

## EL PROBLEMA DEL PREVIO AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS EN DERECHO INTERNACIONAL

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La significación jurídica de la regla.* III. *El funcionamiento de la regla.* IV. *Alcance y efectividad de los recursos internos*

### I. INTRODUCCIÓN

Parece incontestable, actualmente, el reconocimiento del carácter de regla consuetudinaria de derecho internacional de la norma que postula la necesidad del agotamiento de los recursos internos, como fase previa para que pueda ser iniciado un procedimiento de tipo internacional: acción diplomática, arbitral o judicial.

Así y en principio, en toda hipótesis en la que nos encontremos frente a reclamaciones internacionales que tiene por objeto daños causados a personas privadas, la regla del previo agotamiento de los recursos deberá encontrar su aplicación.<sup>1</sup>

Los puntos que nos parecen quedan aún bastante controvertidos, hacen referencia sobre todo al alcance exacto y la significación precisa que debe serle atribuida a esta regla consuetudinaria a la luz de la doctrina y la práctica de los Estados.

Por otra parte, quisiéramos dejar asentado desde ahora, que por lo que concierne al problema de las relaciones entre la “responsabilidad internacional”, la institución de la protección diplomática y la regla del agotamiento de los recursos internos, nosotros no participamos de la concepción según la cual, existiría en derecho internacional una conexidad de tal manera estrecha entre estas tres instituciones que sería, en todo punto,

<sup>1</sup> Cfr. Haeler. Th.. *The exhaustion of local remedies in the case law of international Courts and Tribunals*, Sijthoff, 1968, p. 17.

imposible "...el aislar la regla del agotamiento, de los principios de la responsabilidad y de la protección diplomática".<sup>2</sup>

En el presente trabajo, por el contrario, se parte de la hipótesis de que la regla del agotamiento de los recursos internos posee una existencia *autónoma*, y si es verdad que la regla goza de vínculos con la institución de la responsabilidad internacional, ello no implica que dicha regla no pueda ser "aislada". Esta posición ha sido puesta de manifiesto con toda claridad por el profesor Bourquin con motivo de la sesión de Aix-en-Provence del Instituto de Derecho Internacional: "Entre la regla del agotamiento y los principios de la responsabilidad internacional, existen ciertamente algunos contactos, y que por ningún motivo menoscaban la existencia autónoma de la regla en cuestión".<sup>3</sup>

## II. LA SIGNIFICACIÓN JURÍDICA DE LA REGLA

Como punto de partida se puede estar de acuerdo en admitir que la regla del agotamiento de los recursos internos es una regla consuetudinaria de derecho internacional,<sup>4</sup> en virtud de la cual un Estado no puede ejercer en contra de otro Estado su derecho de protección diplomática en favor de su nacional, sino bajo la condición de que este último haya puesto en marcha previamente y sin ningún éxito, todos los medios de reparación o corrección que le eran ofrecidos por la legislación del Estado en contra del cual la reclamación internacional es presentada.

Así entonces, podríamos decir que la regla se presenta primeramente como una obligación, a cargo de la persona extranjera, de dirigirse previamente a los tribunales nacionales; pero al mencionar esta obligación estamos ya planteando el problema de saber si la regla está funcionando como una condición necesaria del origen de la responsabilidad del Estado, o bien, si su función es únicamente la de ser una regla que sea condición no ya del nacimiento mismo de la responsabilidad internacional, sino solamente como condición para que tal responsabilidad surta sus efectos

2 Verzijl, *Annuaire de l'Institut de Droit International (AIDI)*, 1954, p. 10. En el mismo sentido, ver también G. Scelle, para quien la regla no sería sino un mero incidente de procedimiento, *idem*, p. 79.

3 *AIDI*, 1954, p. 51.

4 Ver *Dictionnaire de la terminologie du Droit international*, París, Sirey, 1960, p. 259, y Castor, H. P. Law, "The local Remedies Rule in International Law", *Tesis 127*, Ginebra, Droz, 1961, p. 37.

"Difícilmente podría impugnarse la existencia de una regla consuetudinaria de derecho internacional positivo subordinado al agotamiento previo de las vías de los recursos internos el ejercicio de la protección diplomática en razón de daños sufridos en el extranjero por nacionales del Estado", *AIDI*, 1954, p. 45.

jurídicos, es decir, la posibilidad actual del Estado afectado de ejercer su derecho de reclamación de una composición.

De ahí que encontremos dos grandes corrientes en la doctrina que ponen de manifiesto la problemática anterior. Para una parte de ella, los recursos internos deben de ser agotados para que pueda ser posible hablar de una violación de derecho internacional. El hecho ilícito internacional no existirá como consecuencia y resultado de una decisión definitiva imputable al Estado-sujeto de derecho internacional público. Ello exige que los órganos competentes que integran el Estado estén en condiciones de impedir la realización del acto ilícito internacional.<sup>5</sup>

Según esta primera corriente doctrinaria, antes de que una decisión definitiva no haya intervenido, el Estado no puede ser considerado como jurídicamente responsable, o en otras palabras si se quiere, el Estado anteriormente a la intervención de una decisión definitiva, no sería responsable, en todo caso, más que desde el punto de vista del derecho interno, pero jamás desde el punto de vista del derecho internacional.<sup>6</sup>

El juez Manley O. Hudson en su opinión disidente a propósito del caso del *Chemin de Fer Panevezys-Saldutiskis*, llevado ante la Corte Permanente de Justicia Internacional, se adhirió a esta posición:

Esta regla no es una regla de procedimiento... Si el particular que ha sufrido el daño encuentra a su disposición un recurso apropiado, si tal persona no tiene más que entablar un 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>7</sup>

¿Cuáles son las críticas que pueden ser formuladas en contra de la anterior tesis?

Se afirma que dicha teoría sería el resultado de hacer una confusión entre el momento en el cual aparece la responsabilidad internacional y el momento en el cual esta responsabilidad está en condiciones de ser sometida a una jurisdicción internacional.<sup>8</sup> En efecto, para una gran parte de la

5 Sarhan, *L'épuisement des recours internes en matière de responsabilité internationale*. Paris. p. 258. tesis mimeografiada.

6 *Idem*, p. 257.

