

R-67.250

El agotamiento de los recursos internos como condición de la responsabilidad internacional

TESIS DOCTORAL
(Extracto)

POR

ELOY RUILOBA SANTANA

Doctor en Derecho
por la Unlversidad de Valencia

VALENCIA 1970



HU 30-F/3054

D.1297815

L.1297823

Tesis doctoral leída y defendida públicamente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, el día 23 de junio de 1970, y calificada, por unanimidad, con sobresaliente "cum laude".

El tribunal estuvo integrado por los ilustrísimos señores: Don Adolfo Miaja de la Muela, catedrático de Derecho Internacional Público y Privado y decano de la Facultad de Derecho de Valencia (presidente y director de la tesis); don Juan Galván Escutia, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia; don Alejandro Herrero Rubio, catedrático de Derecho Internacional Público y Privado y secretario general de la Universidad de Valladolid; don Luis García Arias, catedrático de Derecho Internacional Público y decano de la Facultad de Derecho de Madrid; don Diego Sevilla Andrés, catedrático de Derecho Político de la Universidad de Valencia.

Esta publicación es un extracto de la tesis autorizada por la Facultad de Derecho de Valencia, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 9.º del Decreto de 24 de junio de 1954.

V.º B.º:

DR. ADOLFO MIAJA

INDICE SUMARIO

INTRODUCCION: Definición e interés del tema. Desarrollo histórico de la institución. — **TEORIA JURIDICA DE LA REGLA DEL AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS:** Su naturaleza jurídica. Su fundamento. Su campo de aplicación. Su contenido. Sus excepciones. Su aplicación: cuestiones procesales que plantea. — **SINTESIS DE LAS CONCLUSIONES.**

INTRODUCCION

Definición e interés del tema

La práctica internacional conoce desde antiguo la regla según la cual toda reclamación internacional basada en la lesión sufrida por una persona privada debe estar precedida, sin prejuzgar por el momento cuál es el sentido de esta exigencia, por el agotamiento previo e infructuoso de los recursos internos que el particular perjudicado tenía a su disposición en el Estado contra el que se dirige la reclamación.

De esta primera aproximación al concepto del requisito del agotamiento de los recursos internos se desprende, en primer lugar, que su necesidad viene dictada, *prima facie*, por un modo de razonar elemental. Pero esta aparente claridad del tema desaparece tan pronto como, una vez admitida la exigibilidad del requisito, se toma contacto con los problemas que plantean su sentido y precisión. Existe acuerdo en que han de haber sido agotados los recursos internos antes de que pueda prosperar una reclamación internacional; pero, ¿cuándo se puede decir que han sido agotados?, ¿cuándo no es exigible el requisito? y ¿cuál es técnicamente la consecuencia jurídica del inagotamiento? El desarrollo de estos tres interrogantes plantea a su vez una serie de problemas conexos, de no fácil solución muchos de ellos, sobre los cuales es precisa la elaboración de una teoría jurídica mucho más compleja de lo que pudiera parecer a primera vista.

La complejidad señalada revierte en una falta de acuerdo en la doctrina y la jurisprudencia sobre el sentido exacto de la regla, sobre sus limitaciones y su contenido. De ahí que no fuera de ningún modo ocioso un estudio detallado sobre la institución. Pero el interés del tema no se halla exclusivamente justificado por esta circunstancia; a ella se suma la importancia que tiene la institución objeto de estudio en el Derecho Internacional de nuestro tiempo y en su evolución previsible.

Se habla hoy del tránsito de un Derecho Internacional liberal a un

Derecho Internacional social. La observación es certera, pero la evolución en este sentido no ha hecho más que comenzar. La socialización del orden internacional no puede ser completa si no va acompañada de su progresiva institucionalización; y, en este camino, aún queda más por recorrer. En la situación actual, el objetivo que, quizá, se deba señalar, como primer paso alcanzable a corto plazo, es el del robustecimiento de las instituciones hoy existentes. En este cometido la regla del agotamiento puede jugar un importante papel: La actitud de desconfianza de los nuevos Estados ante el Tribunal Internacional de Justicia puede verse modificada si en los casos en los que se pretenda la responsabilidad de un Estado por el daño infringido a un particular extranjero, generalmente inversor de capital procedente de un Estado más desarrollado, el órgano internacional da muestra de respeto a la organización interna del Estado demandado, exigiendo que el particular lesionado haya hecho previo uso de los recursos que le ofrecía el sistema jurídico interno del Estado.

