agotarlos para que el Estado del que es nacional pueda hacer suya su reclamación. Por otra parte, el Relator Especial ha destacado la importancia de la eficacia de los recursos locales señalando que, en un sistema jurídico en el que los decretos promulgados por el Estado no pueden ser objeto de anulación, no existirá ningún recurso local eficaz que el extranjero esté obligado a agotar en caso de que, por ejemplo, el Estado haya promulgado un decreto que viole los derechos garantizados a los extranjeros por el derecho consuetudinario o convencional. En ese caso, el Estado que haya promulgado el decreto incurrirá en responsabilidad internacional y el Estado del que el extranjero sea nacional podrá, si lo desea, hacer suya la reclamación de éste. Señala el orador, a este respecto, que el sentido de este concepto se ha explicado claramente en el fallo dictado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el *Asunto de las concesiones Mavrommatis en Palestina*[6].

37. Estima, sin embargo —y espera que el Relator Especial será del mismo parecer—, que, en caso de violación de los derechos de que goza un extranjero conforme al derecho internacional, el gobierno del que dependa ese extranjero tiene motivos para plantear previamente el asunto, antes de que se hayan cumplido las condiciones para hacer suya la reclamación y de que nazca la responsabilidad internacional. Se puede encontrar un ejemplo de una situación de este género en el asunto *Asakura v. City of Seattle*[7], que tiene su origen en un tratado de amistad, de comercio y de navegación entre los Estados Unidos de América y el Japón en el que se establecía que los nacionales de los dos países podrían ejercer determinadas actividades profesionales en el territorio de ambos Estados. En este asunto, la ciudad de Seattle había promulgado una ordenanza en virtud de la cual el Sr. Asakura no podía ejercer una actividad profesional garantizada por aquel tratado. Sin ser una disposición *ad hominem*, la ordenanza era de inspiración netamente xenófoba, cuando no racista. Sin embargo, el Sr. Asakura tuvo ampliamente la posibilidad de utilizar los recursos locales, que agotó con éxito, obteniendo la anulación de la ordenanza. En tales circunstancias, no hubiera sido imposible que, en el momento en que la ciudad de Seattle promulgó su ordenanza, el Gobierno del Japón recordara al Gobierno de los Estados Unidos las disposiciones pertinentes del tratado, que la acción de la ciudad de Seattle había violado de un modo flagrante. Al manifestar su preocupación por la situación y al expresar su esperanza de que las autoridades de los Estados Unidos adoptaran las medidas apropiadas para remediarla, el Japón no habría realizado un acto equivalente a hacer suya la reclamación del Sr. Asakura.

Se levanta la sesión a las 13 horas.

[6] Para la referencia, véase A/CN 4/302 y Add 1 a 3, nota 189

[7] *Annual Digest of Public Internacional Law Cases, 1923-1924*, Londres, vol 2, 1933, asunto N ° 182, pág 314

1467.ª SESIÓN

Jueves 21 de julio de 1977, a las 15.10 horas

Presidente: Sir Francis VALLAT

Miembros presentes: Sr. Ago, Sr. Calle y Calle, Sr. Castañeda, Sr. Dadzie, Sr. Díaz González, Sr. Francis, Sr. Jagota, Sr. Njenga, Sr. Quentin-Baxter, Sr. Riphagen, Sr. Šahović, Sr. Schwebel, Sr. Sette Câmara, Sr. Sucharitkul, Sr. Tabibi, Sr. Tsuruoka, Sr. Ushakov, Sr. Yankov.

Responsabilidad de los Estados *(continuación)* (A/CN.4/302 y Add.1 a 3)

[Tema 2 del programa]

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

ARTÍCULO 22 (Agotamiento de los recursos internos)[1] *(continuación)*

1. El Sr. SCHWEBEL, prosiguiendo su declaración, dice que se encuentra otro ejemplo de una situación semejante en el asunto de la negativa de la administración del puerto de Nueva York a conceder el derecho de aterrizaje al Concorde. En este asunto, las más altas autoridades gubernamentales del Reino Unido y de Francia, sin hacer suya por ello la reclamación de sus nacionales contra los Estados Unidos de América por violación de una obligación que comprometía la responsabilidad internacional de éstos, se manifestaron muy preocupadas por lo que consideraban como una vulneración de un derecho que sus nacionales podían invocar en virtud de un tratado. El Sr. Schwebel considera que el Relator Especial admitirá que estas manifestaciones de preocupación son legalmente admisibles. La cuestión estriba en saber si hay que considerar que ha habido en el asunto *Asakura v. City of Seattle*, o que hay en el asunto del Concorde, una violación del derecho internacional por el hecho de la violación de un tratado. Suponiendo que haya tal violación, ¿habrá que llegar a la conclusión de que hay una violación del derecho internacional antes incluso de haberse agotado los recursos internos y haber nacido una responsabilidad internacional, y el derecho de intervención que de ello resulta? El Relator Especial parece considerar que, incluso en caso de violación aparente o real de un tratado, no hay violación del derecho internacional mientras no se han agotado los recursos internos pues, hasta ese momento, el Estado puede todavía corregir su comportamiento. El Relator Especial aduce que no debe considerarse responsable al Estado mientras no se haya demostrado definitivamente que no corregirá su transgresión.