7 Series A/B 76, p. 47, párr. 4.

8 Chappez, J., *La règle de l'épuisement des voies des recours internes*, Paris. Pédone, 1972. p. 19.

doctrina, la responsabilidad del Estado nace en el momento mismo en que la violación del derecho internacional se produce,<sup>9</sup> y poco importa a este efecto, al órgano del Estado al cual fuere imputable el hecho ilícito.

La distinción entre las hipótesis en las cuales habría una violación inicial de derecho internacional que sería cometida por el Poder Legislativo, o bien por el Poder Ejecutivo (por ejemplo, nacionalizaciones sin acordar indemnización), y la hipótesis en donde existiría una violación del derecho internacional por el Poder Judicial, caso en el cual estaríamos en presencia de una denegación de justicia,<sup>10</sup> es una distinción que se realiza con el fin de acentuar el carácter "procesal" que posee la regla del agotamiento de los recursos internos.

Si se trata de una violación "inicial" de derecho internacional, la responsabilidad del Estado vendría a originarse aun antes de que los recursos ante los tribunales internos fueran intentados, y lo mismo debería decirse para el caso en el que la violación consista en una denegación de justicia; la denegación de justicia es frecuentemente cometida por un tribunal de primera instancia, y si es verdad que la decisión del tribunal puede ser aun susceptible de recurso, no es menos cierto, según algunos autores, que la responsabilidad internacional del Estado se encontraba ya comprometida.<sup>11</sup>

En otras palabras, la acción internacional en responsabilidad sería teóricamente posible desde el momento en el que exista un acto internacionalmente ilícito, pero si de conformidad con el derecho internacional positivo, no puede recurrirse inmediatamente a la jurisdicción internacional, es sobre todo por motivos o razones de "oportunidad política".

Si las vías de los recursos disponibles en el derecho interno permiten todavía una posibilidad de reparar el daño, es necesario primeramente el agotamiento de tales recursos, con el fin de que el Estado del nacional extranjero pueda ejercer la protección diplomática, pero la regla del agotamiento de los recursos queda siempre como una condición de la puesta en juego de la responsabilidad y no una regla que pudiese ser condición del nacimiento de dicha responsabilidad; y por consiguiente no existe tampoco, y contrariamente a la opinión del jurista Verzijl, una coinciden-

9 Así, el profesor P. Guggenheim en sus observaciones ante el Instituto de Derecho Internacional, *AIDI*, 1956, p. 32.

10 Dentro de este marco de la doctrina se entiende por denegación de justicia, todo acto u omisión contrario a los estándares internacionales de protección a los extranjeros, y que emana de los órganos encargados de impartir justicia. Chappez, *op. cit.*, p. 62.

11 *Cfr.* Amerasinghe, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Oxford, 1967, p. 213, nota 2.

cia necesaria entre el nacimiento de la responsabilidad internacional y el derecho a la protección diplomática.<sup>12</sup>

En nuestra opinión es esta última tesis la que nos parece más aceptable, ya que intenta delimitar con claridad el derecho a la reparación que se origina concomitantemente con el hecho ilícito y con el derecho a la “acción internacional”, derecho éste que debe subordinarse al agotamiento de los recursos internos.

Sin embargo, podría parecer, entonces, que la consecuencia necesaria que se desprendería de su aceptación nos llevaría a admitir que el juez nacional ejerce una cierta función de juez internacional, siempre y cuando conozca de controversias por daños causados a extranjeros; el juez nacional realizaría en tal caso un verdadero acto de jurisdicción internacional de primera instancia que sería en algún modo, examinado en segunda instancia por el juez internacional.<sup>13</sup>

Es ciertamente, en relación con este punto, que la tesis que hace de la regla del agotamiento de los recursos internos una simple regla de “procedimiento” nos parece un poco menos consistente, ya que incluso si teóricamente fuese justificado concebir al Estado como un órgano del orden jurídico internacional, no obstante, desde el punto de vista del derecho positivo, la jurisdicción internacional no tiene por función el “control” de las jurisdicciones internas, y sin embargo esto parecería desprenderse de aquella parte de la doctrina que sostiene que los daños causados a personas privadas pueden dar lugar a un mismo litigio que comportaría dos fases: una instancia interna y una instancia internacional.

Pero en realidad debemos decir que aquellos autores que sostienen esta tesis no llegan hasta el punto de admitir la existencia de un verdadero control internacional de las jurisdicciones nacionales en tanto tales; más bien se concretan a hablar de un análisis del litigio interno hecho por la jurisdicción internacional, eventualmente, “de una reforma” del fallo interno.<sup>14</sup>

No sería inútil señalar, antes de seguir adelante, que el problema que estamos tratando de analizar no se reduce de ninguna forma a ser solamente un problema de orden “académico” y, para mostrarlo, es suficiente decir por el momento que, si se adopta la posición de aquellos que ven en la regla del agotamiento de los recursos internos una regla de fondo o sus-

12 *AIDI*, 1954, p. 54.

13 Es en este sentido la crítica hecha por Sarhan. *op. cit.*, p. 243 y 244.

14 Chappez, *op. cit.*, p. 29.

tancial, el Estado que objeta en un proceso internacional el no agotamiento de los recursos, está sosteniendo al mismo tiempo la *incompetencia* de la jurisdicción internacional en virtud de que no existiría todavía una responsabilidad internacional; en tanto que si la regla tiene un carácter que pertenece al *procedimiento* y por lo tanto que condiciona solamente el *derecho de acción*, entonces será presentada como una excepción de incompetencia.<sup>15</sup>

En nuestra opinión, uno de los autores que mejor ha examinado este punto del problema, es el internacionalista C. F. Amerasinghe, para quien no existe ninguna duda de que se trata de una *regla de naturaleza procesal*, pues afecta el derecho de acción frente a una jurisdicción internacional, y no afectará en cambio, de ninguna manera, el objeto mismo de la reclamación.<sup>16</sup>

La cuestión de saber si un determinado acto es o no es una violación (*breach*) de derecho internacional, no puede ser resuelto, dice Amerasinghe, sino hasta el momento en que un tribunal se haya pronunciado sobre la cuestión en litigio; esta función es llevada a cabo en todo orden jurídico por los órganos judiciales, y antes que éstos no se hayan pronunciado, no puede afirmarse que un acto es una violación de una regla de derecho.