De esta manera, el requisito del agotamiento de los recursos internos aparece como un factor de equilibrio entre la soberanía del Estado y la progresiva acumulación de competencias en las instituciones de la comunidad internacional, observación que ya ha sido expresada de diversas maneras, pero sobre la que importa destacar su consecuencia de mostrar la virtualidad de la regla para favorecer la institucionalización del orden internacional, actuando de elemento moderador que impida la posible resistencia de los Estados a la centralización de poderes en la comunidad internacional organizada.

Las consideraciones que anteceden adquieren un relieve particular cuando, con una perspectiva histórica, se contempla el ensanchamiento del campo de aplicación de la regla en el Derecho Internacional actual.

Desarrollo histórico de la institución

La regla del agotamiento de los recursos internos aparece por primera vez con carácter jurídico en la antigua normativa de las represalias, al lado de otra institución con la que va a estar, desde ese momento, íntimamente ligada: la denegación de justicia. Las represalias sólo estaban autorizadas cuando, tras haber acudido a las instancias internas, se le había denegado la justicia al ofendido. La paulatina extinción del régimen de las represalias no lleva consigo la de la norma del agotamiento que en él había surgido: Lo que cambia es el sistema de sanción de la responsabilidad internacional, y en el nuevo tiene aún más sentido el requisito.

En el actual sistema de la responsabilidad internacional, la regla, que

conserva la legitimidad de su origen en el antiguo, ha sido consolidada por la costumbre internacional. La cristalización consuetudinaria de la regla se debe principalmente a la jurisprudencia internacional que la ha ido perfilando en un proceso evolutivo aún no cerrado.

La evolución jurídica de la institución no es sólo un aspecto parcial de la evolución del Derecho Internacional, sino que entre ambas existe una doble corriente de influencia al jugar la regla un papel activo en las transformaciones del Derecho Internacional clásico .

En su ámbito de aplicación tradicional, esto es, en el campo de la protección diplomática, el requisito del agotamiento de los recursos internos se coloca en la línea de la salvaguarda de la soberanía de los nuevos Estados, especialmente de su soberanía económica. La excepción a la demanda en ejercicio de la protección diplomática fue frecuentemente formulada a lo largo del siglo XIX y primeros del XX por los países en vías de desarrollo sobre cuyo territorio se establecían personas y capitales privados extranjeros. La aplicación de la regla encontraba en estos casos un obstáculo que impedía, la mayor parte de las veces, la estimación de la excepción por el órgano internacional: paralelamente al escaso desarrollo económico, existía, por lo general, una deficiente organización de la administración de justicia, lo que daba lugar a que no se aceptara la excepción del inagotamiento por la presumible ineficacia de los recursos que permanecieron sin ejercitar. En este aspecto el panorama ha cambiado sensiblemente en los últimos años, y de ello da testimonio la jurisprudencia. Frente a la gran mayoría de sentencias de Tribunales arbitrales y Comisiones mixtas que han rechazado la excepción del inagotamiento, de las cuatro sentencias más significativas que se han pronunciado sobre ella en los últimos años, la dictada por el árbitro Bagge, el 9 de mayo de 1934, sobre el asunto de los *navíos finlandeses*; la del T. P. J. I., de 28 de febrero de 1939, sobre el caso del ferrocarril *Panevezys-Saldutiskis*; la sentencia arbitral de 6 de marzo de 1956, sobre el caso *Ambatielos*, y la dictada el 21 de marzo de 1959 por el T. I. J. en el caso de la *Interhandel*, sólo la primera no dio lugar a la excepción, y ello por razones técnicas muy lejanas a la presunción de irregularidad en la actuación de los tribunales internos.

Pero lo que es más destacable en la influencia recíproca entre la evolución del Derecho Internacional general y la de la regla en cuanto instrumento jurídico de la primera, es la presencia del requisito del agotamiento de los recursos internos en la normativa de nuevos campos a los que se extiende hoy el Derecho Internacional y que constituyen, simultáneamente, una ampliación del ámbito de vigencia tradicional de la regla. Anteriormente la norma del agotamiento se aplicaba de modo exclusivo en los supuestos de protección diplomática; en la actualidad se aplica, además, en las diferencias que oponen directamente a los Estados

con inversionistas privados extranjeros y en el mecanismo de sanción internacional de las violaciones de los derechos humanos, terreno en el que la Comisión Europea de los Derechos del Hombre ha establecido una abundante y valiosa jurisprudencia.

