecuencia lógica del modo de ser de ciertas obligaciones internacionales.

20. La jurisprudencia internacional se suma a este respecto a la doctrina. Las decisiones o los fallos dictados en asuntos como el *Asunto de las concesiones Mavrommatis en Palestina* (1924), el *Asunto del ferrocarril Panevezys-Saldutiskis* (1939), el *Asunto Interhandel* (1959), el *Asunto de los bienes británicos en el Marruecos español* (1925), el *Asunto de la Mexican Union Railway* (1930), el *Asunto Ambatielos* (1956) y el *Asunto de las deudas exteriores alemanas* (1958)⁷ reconocen sin excepción que el principio del agotamiento de los recursos internos es una regla firmemente arraigada del derecho internacional general.

21. Esta posición viene corroborada por la práctica de los Estados, que reconocen de un modo unánime el carácter general del principio del agotamiento de los recursos internos, como se desprende de las posturas adoptadas por los gobiernos en las controversias planteadas ante la Corte Internacional de Justicia. El Gobierno polaco en el *Asunto relativo a la administración del Príncipe von Pless*, el Gobierno yugoslavo y el Gobierno suizo en el *Asunto Losinger*, el Gobierno francés y el Gobierno italiano en el *Asunto de los fosfatos de Marruecos*, el Gobierno lituano y el Gobierno estonio en el *Asunto del ferrocarril Panevezys-Saldutiskis*, el Gobierno iraní y el Gobierno británico en el *Asunto de la Anglo-Iranian Oil Company*, el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno suizo en el *Asunto Interhandel*, el Gobierno búlgaro y los Gobiernos estadounidense e israelí en el *Asunto relativo al incidente aéreo de 27 de julio de 1955*⁸ han reconocido la existencia de este principio como regla de derecho internacional general.

22. La actitud adoptada por los gobiernos partes en controversias planteadas ante otros órganos internacionales es igualmente concluyente. El Gobierno búlgaro y el Gobierno helénico en el *Asunto de los bosques del Ródope central*, el Gobierno británico y el Gobierno iraní en el *Asunto de la Anglo-Iranian Oil Company* y el Gobierno finlandés y el Gobierno británico en el *Asunto de los buques finlandeses*⁹ han reconocido que el principio del agotamiento de los recursos internos es un principio incontrovertido del derecho internacional general.

23. Como ya se ha señalado, ese principio nació con la formación de reglas que imponen al Estado obligaciones en lo que concierne al trato de extranjeros. Pero se trata de determinar si, al vincular en general la aplicación de ese principio a la violación de las obligaciones concernientes al trato de extranjeros, no se corre el peligro de pecar al mismo tiempo por exceso y por defecto. Por exceso, pues cabe preguntarse si el derecho internacional mismo no contiene excepciones a la aplicabilidad de ese principio al trato de las personas físicas o jurídicas extranjeras. Por defecto, pues cabe preguntarse igualmente si no habría que hacer extensiva la regla del agotamiento de los medios de recurso internos a otros

³ *Ibid*, párr 65

⁴ *Ibid*, párrs 66 a 69

⁵ *Ibid*, párr 71

⁶ *Ibid*, párrs 73 a 75

⁷ *Ibid*, párr 84

⁸ *Ibid*, párr 87

⁹ *Ibid*, párr 88

sujetos, en particular a las personas físicas o jurídicas nacionales

24 El Relator Especial desea subrayar que esta cuestión únicamente se plantea desde el punto de vista del derecho internacional general. En efecto, las convenciones internacionales restringen a veces el principio del agotamiento de los recursos internos o lo amplían a otras esferas o establecen procedimientos especiales de arbitraje destinados a sustituir, en ciertos casos particulares, la intervención de los órganos judiciales internos normales y, de ese modo, limitan el ámbito de aplicación del principio. Pero esas limitaciones convencionales no incumben a la Comisión, que debe ocuparse únicamente de la aplicación del principio del agotamiento de los recursos internos tal como se reconoce en el derecho internacional general.

25 El principio del agotamiento de los recursos internos nació en la hipótesis más común, a saber, cuando la obligación que incumbe al Estado le exige que otorgue determinado trato a nacionales extranjeros respecto de una actividad ejercida en su territorio. Cabe preguntarse, sin embargo, si ese principio se aplica en los casos en que la violación de la obligación se ha producido fuera del territorio del Estado, por ejemplo en alta mar. De hecho, esta hipótesis es bastante restringida, pues no es seguro que, para los casos de este tipo, existan siempre formas de recurso interno. Con todo, el Relator Especial no alcanza a discernir por que, cuando existen tales recursos, el principio concernientes a su agotamiento no se aplicaría en esos casos.