En el caso del derecho internacional sólo una jurisdicción internacional es válidamente competente para decidir si un hecho ilícito internacional ha sido efectivamente cometido; los tribunales internos pueden pronunciarse sobre un litigio, pero es evidente que, desde el punto de vista del sistema jurídico internacional, la decisión del tribunal interno no podría ser considerada como un fallo definitivo, en el sentido que no podría apreciarse como una decisión que pueda vincular con carácter obligatorio a la jurisdicción internacional: anteriormente a una decisión de esta última, y siempre según Amerasinghe, la violación no es otra cosa que una presunta o "alegada violación" (*an alleged wrong*).<sup>17</sup>

De acuerdo con esto, y dentro del marco de esta concepción, la regla del *local redress* debe entenderse como una regla que tendría como fin impedir a los Estados el ejercicio de una acción en nombre de sus nacionales particulares —personas privadas—, en tanto que el Estado de residencia que debe responder no haya tenido la oportunidad de corregir o

15 Amerasinghe, *op. cit.*, p. 203.

16 El fondo concierne a la causa jurídica de la acción sobre el cual se fundamenta la reclamación, Amerasinghe, *op. cit.*, pp. 200-202.

17 Amerasinghe, *op. cit.*, p. 215.

rectificar la violación que es todavía una “alegación de violación”. En otros términos, si los tribunales internos no pueden válidamente establecer la existencia efectiva de una violación de derecho internacional, sí pueden en cambio, reparar, si hubiere lugar, la presunta violación, impidiendo con ello pasar a la vía excepcional de recurso, es decir, a la jurisdicción internacional.

Con esto, pasemos al campo de la jurisprudencia. A nuestro juicio, nos parece que en lo que concierne a este punto lo más conveniente es examinar el caso del *Interhandel* que enfrentó a Estados Unidos contra el gobierno de Suiza ante la Corte Internacional de Justicia<sup>18</sup> (en adelante CIJ).

El problema planteado en este caso era el siguiente: en 1942 el gobierno de Estados Unidos, fundándose en el *Trading with the Enemy Act*, había puesto bajo depósito judicial la casi totalidad de las acciones de una sociedad registrada en Estados Unidos: la *General Airline and Film Corporation (GAF)*, por motivo de que bajo una forma u otra esta sociedad estaba en realidad controlada por la sociedad *I.G. Farbenindustrie* de Francfort, esta última considerada como empresa de un país enemigo. Por su parte, el gobierno suizo alegó que hasta 1940 la sociedad *Farben* controlaba, en efecto, la sociedad en litigio (*GAF*), a través de la mediación de otra sociedad, registrada en el cantón de Bâle-Ville en 1928, pero que, sin embargo, todo vínculo entre la sociedad alemana y la sociedad suiza fue definitivamente anulado por la resolución efectuada en 1940, es decir, antes de que Estados Unidos entrara en guerra.

La sociedad suiza adquirió entonces el nombre de “Sociedad Internacional para Participaciones Industriales y Comerciales” (*Interhandel*).

Después de la conclusión de un acuerdo entre Suiza y las tres potencias aliadas en 1946 (Acuerdo de Washington, por el que Suiza se comprometía a proseguir las investigaciones y liquidar los bienes alemanes en Suiza), las discusiones a propósito de la *Interhandel* se continuaron sin llegar a una conclusión aceptada por las diversas partes. El 5 de enero de 1948, la “autoridad suiza de recurso”, prevista por el acuerdo, anula con efecto retroactivo el depósito judicial de los bienes de la *Interhandel*; el gobierno suizo estima que la decisión de la “autoridad suiza de recurso”, que reconocía a la *Interhandel* como poseyendo el carácter de sociedad

18 Sentencia del 21 de marzo de 1959. *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la CIJ (RAAOCIJ)*. 1959. pp. 6 y ss.

suiza, había adquirido efecto de cosa juzgada. Sin embargo, para Estados Unidos, la decisión no surtía efectos jurídicos en relación con los bienes en secuestro. En estas condiciones, la *Interhandel* introduciría una instancia ante los tribunales estadounidenses (*United States District Court for the D.C.*), el 21 de octubre de 1948. Hasta 1957, el proceso entablado ante los tribunales estadounidenses no había hecho grandes adelantos; la acción de la *Interhandel* había sido objeto de varias apelaciones ante los tribunales de Estados Unidos; y el 11 de enero de 1957, el Departamento de Estado declarará que la acción de la *Interhandel* habría sido rechazada en forma definitiva.

Es en este momento que el gobierno suizo dirigirá ante la CIJ una demanda introductiva de instancia (2 de octubre de 1957), pidiendo a la Corte declare, a título principal, que Estados Unidos tiene la obligación de restituir los bienes de la *Interhandel* y, a título subsidiario, de someter el diferendo al arbitraje o a la conciliación.<sup>19</sup>

Estados Unidos presenta cuatro excepciones preliminares: una, según la cual la Corte sería incompetente porque la Confederación Suiza (la *Interhandel*) no había utilizado los recursos internos de los que disponía ante los tribunales de Estados Unidos.<sup>20</sup>

En las observaciones y conclusiones del gobierno de la Confederación Suiza,<sup>21</sup> éste impugna el hecho de que pueda tratarse de un diferendo en el que pudiera tener cabida la aplicación de la regla del agotamiento de los recursos internos, en razón de que la demanda suiza pretende la ejecución de la decisión judicial pronunciada por la autoridad suiza de recurso, prevista por el Acuerdo de Washington, y que por tanto debiera ser asimilable al fallo de un tribunal arbitral:

La regla del agotamiento de vías de los recursos internos no se aplica, porque la inejecución por Estados Unidos... constituye una violación *directa* del derecho internacional y daña en forma inmediata al Estado demandante. No se trata pues, simple y exclusivamente de una violación de los derechos de una persona privada, quien antes de poder ser protegida por su Es-

19 *Idem*, pp. 13-18.

20 Cour International de Justice (CIJ), "Affaire de l'Interhandel. Suisse c. Etats-Unis d'Amerique", *Mémoires*, pp. 315-319. Es verdad que la excepción de *litis pendentia* no podría haber sido invocada, porque el caso no está pendiente en tribunales del mismo orden jurídico, y porque además en el proceso interno el Estado se enfrenta a un particular. *Cour Permanente de Justice International* (CPJI), Serie A, p. 20, nota 6.

