

BEATRIZ RAMACCIOTTI  
FABIAN NOVAK  
DANTE NEGRO  
(EDITORES)

## Capítulo 9

# DERECHO INTERNACIONAL ECONOMICO



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU  
FONDO EDITORIAL 1993

Edición a cargo de: Beatriz Ramacciotti, Fabián Novak y Dante Negro  
1ra. Edición: octubre de 1993

*Diseño de Cubierta:* TANTUM diseños

*Derecho Internacional Económico*

Copyright © 1993 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18 San Miguel, Lima, Perú. Telfs. 623990 y 622540 Anexo 220

© Instituto de Estudios Internacionales  
IDEI

Serie: Congresos, Simposios y Seminarios Internacionales  
Nº 1

*Derechos Reservados*

ISBN - 84-89309-83-3

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en el Perú - Printed in Peru

# NOTAS SOBRE LA REGLA DEL AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS EN LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR DAÑOS CAUSADOS A EXTRANJEROS\*

*Juan Aníbal Barría García\*\**

## 1. Algunas Consideraciones Generales Respecto de la Regla del Agotamiento de los Recursos Internos

En el contencioso internacional derivado de la responsabilidad internacional de un Estado por daños causados a extranjeros, existe un principio clásico y esencial, conforme al cual un extranjero agraviado en sus derechos por el comportamiento de un Estado no puede reclamar internacionalmente la reparación de los presuntos daños mientras no haya agotado todos los recursos ofrecidos por el ordenamiento jurídico de ese Estado.

Los autores tradicionalmente han asociado la regla del agotamiento a la responsabilidad internacional del Estado por daños causados a extranjeros. Roberto Ago supone que: "la cuestión del agotamiento 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".<sup>1</sup>

---

\* Las opiniones del autor son estrictamente personales y no representan la opinión de la institución a la que pertenece.

\*\* Abogado. Magister en Derecho con Mención en Derecho Internacional Público (Universidad de Chile). Profesor de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en la Universidad de Chile. Funcionario del Servicio Exterior de la República de Chile.

1. COMISION DE DERECHO INTERNACIONAL (CDI). *Anuario* 1987, Volúmen I, p. 283.

La afirmación del jurista italiano no es incorrecta si se considera el desenvolvimiento histórico de esta regla. En efecto, según recuerda A. Cancado Trindade "...desde los tiempos medievales hasta el final del siglo XVII el requisito del previo agotamiento de los medios internos de reparación se aplicaba normalmente antes de tomadas las represalias, y ... en los tiempos modernos antes de la intervención. Otrora, príncipes y soberanos emitían cartas de represalia a sus ciudadanos o súbditos en el exterior, después de haber agotado todos los medios de solucionar la controversia en el país de residencia. En los tiempos modernos, la regla pasó a aplicarse en el contexto del Derecho relativo a la responsabilidad del Estado por daños causados a extranjeros". Más adelante agrega que: "Son innumerables los antecedentes de los siglos IX a XVI, involucrando a mercaderes de países diversos (en cartas de represalia), y algunas veces tratados consagrando el principio del agotamiento; en los siglos XVII y XVIII surgen nuevos tratados al respecto, además de pareceres e informes de consultores de negocios extranjeros igualmente aplicando el principio. Todos estos antecedentes (cartas de represalias, tratados, pareceres) contribuirán decisivamente para la evolución del principio del agotamiento en el contexto de las relaciones entre comunidades o Estados y extranjeros (particularmente en relaciones comerciales y controversias políticas de ahí surgidas), y para la gradual cristalización de la regla hoy conocida como del agotamiento de los recursos de derecho interno, definitivamente consolidada como regla del Derecho Internacional Consuetudinario ya a fines del siglo XIX"<sup>2</sup>.

La doctrina está conteste en cuanto al origen consuetudinario de la regla en examen. La jurisprudencia, por su parte, ha confirmado esa circunstancia. En efecto, la Corte Internacional de Justicia en el caso *Interhandel* afirmó "la norma según la cual deben agotarse los recursos internos... es una norma bien establecida del Derecho Internacional Consuetudinario".<sup>3</sup> Existen otros fallos judiciales y arbitrales que se refieren a la materia, a saber: El Asunto de las concesiones *Mavromatis en Palestina* (1924); el caso del Ferrocarril *Panevezus-Saldutiskis* (1939); el caso

---

2. CANÇADO T., A. Augusto. **O esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional**. Brasilia, 1984, pp. 23 y 24.

3. CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol. **Prácticas de Derecho Internacional Público**, Madrid, 1978, p. 334.

de los bienes británicos en el Marruecos español; el asunto de la Mexican Union Railway; el caso Ambatielos y el Acuerdo sobre las deudas exteriores alemanas <sup>4</sup>.

La razón de ser de la regla del agotamiento, radica, según expresare el juez mejicano Córdova, "... en el respeto debido a la jurisdicción soberana de los Estados, de acuerdo con la cual los nacionales y los extranjeros tienen que actuar... Esta armonía, este respeto por la soberanía de los Estados, se logra dando prioridad a la jurisdicción de los tribunales locales del Estado en el caso de los extranjeros"<sup>5</sup>. La finalidad perseguida por la regla es propender a la estabilidad de las relaciones internacionales, evitando intervenciones prematuras de terceros Estados en favor de sus nacionales<sup>6</sup>.

De acuerdo con lo expuesto precedentemente, la regla se aplica cuando un particular ha sufrido una lesión en sus derechos por los órganos de un Estado extranjero. Existen, ciertamente, excepciones a este principio general. Así ocurre, por ejemplo, cuando un Estado "no reclama por el daño causado a uno de sus nacionales"<sup>7</sup>. Ello puede acontecer, dado que -como es sabido- un Estado no está obligado a conceder la protección diplomática a un nacional que ha sido agraviado directamente en su persona o bienes por una actuación de un Estado extranjero contraria al Derecho Internacional.

Igualmente, no se aplicaría la regla del agotamiento cuando se daña a ciertas personas por ser nacionales de un Estado determinado. Esto es, cuando los órganos de un Estado han querido perjudicar a los nacionales de un país extranjero. En este caso, el Estado de la nacionalidad de las víctimas interpondrá directamente la reclamación internacional sin exigir

---

4. Véase el Anuario de la CDI. 1977, Volúmen II, Segunda Parte, p. 33.

5. Caso *Inerhandel*, citado por Sorensen Max, en: **Manual de Derecho Internacional Público**, México, 1978, pp. 552 y 553.