El papel de la regla en el desarrollo del Derecho Internacional, como factor de equilibrio entre la competencia estatal y la competencia internacional, queda potenciado en estos nuevos sectores de las relaciones internacionales que se sitúan en la vanguardia del proceso de penetración del individuo en el orden internacional. La actual preocupación por los derechos fundamentales de la persona humana ha producido la salida de esta materia de la esfera del *domaine réservé* o competencia exclusiva de los Estados; pero la garantía internacional de los Derechos Humanos no puede conducir a privar al Estado, principal obligado a su respeto, de la competencia para prever y reparar por sus cauces internos las violaciones de aquellos que se produzcan bajo su autoridad. De ahí que sea una cláusula obligada en los pactos internacionales de protección de los Derechos del Hombre que instituyen un control jurisdiccional, la necesidad de que el individuo pretendidamente lesionado haya agotado los recursos internos antes de que pueda acudir al órgano internacional. Con mayor razón aún se impone este requisito cuando el propio individuo lesionado tiene acción directa en el plano internacional, incluso contra su propio Estado. La regla actúa entonces como un elemento estabilizador en el proceso de desmediatización del individuo por el Estado, y, como tal, aparece también en la actual tendencia a sustituir la protección diplomática por el arbitraje directo entre el Estado y la persona privada extranjera que en él invierte su capital.

TEORIA JURIDICA DE LA REGLA DEL AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS

Su naturaleza jurídica

Como institución normativa, su naturaleza viene perfilada por las cualificaciones que le correspondan dentro de la teoría general de la norma jurídica.

En primer lugar, y pese a que a veces es calificada de principio, se trata de una norma consuetudinaria, sin que haya razones suficientes para elevarla a la categoría de principio general del Derecho específico del orden internacional.

La regla no es una norma rígida o de Derecho estricto, sino que per-

tenece a la categoría de las normas elásticas o flexibles cuyo contenido no está taxativamente delimitado y cuya aplicación necesita, por tanto, de la discrecionalidad judicial. El carácter elástico de la norma se patentiza en la indeterminación de sus dos conceptos centrales:

a) En cuanto al concepto de recurso, la exclusión de los no eficaces y suficientes requiere la previa calificación por el juez internacional sobre la base de su apreciación de la prueba contra presunciones *iuris tantum*, prueba que, de ser suficiente, tampoco conduce a otra cosa que a una presunción en sentido contrario, puesto que la certeza absoluta de la ineficacia de un recurso no se podrá obtener generalmente, sino al cabo de su ejercicio.

b) En cuanto al concepto de agotamiento, su precisión en el sentido de la regla se detiene en la formulación de un *standard* jurídico: el de la diligencia media del particular en el ejercicio de los medios que el Estado pone a su disposición para la reparación del daño.

Desde otro punto de vista, se trata de una norma de carácter dispositivo, por contraposición a las normas de *ius cogens*, que puede ser descartada por la voluntad de las partes. Dicha voluntad puede hallarse manifestada de un modo expreso en el instrumento convencional del que deriva la competencia del órgano internacional, o bien de un modo implícito, cuando de la declaración de voluntad de las partes se deduce que quisieron someter al órgano internacional el fondo, en sentido estricto, de su diferencia.

Una última característica de la regla se desprende directamente de su contenido. Como se verá en el apartado siguiente, el agotamiento de los recursos internos condiciona la responsabilidad del Estado por daños a personas privadas. La estructura lógica de la norma es, pues, la de una proposición normativa hipotética en la que la consecuencia jurídica no es un imperativo directo. Por tanto, no se trata de una norma autónoma, sino más bien de una norma constructiva o conceptual.

Su fundamento

Con su última raíz en el terreno de la axiología, en cuanto que la regla realiza el valor jurídico supremo de la justicia, el fundamento de la norma del agotamiento se descubre a través de una triple dirección: teleológica, jurídico-positiva y lógico-jurídica.

En el primer sentido, la validez de la regla reposa sobre la justicia o la conveniencia de sus fines en sí mismos considerados. A este efecto se pueden señalar tres finalidades fundamentales: la de dar oportunidad al Estado demandado para que repare por sus propios medios el daño, su consecuencia contingente de evitar la controversia internacio-



nal y la de contribuir a la armonía y equilibrio entre las exigencias internas y las superiores de la comunidad internacional.