21 *Idem*, p. 381.



tado nacional, debe agotar las vías ordinarias de las instancias internas del Estado infractor. Por el contrario, cuando una decisión internacional no ha sido ejecutada, no existe jurisdicción interna a agotar pues el daño ha sido infligido *directamente* al Estado demandante.<sup>22</sup>

La Corte en su sentencia del 21 de marzo de 1959 declara, primero que nada, que la excepción preliminar de no agotamiento había sido presentada como una excepción de incompetencia por Estados Unidos, y que en realidad la excepción debería ser considerada como dirigida contra la admisibilidad de la demanda suiza: ella se presenta como un medio que llegaría a carecer de toda razón en el caso en que fuera cumplida la condición del previo agotamiento de los recursos internos.<sup>23</sup>

La CIJ va a retener por lo demás la excepción de no agotamiento de los recursos internos, y desechará la argumentación suiza por lo que concierne a la inaplicabilidad de la regla al caso en cuestión. Conviene subrayar que la CIJ no está aseverando en forma alguna que cuando un Estado sea víctima de la inejecución de una decisión jurisdiccional internacional, la regla del no agotamiento debería de todos modos ser aplicable; si la Corte no retiene el razonamiento del gobierno suizo es porque considera que la decisión de la autoridad suiza de recurso (inejecución que según Suiza viola directamente sus derechos en calidad de Estado demandante) hacía referencia a la liberación de los bienes de la *Interhandel* en Suiza, en tanto que la demanda suiza presentada ante la Corte tendría por objeto la restitución de los bienes de la *Interhandel* dentro de Estados Unidos.<sup>24</sup>

Luego entonces, al aceptar Suiza la causa de su nacional —la *Interhandel*— en vista de obtener la restitución de los bienes secuestrados, se crea una situación jurídica, dentro de la cual la regla del agotamiento de los recursos, se encuentra obviamente dentro de su campo específico de aplicación.

Esta sentencia de la Corte sobre el caso *Interhandel* puede ser interpretada como una decisión que concibe la regla del agotamiento de los recursos internos, como una regla de carácter procesal, en el sentido que está condicionando el *derecho de acción* frente a la jurisdicción internacional. La Corte opinó que la excepción debía ser entendida como dirigi-

22 *Idem.* p. 402, párr. 2.

23 CIJ, *RAAOCIJ*, p. 26, párr. 2.

24 *Idem.* p. 28.

da contra la admisibilidad de la demanda interpuesta por Suiza, la cual se vería desprovista de objeto en el momento en que la condición del previo agotamiento de los recursos fuere realizada.<sup>25</sup>

### III. EL FUNCIONAMIENTO DE LA REGLA

El requisito procesal del agotamiento de los recursos internos es invocado, en la práctica internacional, bajo forma de una excepción preliminar por parte del Estado defensor. Como toda excepción preliminar debe ser invocada en la primera fase de una instancia, ya que tiende a obtener, por parte del tribunal, que estatuya sobre una cuestión previa antes de abordar el examen del fondo de la reclamación.<sup>26</sup>

La excepción por falta de agotamiento de las vías de recursos internos debe ser catalogada dentro de la categoría de las "excepciones de inadmisibilidad" y no dentro de la categoría de las excepciones de incompetencia, ya que no es más que una condición al ejercicio de la protección diplomática; es una condición al derecho de acción frente a la Corte y no una condición a la competencia de la Corte. Esto se desprende, particularmente, como vimos, del caso de la *Interhandel* y es, también, nos parece, la posición de la mayoría de la doctrina.<sup>27</sup>

El Instituto de Derecho Internacional que estudió especialmente el problema de este requisito procesal, en la sesión de Aix-en-Provence y en su sesión de Granada, consideró que la excepción que se desprende de la falta de agotamiento de los recursos internos concernía a la admisibilidad de la demanda. En su Resolución adoptada en 1956, afirma:

Quando un Estado pretende que la violación sufrida por uno de sus nacionales en su persona o en sus bienes ha sido cometida en contra del derecho internacional, toda reclamación diplomática o judicial que se relacione es

25 La apreciación por parte del Departamento de Estado, de Estados Unidos, de que la *Interhandel* ya había agotado los recursos, se reveló en el juicio una apreciación sin fundamento, ya que en realidad el procedimiento ante los tribunales estaba entonces en curso. Ver *idem*, p. 27.

26 El artículo 62 del Reglamento del Estatuto de la CIJ, que es la única disposición que trata directamente de las excepciones preliminares, no ofrece una definición, como dice el profesor Abi-Saab, sino que únicamente se limita a determinar el procedimiento, Abi-Saab, G., *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour Internationale*, tesis 178, Ginebra, París, Pédone, 1967, p. 27.

27 Ver De Visser, *Aspect récents du droit procédural de la Cour Internationale de Justice*, París, Pédone, 1966, pp. 145-149.

inadmisible, si existen en el orden jurídico interno del Estado contra el cual la pretensión es invocada, vías de recursos accesibles a la persona agraviada y que verosíblemente sean eficaces y suficientes...<sup>28</sup>

Por otra parte, hay que decir que si un Estado presenta una excepción como preliminar, esto no quiere decir que la Corte esté obligada a examinarla en tanto tal; el tribunal puede decidir de unirla al fondo de la reclamación: “Si es necesario, dice *Abi-Saab*, para estatuir sobre la excepción preliminar, examinar ciertos elementos de la pretensión, y si aparece como imposible el efectuar dicho examen sin prejuzgar el fondo de la reclamación..., la unión de la excepción al fondo se hace imprescindible”.<sup>29</sup>

Así pues, si la jurisdicción internacional llega a la convicción de que no podría estatuir sobre la excepción de agotamiento de los recursos internos sin abordar el objeto mismo del litigio, va entonces a unirla al fondo de la reclamación, como fue el caso en el asunto de *Chemin de Fer Panevezys Saldutiskis*, fallado por la Corte Permanente de Justicia Internacional, y al cual nos ceñiremos para lo que concierne al estudio de este punto.

La descripción de los hechos se presenta de la forma siguiente: en 1892 había sido fundada en San Petersburgo una sociedad anónima bajo el nombre de “Primera Sociedad de Líneas Ferroviarias Secundarias en Rusia”, cuyos estatutos aprobados por decreto imperial la autorizaban a construir y a explotar una línea ferroviaria entre Panevezys y Saldutiskis.