6. En este mismo sentido se pronuncia Cançado Trindade., A.A., **Op. Cit.**, p. 25.

7. Jiménez de Arechaga señala esta excepción en: Sorensen, Max. **Op. Cit.**, p. 551. Este autor agrega que "la regla no es aplicable a las quejas basadas en una violación directa del Derecho Internacional que cause perjuicio inmediato a otro Estado..." Ello no es sino consecuencia del principio de la inmunidad de jurisdicción de que gozan los Estados ante los tribunales extranjeros.

previamente a sus nacionales el agotamiento de los recursos internos, toda vez que resultaría imposible, en un clima de animosidad generalizada respecto de ciertos extranjeros, remediar la situación generada por el otro Estado. Aquí propiamente no existirían recursos eficaces que agotar.

Se ha indicado que debe existir, entre el Estado demandado u ofensor y el sujeto perjudicado, un vínculo jurídico. En atención a que la mayoría de los casos de ofensas a un particular extranjero se han producido en el territorio de un Estado, es que se ha exigido generalmente un nexo territorial. Ahora bien, es perfectamente posible que dichas ofensas acaezcan fuera de la jurisdicción de un Estado extranjero, como ocurriría con el apresamiento de una nave privada en alta mar, por ejemplo. De igual forma, puede ocurrir que el perjuicio recaiga en personas que no tienen residencia en el Estado ofensor o no tienen vínculo voluntario con él.

En lo que respecta al primero de los casos antes descritos, cabe indicar que si bien no hay abundancia de éstos en la práctica y jurisprudencia internacionales, no hay razones lógicas para rechazar la aplicabilidad de la regla del agotamiento. Algunos autores, como el inglés C. Parry, se han pronunciado en contra de dicha aplicabilidad, pero la opinión general estima que el criterio que ha de utilizarse para determinar si se aplicará la regla en comento es el de la eficacia y disponibilidad de los recursos internos. Como se comprenderá, en esta hipótesis resultará muy difícil que el particular pueda recurrir al ordenamiento jurídico interno para remediar la violación de sus derechos.

La segunda situación que se plantea es la relativa a los extranjeros que no son residentes del Estado ofensor. La pregunta que se formula a este respecto es la de si deben o no agotar también los recursos internos. Los precedentes que existen sobre la materia permiten afirmar que la regla del agotamiento igualmente se aplicaría. En efecto, 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. No parece haber tampoco una razón lógica para impedir a un extranjero no residente recurrir a la regla en comento. Como señala Ago, "la inaplicabilidad generalizada del principio a los extranjeros no residentes dejaría fuera de su campo de aplicación a un gran número de casos de nacionalización de bienes extranjeros o de perjuicios causados a inversio-

nes extranjeras, sin otra razón que la de que esos extranjeros no residiesen en el país”<sup>8</sup>.

Se ha señalado como tercera excepción para no recurrir a la regla del agotamiento, la del extranjero que no está vinculado por un nexo voluntario al Estado cuyos recursos debería utilizar, como cuando se encuentra en tránsito por el territorio de ese Estado o ha sido llevado a ese territorio contra su voluntad.

El Gobierno israelí desarrolló esta idea ante la Corte Internacional de Justicia en respuesta a la petición de Bulgaria de que los nacionales lesionados al volar territorio búlgaro, en tránsito entre dos países, tenían que agotar los recursos de Bulgaria. Se expresó lo siguiente: “Es esencial, antes de poder aplicar la regla, que exista un nexo entre el individuo lesionado y el Estado cuyas acciones se impugnan... La regla es aplicable tan sólo cuando el extranjero ha creado, o se considera que ha creado, una conexión voluntaria, consciente y deliberada entre él mismo y el Estado extranjero, por ejemplo, debido a su residencia, a sus actividades comerciales, a la propiedad de bienes en dicho Estado o en virtud de haber establecido algún contacto con su gobierno, tal como en los casos de extranjeros tenedores de bonos”<sup>9</sup>.

Desafortunadamente, la Corte no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión, pero el criterio expuesto por el agente israelí encontró algunos partidarios. Así, Jiménez de Aréchaga opina que “parece justificado aceptar este criterio del nexo voluntario, en vez de aquel que exige la presencia física en el territorio de un Estado o el de la ubicación territorial del acto ilícito, como el elemento de conexión entre un extranjero y los recursos locales. Así es posible explicar por qué, en el caso de un individuo que ha sido secuestrado o que se encuentra presente en un territorio extranjero debido a force majeure, puede ejercerse la protección diplomática sin necesidad de agotar los recursos locales. Dicho nexo no puede crearse por el acto ilícito mismo; por ejemplo, en los casos de una

---

8. COMISION DE DERECHO INTERNACIONAL. *Anuario*, Volúmen II, Segunda Parte, p. 47.

9. SORENSEN, Max. *Op. Cit.*, p. 552.

persona lesionada en su propio país por un soldado extranjero destacado allí o por un objeto espacial, o en el caso de una embarcación pesquera averiada en alta mar por una nave de guerra extranjera, no se supone que se deban agotar los recursos ante los tribunales del Estado ofensor”<sup>10</sup>.

Según ha podido advertirse de los párrafos precedentes, la regla en estudio debe utilizarse por los particulares extranjeros, sean personas naturales o jurídicas. Ahora bien, ¿cuál es el contenido de la expresión “particular”? Desde comienzos de este siglo, el Estado ha irrumpido como un ente privado cualquiera en la vida económica y comercial internacional. De tal forma, que integra el capital de sociedades comerciales. En relación a este punto, se plantea la cuestión de si estas sociedades comerciales, en las que el Estado es el principal accionista, deben igualmente agotar los recursos locales. En atención a que no existe norma en contrario, deberían recurrir a la regla. Empero, ello sería así, solo en cuanto dichas sociedades hubiesen actuado *jure gestionis*, y no *jure imperii*, en que gozan de la inmunidad de jurisdicción y ejecución de los tribunales extranjeros.

En este orden de ideas, conviene referirse al caso de aquellas personas que actúan en otro Estado en su calidad de órganos de su Estado, a saber: Jefes de Estado, Agentes Diplomáticos y Consulares. Estos quedarían excluidos de la aplicación del principio del agotamiento, toda vez que no son propiamente particulares. Sin embargo, la regla en análisis podría sufrir reparos, si la acción u omisión ilícita del Estado territorial los afectara en su esfera privada en cuanto simples particulares. Al efecto, conviene citar el ejemplo que da R. Ago: “...un diplomático extranjero posee, en el país ante el que está acreditado, una propiedad privada... 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 el interesado utilice las vías de recursos internas antes de que pueda concluirse que existe una responsabilidad internacional del Estado receptor y que pueda procederse en consecuencia. No puede invocarse, en este caso, el hecho de que el agente diplomático disfruta de una exención total de la jurisdicción local. Esa exención pro-

---

10. *Ibid.*

hibe que el diplomático tenga que comparecer ante los tribunales como demandado, pero en modo alguno le impide que recurra a ellos en calidad de demandante”<sup>11</sup>.