26 Cabe preguntarse asimismo si el principio que establece la condición del agotamiento de los recursos internos se aplica a los extranjeros que no son residentes en el territorio del Estado. El Relator Especial no ve tampoco ninguna razón para que no se aplique el principio en esos casos, pues el hecho de que el extranjero sea o no residente no modifica en nada la obligación que incumbe al Estado en lo que se refiere al trato que ha de otorgar a esa persona. Es evidente además que, si la persona perjudicada reside habitualmente muy lejos del país de que se trate y no puede por eso respetar los plazos exigidos para la interposición de recursos, la condición no será aplicable en ese caso particular, ya que los recursos deben ser eficaces y efectivos. Pero la efectividad de los recursos debe apreciarse en cada caso concreto. Es, pues, preferible no introducir en el enunciado general de este principio, en el artículo 22, excepciones detalladas para tener en cuenta todos los casos particulares que pueden presentarse y dejar que la jurisprudencia internacional resuelva esos casos a medida que se presenten.

27 En el caso de que el perjuicio ocasionado a un extranjero resulte de una animosidad declarada o de una intención discriminatoria del Estado respecto de los nacionales de un país determinado, continuara aplicándose el principio de la eficacia y de la efectividad de los recursos internos, ya que, si no se exige en ese caso el agotamiento de los recursos internos, ello se debe a que es evidente que esos recursos no serán eficaces.

28 En los casos en que la persona perjudicada no mantenga ningún vínculo voluntario con el Estado en que deberían utilizarse los recursos —por ejemplo, en el

asunto del avión de El Al derribado por la defensa anti-aérea búlgara por haber penetrado por error en el espacio aéreo de Bulgaria y en los casos de daño causado a un extranjero al que se ha llevado contra su voluntad al territorio de un Estado o que se halle en él en tránsito aéreo o terrestre—, el problema que se plantea es una vez más el de la disponibilidad efectiva de recursos internos eficaces. Habría que indicar claramente en el texto o en el comentario que por ello se entiende la posibilidad real de utilizar esos recursos. Pero debe evitarse, en el proyecto de artículo, establecer una lista de excepciones al principio general del agotamiento de los recursos internos, dejando que el derecho convencional aclare, cuando los Estados lo estimen necesario, las condiciones en que debe o no aplicarse este principio.

29 Cabe preguntarse, por otra parte, si no hay que hacer extensiva la aplicación del principio del agotamiento de los recursos internos a esferas distintas de la del trato de particulares extranjeros. El Relator Especial subraya, a este respecto, que no se puede pretender hacerlo extensivo a los casos de perjuicios sufridos por extranjeros que actúan en un país en calidad de órganos del Estado a que pertenecen. Es cierto que, en su resolución de 1956¹⁰, el Instituto de Derecho Internacional declaró, un poco a la ligera, que debía establecerse una excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos en favor de las personas extranjeras que gozan en el país de una protección internacional especial, es decir, en favor ante todo de los agentes diplomáticos o consulares. Sin embargo, estos agentes diplomáticos o consulares no son particulares, sino órganos del Estado al que representan. Por consiguiente, la regla del agotamiento de los recursos internos no puede aplicarse a estas personas cuando hayan sufrido un perjuicio en el ejercicio de sus funciones. Sólo puede aplicarse si han sufrido un perjuicio al obrar en calidad de simples particulares. Si su inmunidad de jurisdicción les impide en ese caso ser demandados, no les impide ser demandantes.

30 El Relator Especial no cree que deba hacerse una excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos en el caso de una sociedad privada extranjera con participación de capital público, pues lo que cuenta no es el carácter más o menos público que se atribuya a la persona jurídica en el ordenamiento jurídico de que dependa, sino la forma de actividad que ejerce en el territorio extranjero. Incluso si se trata de una sociedad extranjera con participación preponderante de capital público, no hay ningún motivo para no aplicarle la condición del agotamiento de los recursos internos si actúa en el territorio del Estado en calidad de persona puramente privada.

31 Por consiguiente, el problema de una extensión eventual de la regla del agotamiento de los recursos internos sólo se plantea de hecho en lo que respecta a una categoría de particulares de la que el derecho internacional se ocupa cada vez más, es decir, los nacionales del propio Estado. Este problema es limitado, puesto que, pese a la importancia creciente que van cobrando en la actualidad, las reglas relativas al trato de los naciona-

¹⁰ Véase *Anuario* 1969, vol. II, pag. 148, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo IV.