2. El Sr. Schwebel no discute este razonamiento. La cuestión que se plantea es la de si no hay una violación del derecho internacional desde el momento en

[1] Véase el texto en la 1463 ª sesión, párr 1

que ha sido infringido el tratado, aun cuando no esté comprometida la responsabilidad del Estado. El Relator Especial estima que, en este caso, no hay violación y sostiene en apoyo de esta tesis razones admisibles. No obstante, en el estado actual del debate sobre la cuestión, el Sr. Schwebel no está todavía convencido.

3. En el asunto del Concorde, por ejemplo, es evidente que los resursos internos no han sido agotados, que los nacionales del Reino Unido y de Francia tienen, en Nueva York, ciertos derechos de aterrizaje que les han sido garantizados en virtud de un tratado, que los Gobiernos británico y francés opinan que esos derechos convencionales se extienden al Concorde, y que Air France y la British Airways sostienen que hay actualmente una violación de esos derechos. ¿Acaso no muestra eso que, desde el punto de vista del particular que trata de agotar los recursos internos, el análisis del Relator Especial no es enteramente satisfactorio? El Relator Especial aduce que el extranjero que se dedica a agotar los recursos internos procede simplemente en el plano interno. ¿Quiere eso decir que no puede haber violación de una obligación internacional si no está comprometida la responsabilidad internacional? ¿No quiere eso decir también que si la British Airways y la Air France ven desestimada su demanda por los tribunales de los Estados Unidos, y el Reino Unido y Francia promueven una acción de daños y perjuicios así como una acción ejecutiva, los daños y perjuicios les corresponderán a partir de la fecha de la negativa inicial y no a partir de la fecha de la decisión del Tribunal Supremo?

4. El particular que intenta agotar los recursos internos procede evidentemente en el plano interno, pero ¿quiere ello decir que lo único que pretende es hacer aplicar el derecho interno? Cuando un tratado entre dos Estados confiere derechos a un particular, ¿acaso esos derechos no son derechos que le son propios al mismo tiempo que son derechos del Estado en ciertas circunstancias? En el asunto *Asakura v. City of Seattle*, el Sr. Asakura pudo probar que el Tratado de amistad, comercio y navegación entre el Japón y los Estados Unidos le confería derechos que él podía reivindicar. Esos derechos habían pasado a ser parte integrante del derecho interno de los Estados Unidos puesto que en los Estados Unidos el derecho internacional es parte del derecho aplicable en el territorio nacional. Así, como lo demostró el Sr. Asakura, el derecho convencional prevalece sobre las decisiones del derecho interno. El Sr. Asakura adujo también que se había transgredido tanto el derecho interno como el derecho internacional. Todos los que, en cualquier lugar del mundo, se encuentren en una situación semejante a la del Sr. Asakura, podrían aducir ciertamente que también ellos tienen ciertos derechos que les han sido conferidos por tratados. ¿Quiere ello decir que sus pretensiones serían prematuras? ¿Es prematuro afirmar que la violación de un tratado es una violación del derecho internacional, aun cuando ulteriormente se ponga remedio a la violación con medidas internas adoptadas a raíz del agotamiento de los recursos internos? El Relator Especial opina que, en efecto, es prematuro porque es imposible concebir que un acto ilícito no engendre una responsabilidad. El Sr. Schwebel se pregunta, no obstante, si no cabría concebir que un acto sea ilícito con respecto al derecho internacional pero no engendre responsabilidad hasta el agotamiento de los recursos internos. Indudablemente los recursos internos pueden utilizarse y dar satisfacción en reclamaciones jurídicas internacionales.

5. Por lo mismo, el Sr. Schwebel no está de acuerdo con el Relator Especial cuando dice, en la nota 100 de su informe (A/CN.4/302 y Add.1 a 3), que el derecho internacional no puede prever el nacimiento de la responsabilidad que exista sin que otro Estado tenga la facultad de invocarla desde su aparición. En derecho internacional y en las relaciones internacionales se encuentran muchos ejemplos de derechos que los Estados pueden aducir en virtud del derecho internacional y que no están en condiciones de invocar. El Relator Especial sostiene que la violación de la obligación internacional deben ser concomitantes y simultáneos. Por las razones que ha indicado el Sr. Schwebel, no está convencido de ello. ¿No cabe acaso considerar que, desde el momento en que hay una violación de un derecho convencional, hay también una violación de una obligación internacional pero que la responsabilidad internacional no se engendra hasta que ha habido un agotamiento de los recursos internos? El Sr. Schwebel reconoce que el artículo 21 tiene una repercusión sobre el artículo 22. Reconoce también el peso de los argumentos del Relator Especial en este punto.

6. Tal vez las preocupaciones que el orador ha expresado podrían reflejarse en el texto del artículo 22 propuesto por el Relator Especial si en el comienzo se insertara, a continuación de «violación», la palabra «definitiva» y se sustituyeran las palabras «que aún se les otorgara» por las palabras «que se les siguiera otorgando», y al final, a continuación de las palabras «omisión inicial», se insertaran las palabras «en violación del derecho internacional».