Según se ha expresado cuando un extranjero alega haber sido víctima de un comportamiento ilícito que le ha causado daño, está obligado a utilizar previamente toda la jerarquía de las instancias ofrecidas por el Estado territorial antes de que pueda someter su demanda a una jurisdicción internacional. Tal exigencia pertenece al Derecho Internacional, en tanto que compete al derecho interno de cada Estado establecer los recursos que podrán utilizarse.

En torno a esta cuestión, se suscita una interesante discusión, cual es la de determinar el momento en que la instancia es insuficiente para solucionar el diferendo, y corresponda, en consecuencia, recurrir a la justicia internacional.

García Amador expone tres criterios u orientaciones para saber cuando se consideran “agotados” los recursos internos. Según el primero de ellos “puede no ser necesario recurrir de nuevo a los tribunales locales si el resultado será la repetición de la decisión que ya se ha dictado”. El autor citado califica este criterio de “francamente limitativo del principio del agotamiento de los recursos internos...”, toda vez que su aceptación “equivale a permitir al Estado de la nacionalidad prejuzgar sobre la eficacia de dichos recursos, así como a autorizarle a ejercer la protección diplomática antes de que haya habido la oportunidad de conocer la conducta del Estado contra el cual se reclama”<sup>12</sup>.

El segundo criterio, en cambio, es más liberal. En efecto, conforme a éste “el deber del Estado respecto de la protección legal debe considerarse cumplido si ha permitido a los extranjeros el acceso a los tribunales necesarios cuando necesitan defender sus derechos”<sup>13</sup>. Este criterio, como

---

11. COMISION DE DERECHO INTERNACIONAL. Anuario, 1977, Volúmen II, Segunda Parte, p. 48, nota 195.

12. GARCÍA AMADOR, F. *Introducción al Estudio del Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, 1959, p. 343.

13. GARCIA A. *Op. Cit.*, p. 343.

se aprecia, no considera la actuación de los entes judiciales o el resultado del juicio.

La tercera orientación es intermedia, ya que de acuerdo con ella, mientras "no se agoten todos los recursos internos no procederá la reclamación internacional, salvo los casos de manifiesta denegación de justicia"<sup>14</sup>. El jurista cubano explica este criterio así: "El extranjero deberá agotar todos los recursos que establezca al efecto la legislación interior, y el Estado de su nacionalidad abstenerse de entablar la reclamación internacional hasta tanto se haya cumplido esa condición. Su cumplimiento constituye un hecho que puede constatarse objetivamente, puesto que bastará con saber si la decisión del órgano o funcionario competente es firme o inapelable. Mientras no exista una decisión de este carácter, no puede sostenerse que, material ni judicialmente, se han agotado los recursos de que dispone el extranjero que alega el daño, como tampoco conocer con certeza en qué consiste o qué alcance tiene el acto u omisión del Estado en que se funde la reclamación internacional"<sup>15</sup>.

Cabe indicar que el particular deberá utilizar todas las vías posibles de recursos que existan en el ordenamiento del Estado ofensor, y no sólo algunas de ellas. De allí que no sea procedente la distinción entre recursos ordinarios y extraordinarios. La Corte Permanente de Justicia Internacional tuvo oportunidad de pronunciarse sobre esta materia a propósito de una demanda de Bélgica en contra de Bulgaria. El Tribunal acogió la excepción opuesta por Bulgaria de falta de agotamiento de los recursos internos, ya que, en su opinión, no se había dictado todavía una decisión definitiva por parte de sus tribunales internos. Bélgica, por su parte, pretendía que la regla del agotamiento se regía sólo respecto de los recursos ordinarios, en tanto que el recurso de casación era un recurso extraordinario, y por lo tanto, no había obligación de agotar esa vía. El tribunal aceptó el planteamiento búlgaro porque la regla del agotamiento, en el asunto en discusión, "...implicaba el agotamiento de todos los recursos, incluidos los que pueden formularse ante la Corte de Casación..."<sup>16</sup>.

---

14. *Ibid.*

15. GARCÍA A. *Op. Cit.*, pp. 343 y 344.

16. GONZÁLEZ C., Julio, SÁNCHEZ R., Luis y SÁENZ DE STA. MARÍA. Ma. Paz Andrés. *Curso de Derecho Internacional Público*, Oviedo, Vol. I, 1983, p. 311.

En todo caso, el particular siempre estará “obligado a recurrir si cabe obtener un resultado útil, esto es, susceptible de modificar la situación creada por el hecho ilícito... En definitiva, como señalara el árbitro Bagge en el asunto de los buques finlandeses, la obligación sólo existe “si el recurso es adecuado y efectivo”.<sup>17</sup> En el mismo sentido, se ha pronunciado la Comisión Europea de Derechos Humanos <sup>18</sup>.

Se ha formulado por la jurisprudencia arbitral, una exigencia procesal atingente al particular agraviado, consistente en presentar obligatoriamente “ante los tribunales locales todo el material que razonablemente esté disponible y que pueda ser esencial para tener éxito en el caso. Cuando la parte reclamante ha dejado, en cualquier forma, de aducir los argumentos necesarios o de presentar las pruebas que sean esenciales a su caso, el Estado demandado puede alegar que los recursos locales no han sido agotados”<sup>19</sup>.

La comisión arbitral en el asunto *Ambatielos* dijo al respecto lo siguiente: “...La norma del agotamiento de los recursos internos... encuentra su principal campo de aplicación en las exigencias: a) el reclamante debe haber hecho uso de todos los derechos que le conceda el Derecho interno para iniciar una acción judicial ante los tribunales internos; y b) una vez hecho esto, debe haber agotado las posibilidades de apelación a un tribunal superior contra cualquier decisión adversa de los tribunales inferiores. Sin embargo, la aplicación de la norma no se limita a estos dos supuestos. La norma también exige que durante el curso del procedimiento, y respecto a cualquiera de las actuaciones concretas que se sigan ante uno de los tribunales internos, el reclamante debe haber hecho uso de todas las facilidades procesales que le conceda el ordenamiento jurídico interno en materia de llamamiento de testigos, aportación de documentos, etc... Para sostener eficazmente que el procedimiento internacional es inadmisibile, el Estado demandado debe probar la existencia, en su sistema de derecho interno, de recursos que no se hayan utilizado. Sin

---

17. GONZÁLEZ, J., SÁNCHEZ, L. y SÁENZ DE STA. MARÍA, Ma. Paz Andrés, *Op. Cit.*, p. 553.

18. SORENSEN, *Op. Cit.*, p. 553.

19. SORENSEN, *Op. Cit.*, p. 554.

embargo, las opiniones de los autores y los precedentes judiciales coinciden en que la existencia de recursos evidentemente ineficaces no basta para justificar la aplicación de la norma... La norma requiere que se hayan agotado los recursos internos antes de que pueda incoarse una acción internacional. Entre dichos recursos figura no sólo la referencia a los tribunales, sino también la utilización de los medios procesales que la legislación interna pone a disposición de los litigantes ante esos tribunales. La totalidad del sistema de protección jurídica prevista por el Derecho interno debe ponerse a prueba antes de que un Estado, en cuanto protector de sus nacionales, pueda promover la reclamación en el plano internacional... En el parecer de la Comisión, únicamente cabría aceptar que la no utilización de ciertos medios constituya una falta de agotamiento de los recursos internos, si dicho uso fuera esencial para fundamentar la pretensión del demandante ante los tribunales internos...<sup>20</sup>. De este modo, el órgano arbitral declaró que por haber dejado de presentar a un testigo esencial, el extranjero había dejado de agotar los recursos locales.