Bajo el prisma jurídico-positivo, la validez de la regla deriva de la legitimidad de su fuente. En el Derecho Internacional general la norma del agotamiento es el resultado de un proceso de formación consuetudinaria, cuya obligatoriedad descansa en el principio *consuetudo est servanda*; cuando la regla está, además, consagrada en un convenio internacional, su validez positiva deriva directamente del principio *pacta sunt servanda*, en cuya virtud se podrá ampliar o restringir el contenido que aquélla tiene en el Derecho Internacional general.

Desde el punto de vista lógico-jurídico, la regla se deduce necesariamente como una exigencia técnica del sistema en el que está enclavada. Con este enfoque se manifiesta como corolario de la competencia interna que el Derecho Internacional reconoce al Estado y, sobre todo, como la consecuencia de un análisis del concepto de responsabilidad del Estado por daños a individuos privados.

En esta última consideración radica, precisamente, la solución que se propone acerca del problema teórico que más clara y sustancialmente divide a la doctrina que se ha ocupado del tema. Según una primera orientación, la regla establece un requisito procesal que condiciona únicamente la admisibilidad de la reclamación internacional. Opuesta a esta concepción, existe otra según la cual el requisito tiene carácter sustantivo al condicionar directamente la ilicitud o la responsabilidad. Entre estas dos posturas teóricas se sitúa, por último, una tercera orientación, para la cual no es posible afirmar, en general y abstracto, el carácter sustantivo o procesal de la regla, sino que ésta presentará uno u otro según se reclame por una pura denegación de justicia o por una violación directa del Derecho Internacional.

Ante esta diversidad teórica se propone una explicación del significado de la regla que, sin coincidir exactamente con ninguna de las que se han mantenido, se identifica con la segunda orientación en su idea central de asignar al requisito, en todo caso, un carácter sustantivo. La propia concepción se individualiza en virtud de dos consideraciones: En primer lugar se estima que la ilicitud internacional surge antes de que se hayan agotado los recursos internos, excepto en el caso de que el acto ilícito consista en una denegación de justicia. En segundo lugar, la regla no tiene un mero carácter procesal porque se considera que el agotamiento de los recursos internos es condición necesaria de la aparición de la responsabilidad internacional, y ello por la razón concreta de que la imputación del acto ilícito al Estado no es perfecta hasta que no se han agotado sus recursos internos. En el caso de que, tras una ilicitud originaria, se haya cometido una denegación de justicia, el agotamiento es condición de la responsabilidad por el primero, y de la

aparición de un segundo acto ilícito, la denegación de justicia, que actúa como agravante y que presenta la peculiar característica de que, respecto a él, la ilicitud es concomitante con la responsabilidad, estando ambas simultáneamente condicionadas por el agotamiento de los recursos internos.

Su campo de aplicación

La consecuencia inmediata de la extensión del ámbito de vigencia de la regla a las esferas de la protección internacional de los Derechos Humanos y del arbitraje entre Estados y personas privadas, consiste en la necesidad de revisar la teoría tradicional de su campo de aplicación. Contemplando solamente la aplicabilidad de la regla en el terreno de la protección diplomática, se ha venido delimitando su campo de aplicación con referencia a la distinción entre daño directo y daño indirecto al Estado. En virtud de esta distinción, se dice que la regla no es aplicable sino cuando el acto ilícito por el que se reclama ha dañado indirectamente al Estado demandante a través de la lesión que, directamente, sufrió uno de sus nacionales; esto es, cuando la reclamación internacional se presenta en ejercicio de la protección diplomática.

La teoría tradicional descansa, como puede verse, en el postulado, reafirmado por el T. P. J. I. en su sentencia de 30 de agosto de 1924, sobre el caso *Mavrommatis*, según el cual el Estado que reclama por el daño causado a uno de sus nacionales defiende su propio derecho. Dicho postulado es corolario de la creencia de que el acto ilícito internacional lesiona siempre, directa o indirectamente, al Estado; creencia que, a su vez, es corolario de la impotencia del Derecho Internacional clásico para atribuir inmediatamente derechos y obligaciones al individuo. Su inconveniente estriba en que tiende a pasar por alto la realidad del daño que directamente sufre el individuo, proporcionando el medio conceptual para minimizar el papel de las relaciones entre el Estado y el particular extranjero y para pretender la inaplicabilidad de la regla, alegando la presencia de un daño directo, para lo cual bastará generalmente una formulación artificiosa de las alegaciones y peticiones internacionales.