7. El orador se pregunta también si no habría que prever en el texto ciertas limitaciones al ámbito de aplicación del principio del agotamiento de los recursos internos. A este propósito, apoya las observaciones formuladas por el Sr. Riphagen en la 1466.ª sesión.

8. El Sr. TABIBI dice que el artículo 22 es el más importante de los que la Comisión ha tenido que examinar en su actual período de sesiones. La diferencia entre este artículo y los artículos 20 y 21 se explica en los párrafos 47 y 48 del informe del Relator Especial. La regla propuesta abarca a la vez la violación y la ejecución de una obligación «de resultado». El Relator Especial considera, al parecer, que el principio del agotamiento de los recursos internos se establece en relación estrecha con el desenvolvimiento de las obligaciones internacionales relativas al trato que han de otorgar los Estados a las personas físicas o jurídicas extranjeras así como a sus bienes, y que la violación de la obligación internacional sólo queda demostrada si los particulares que se consideran perjudicados porque han sido colocados en una situación incompatible con el resultado que el Estado tenía que conseguir en virtud del derecho internacional, no han logrado, después incluso de haber agotado los resursos internos, que se corrija la situación. El Sr. Tabibi apoya este criterio. Apoya también el proyecto de artículo propuesto por el Relator Especial,

pues el reconocimiento del principio del agotamiento de los recursos internos permite que se confiera una protección a la vez a los particulares lesionados y al Estado en cuyo territorio tiene lugar el daño, e impide que se repita lo que ocurría cuando, so pretexto de defender los derechos de sus nacionales en el extranjero, las potencias coloniales cometían graves crímenes en Asia, Africa y América Latina.

9. El Sr. Tabibi se da perfecta cuenta, no obstante, de que en ciertos casos el principio puede ser difícil de aplicar. Por ejemplo, ¿cuáles serán los recursos internos que habrá de agotar un particular que haya sufrido un perjuicio en alta mar? Puede ocurrir también que el proceso de agotamiento de los recursos internos sea retardado deliberadamente, por razones políticas, ya sea por el Estado interesado, ya sea por el Estado de origen de la persona perjudicada. Habrá que ver asimismo si el principio puede aplicarse a los agentes diplomáticos o consulares en los casos en que sus actividades sean mitad oficiales y mitad privadas. Por último, puede haber casos en que un Estado promulgue una ley que constituya una violación de derechos garantizados a un extranjero por el derecho consuetudinario o por el derecho convencional; en tal caso, no hay evidentemente recursos internos que agotar.

10. A propósito del párrafo 111 del informe, el Sr. Tabibi hace observar que actualmente no sólo son los nacionales de países ricos y poderosos los que tienen necesidad de protección. Particulares de ciertos países del tercer mundo —de países de la OPEP, por ejemplo— invierten sumas considerables en el extranjero, y es esencial que sus derechos y sus bienes estén protegidos.

11. En conclusión, el Sr. Tabibi propone que, por el momento, la Comisión procure solamente enunciar un principio claro y simple. Más adelante, cuando conozca las opiniones de los gobiernos, podrá completarlo para tener en cuenta el derecho internacional contemporáneo. Conviene señalar a este respecto que los asuntos mencionados por el Relator Especial se remontan en su mayor parte a los años treinta y cuarenta. Como ha dicho el Sr. Riphagen, lo que se necesita es una serie de artículos que protejan los intereses de todas las partes interesadas y que respondan a las exigencias del derecho internacional moderno. Por su parte, el Sr. Tabibi considera también que el texto preparado por el Relator Especial debería remitirse al Comité de Redacción para que éste formule una norma sobre el agotamiento de los recursos internos. Espera que esta norma pueda luego completarse.

12. El Sr. SETTE CÂMARA dice que la argumentación desarrollada por el Relator Especial en su informe prueba hasta la evidencia que tiene que haber un agotamiento de los recursos internos para que pueda constar la responsabilidad de los Estados, y que la regla del agotamiento de los recursos internos debe figurar por consiguiente en los proyectos de artículos de la Comisión.

13. El principio del agotamiento de los recursos internos aparece a menudo como una excepción a la aplicación del derecho internacional, un poco como la excepción de competencia nacional. Pero, mientras que la excepción de competencia nacional excluye completamente la competencia internacional, la excepción de agotamiento de los recursos internos proclama el carácter subsidiario de ésta, afirmando por ende su existencia. Es interesante advertir que en muchos asuntos (en particular en el *Asunto relativo a ciertos préstamos noruegos*[2], el *Asunto del incidente aéro del 27 de julio de 1955*[3] y el *Asunto Interhandel*[4]) las partes invocaron a la vez la excepción de competencia nacional y la excepción de agotamiento de los recursos internos. Esta iniciativa es contradictoria, puesto que invocar el principio del agotamiento de los recursos internos equivale a reconocer implícitamente la existencia de la competencia internacional; no obstante, es la que han adoptado los Estados. Tanto la excepción de agotamiento de los recursos internos como la excepción de competencia nacional deben su origen al deseo de preservar la soberanía de los Estados. Desde el punto de vista del derecho internacional, es preferible aceptar la solución del agotamiento de los recursos internos, antes que la de la excepción de competencia nacional que descarta pura y simplemente la competencia internacional.