Algunos autores criticaron la decisión arbitral antes referida por considerarla demasiado estricta, al imponer requisitos procesales de los que la regla originalmente carecía. No obstante, la mayor parte de la doctrina la apoyó, en atención a que los árbitros no separaron la utilización de los recursos disponibles con las condiciones de su ejercicio. Por ello, un extranjero perjudicado debe, además de recurrir a los medios procesales en el curso de una instancia, utilizar todos los procedimientos esenciales y adecuados para la reparación de los perjuicios.

Según se ha indicado, la regla se aplica siempre y cuando el ordenamiento jurídico de un Estado haya previsto recursos accesibles, abiertos a los particulares extranjeros. Otro argumento será el de la eficacia del recurso, esto es, que él sea capaz de solucionar la situación denunciada.

De lo anterior, se infiere que la regla no se aplicará cuando los recursos existentes son "obviamente inútiles" o "manifiestamente inefica-

---

20. LLANOS M., Hugo. *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*. Santiago, II, 1980, p. 510.

ces". Tal ineficacia puede derivarse, según la descripción de Jiménez de Aréchaga a "obstáculos propios del derecho o del procedimiento interno; de precedentes existentes que hubieran hecho necesario que los tribunales de apelación decidieran contra el reclamante; o debido a circunstancias de hecho, tales como la interferencia del gobierno en la función de los tribunales cuando esto afecta la administración de justicia"<sup>21</sup>.

La regla cumple una significativa tarea en el Derecho Internacional, ya que impide que una reclamación interpuesta por un particular en contra de un Estado pueda degenerar en una controversia internacional, permitiendo a ese Estado, de acuerdo a sus medios jurídicos, estudiar y resolver la reclamación. Enseguida, servirá para determinar "la existencia y el alcance del daño que alegue (el particular en contra del Estado territorial), si éste es la consecuencia de un acto u omisión realmente imputable al Estado, o si ha obtenido o no por esa vía la reparación correspondiente"<sup>22</sup>.

Cabe referirse, por último, a la naturaleza jurídica de la regla del agotamiento, materia que ha originado una fuerte y larga controversia en la doctrina. Hay dos posiciones entre los autores: unos señalan que la regla es procesal, en tanto que otros postulan que ella es sustantiva.

De acuerdo con la tesis procesalista, la responsabilidad internacional nacería con la violación de una obligación internacional, exigiéndose el agotamiento de los recursos internos sólo para hacer efectiva esa responsabilidad. En consecuencia, la reclamación internacional estaría condicionada al agotamiento de los medios locales, pero no sería relevante para el nacimiento de la responsabilidad, salvo que el perjuicio resultara de un comportamiento que implique el agotamiento de los recursos, como en la denegación de justicia.

Según la tesis sustantiva, los recursos internos deben ser agotados para que pueda surgir la responsabilidad internacional del Estado. El juez Manley Hudson en su opinión disidente en el caso del "Chemin de Fer

---

21. SORENSEN, *Op. Cit.*, p. 556.

22. GARCÍA AMADOR, *Op. Cit.*, p. 342.

Panevezys-Saldutiskis” expresó que: “... Esta regla no es una norma de procedimiento... Si el particular que ha sufrido el daño encuentra a su disposición un recurso adecuado, si tal persona no tiene más que entablar una gestión para aprovecharse de dicho recurso, no existe entonces fundamento alguno para la presentación de una demanda que pueda tomar en manos el Estado del cual el particular es su nacional. En tanto que los recursos internos disponibles no hayan sido agotados, ninguna responsabilidad puede llegar a generarse...”<sup>23</sup>. La principal crítica a esta corriente doctrinaria es que confunde el momento en el cual aparece la responsabilidad intenacional con el momento en el que esta responsabilidad está en condiciones de ser sometida a una jurisdicción internacional.

Por su parte, si se considerase la regla desde una perspectiva exclusivamente procesal, la responsabilidad -aunque existiese- no sería exigible en tanto no se hubieran agotado los recursos internos.

La discusión, empero, no tiene sólo un valor académico. Hay implicancias prácticas, sea a los fines de determinar la época en que surge la controversia, sea a los efectos de determinar si es o no una excepción de incompetencia. Por último, si se acoge la teoría procesal “puede el Estado eximirse de responsabilidad al reparar los daños”, mientras que en la teoría sustantiva, “el Estado solamente incurrirá en responsabilidad si deja de reparar los daños”<sup>24</sup>.

Cançado Trindade dirá que “en el contexto de la responsabilidad de los Estados por daños causados a extranjeros, muchas veces los Estados atribuirán expresamente a la regla un carácter sustantivo, tal vez deseosos de enfatizar su caracter preventivo vis-a-vis del ejercicio de la protección diplomática de base interestatal discrecional. Todavía, persiste la impresión de que, al levantar excepciones de no agotamiento de recursos como un “obstáculo sustantivo” a la intervención diplomática, en la práctica los Estados se preocuparán-y se preocupan-menos con el nacimiento de la

---

23. COMISION DE DERECHO INTERNACIONAL. *Anuario*, 1977, Volúmen II, Segunda Parte. pp. 42 y 43.

24. CANÇADO TRINDADE, A. *Princípios Do Direito Internacional*, Brasilia, 1984, p. 148.

responsabilidad internacional que con su implementación por el ejercicio de la protección diplomática<sup>25</sup>.

## **2. La Regla del Agotamiento de los Recursos Internos en el Proyecto de Convención de Responsabilidad Internacional de la Comisión de Derecho Internacional**

Las normas sobre la responsabilidad internacional constituyen una de las bases sobre la que se sustenta el ordenamiento jurídico internacional. No obstante su importancia, todavía no se codifican sus disposiciones y así los principios que la gobiernan son consuetudinarios.