les son casi exclusivamente reglas de derecho convencional. Se trata, pues, de saber si el principio del agotamiento de los recursos internos, limitado hasta ahora a los extranjeros, debe aplicarse igualmente a los nacionales cuando incumbe al Estado una obligación internacional concerniente a su trato. Si esa obligación es convencional, la convención contendrá normalmente la respuesta a esta cuestión. Ahora bien, ¿es preciso enunciar el principio, en especial para el caso en que se desarrollara en esta materia una norma consuetudinaria? ¿Es necesario, por lo tanto, establecer que el principio del agotamiento de los recursos internos se aplicará a todos los particulares —extranjeros o nacionales— o deben excluirse los casos relativos al trato de los nacionales, por considerar que esos casos quedan íntegramente comprendidos en el derecho convencional? Si se adopta la segunda solución, podría plantearse un problema en el caso de que una convención internacional relativa a la protección de los derechos humanos no previera expresamente la condición del agotamiento previo de los recursos internos. En ese caso, dicha condición se aplicaría a los extranjeros sin aplicarse a los nacionales. Por ello, el Relator Especial ha estimado oportuno incluir en la regla enunciada en el artículo 22 el supuesto de la violación por el Estado de una obligación internacional concerniente al trato de sus propios nacionales, pero incumbe a la Comisión decidir si debe contemplarse ese supuesto.

32. La verdadera razón de ser del principio del agotamiento de los recursos internos es la de permitir que el Estado evite la violación de una obligación internacional poniendo remedio, mediante un comportamiento ulterior observado a iniciativa de los particulares interesados, a las consecuencias de un primer comportamiento contrario al resultado exigido por la obligación. Si la persona perjudicada ha omitido agotar los recursos de que disponía, hay negligencia por su parte y no se produce la violación.

33. No obstante, el solo hecho formal de la existencia de recursos no significa que los particulares perjudicados estén obligados a utilizarlos. Las formas de recurso varían apreciablemente de un sistema jurídico a otro y su utilización no debe apreciarse en abstracto, sino en cada caso concreto, con arreglo al criterio de eficacia.

34. De todo ello cabe deducir la conclusión de que, por una parte, deben utilizarse en principio todos los recursos disponibles y aptos para remediar la situación de que se trate y alegarse todos los motivos jurídicos idóneos para obtener una decisión favorable, y que, por otra parte, no debe utilizarse un medio de recurso más que si ofrece perspectivas reales de éxito y si el éxito a que puede conducir no es puramente formal, sino que puede traducirse efectivamente, ya en el logro del resultado originariamente exigido por la obligación internacional, ya, si esto ha dejado de ser posible, en el logro de un resultado sustitutivo verdaderamente equivalente.

35. Cabe preguntarse, por último, si procede mantener el principio del agotamiento de los recursos internos en el derecho internacional general tal como existe actualmente. Ese principio, que emana lógicamente del modo de ser y del objeto propio de ciertas obligaciones internacionales, no presenta únicamente ventajas. La práctica muestra que a veces entraña también inconvenientes, y en particular el de imponer plazos prolongados antes de que sea posible actuar en el plano internacional. Algunos Estados inversores están justificadamente preocupados por los graves perjuicios que podrían sufrir aquellos nacionales suyos que ejercen una actividad en un Estado extranjero y que hacen beneficiarse a la economía de ese Estado de sus capitales, sus competencias o su trabajo. Hay que señalar, sin embargo, que esos Estados disponen de medios preventivos para evitar tales perjuicios, pues el derecho convencional establece sistemas (compensación global, arbitraje, etc.) que precisamente están destinados a evitar los inconvenientes más graves de la aplicación del principio del agotamiento de los recursos internos.

36. Por otra parte, no se pueden pasar por alto las preocupaciones de los países de inversión, sobre los cuales se han ejercido en el pasado presiones a menudo exageradas para inducirlos a transferir inmediatamente al plano internacional cuestiones que habrían debido y podido solucionarse en el plano interno. Esos Estados están interesados en resolver ciertas cuestiones en el ámbito interno para no verse obligados a comparecer ante un órgano internacional para ser juzgados por una violación que habrían podido evitar gracias a la acción de sus tribunales internos.

37. Así pues, es preciso establecer un equilibrio entre cuestiones que, antes de ser cuestiones de derecho, son sobre todo cuestiones de justicia. En aras de la justicia, en efecto, hay que garantizar la protección de los particulares que ejercen una actividad en un Estado extranjero, pues se supone que esa actividad beneficia al Estado en cuyo territorio se ejerce. Pero la justicia exige igualmente que se proteja a los Estados en que esos particulares extranjeros ejercen sus actividades —sobre todo si esos particulares son nacionales de Estados poderosos— contra las tentativas de transformar en asuntos internacionales asuntos que, originariamente, son puramente internos y deberían seguir siéndolo.

38. Por consiguiente, el Relator Especial estima que no hay ningún motivo para apartarse del derecho internacional actual en nombre de un supuesto desarrollo progresivo que sería inaceptable para una gran parte de los Estados y que podría parecerles una regresión en lo que se refiere al respeto de la soberanía, la independencia y la igualdad soberana de los Estados. La regla enunciada en el artículo 22 debe definir el principio del agotamiento de los recursos internos tal como existe en el estado actual del derecho internacional, formulándola de manera suficientemente flexible para que pueda adaptarse a las diversas situaciones concretas.

Se levanta la sesión a las 13 horas.