14. Por lo que toca al proyecto del Relator Especial, el Sr. Sette Câmara dice que también él, por su parte, opina que en el proyecto de artículos debe figurar una disposición sobre el agotamiento de los recursos internos. Incumbirá al Comité de Redacción estudiar detenidamente su enunciado y darle una formulación clara. Queda por determinar si la Comisión debería apartarse de la práctica establecida, como preconiza el Relator Especial, y considerar que el principio del agotamiento de los recursos internos es aplicable no sólo al trato de los extranjeros sino también al trato de los nacionales. No hay que olvidar a este propósito que se plantea una cuestión de codificación y que lo que propone el Relator Especial es de todo punto contrario al origen histórico de esta cláusula, que debe su origen al deseo de proteger la soberanía nacional. El Sr. Sette Câmara duda de que la idea de que los nacionales de un Estado puedan depender, en ciertos casos, de la jurisdicción internacional, encuentre muchos adeptos. Personalmente, el orador recomendaría que la Comisión se atenga al punto de vista tradicional, en virtud del cual el principio no es aplicable al trato de los extranjeros.

15. Si también la Comisión suscribe este parecer, se planteará la cuestión del lugar en el que procede insertar el artículo en el proyecto. El artículo 22, tal como ha sido propuesto por el Relator Especial, es la continuación natural de los artículos 20 y 21, pero si la aplicación del principio que enuncia se limita al trato de los extranjeros, o bien habrá que dedicarle un capítulo especial, o bien convertirlo en un apartado del párrafo 1 del artículo 21. Se trata de una cuestión que tendrá que decidir el Comité de Redacción.

16. El Sr. USHAKOV dice que a pesar de las aclaraciones que ha hecho oralmente el Relator Especial, queda todavía cierto número de cuestiones delicadas que solventar tanto desde el punto de vista jurídico como político. El artículo que se examina concierne a una categoría particular de obligaciones de resultado. Cuando

[2] *C I J Mémoires, Certains emprunts norvégiens*, vols I y II

[3] *Ibid*, *Incident aérien du 27 juillet 1955*

[4] *Ibid*, *Interhandel*

entra en juego la responsabilidad internacional, es generalmente con respecto a otro Estado, que ha sido lesionado por la violación de una obligación internacional. De todos modos, en caso de violación de un principio fundamental del derecho internacional, un Estado puede ser considerado responsable con respecto a la comunidad internacional entera. Un acto de agresión, por ejemplo, no sólo lesiona al Estado contra el cual va dirigido, sino a toda la comunidad internacional. El artículo 22 se refiere a un caso particular de responsabilidad de un Estado con respecto a otro Estado: la violación de una obligación de resultado que entra dentro del ámbito del trato de los extranjeros. En esta materia, hay en efecto cierto número de obligaciones que dimanan de normas que presentan un carácter primario y que la Comisión, por consiguiente, no tiene que examinar ahora.

17. La institución de la protección diplomática tiene su origen en el vínculo que une a un Estado y a sus nacionales, incluso cuando éstos se encuentran en el territorio o bajo la jurisdicción de otro Estado. Por su parte, ese otro Estado tiene el deber, en virtud de obligaciones internacionales consuetudinarias o convencionales, de conceder un determinado trato a los extranjeros, ya sean personas físicas o jurídicas. Si lesiona a extranjeros, se considera que el Estado del cual son nacionales queda a su vez lesionado y posee un derecho subjetivo a presentar una reclamación. No obstante, sólo a partir de cierto momento puede un Estado intervenir para proteger a sus nacionales, dentro de los límites admitidos por el derecho internacional.

18. Considerado desde el punto de vista del Estado en cuyo territorio se encuentran los extranjeros, la situación es la siguiente: esos extranjeros están protegidos por ciertas normas de derecho internacional y por las obligaciones internacionales asumidas en materia de trato de extranjeros por ese Estado. No obstante, como los acontecimientos susceptibles de lesionar a esos extranjeros se producen en el territorio y bajo la jurisdicción de ese Estado, entra en juego otro principio: el de la no intervención en los asuntos internos de los Estados. Así se explica, tanto política como históricamente, la existencia de la norma del agotamiento de los recursos internos.

19. Esta norma obedece a que los países pequeños o débiles sintieron la necesidad de precaverse contra los países grandes o poderosos, que trataban de proteger a sus nacionales por medios a los que actualmente está prohibido recurrir. De ahí que un Estado no pueda tomar el partido de sus nacionales desde el momento en que éstos han sido lesionados porque una autoridad de un Estado ha observado respecto de ellos un comportamiento incompatible con una obligación internacional a cargo de ese Estado en materia de trato de extranjeros. La persona —física o jurídica— lesionada debe comenzar por dirigirse a un órgano administrativo o judicial superior. En esa fase, el nexo entre el Estado del que es nacional la persona lesionada y esta misma persona no cuenta.