Las Naciones Unidas, así como otras organizaciones regionales y entidades científicas, han procurado remediar esta situación. Actualmente la Comisión de Derecho Internacional prepara un proyecto de convención. Uno de sus miembros, el destacado jurista italiano Roberto Ago fue designado relator del proyecto, siendo reemplazado en el año 1979 por el holandés Willem Riphagen, cuando Ago asumió como juez de la Corte Internacional de Justicia.

El jurista italiano alcanzó a tratar en sus informes la regla del agotamiento. En efecto, en el capítulo relativo a la violación de una obligación internacional, dedicó un artículo a este punto, el 22.

Las opiniones que este autor formula sobre esta regla revisten gran interés, toda vez que la analiza en relación a la naturaleza de la obligación internacional. Ago distinguirá dos tipos de obligaciones: “de comportamiento” y “de resultado”, restringiendo la aplicación de la regla en examen a estas últimas.

Por lo anterior es que previo al estudio del artículo 22 aprobado en primera lectura por la Comisión, se examinarán someramente estas diferentes categorías de obligaciones.

Según el relator, el ordenamiento jurídico internacional impone de-

---

25. CANÇADO T. Op. Cit., p. 151.

beres a los Estados, que deberán cumplirse de manera diversa. De esta forma, existirán obligaciones que exigirán un comportamiento determinado del Estado; en tanto que en otros casos la obligación enunciará un resultado por alcanzar al Estado, dejándolo en libertad respecto de los medios para conseguirlo. Las obligaciones señaladas primeramente se denominan “de comportamiento” o “de medios”, mientras que las segundas se califican “de resultado”.

Cabe observar que las obligaciones de comportamiento igualmente persiguen una finalidad, un resultado; pero lo que las separa de las obligaciones de resultado es que esa finalidad debe lograrse mediante acciones, comportamientos o medios explícitamente enunciados por la propia obligación.

En opinión de Ago, las obligaciones de comportamiento se dan generalmente en la esfera en que la actividad estatal requerida debe desarrollarse en el plano de las relaciones directas de Estado a Estado. En cambio, las obligaciones de resultado predominan en los casos en que se requiere llegar a una situación en el marco del ordenamiento jurídico interno de los Estados. En esta hipótesis, es normal que el Derecho Internacional respete la libertad del Estado y se limite a indicarle el resultado que tiene que obtener, dejándole además, la elección de los medios que permitan conseguirlo. Ello, no impide, como acota el hoy juez de la Corte Internacional, a que en ocasiones “el Derecho Internacional se introduzca en cierto modo en la esfera del Estado para exigir que determinado sector del mecanismo estatal adopte un comportamiento específicamente determinado”<sup>26</sup>. Más adelante agrega lo siguiente: “...En los casos en que la acción o la omisión comprobada resulte en efecto no conforme al comportamiento específicamente requerido del órgano del que emana la acción o la omisión, hay violación inmediata de la obligación de que se trate, sin que sea necesaria ninguna otra condición para tal conclusión”<sup>27</sup>.

Como se ha indicado, el rasgo peculiar de las obligaciones de re-

---

26. COMISION DE DERECHO INTERNACIONAL. *Anuario*, 1977, Volúmen II, (Segunda Parte), p. 14, párr. 67.

27. COMISION DE DERECHO INTERNACIONAL. *Anuario*, Volumen II, p. 17 y 18, párr. 18.

sultado es la libertad de elección de los medios de que goza el Estado para alcanzar una determinada situación o resultado.

Ahora bien, esa facultad de elección, puede ser inicial. Así habrá casos “en que la obligación internacional no da la menor indicación sobre los medios que el Estado puede utilizar para lograr el resultado perseguido por la obligación, pero igualmente existen casos en que la obligación, aún no exigiendo específicamente que se utilice un medio determinado, manifiesta una preferencia por un medio dado, subrayando que tal medio parece en definitiva el más apto para lograr el resultado que la obligación exige del Estado...”. Añade finalmente que “si la libertad de acción que se deja al Estado se refiere sólo a la elección inicial del medio que debe utilizarse, es evidente que, una vez hecha esta elección, o bien se habrá alcanzado el resultado perseguido por la obligación, o bien se habrá violado definitivamente la obligación de que se trate”<sup>28</sup>.

Existen, a su vez, otra categoría de obligaciones de resultado que se singularizan por permitir al Estado subsanar con posterioridad las consecuencias de una acción u omisión inicial que ha conducido a una situación contraria al resultado exigido por la obligación internacional.

Finalmente, habría un tercer grupo de obligaciones de resultado que se caracterizarían porque “el Estado no sólo puede lograr el resultado perseguido por la obligación poniendo remedio mediante un nuevo comportamiento a las consecuencias provisionalmente inaceptables de su proceder inicial, sino que incluso puede cumplir su obligación obteniendo un resultado sustitutivo”<sup>29</sup>. En consecuencia, el grado de libertad aumenta notablemente toda vez que si bien el Estado no puede obtener el resultado exigido por la obligación, puede ofrecer uno equivalente.

Ahora bien, y como acertadamente expone el relator Ago, para concluir la forma en que se realiza la violación de una obligación internacional de resultado, lo relevante “es el resultado efectivamente logrado por el Estado, en comparación con el resultado exigido por la obligación. Si ambos resultados coinciden, hay ejecución de la obligación; en caso

---

28. CDI, *Op. Cit.*, p. 20, párr. 2

29. CDI, *Op. Cit.*, p. 21, párr. 5

contrario, debe llegarse a la conclusión de que hay violación de la obligación de que se trata”<sup>30</sup>.

En su informe a la Comisión de Derecho Internacional, Ago propuso como texto relativo al agotamiento de los recursos internos, el siguiente:

“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 otorgará 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 nace a raíz de ese agotamiento infructuoso”<sup>31</sup>.

Esta disposición, como se verá más adelante, experimentará cambios en su redacción, no obstante mantendrá su idea básica y central.

Un primer comentario que resulta de la lectura de la norma antes transcrita es la consecuencia teórica que Ago ha mantenido respecto del sentido y alcance de la regla en comento. En efecto, en su curso de La Haya de 1939, “El Delito Internacional”, manifestó que el “delito internacional complejo” se caracterizaba porque el objetivo o resultado deseado por el Derecho Internacional requería de la participación de todos los órganos estatales. De este modo, una conducta inicial de un órgano del Estado que fuese contraria al resultado exigido por la obligación internacional podría posteriormente subsanarse, logrando ese resultado, por la acción de otros órganos estatales. El Estado, entonces, podrá obtener por los medios que juzgue más adecuados el resultado solicitado por la obligación internacional. Así, la regla desempeñará un rol importante, en

---

30. CDI, *Op. Cit.*, p. 31, párr. 35

31. CDI, *Anuario*, 1977, Volúmen I, p. 268, Sesión 1463.

cuanto la sola comisión por un órgano estatal de un acto contrario al resultado de una obligación internacional no generará inmediatamente la responsabilidad del Estado al que pertenece ese órgano, ya que previamente será necesario que el particular agraviado por ese acto acredite que no pudo obtener ese resultado utilizando las distintas vías contempladas en el orden jurídico interno.