Después de la Revolución de Octubre, la sociedad fue nacionalizada por las autoridades soviéticas y para 1918, Lituania y Estonia se declaraban Estados independientes; el gobierno de Lituania tomaría posesión de la línea ferroviaria que se encontraba en el territorio del Estado de Lituania. Por su parte, la sociedad creada en San Petersburgo se transformaría en 1923 en una sociedad estoniana, con sede social en Estonia, bajo el nombre de *Esimene*. Esta sociedad, considerándose como la sucesora, reclama a Lituania la restitución de la línea ferroviaria.

Por la demanda introductiva de instancia, el gobierno de Estonia, tomando la causa de la Sociedad *Esimene*, introduciría en 1937 una instancia contra Lituania, como consecuencia del rechazo de ese gobierno de reconocer los derechos de propiedad y concesión reivindicados por la Sociedad *Esimene* sobre la vía ferroviaria *Panevezys-Saldutiskis*.

28 *AIDI, op. cit.*, vol. 46, p. 318.

29 *Idem*, p. 194.

El gobierno de Lituania invocó dos excepciones preliminares de inadmisibilidad de la demanda, la segunda de las cuales alegara la falta de agotamiento de los recursos internos.<sup>30</sup>

La Corte Permanente consideró, en el primer estadio de la instancia, que en la fase actual del procedimiento, una decisión no podía ser tomada ni sobre el carácter preliminar de las excepciones, ni sobre la fundamentación de las mismas, ya que "...tal decisión haría surgir tales cuestiones de hecho y puntos de derecho... que se encuentran estrechamente vinculados al fondo para que pueda ser posible que la Corte se pronuncie desde ahora sobre ellas".<sup>31</sup>

Tratemos de hacer algunas precisiones. ¿Cuál era en este caso el fondo de la reclamación? Podemos considerar que básicamente se trataba de saber a cuál de los Estados, Lituania o Estonia, pertenecían los derechos de propiedad sobre la línea ferroviaria.

Ahora bien, Estonia sostenía la tesis de que el apoderamiento de la línea por parte de Lituania había sido "un acto de gobierno" (*jure imperii*) sobre el cual los tribunales civiles de Lituania estaban en la imposibilidad de ejercer el más mínimo control. Y es precisamente por esto por lo que el gobierno de Estonia introduce una demanda ante la Corte Permanente de Justicia Internacional, pues en su opinión no podría obtener satisfacción si recurría ante los tribunales de Lituania; en otras palabras, los recursos internos ofrecidos serían "ineficaces".

Así entonces, la Corte va a estimar que, en caso de que se pronunciare sobre la excepción, se estaría igualmente pronunciando sobre un elemento esencial del diferendo internacional, esto es, sobre la eficacia o ineficacia de los tribunales lituanenses; aparece entonces como si la excepción de no agotamiento de recursos, no pudiera ser disociada de uno de los puntos por los cuales el gobierno de Estonia habría recurrido a la Corte internacional.

Por sentencia del 28 de febrero de 1939, la demanda introducida por Estonia va a ser declarada inadmisibile por la CPJI, en virtud de que el gobierno estoniano no había suministrado la prueba de que los tribunales lituanenses no eran competentes para conocer de una acción introducida por la Sociedad Esimene. La Corte, por diez votos contra cuatro: "Decla-

30 "Affaire du Chemin de Fer Panevezys-Saldutiskis", *RAAOCPJI*, Serie A/B, núm. 76, 28 de febrero de 1939, pp. 5-15.

31 *RAAOCPJI*, 30 de junio de 1938, Serie A/B, núm. 75, pp. 53-57.

ra que la excepción relativa al no agotamiento de los recursos internos está bien fundada y declara inadmisibles las demandas presentadas por el gobierno estoniano".<sup>32</sup>

#### IV. ALCANCE Y EFECTIVIDAD DE LOS RECURSOS INTERNOS

Si el extranjero pretende haber sido víctima de un hecho ilícito, está en la obligación de utilizar previamente toda la jerarquía de las instancias ofrecidas por el Estado territorial antes de que pueda someter su demanda ante una jurisdicción internacional.

En principio, un Estado no podrá otorgar su apoyo diplomático a una reclamación de su nacional, que en el caso de que previamente haya existido una decisión "definitiva" de la jurisdicción competente del Estado, en donde el hecho ilícito perjudicial se haya realizado.<sup>33</sup>

Debemos señalar que si el daño que sufre la persona extranjera es resultado de la actividad del mismo Poder Legislativo, o de los más altos órganos del Ejecutivo, la regla del recurso previo a las jurisdicciones locales deberá ser aplicado sin excepción, pues como Verdross y Guggenheim han señalado en el Instituto de Derecho Internacional, en dicha hipótesis el deber de recurrir al agotamiento de las instancias internas deberá llevarse a cabo, siempre que "...la organización judicial interna prevea el control judicial de los actos del poder constitucional o legislativo o de los más altos órganos administrativos".<sup>34</sup>

Por otra parte, es indudable que la cuestión de saber cuáles son las vías de recursos que deben ser agotadas antes de que la reclamación pueda ser conducida al plano internacional, es una cuestión regida por la organización jurisdiccional de cada Estado y, por consiguiente, debe resolverse según cada caso en particular. De aquí que todo lo que pueda decirse, es que el extranjero debe emplear todo recurso previsto por el orden jurídico interno que sea capaz de proporcionar una solución al litigio.

La mayoría de los Estados prevén que la decisión del primer tribunal, es en general susceptible de ser modificada por el órgano de casación,

32 *RAAOCPJI*. Serie A/B. núm. 76, p. 22.

33 Ver Tenekides, C.G., "L'épuisement des voies des recours internes comme condition préalable de l'instance internationale", *RDILC*, t. XVI, núm. 2, 1933, pp. 545 y ss. La llamada "*Cláusula Calvo*", a diferencia de la regla del agotamiento de los recursos internos, hace de la competencia de las jurisdicciones internas una competencia exclusiva y no únicamente de carácter previo.