20. No hay que engañarse en cuanto al caso especial de las obligaciones internacionales relativas a los derechos humanos. Conforme a esas obligaciones, los Estados se comprometen a adoptar medidas de orden interno a fin de asegurar un cierto trato a sus propios nacionales. Cuando estos acuden a los tribunales, ponen en juego una obligación internacional del Estado cuya nacionalidad poseen y entonces la norma aplicable es la del artículo 20: incumbe a ese Estado observar el comportamiento exigido por el instrumento relativo a los derechos humanos del que emana la obligación internacional de que se trate, o corregir la situación creada por un primer comportamiento, si se trata de una obligación de resultado. Puede ocurrir que quede comprometida la responsabilidad internacional de ese Estado, pero nunca otro Estado tendrá derecho a inmiscuirse en sus asuntos internos; existen mecanismos de control que han sido instituidos especialmente para asegurar la ejecución de las obligaciones internacionales relativas a los derechos humanos.

21. Presentada así, la regla del agotamiento de los recursos internos es fácil de comprender; sin duda, es más difícil enunciarla en un artículo y aún más hacerla aplicar. Es evidente que sólo puede haber recurso interno cuando existe, en el derecho interno del Estado al cual se imputa la falta, una norma relativa al trato de los extranjeros y cuando esa regla ha sido violada por un órgano de ese Estado. No cabe ningún recurso si no existe tal norma. Luego, sólo cuando la última instancia del Estado del que se trate se ha negado a dar satisfacción a la persona lesionada, queda comprometida la responsabilidad internacional de ese Estado, y puede intervenir en el plano internacional el Estado cuya nacionalidad tiene el interesado. Si interviniera antes, incurriría en una injerencia patente en los asuntos internos de un Estado.

22. Refiriéndose al texto del artículo 22, el Sr. Ushakov se propone presentar al Comité de Redacción un texto que diga así:

> «Sólo hay violación por un Estado de una obligación internacional que de él exige un trato determinado de particulares extranjeros, personas físicas o jurídicas, si después de un comportamiento de ese Estado que no está en conformidad con esa obligación internacional, esos particulares han agotado, sin obtener el resultado requerido, los recursos que ponía a su disposición el derecho interno de ese Estado para lograr el trato exigido o la indemnización pertinente.»

23. Como se infiere de ese texto, debe considerarse que la obligación internacional ha sido violada cuando el derecho interno del Estado de que se trate no ofrece ningún recurso a los interesados. Importa puntualizar que, en la hipótesis prevista en el artículo 22, se ha violado una norma de derecho interno pero aún es posible corregir la situación así creada acudiendo a otra instancia.

24. Por último, el Sr. Ushakov señala que «el resultado requerido» de que se trata en el texto propuesto por él, puede ser parcial. En definitiva, habrá que determinar en función de las circunstancias propias de cada caso si hay recursos disponibles y si se ha logrado el resultado requerido. Pero, por el momento, la Comisión debe guardarse de decidir casos concretos.

25. El Sr. JAGOTA recuerda haber puesto de manifiesto, en las observaciones formuladas por él en la

1465.ª sesión, que, en el proyecto de artículo 22, se pide a la Comisión que examine la aplicación de la responsabilidad de los Estados a un aspecto determinado de las obligaciones de los Estados. La Comisión no ha de examinar las normas de fondo relativas al trato de los particulares extranjeros y de sus bienes, a la exigibilidad de la responsabilidad por la vía diplomática o por la vía judicial, y a la protección de los derechos humanos. Por ello, el Sr. Jagota ha querido estar seguro de que los trabajos de la Comisión sobre la responsabilidad no iban en detrimento del derecho cuyo desarrollo está en curso en otros órganos y en contextos distintos en lo concerniente a estas materias y de que no prejuzgan ese derecho. Hay también la cuestión de la jurisdicción. En el caso de los derechos humanos, por ejemplo, el agotamiento de los recursos internos es una cuestión que todavía pertenece a la competencia nacional, y sería un tanto prematuro, al parecer, pedir a los países que acepten la jurisdicción internacional obligatoria. Así, la expresión «particulares, personas físicas o jurídicas» que figura en el artículo 22 (y por la que, según la definición del Relator Especial, debe entenderse no sólo los extranjeros sino también los nacionales del país) debe modificarse para que se aplique únicamente a los extranjeros.

26. El Relator Especial está muy en lo justo cuando estima que la regla del agotamiento de los recursos internos forma parte del derecho internacional general —consuetudinario o convencional— y también que la aplicación de esa regla puede restringirse, o incluso sustituirse, por cláusulas arbitrales o por acuerdos de compensación, como señala en el párrafo 111 de su informe.

27. En cuanto a la índole de esa regla, el Relator Especial ha indicado en el párrafo 92 de su informe que incluye a la vez una cláusula principal y un corolario. Con arreglo al corolario, no se puede llevar a cabo ninguna intervención, ni en el plano diplomático ni por vía de decisión judicial, a menos que se hayan agotado sin éxito los recursos internos, y sólo entonces. Este aspecto de la regla, así como la razón que lo justifica —es decir, la soberanía del Estado— son aceptables. Los beneficiarios de la regla están obligados a respetar el sistema al que acusan de haber violado el derecho internacional y a buscar un recurso en el marco de ese sistema, dando de este modo al Estado una oportunidad de remediar, mediante una indemnización o por cualquier otro medio, la situación creada por el acto ilícito que haya cometido.