Otra observación que interesa notar y que se colige claramente del tenor del artículo 22, es la preferencia del Relator por la teoría sustantiva de la regla en examen, toda vez que ella se inserta en el contenido de las obligaciones de resultado concernientes al trato de extranjeros. Ello, en modo alguno, significa desconocer las repercusiones procesales que la aplicación de la regla conlleva, pero lo más relevante, a juicio de Ago, es que la regla “opera necesariamente en el plano de la mecánica misma de ejecución de una obligación internacional y, por consiguiente, en el de la determinación de la existencia de la violación de una obligación internacional”<sup>32</sup>.

La opinión del jurista italiano es concordante con la del juez Morelli, quien en el asunto de la Barcelona Traction (1964) se refirió a la regla en los siguientes términos: “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 haya de utilizarse. Por consiguiente, si un órgano del Estado obligado realiza un acto contrario al resultado perseguido, no puede afirmarse la existencia de un hecho ilícito internacional ni de la responsabilidad internacional del Estado mientras el nacional extranjero

---

32. CDI, *Anuario*, Volúmen II, p. 37, párr. 14.

tenga la posibilidad de lograr, por los medios disponibles en el ordenamiento interno, el resultado previsto en la norma internacional”<sup>33</sup>.

El artículo 22 trata de las obligaciones de resultado en que el Estado pese a comportarse contrario a lo exigido por la obligación internacional, puede subsanar dicha acción u omisión mediante un comportamiento ulterior. Pero, como se habrá podido advertir, la disposición se refiere a una categoría específica de las obligaciones de resultado, a saber, aquellas obligaciones que prescriben un tratamiento determinado a los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas. La norma añade una condición suplementaria para considerar que no se ha cumplido con lo establecido en la obligación, cual es, que el particular debe utilizar hasta el fin los recursos que contemple el ordenamiento jurídico interno, a fin de que se eliminen las consecuencias dañosas que ha sufrido.

En opinión del Relator, la razón de ser de esta exigencia adicional radica en la naturaleza y propósito de estas obligaciones destinadas fundamentalmente a la protección de los particulares extranjeros. En efecto, “cuando el resultado que el Estado se encuentra obligado a lograr está determinado esencialmente en interés de particulares y se refiere a la situación de estos últimos en el marco del orden jurídico interno del Estado obligado, es normal que se recurra a la colaboración de las personas interesadas para hacer que el Estado se atenga a las prescripciones establecidas en beneficio de ellas por la obligación internacional”<sup>34</sup>.

De conformidad a lo anteriormente señalado, se desprende que si el particular es el beneficiario de estas obligaciones, lógico será requerir su intervención para obtener el resultado exigido por la obligación al Estado. Si el particular no utiliza los recursos necesarios y adecuados para remediar la situación contraria que la obligación ordena cumplir, no podrá acusarse al Estado de negligente. El agotamiento de los recursos no concurre, por lo que no podrá hablarse de una violación de una obligación concerniente al trato que se ha de conceder a un extranjero.

Luego de esta consideración preliminar, Ago adherirá a la opinión

---

33. CDI, *Anuario*, Volúmen II, p. 43, nota 173

34. CDI, *Anuario*, volúmen II, p. 32, pár. 4.

generalizada de autores y sentencias judiciales y arbitrales en el sentido que la regla del agotamiento constituye un principio de Derecho Internacional, de origen esencialmente consuetudinario, no obstante el desarrollo que ha alcanzado como consecuencia de su creciente inserción en numerosos convenios.

El publicista italiano se ocupará más tarde de las dos vertientes doctrinarias principales que se han esbozado sobre la naturaleza de la regla, esto es, si ella es una regla procedimental “relativa a la manera de hacer efectiva la responsabilidad internacional”, o si es una regla sustantiva “concerniente al nacimiento de la responsabilidad internacional sin negar por ello los aspectos de procedimiento...”; Ago estima que esta controversia tiene un interés puramente teórico, y más propiamente aparente que real, ya que la regla “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.

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...<sup>35</sup>.

Ahondando más en sus asertos, dirá luego que: “...Si, antes de que se cumpla la condición del agotamiento de los recursos internos, el Estado lesionado no tiene aún la facultad de exigir la reparación de un hecho internacionalmente ilícito cometido en perjuicio suyo en la persona a los

---

35. CDI, *Anuario*, Volúmen I, p. 269, Sesión 1463, párr. 8.

bienes de su nacional es porque, por el momento, su nuevo derecho a una reparación de una lesión a sus derechos sufrida por él no ha nacido aún: así, no se ha producido aún una violación de la obligación establecida en el tratado o por lo menos, no se ha producido definitivamente... el hecho de llegar a la conclusión de que la facultad del Estado de exigir una reparación sólo existe después de que llegado el caso, se rechacen definitivamente los recursos de los particulares interesados, obliga a inferir que la violación de la obligación internacional no se ha realizado completamente antes del agotamiento de estos recursos..."<sup>36</sup>.

El examen de la práctica de los Estados así como de la jurisprudencia internacional, confirma el parecer del Relator en cuanto al carácter sustantivo de la regla.

El profesor italiano profundizará respecto del carácter de hecho estatal complejo que presenta la violación de una obligación internacional en las hipótesis en que participa la condición del agotamiento de los recursos internos. Dirá al respecto lo siguiente: "...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. Esa 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, 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 que le ha ocasionado el conjunto de los comportamientos estatales que en el caso de que se trate han sido contrarios al resultado internacionalmente exigido"<sup>37</sup>.

Más tarde, respondiendo algunas inquietudes de miembros de la Comisión reiterará estas ideas, señalando que si "...se llega a la conclu-

---

36. CDI, *Anuario*, Volúmen II, p. 37, párr. 37.

37. CDI, *Anuario*, Volúmen II..., p. 37, párr. 38.

sión de que ha habido violación de la obligación porque no se ha logrado el resultado por ninguno de los medios de que disponía el Estado para alcanzarlo, se está ante un hecho ilícito que se prolonga en el tiempo y que comprende tanto la primera como la última acción del Estado al respecto...<sup>38</sup>. Así, el *tempus commissi delicti* es toda la duración de la violación, desde el primer acto hasta el último.