Pero si, a los efectos de determinar el campo de aplicación de la regla, la distinción entre daño directo e indirecto no ha sido nunca plenamente satisfactoria, hoy es abiertamente insuficiente. Su falta de virtualidad para recoger todos los supuestos posibles se advirtió ya en el régimen de protección de minorías, en el que la regla del agotamiento no se consideraba aplicable sin que se pudiera afirmar, en todo caso, que una infracción de este régimen constituía un daño directo al Estado que por ella reclamaba. Actualmente la insuficiencia de la distinción se

patentiza de modo inverso: la regla resulta aplicable en la protección internacional de los Derechos Humanos y en los arbitrajes entre Estados y personas privadas, sin que se pueda hablar en ninguno de los dos casos de daño indirecto o de protección diplomática.

Se impone, pues, una delimitación omnicompreensiva del campo de aplicación de la regla que no adopte como panacea el criterio basado en la cualificación del daño con referencia exclusiva al Estado; y ello no es posible sin abandonar la consideración de lo que pueda ser diferencial en las distintas esferas de actuación de la regla y descender al terreno común. De esta manera, el ámbito de vigencia del requisito del agotamiento se establece en relación con lo sustantivo y no con lo accidental. En vez de partir de la naturaleza diversa de los mecanismos de sanción de la responsabilidad internacional, analizando si se trata de protección diplomática, de la acción del Estado en defensa de sus intereses específicos, o de la acción directa del individuo, se atiende a la situación iurídico-sustantiva del Estado incriminado. Así el campo de aplicación de la regla se obtiene a partir de su significado y fundamento. La regla se aplicará siempre que se trate de aquello que condiciona; siempre que se debata la cuestión que constituye su consecuencia jurídica; siempre, en definitiva, que esté en juego la responsabilidad del Estado por el daño infringido a una persona privada sometida a su competencia interna.

Esta delimitación endogenética del campo de aplicación de la regla, en cuanto a que está implícita en su propio contenido, excluye, en efecto, los daños directamente causados al Estado, pero no incluye exclusivamente los llamados daños indirectos, sino que, utilizando una fórmula de mayor extensión, se llena el ámbito de vigencia de la regla con todos aquellos casos que dan lugar a responsabilidad por el daño directamente infringido a una persona privada.

De los términos generales de esta delimitación se extraen algunas consecuencias concretas: En primer lugar, nada se opone, desde el punto de vista teórico, a que la regla se aplique también cuando la víctima del daño es un Estado extranjero en calidad de persona privada, esto es, cuando actúa en ejercicio de sus facultades *iure gestionis*. En segundo lugar, la delimitación propuesta abarca las pretensiones declarativas cuando se pretende una declaración de responsabilidad, quedando las mismas excluidas cuando se pide la declaración de la ilicitud objetiva de una conducta.

Por otra parte, es irrelevante, a los efectos del campo de aplicación de la regla, que se trate de una violación directa del Derecho Internacional o de una violación indirecta, es decir, la regla se aplica tanto en el caso de que la ilicitud se refiera al acto lesivo inicial o surja con posterioridad a este acto en forma de denegación de justicia. Con mayor razón es irrelevante que la ilicitud inicial derive de la disconformidad del

acto con el Derecho Internacional general o con el Derecho Internacional convencional.

Su contenido

Determinada ya la consecuencia jurídica de la norma sobre el concepto de la responsabilidad internacional, resta por precisar su supuesto de hecho o elemento condicionante. Este está constituido por el *agotamiento de los recursos internos*, situación que ha de ser definida estableciendo el significado y extensión de los términos *recurso* y *agotamiento* utilizados para expresarla.

La necesidad de agotar los recursos internos abarca el ejercicio de todos los procedimientos previstos en el Derecho interno por medio de los cuales el particular se dirige a un órgano competente del Estado del que se pueda esperar una reparación adecuada del daño que origina la responsabilidad internacional. El concepto de recurso que así resulta no se halla restringido en atención al sujeto activo legitimado: se incluyen tanto los recursos que puede entablar el particular por cuya lesión tiene lugar la reclamación internacional, aunque sea un perjudicado indirectamente, como los que están abiertos a la víctima directa del daño, siempre que reúnan las características necesarias.