34 *AIDI*, sesión de Granada, 1956; observaciones de Verdross, p. 48, y de Guggenheim, p. 34. Opinión contraria a la del relator Verzijl, p. 99.

que es en general, la instancia suprema. Desde el punto de vista del derecho internacional, aquello que parece ser el punto esencial, es el saber si la decisión a la cual da lugar el recurso, debe ser interpretada como una decisión definitiva, *que no sea ya susceptible de ningún recurso*, ya que es en ese instante en que puede afirmarse que el agotamiento de los recursos internos ha sido “efectivo”.<sup>35</sup>

A raíz del caso de la Compañía de Electricidad de Sofía y de Bulgaria, entre Bélgica y Bulgaria, la Corte Permanente de Justicia Internacional (en lo sucesivo CPJI) tendrá oportunidad de examinar el problema anterior al ser invocada por Bulgaria, en su segunda excepción, la falta de agotamiento de los recursos internos.<sup>36</sup>

Al origen de la controversia en este asunto, encontramos una sociedad de nacionalidad belga que era concesionaria en Bulgaria de la distribución de electricidad para la iluminación de la ciudad de Sofía. Después de la guerra de 1914-1918, se constituyó un tribunal arbitral mixto belga-búlgaro, que en 1925 dictó un fallo definitivo por el que se ordenaba a Bulgaria la restitución inmediata de las instalaciones a la compañía belga y al pago de una indemnización.

Por demanda introducida el 26 de enero de 1938 ante el CPJI, Bélgica pide a la Corte declarar que Bulgaria ha incumplido sus obligaciones internacionales por inexecución de la sentencia del tribunal arbitral, al haber modificado en forma ilícita el cálculo del precio de electricidad y al promulgar una ley de impuesto especial sobre la distribución de la energía. El gobierno búlgaro reivindicaría la competencia de sus propios tribunales.<sup>37</sup> Según el gobierno de Bulgaria la demanda introducida por Bélgica ante la CPJI, había sido “prematura e irregular” en virtud de que todavía no se habría dictado una decisión definitiva por parte de los tribunales internos.<sup>38</sup> En su examen sobre este punto, la Corte reduce la controversia a la siguiente pregunta: “¿... a la época de la introducción de la demanda existía ya una decisión definitiva, o dicha decisión definitiva no había todavía sido dictada?”

La CPJI, en su sentencia del 6 de abril de 1939, por nueve votos contra cinco, va a retener la excepción opuesta por Bulgaria, considerando que en el presente caso la regla del agotamiento de los recursos internos

35 Chappez, *op. cit.*, pp. 179-195.

36 *RAAOCPIJ*, Serie A/B, núm. 77, sentencia del 4 de abril de 1939, pp. 64 y ss.

37 Para la exposición de los hechos: *idem*, pp. 64-74.

38 *Idem*, p. 78.

“...implicaba el agotamiento de todo recurso, aun de aquellos ante la Corte de Casación, pues sólo ella puede, sea anulando la sentencia de la Corte de Apelación, regresar el asunto para un nuevo examen, sea desechando el recurso, convertirla en sentencia definitiva”.<sup>39</sup>

Este fallo de la Corte nos parece ser de sumo interés, ya que no solamente afirma la necesidad de que exista una *decisión definitiva* del Estado en cuestión, sino que también rechaza el intento de distinción entre recursos ordinarios y recursos extraordinarios.

Bélgica pretendía que la regla no se aplicase más que en relación con los recursos llamados “ordinarios”; que el recurso de casación era un recurso “extraordinario” y por tanto no había obligación de agotar esta vía. La Corte, pues, al aceptar la excepción opuesta por Bulgaria, desecha implícitamente la calificación de recurso “extraordinario”; aquello que era importante en el criterio de la Corte, era saber si la vía de recurso (recurso de casación) permitía modificar una decisión dictada por una instancia inferior (aquella por vía de apelación).<sup>40</sup>

Sin embargo Ch. de Visscher, en su opinión individual, aun cuando adhiriéndose a la parte dispositiva de la sentencia, ha considerado que la Corte habría hecho prueba de un formalismo exagerado. Según De Visscher, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la Corte de Casación de Bulgaria no habría podido más que constatar el carácter definitivo de la decisión de la Corte de Apelación de Sofía.<sup>41</sup> En otras palabras, si era evidente que la Corte de Casación no habría podido modificar la sentencia de la Corte de Apelación, Bélgica no estaba en la obligación de agotar dicho recurso.

Es indudable que todo esto es materia harto delicada, no obstante, nosotros nos inclinamos a pensar que la Corte no ha aplicado la regla de una manera automática o con un exceso de formalismo. Incluso si se tiene en cuenta el hecho de que la Corte de Casación de Bulgaria desechó el recurso interpuesto por la sociedad belga, pocas semanas más tarde y antes de que la CPJI, no se hubiere pronunciado, lo esencial, desde un punto de vista jurídico, permanece inalterado, esto es, que en el momento en que la demanda de Bélgica era introducida ante la CPJI, no se había dictado todavía una decisión definitiva por parte de los tribunales nacionales.

39 *Idem.* p. 79.

40 *Loc. cit.*

41 Opinión particular de Ch. de Visscher, “Cie d’Electricité de Sofía et de Bulgarie”, *RAAOCPIJ*, Serie A/B, núm. 77, pp. 136-139.

Es por ello por lo que el juez Anzilotti en este mismo caso, afirma que

(...) por el término “decisión definitiva” debe entenderse un medio otorgado al Estado interesado para impedir que un diferendo internacional se genere..., en tanto que exista la posibilidad de que el origen sea eliminado por una decisión de las autoridades nacionales... Si la Corte de Casación de Bulgaria anula la sentencia denunciada, todo el litigio regresa exactamente al estado en el cual se encontraba al día siguiente del fallo de la primera instancia...<sup>42</sup>

Por último, pasemos ahora a examinar el punto relativo al problema de la “eficacia” de los recursos internos.

Independientemente del hecho de que la aplicación de la regla supone, por hipótesis, la existencia misma de un sistema jurisdiccional al interior del Estado, la doctrina y la jurisprudencia hablan de la excepción a la aplicación de la regla del agotamiento de los recursos, cuando incluso, existiendo recursos, ellos son, a pesar de esto, *ineficaces*. Es justamente esta cuestión de la efectividad del recurso la que va a hacer en extremo difícil la tarea del juez internacional, cuando tenga que pronunciarse sobre la excepción de no agotamiento de los recursos internos.