28. No obstante, el Sr. Jagota no puede aceptar incondicionalmente, aunque tampoco la rechaza por completo, la proposición principal que concierne a la constitución de la responsabilidad. Lo esencial del proyecto de artículo 22 se encuentra en su última frase: si bien aprueba la expresión «posibilidad de invocarla», el Sr. Jagota estima necesario examinar más detenidamente las palabras en las que se dice que la responsabilidad internacional que incumbe al Estado autor de la acción u omisión inicial «sólo [nace] a raíz de ese agotamiento infructuoso». Puede ocurrir que la primera acción no sea conforme a los preceptos del derecho internacional, en cuyo caso habrá, en principio, una violación de la obligación internacional, que acarreará una responsabilidad. Si se hace entonces entrar en juego la regla del agotamiento de los recursos internos, puede tener por efecto el de neutralizar o atenuar la responsabilidad.

29. La Comisión debería salir al paso de tal eventualidad previendo una excepción netamente formulada, que disiparía una buena parte de las preocupaciones del Sr. Jagota. Sin embargo, el Relator Especial sostiene que tal excepción es inútil debido a dos condiciones inherentes a la regla, que exigen que los recursos sean efectivos y eficaces: si la primera acción es discriminatoria, o si el trato dado a los extranjeros les es perjudicial, o si no tienen a su disposición ninguna vía de recurso o ninguna instancia, es evidente que la regla no se aplicará. Quizá sea así, pero la regla puede interpretarse de un modo distinto en lo que respecta a la índole del recurso utilizable y esto a su vez puede dar lugar a un litigio. Supóngase que, en un país que no aplica el derecho internacional, un tribunal local, actuando en virtud de una legislación de la que no puede prescindir, expropia empresas extranjeras sin indemnizarlas; es evidente que la aplicación de la regla del agotamiento de los recursos internos será puramente ilusoria; por consiguiente, no se dispondrá de ningún recurso eficaz y, en virtud de sus propios términos, la regla no se aplicará. Sin embargo, para evitar toda controversia, sería mucho mejor prever expresamente una excepción. Por eso el Sr. Jagota sería partidario de una formulación que garantizara que la aplicación de la regla no atenúa la responsabilidad por un acto manifiestamente ilícito, responsabilidad que es la piedra angular de la cooperación en lo relativo al trato de los particulares y es el objeto del derecho positivo en la materia.

30. En cuanto a la cuestión del momento a partir del cual nace la responsabilidad —antes o después del agotamiento de los recursos internos—, debería ser objeto de un examen más a fondo. Pero el Sr. Jagota no opondrá objeciones si la Comisión decide otra cosa.

31. Si bien no sigue al Relator Especial en la cuestión de los nacionales, el Sr. Jagota comparte, en cambio, su punto de vista en lo relativo al ámbito de aplicación del artículo y a la cuestión de la territorialidad. Sin embargo, sería posible preocuparse más de la cuestión de las personas privilegiadas, que adquiere cada vez más importancia, debido a la mayor participación de órganos públicos y de fondos públicos en el desarrollo económico y a la aparición de acuerdos de cooperación. De un modo análogo, hay que examinar más detenidamente los problemas de procedimiento vinculados a las cuestiones relativas a la inmunidad restringida: en los casos de esta índole, es evidente que la regla del agotamiento de los recursos internos debe aplicarse a los asuntos a los cuales no se extiende la inmunidad de jurisdicción.

32. Por último, el Sr. Jagota apoya incondicionalmente las observaciones formuladas por el Relator Especial en el párrafo 100 de su informe, en lo tocante a la necesidad de verificar si una persona ha entrado en un país accidentalmente o contra su voluntad. Sin embargo, por las cuestiones de jurisdicción que entran en juego, habría que matizar esas observaciones mencionando la necesidad de un nexo fundado, por ejemplo, en la residencia, la situación de los bienes o un contrato.

33. El PRESIDENTE dice que, si no comprende mal, el proyecto de artículo debería enunciar la regla general expresando el principio del agotamiento de los recursos internos y estableciendo que esos recursos deben ser efectivos y eficaces, lo que, probablemente, es lo esencial de la cuestión. En cuanto a las restricciones a la aplicación de la regla, podrían enunciarse en el proyecto de artículo o bien exponerse en el comentario.

34. El Sr. NJENGA dice que ha estudiado con gran interés el excelente informe del Relator Especial, informe que aprueba en gran parte.

35. La regla según la cual el Estado sólo puede intervenir después de haberse agotado los recursos internos es, desde luego, una regla de fondo y no de procedimiento. Se funda en principios juiciosos y sólidos, destinados a prevenir toda injerencia inútil en los asuntos internos de los Estados, y está confirmada por la práctica de los Estados y la jurisprudencia. Esta regla hace entrar en juego dos tipos de derechos : los del particular y los del Estado. Sin embargo, una violación de los derechos de este último sólo puede resultar de un perjuicio para el particular; antes de eso, y en defecto de otros recursos, no se puede aducir que el Estado debe intervenir para proteger al particular. Cualquier otra actitud se traduciría en una intervención continua de los Estados por cuenta de sus nacionales, que, la mayoría de las veces, deciden por su propia voluntad y en su propio interés vivir bajo tal o cual jurisdicción. Al obrar así, se colocan bajo la soberanía del Estado de que se trata, y no pueden, pues, recurrir a su propio Estado en vez de utilizar las vías de recurso internas cada vez que sufren un perjuicio.