Ago después examinará las distintas excepciones a la aplicabilidad de la regla. Estas, en general, dicen relación con situaciones que harían muy difícil ejercer los recursos internos por los particulares, ya que no tienen una vinculación directa y voluntaria con el Estado autor del perjuicio.

Según el Relator, no conviene establecer en el artículo las excepciones, correspondiendo al derecho convencional indicar las condiciones para la aplicación o no de la regla, y en definitiva, apreciar los casos según las circunstancias que presenten, teniéndose como criterio orientador la eficacia de los recursos.

Así por ejemplo, en lo referente a los extranjeros que no mantienen un nexo voluntario con el Estado o que son víctimas de un hecho que se ha producido fuera del territorio del Estado, Ago no adoptará una posición definitiva. Son, a su juicio, casos marginales, excepcionales, y por lo tanto, no resultaría conveniente fijarlos en la norma. Por otro lado, restringir la extensión de la regla “a los hechos cometidos en el territorio del Estado, no está justificado desde un punto de vista lógico”.

Jiménez de Aréchaga criticó tal parecer, ya que “es posible que una persona lesionada en su propio territorio por un soldado de otro Estado o por un objeto espacial pueda encontrar recursos eficaces en el otro Estado; a pesar de ello, sería inequitativo y se le impondría una dificultad excesiva si se le exigiera interponer esos recursos en un Estado extranjero. Esto demuestra que la eficacia del recurso no constituye una razón suficiente de su obligatoriedad o de su dispensa. La solución preferible en

---

38. CDI, *Anuario*, Volúmen I, p. 282, párr. 4.

estos casos, consistiría en la utilización facultativa -y no obligatoria- de los recursos internos siendo la opción en favor de la persona lesionada<sup>39</sup>.

La opinión del jurista uruguayo parece atinada y justa. Resulta recomendable que sea el nexo voluntario el que determine que el particular interponga los recursos internos, y no la existencia o inexistencia de esos medios. Si el fundamento de la regla es el respeto a la soberanía de un Estado, permitiéndose a éste remediar de acuerdo a su sistema jurídico el entuerto, lógico resultará exigir que sólo el participar que voluntariamente se ha sometido a la jurisdicción del Estado autor del perjuicio utilice la regla.

Conviene anticipar que no hubo acuerdo en la Comisión para insertar la expresión “dentro del ámbito de su jurisdicción” a continuación de las palabras “una obligación internacional relativa al trato que se ha de otorgar”, ya que ello podría dar lugar a excepciones al principio limitando su alcance, a la vez que plantearía problemas de interpretación en cuanto a la voz “jurisdicción”.

Otra cuestión que interesa consignar es que la regla no se aplicaría en el ámbito de las obligaciones sobre trato de nacionales. Allí habrá que estarse a lo que establezcan los respectivos acuerdos internacionales.

En el orden jurídico interno deben existir recursos que agotar, “no obstante el sólo hecho formal de la existencia de recursos no significa que los particulares estén obligados a utilizarlos. Las normas 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.

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

---

39. JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo. *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid: Tecnos, 1980, p. 353.

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 originalmente exigido por la obligación internacional, ya, si esto ha dejado de ser posible, en el logro del resultado sustitutivo verdaderamente equivalente<sup>40</sup>.

El autor tantas veces citado señalará finalmente que la regla conlleva una serie de desventajas prácticas, razón por la cual se ha ideado nuevas fórmulas que tienden a sustituirla, a saber: arbitraje, acuerdos de compensación global, etc. Pero ello en modo alguno implica que los Estados hayan renunciado a ella, más aún la práctica, como consideraciones de principio, favorecen su mantenimiento.

Las opiniones vertidas en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, a propósito del artículo 22, revisten gran interés; por ello conviene consignar algunas de ellas. Así por ejemplo, el destacado autor francés Paul Reuter estima que sin perjuicio de que la responsabilidad surja en un determinado momento, puede existir un esbozo de responsabilidad antes del agotamiento de los recursos internos. En su opinión, la responsabilidad puede existir pero sus efectos pueden estar suspendidos.

El señor Jagota expuso que la expresión “acción inicial” usada en el artículo 22 supone el reconocimiento de “un principio de responsabilidad”, por lo que correspondería “examinar con cuidado la dicotomía entre la primera acción, que da lugar a una responsabilidad, y el acto final, que se produce después de haber agotado los recursos internos”<sup>41</sup>. En tal sentido, sugiere que sólo se enuncie el principio general sin tomar posición sobre el carácter sustantivo de la regla, ya que resultaría prematuro dados los recientes casos de la práctica internacional.

Sir Francis coincidió con las apreciaciones de Jagota, considerando conveniente suprimir la parte final del artículo en comento, y ello porque los Estados pueden entorpecer deliberadamente el cumplimiento de una obligación internacional a ellos dirigida.

---

40. CDI, *Anuario*, Volúmen I, p. 273, párr. 33 y 34.

41. CDI, *Anuario*, Volúmen I, p. 281, párr. 26.

Por su lado, el holandés W. Riphagen señaló que pueden existir obligaciones de comportamiento en que igualmente podría aplicarse la regla. Formuló luego algunas observaciones en cuanto al deber de cooperación de los particulares en la consecución del resultado a través del agotamiento, como pensar que si el particular ha omitido un argumento ante los órganos internos, no podría exigírsele al juez internacional que estimase que el particular no ha cooperado utilizando efectivamente los recursos. Asimismo, un tribunal internacional haría conjeturas si afirmase que esos argumentos, si se hubieran aducido durante el proceso interno, habrían permitido ganar el juicio.

El miembro norteamericano S. Schwebel, por su parte, indicó que la práctica internacional exhibía casos en que existiría responsabilidad internacional sin que se hayan agotado los recursos internos, como cuando un Estado adopta una medida en abierta contradicción por lo dispuesto en un tratado que establece derechos en favor de sus respectivos nacionales. En esta situación, habría una violación de una obligación internacional por la infracción del tratado, aún cuando pueda no estar comprometida la responsabilidad del Estado, y sin que todavía se hayan agotado los recursos locales. El particular que agota los recursos internos actúa, ciertamente, en el plano interno, pero de ello no se infiere que cuando es beneficiario de derechos en virtud de un tratado, aplica el derecho internacional. En tal caso sería un acto ilícito respecto del Derecho Internacional pero no engendraría responsabilidad hasta el agotamiento.

Las observaciones y propuestas formuladas por los integrantes de la Comisión, así como las argumentaciones de Ago, fueron recogidas en un nuevo artículo que no presenta grandes variantes en lo medular respecto de su versión original. El principal cambio que se advierte es la eliminación de la mención al momento en que nace la responsabilidad internacional. El artículo dice: "Cuando el comportamiento de un Estado que no está en conformidad con el resultado que de él exige una obligación internacional relativa al trato que se ha de otorgar a particulares extranjeros, personas físicas o jurídicas, pero ese resultado o un resultado equivalente pueda no obstante lograrse mediante un comportamiento ulterior del Estado, sólo hay violación de la obligación si los particulares interesados han agotado los recursos internos efectivos que tienen a su disposición sin obtener el trato previsto por la obligación o si esto no fuera posible, un trato equivalente".