Desde el momento que el derecho internacional no puede brindarnos una noción que sea válida *a priori* de aquello que debe considerarse como un recurso eficaz, el juez internacional deberá decidir esta cuestión solamente en función de cada caso en particular, tomando en consideración las particularidades mismas de la reclamación y de la organización judicial del país de que se trate. Igualmente, el examen más o menos exhaustivo que realizará el juez internacional a propósito del derecho interno será siempre determinable en función de cada reclamación en concreto.

La ineficacia del recurso puede ser manifiesta: esto sucede cuando así desprende de una prescripción clara de la ley interna o de una jurisprudencia constante. El problema se complica cuando el particular, después de haber acudido ante los tribunales internos y no haber tenido éxito, considera que no se encuentra otra vía de recurso contra la decisión que no le ha dado razón y recibe sobre esta base el apoyo de su gobierno.<sup>43</sup>

Existe en la práctica internacional un caso célebre, pero no menos complejo, que es posiblemente aquel que ha aportado mayor precisión y

42 Opinión disidente de D. Anzilotti, *idem*, pp. 96 y 97.

43 De Visscher, *Aspects récents du droit procédural...*, cit., p. 153.



esclarecimiento —aunque igualmente controversia— en la materia: se trata del caso *Ambatielos* ante la Comisión de Arbitraje, entre la Gran Bretaña y el gobierno helénico.<sup>44</sup>

Recordemos brevemente los hechos esenciales que están al origen de la controversia, antes de entrar al examen del procedimiento seguido ante la Comisión de Arbitraje. N. E. Ambatielos, armador griego, había firmado en 1919, a través de la intermediación de su hermano, un contrato con el gobierno británico, representado éste por el director adjunto de la Marina Mercante (*Shipping Controller*), contrato en virtud del cual Ambatielos compraba nueve barcos en curso de construcción.

Es muy importante hacer notar desde ahora, que en el contrato escrito no se encuentra una fecha exacta para la entrega de los barcos; el contrato estipula solamente que la entrega deberá tener lugar “dentro del plazo establecido” (*within the time agreed*). Esta cláusula habría sido interpretada por Ambatielos como una cláusula que hacía referencia a un término fijo para la entrega; igualmente, según Ambatielos, la fecha exacta habría sido consentida en una forma oral por las partes, y además establecida en una cierta carta de un funcionario británico, el mayor Laing.<sup>45</sup>

El gobierno británico rechazaría siempre esta interpretación, sosteniendo que él no había dado otra cosa más que fechas con un valor indicativo, que determinaban solamente un término aproximativo para la entrega. La importancia de todo esto, es que más tarde Ambatielos va a alegar haber sufrido un gran perjuicio financiero como consecuencia del retraso en la entrega de la mercancía.

Cerca de un año después (1919) de haberse celebrado el contrato, Ambatielos había debido consentir en la hipoteca constituida sobre siete de las naves ya entregadas, para poder garantizar su deuda contraída con el Reino Unido. Y es precisamente para tratar de obtener el pago de esa deuda hipotecaria, que el gobierno del Reino Unido inicia ante los tribunales británicos (*Admiralty Court*) un procedimiento judicial en contra de Ambatielos. El fallo dictado en dicho juicio —15 de enero de 1923— sería desfavorable para Ambatielos: el gobierno británico estaba autorizado a vender las naves en favor del tesoro público. Ambatielos introducirá un recurso ante el tribunal de apelación en contra de la decisión dictada por el tribunal británico. En esta ocasión, pediría la autorización de exhibir nuevas pruebas que, según Ambatielos, le habían sido accesibles pos-

44 Sentencia arbitral del 6 de marzo de 1956, *Reports of International Awards*, vol. II, pp. 120 y ss.

45 *RIAA*, XII, p. 92.

teriormente al juicio de primera instancia, y en conformidad con las cuales se podría demostrar que una fecha precisa había sido claramente establecida para la entrega de los navíos y que la entrega no habiendo ocurrido en los periodos previstos, él había sufrido pérdidas considerables.<sup>46</sup>

Sin embargo, el Tribunal de Apelación va a desechar la demanda de Ambatielos argumentando que según las leyes de procedimiento británicas —su jurisprudencia— no estaba permitido a una parte presentar nuevas pruebas (*fresh evidence*) en segunda instancia, cuando había sido posible hacerlo en primera instancia.<sup>47</sup>

Después de esta decisión, Ambatielos no tratará ya de agotar ningún otro recurso —incluso se abstendrá de atacar el auto procesal adoptado por el Tribunal de Apelación ante la *House of Lords*— en razón de la imposibilidad de producir pruebas estimadas por él como esenciales para el éxito del fondo de la reclamación.<sup>48</sup>

Con posterioridad a una fase diplomática en la cual el gobierno helénico hacía suya la causa de su nacional (1925-1949), este asunto será llevado ante la Corte Internacional de Justicia.

Por sentencia del 19 de mayo de 1953, esta Corte, por diez votos contra cuatro, dice que “el Reino Unido está obligado de someter al arbitraje —de conformidad a la declaración de 1926— el diferendo relativo a la reclamación Ambatielos”.<sup>49</sup> En este fallo no se había considerado necesario pronunciarse sobre la cuestión de la falta de agotamiento de los recursos internos que había sido, no obstante, ya invocada por el Reino Unido.

Para dar efecto a esta sentencia el gobierno del Reino Unido y el gobierno helénico concluirán un compromiso —24 de febrero de 1955— constituyendo una Comisión de Arbitraje, compuesta por cinco jueces, para decidir la controversia, con sede en Londres.<sup>50</sup>

Ante la Comisión de Arbitraje, el gobierno del Reino Unido sostendría que Ambatielos no había agotado los medios jurisdiccionales ofrecidos por el derecho interno. Primeramente porque Ambatielos habría descuidado el citar a un testigo, el mayor Laing, en primera instancia, medio eficaz, ya que era necesario para que el fallo hubiere sido favorable a Ambatielos; e igualmente el Reino Unido sostendría que Ambatielos no

46 *Idem*, p. 94.