36. Lo que suscita los reparos del Sr. Njenga, y que quizá pueda examinarse en segunda lectura o eventualmente por el Comité de Redacción en el actual período de sesiones, son los términos categóricos en que se ha formulado la regla. A su juicio, cada vez que la ausencia de recursos eficaces sea manifiesta, debe preverse una excepción para hacer frente a la situación. De nada sirve enunciar una regla y subordinarla a la existencia de recursos eficaces porque, para el caso en que se compruebe la ausencia de tales recursos, habrá que prever sin duda un mecanismo cualquiera para resolver las controversias.

37. Por ejemplo, cuando se realice un acto perjudicial fuera del territorio del Estado, será difícil aplicar la regla, puesto que la jurisdicción del Estado se halla limitada en el caso particular. Por tanto, la Comisión debería examinar la posibilidad de prever una excepción o, por lo menos, una excepción acompañada de reservas, para los casos no sometidos a ninguna jurisdicción.

38. La situación es más grave en los casos en que los órganos subsidiarios de un Estado no se hallan en condiciones de asegurar recursos internos. Si, por ejemplo, unos extranjeros y los bienes de éstos son víctimas de una discriminación impuesta por la política del Estado, sería ilusorio querer agotar los recursos internos. Esa situación debería ser, pues, igualmente objeto de una excepción.

39. Otro caso que exige una excepción es aquel en que, habiéndose desmoronado el orden jurídico de un país, los nacionales extranjeros son lesionados en sus derechos y sufren por ello daños importantes. Si esos nacionales deben volver al país de que se trate a fin de agotar los recursos internos, se exponen mucho a una situación peligrosa. Los nacionales kenianos que se han encontrado en esa situación no han sido obligados a agotar los recursos internos, por haber estimado el Gobierno de Kenya que los Estados de que se trata habían violado sus obligaciones, incurriendo por ello en una responsabilidad internacional, y ha considerado que era su deber proteger los derechos de sus nacionales.

40. Otro caso más que, a juicio del Relator Especial, no debería ser objeto de una excepción particular es el de los extranjeros no residentes. Sin embargo, el Sr. Njenga conoce casos de marinos enrolados en puertos extranjeros para servir a bordo de buques con pabellón extranjero o pabellón de conveniencia, que han sido víctimas de una violación de sus derechos que crea una responsabilidad internacional. Evidentemente, sería de todo punto imposible pedir a esos marinos que se trasladaran al país en el que el buque se halla matriculado para agotar en él los recursos internos a fin de que el Estado pueda encargarse huego de su asunto. En tal situación, como los recursos internos son ineficaces, debería preverse una excepción a la regla.

41. Quizá el Relator Especial pueda indicar por qué razones rechaza toda excepción con tal insistencia, siendo así que en realidad se reforzaría la regla si ésta previera excepciones o restricciones en vez de apoyarse en la «eficacia suficiente» de los recursos internos.

42. Por último, el Sr. Njenga reconoce que sería aún prematuro extender la regla a los nacionales y que, por consiguiente, habría que limitar su aplicación al trato de los extranjeros.

43. El Sr. QUENTIN-BAXTER dice que la lectura del informe, muy completo, del Relator Especial le ha sido sumamente útil y que, si bien tiene algunos reparos, éstos se refieren más bien a cuestiones de forma y de redacción que a cuestiones de principio.

44. Le ha impresionado la amplitud de la materia y, a su juicio, lo que se desprende claramente de los pasajes dedicados por el Relator Especial a las opiniones que hacen autoridad en la materia, es que ésta no está madura para el análisis detallado. Por otra parte, la Comisión ha reconocido que la regla del agotamiento de los recursos internos es una regla parcial; por consiguiente, el problema consiste en conciliar un punto de vista particular y un punto de vista general. Al parecer, lo que se infiere ante todo de la experiencia adquirida es que, en el caso de artículos de carácter tan general, la Comisión adopta, hasta cierto punto, una táctica negativa y vela ante todo por que las decisiones positivas que adopta no tengan incidencias imprevistas en otros aspectos del derecho. La finalidad primordial del estudio del Relator Especial no es permitir que la Comisión codifique los principios y las cuestiones que se deducen de dicho estudio, sino más bien hacer que lo que codifique no vaya contra principios que deben ser encuadrados esencialmente en un estudio más detenido y más especializado de la regla.

45. El Sr. Quentin-Baxter considera, como la mayoría de los miembros de la Comisión, que es indudable que la regla de que se trata es una regla de fondo, que los

Estados aplican bastante extensamente en su modo de concebir sus relaciones con los otros Estados. Sin embargo, en resumidas cuentas, las obligaciones se miden siempre no en términos de fondo y de procedimiento, sino más bien de reglas primarias y secundarias. Son muchos los que ven en la regla del agotamiento de los recursos internos un elemento primario de fondo, y toda referencia al agotamiento de los recursos internos en tanto que fuente de responsabilidad implica que la obligación es infringida por una acción compleja que no llega a completarse sino a partir del momento en que, habiéndose aplicado la regla, ésta no ha conseguido producir el resultado deseado. Este punto de vista es perfectamente válido porque, en algunos casos, toda la concepción de la regla del agotamiento de los recursos internos es, en cierto sentido, una contrapartida de la concepción de la soberanía del Estado y de la responsabilidad del Estado concretada en las acciones de cada uno de los órganos de su gobierno; en otras palabras, el respeto de la soberanía del Estado en cuestiones relacionadas con el orden interno de ese Estado le permite ser juzgado no conforme a lo que se ha hecho en primer lugar o por uno cualquiera de sus órganos, sino únicamente según que se hayan aplicado o no todos los medios de que dispone en virtud de su orden interno.