Cabe consignar que la Comisión consideró útil prever la siguiente definición de la expresión recursos internos. “Se entiende por ‘recursos internos’ los recursos que están a disposición de las personas físicas o jurídicas en virtud del derecho interno de un Estado”<sup>42</sup>.

Esta definición, observa Ago, será tenida en cuenta para su posible inclusión en un artículo inicial, destinado a las definiciones del proyecto de normas sobre responsabilidad.

La norma revisada, al igual que su primera versión, no se circunscribió al ámbito de jurisdicción del Estado causante del perjuicio. La disposición está abierta, pues, para acoger las diversas situaciones -ordinarias y excepcionales- que pudieran presentarse en la práctica internacional.

El futuro de la norma recién anotada es difícil de predecir. Seguramente sufrirá mutaciones en su contenido. Es posible que, posteriormente, ella se haga extensiva también a las obligaciones de comportamiento. En este sentido, conviene tener presente lo que ha escrito Jiménez de Aréchaga: “...La restricción del alcance de la regla existente parece fundamentarse en el supuesto de que todas las obligaciones internacionales del Estado relativas al tratamiento del extranjero son obligaciones de resultado y no de conducta. Este puede ser el caso de las reglas consuetudinarias en la materia, pero sin duda no lo es, en el supuesto de aquellas disposiciones específicas de los tratados que requieren que el Estado ejecute o se abstenga de ejecutar una acción o conducta específicamente determinada vis a vis un extranjero o los extranjeros en general”. Más adelante agrega: “... La CDI considera la regla de agotamiento de los recursos internos “como una consecuencia lógica de la naturaleza de las obligaciones internacionales”, que tiene sus raíces “en la propia lógica del modo de ejecución de cierto tipo de obligaciones internacionales”. Pero no es así. Se trata de una regla que tiene una naturaleza más empírica que lógica, puesto que se origina en la necesidad de proteger la jurisdicción interna de los Estados nacionales. En consecuencia, sea que se trate de una obligación de conducta o de resultado, la regla se aplica en todos

---

42. CDI, *Anuario*, Volúmen II..., p. 32 y 53.

los casos en que la violación original en que se ha incurrido contra un extranjero pueda ser enmendada por una autoridad nacional más elevada, que tenga jurisdicción sobre el acto original, y que por medio de esa actividad subsiguiente, pueda asegurarle al extranjero afectado, el reconocimiento del derecho que pretendió ejercer<sup>43</sup>.

En todo caso, lo cierto y definitivo es que ningún proyecto convencional sobre responsabilidad internacional podrá excluir de su articulado a la regla del agotamiento. Su antigua historia, su legítimo fundamento y su manifiesta utilidad, son razones muy poderosas para defender su inclusión.

### 3. Ideas Finales

Los capítulos anteriores han tratado sobre la regla del agotamiento de los recursos internos en el contexto en que tradicionalmente se ha desarrollado, esto es, el de la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a los extranjeros.

La regla inserta en ese marco se presenta como una condición para la interposición de la protección diplomática. En efecto, y como es sabido, la institución del amparo tiene por razón el vínculo que une a un Estado con sus nacionales, inclusive cuando éstos se encuentran en otro Estado. Este, por su parte, está obligado a conceder, en virtud a normas internacionales convencionales o consuetudinarias, un determinado trato a los particulares. Si causa un perjuicio a éstos, se considera que el Estado del cual son nacionales queda perjudicado y posee un derecho a presentar una reclamación. En este sentido, la declaración que la Corte Permanente de Justicia Internacional formulara en el caso *Mavrommatis* (1924) resulta muy ilustrativo y pertinente cuando expresara: "...Al hacerse cargo del caso de uno de sus súbditos y al recurrir a la acción diplomática o a un procedimiento judicial internacional en su nombre, su derecho de garantizar en la persona de sus súbditos el respeto de las reglas de Derecho Internacional... Cuando un Estado se ha hecho cargo de un caso en nombre de uno de sus súbditos ante un tribunal internacional, a juicio de éste, el Estado es el único reclamante... (Citado en Sorensen, Max, *Op. Cit.*, pág. 543).

---

43. JIMENEZ DE ARECHAGA, *Op. Cit.*, p. 352.

Ahora bien, como esos extranjeros se encuentran en el territorio de otro Estado y sometidos, por ende, a la jurisdicción del mismo, interviene otro principio: el de no intervención en los asuntos internos de los Estados. Allí entonces, surgirá la norma del agotamiento. Ella reafirmará la soberanía nacional al impedir que un Estado patrocine a sus nacionales desde el momento en que éstos hayan sido lesionados en sus derechos porque una autoridad de un Estado extranjero observare respecto de ellos un comportamiento incompatible con una obligación internacional relativa al trato de extranjeros.

Los particulares, destinatarios de las normas internacionales referentes a su trato en otro Estado, y beneficiarios de la regla en examen, están obligados a observar el ordenamiento jurídico al que demandan por violar el Derecho Internacional y a buscar un medio en dicho ordenamiento; concediéndose, en consecuencia, a ese Estado la posibilidad de subsanar la situación generada por el acto ilícito que ha cometido.

De esta forma, la persona -natural o jurídica- agraviada deberá primeramente dirigirse a las instancias judiciales y administrativas superiores. En esta etapa, el vínculo entre el Estado del que es nacional esa persona y el mismo, no se considera.

Así las cosas, sólo cuando la última instancia del Estado a quien se le imputa el perjuicio no ha dado satisfacción a la persona lesionada, quedaría comprometida su responsabilidad internacional y recién entonces puede intervenir internacionalmente el Estado de la nacionalidad de la persona lesionada.

La invocación de la regla, según puede inferirse de lo anotado recientemente, no excluirá la competencia internacional, sino que importa admitir el carácter subsidiario de ésta, reconociendo, consecuencialmente, su existencia.

La Comisión de Derecho Internacional resumirá los conceptos expuestos en el artículo 22. El Relator Ago y la Comisión reflejaron en la disposición aprobada el actual desarrollo del Derecho Internacional en la materia; siendo la norma lo suficientemente flexible para que pueda adaptarse a las diversas situaciones concretas que pudieran aparecer, excluyendo de su enunciado general sólo aquellos casos marginales, y por lo mismo de menor concurrencia, así como puntos controvertidos en los que no existe, todavía, un criterio general y definitivo.