47 *Loc. cit.*

48 Clericetti, *L'affaire Ambatielos devant la Commission arbitrale*, Genève, Droz, 1962, pp. 23-28.

49 *RAOCLJ*, p. 23.

50 La comisión arbitral estaría integrada por Bagge, Bourquin, Spiropoulos, Esquire y Alfaro, *RIAA*, XII, p. 97.

había hecho uso de un grado en la jerarquía jurisdiccional, no habiendo intentado el recurso abierto ante la *House of Lords* para atacar la decisión dictada por el Tribunal de Apelación.<sup>51</sup>

Es de máxima importancia, hacer resaltar el hecho, de que si el Reino Unido sostuvo que Ambatielos no había agotado los recursos internos en virtud de haber omitido la comparecencia de un testigo ante el tribunal, se está concibiendo a la regla del agotamiento como una regla que apunta no solamente a la necesidad del agotamiento de las diferentes instancias jurisdiccionales, sino también al agotamiento de los diversos *medios de procedimiento* dentro de una misma instancia.

Es por ello por lo que Darío Clericetti en su tesis sobre el asunto Ambatielos, hace la siguiente consideración:

El hecho de no servirse de tales medios (medios de procedimiento) en primera instancia constituye un caso de falta de agotamiento de las vías de los recursos internos. Jamás, a nuestro conocimiento, antes de la decisión de Ambatielos, la doctrina y la jurisprudencia habían considerado como necesario el agotamiento de los medios de procedimiento dentro de una misma instancia.<sup>52</sup>

Veamos ahora la tesis del gobierno helénico. En lo que concierne al hecho de no haber presentado el testigo en cuestión ante el tribunal de primera instancia, Grecia sostenía que era en razón de que Ambatielos estaba convencido que el testigo no podía ser citado a juicio, porque estaba atado por el “secreto de función” que le impediría rendir testimonio. Y en cuanto al argumento de no haberse atacado la decisión en apelación ante la *House of Lords*, el gobierno helénico respondía que ello habría sido del todo ineficaz.

¿Cuál sería la conclusión a la que llegó la Comisión de Arbitraje? La Comisión fue del parecer que el hecho de no haberse citado el testimonio del mayor Laing ante el juez Hill —Tribunal de Primera Instancia— constituía un medio de *procedimiento esencial* para el éxito de la causa de Ambatielos; que dicho testigo, según la comisión, habría sido posible presentarlo, y que en consecuencia la falta de tal testimonio implicaba un caso de falta de agotamiento de los medios de derecho interno. En cuanto a la posibilidad, o mejor dicho, a la eficacia o ineficacia de utilizar el re-

51 *RIAA*. XII, pp. 118 y ss.

52 Clericetti. *op. cit.* p. 139.

curso abierto ante la *House of Lords*, es un punto que se planteaba de manera particularmente compleja. Por una parte, no se podía tener acceso a esa instancia más que con su propia autorización o con la del Tribunal de Apelación y todo parece indicar que Ambatielos no habría podido obtener tal autorización;<sup>53</sup> pero además, por otra parte, la Comisión reconoció que en el presente caso, era muy poco probable que la *House of Lords* hubiera podido alterar la decisión dictada en apelación.<sup>54</sup> Así pues, la posibilidad de un recurso intentado ante la *House of Lords* contra la decisión de apelación —que no admitía se pronunciaran nuevas pruebas— aparecía desde un punto de vista jurídico, como *ineficaz*.<sup>55</sup>

La sentencia Ambatielos dictada por la Comisión de Arbitraje ha sido criticada por una parte de la doctrina, en particular por Roger Pinto, quien encuentra que la sentencia aporta un elemento nuevo, al extender el alcance del principio del agotamiento de los recursos internos, desde el momento en que la regla no se aplica solamente al ejercicio de las vías de los recursos, sino *también a las condiciones* en las cuales esas vías deben ser ejercidas.<sup>56</sup>

Por el contrario, para otra parte de la doctrina —y es también nuestro parecer— no existe propiamente hablando una verdadera “ampliación” de la regla del agotamiento previo de los recursos, ya que sería muy difícil aceptar que se pueda dar una *separación* tajante entre las vías de los recursos abiertos y las condiciones de su ejercicio.<sup>57</sup>

A título de *conclusión* diremos que, ciertamente es posible que la divergencia de concepciones que se encuentran acerca de la interpretación de la sentencia Ambatielos sea una consecuencia de la diversa significación que existe entre la expresión en lengua española “agotamiento de los recursos internos” (que es idéntica a la francesa *épuisement des voies de recours*) y su correspondiente anglosajón del *local redress*, esta última expresión, más amplia, no sería del todo idéntica al término español o francés, y por consiguiente si nos situamos desde el punto de vista de la doc-

53 *Idem*, p. 141.

54 *RIAA*, XII, p. 122.

55 La Comisión Arbitral examinó igualmente otros dos puntos sobre esta materia que nosotros no abordamos, a saber: ¿Si un recurso sobre el fondo ante la Corte de Apelación en contra de la decisión de primera instancia hubiera sido eficaz, y si existía en el derecho inglés, un medio de acción eficaz en contra del enriquecimiento sin causa? Este último medio —*for money had and received*— fue retenido por la Comisión como habiendo debido ser agotado.

56 Pinto, R., “L’organisation Juridique Internationale”, *Juris Classeur de Droit International*, 1959, fasc. 217, p. 18, párr. 81.

57 Sarhan, *op. cit.*, p. 487.

trina anglosajona, no se tendría la impresión de una supuesta ampliación conferida a la regla del previo agotamiento de los recursos internos.

La diferencia entre estas dos expresiones ha sido muy claramente puesta de manifiesto por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Granada. El relator, el jurista Verzijil, en la novena sesión plenaria, afirmó lo siguiente:

...sería necesario preocuparse del sentido exacto que debe atribuirse a las palabras "vías de recurso". El término inglés *local redress*, es mucho más amplio y más conforme con la práctica. Éste, indica claramente que el extranjero perjudicado no debe solamente utilizar las vías de los recursos, sino que en el curso de una misma instancia debe utilizar también los *medios de procedimiento esenciales* apropiados para la reparación de los agravios. Sería de interés el indicar que es justamente éste el alcance de la regla.<sup>58</sup>

58 AIDI. Sesión de Grenade. 1956. neuvième session plénière, p. 272 (cursivas mías).