46. Existe otro corolario que tiene importancia para comprender el lugar que la regla ocupa en el proyecto. En la concepción del Relator Especial —si el Sr. Quentin-Baxter la ha comprendido bien— el objeto de la regla no es limitar las obligaciones del Estado que nacen de cualquier otro modo. Por ejemplo, la violación de una obligación convencional puede dar nacimiento inmediatamente a una responsabilidad internacional para con el otro Estado interesado y esto independientemente de que los nacionales de ese otro Estado hayan o no sufrido las consecuencias de esa violación y —en caso de que hayan utilizado sus vías de recurso internas, admitiendo que las haya— tanto si el primer Estado es responsable también a este respecto como si no lo es. Esto parece perfectamente claro, lo mismo desde el punto de vista teórico que desde el de la presentación del informe, pero en la formulación misma de la regla se debería procurar no dar la impresión de que, en este caso, recae sobre otro Estado cierta responsabilidad, cuya existencia es independiente de la regla.

47. A juicio del Sr. Quentin-Baxter, la relación entre esa regla y el artículo 20 no suscita realmente ninguna dificultad. Una vez què se ha convenido, en virtud de otra clase de obligación (que puede ser muy bien una obligación de comportamiento), atenerse a las condiciones particulares de una disposición convencional, esa obligación puede existir de modo totalmente independiente de la obligación de asegurar un resultado dado en lo concerniente a los particulares interesados.

48. Sin embargo, al Sr. Quentin-Baxter le preocupa algo la cuestión de la relación entre la regla considerada y el artículo 21. Observa, a este respecto, que el Relator Especial ha hablado de esa regla como de uno de los aspectos, en cierto sentido, del artículo 21, y así es en realidad. Por otra parte, le satisface ver que la regla es objeto de una disposición distinta, porque el orador no cree que convenga colocarla tras las disposiciones del artículo 21. La Comisión está obligada a dejar abierta la cuestión del momento en que nace la responsabilidad internacional, lo que debe traducirse en una diferencia apreciable en la redacción de los dos artículos.

49. En cuanto al Estado mismo, el Relator Especial ha mencionado, en el párrafo 103 de su informe, la tendencia actual de los Estados a participar más directamente en las empresas comerciales. Los debates de la Comisión sobre la sucesión en los bienes y en las deudas de Estado inducen a pensar que debería incluso ir más lejos, puesto que todos los miembros se han mostrado al parecer dispuestos a tener en cuenta el hecho de que un sujeto del derecho internacional —Estado soberano u organización internacional— puede, si lo desea, aceptar en el plano nacional obligaciones en virtud del derecho interno de otro Estado y que, en ese caso, los procedimientos aplicables a sus recursos por la vía jurídica son para ese sujeto de derecho internacional los mismos que para los particulares. El Sr. Quentin-Baxter no ve por qué, en principio, la regla del agotamiento de los recursos internos no se aplicaría a un gobierno que decidiera, por ejemplo, comprar obligaciones emitidas por otro gobierno en las condiciones previstas por su propio derecho interno. Tal extensión de la aplicación de la regla parece perfectamente lógica.

50. En efecto, en la fase actual, la regla apenas concierne a los nacionales del país, aunque el Relator Especial haya señalado con razón las disposiciones convencionales relativas a esa regla.

51. Otra cuestión que preocupa un tanto al Sr. Quentin-Baxter es el pasaje del comentario en que se dice que las obligaciones para con los nacionales del país son, en el plano práctico, de índole exclusivamente convencional. No se debe perder de vista la imprecisión de la separación entre lo que forma parte de la convención misma y lo que forma parte del patrimonio jurídico común y depende de la Carta de las Naciones Unidas. Por otra parte, se ha de reconocer que la Comisión elabora en este momento reglas secundarias y que, sin dar el menor paso en la esfera de las obligaciones, sean éstas las que fueren, del Estado para con sus propios nacionales, sólo se propone dar un patrón para medir las obligaciones existentes.

52. Por último, en el proyecto no se debería insistir demasiado en la distinción entre extranjeros y nacionales del país, porque ello sólo serviría para enfrentar de nuevo a la Comisión con algunas de las dificultades con que tropezó en otro tiempo el proyecto del Sr. García Amador. Sería más prudente atenerse al principio general de que los trabajos de la Comisión sobre el presente proyecto no tienen nada que ver con la formulación de reglas primarias, ya que su único objeto es elaborar un sistema de reglas secundarias que no estorbe ni prejuzgue en modo alguno la evolución en el sector primario.

Se levanta la sesión a las 18.15 horas.