El criterio esencial para la determinación de los recursos que han de haber sido agotados es el de la eficacia y suficiencia de cada recurso en concreto para obtener una reparación adecuada. Ante él declina la distinción entre recursos ordinarios y extraordinarios y cede también, en lo que resulte incompatible, la exigencia de que se hayan planteado en la vía interna todas las alegaciones que se formulan en la instancia internacional. Frente a la doctrina ampliamente extendida por la sentencia de 9 de mayo de 1934, dictada por el árbitro Bagge en el asunto de los *navíos finlandeses*, se estima que los recursos internos eficaces y suficientes no deben limitarse a los que presenten tales cualidades en relación con las alegaciones jurídicas que sostienen la pretensión internacional. En la vía interna no tienen por qué plantearse las mismas alegaciones que pueden fundamentar la demanda internacional, las cuales no tendrán necesariamente apoyo en el Derecho interno, mientras que con alegaciones jurídicas distintas de las internacionales puede obtenerse una reparación adecuada. Por tanto, la correspondencia entre la pretensión internacional y la que ha debido formularse en la vía interna se limita a la coincidencia en los hechos y en las peticiones, y la eficacia de los recursos internos se habrá de valorar exclusivamente en relación con aquéllos.

En el caso de que una demanda internacional esté fundamentada con-

juntamente en un cierto número de alegaciones jurídicas correspondientes a otros tantos agravios concretos, el agotamiento ha debido tener lugar con respecto a cada uno de estos agravios, lo que no implica la necesidad de plantear en el orden interno todas las alegaciones jurídicas que se formulan ante la instancia internacional, dado el doble carácter fáctico y jurídico que, en este caso, reviste la alegación de cada agravio. Si en esta hipótesis se da el agotamiento en relación con algunos de los agravios, pero no con respecto a otros, la demanda internacional deberá ser rechazada por incumplimiento del requisito cuando la alegación de todos los agravios fundamenta una sola petición indivisible. Cuando existen varias peticiones, basada cada una de ellas en distintos agravios, o cuando de la petición global se puede segregar cuantitativa o cualitativamente una petición parcial correspondiente a determinados agravios, podrá admitirse la demanda internacional en la parte respecto a la que se ha producido el agotamiento.

El concepto de recurso a los efectos de la regla no se extiende, pues, a los medios que, dentro de cada procedimiento, pueda utilizar el particular para fundamentar su demanda. La consideración de tales medios está únicamente en función de la eficacia y suficiencia de cada recurso en sentido estricto y usual, esto es, de cada instancia en su conjunto. Ello no obsta para que un recurso determinado se pueda estimar insuficientemente ejercitado por el defecto de utilización de los medios de defensa de la pretensión dentro del proceso, exigencia que se engloba en la precisión del concepto de agotamiento.

El agotamiento se da cuando el particular interpone y prosigue hasta su término todos los recursos comprendidos en la regla hasta la última instancia y en las debidas condiciones. Un recurso no se puede considerar debidamente agotado cuando el particular no ha alegado y probado en él, sustancialmente, los mismos hechos que sustentan la pretensión internacional. Tanto en lo que concierne a la práctica de la prueba como, en general, a la conducción del procedimiento por el particular, incluida la presentación de hechos distintos a los alegados en el plano internacional, pero cuya valoración por los órganos internos puede contribuir a obtener una reparación adecuada, el requisito del agotamiento no se cumple si el particular no ha actuado dentro de cada recurso con una diligencia media, concepto *standard* cuya necesidad surge al hacerse imposible precisar de un modo general cuál ha de ser la conducta exigible al recurrente dentro de cada instancia.

La utilización del *standard* de la diligencia media no implica la imposibilidad de concretar determinadas exigencias que aquella comporta. Así, para que un recurso se haya agotado conforme a la regla, es preciso que el particular haya respetado en su ejercicio los requisitos procesales de tiempo y forma establecidos por el Derecho interno para su

tramitación, de tal modo que la decisión que lo desestime no se apoye exclusivamente en el incumplimiento de estos requisitos.

Sus excepciones

Tal como se han delimitado el campo de aplicación de la regla y su contenido, la excepción del inagotamiento no prosperará cuando se alegue en un supuesto en el que la regla no es aplicable, o cuando, dentro de su campo de aplicación, los recursos inutilizados no estén comprendidos en ella y el particular haya actuado debidamente en el ejercicio de los que se hallaren comprendidos.

En estos casos la regla no tiene virtualidad para producir la inadmisibilidad de la reclamación internacional, pero no porque se trate de excepciones a la misma, sino, en rigor, por virtud de su correcta consideración dentro de la normativa a tener en cuenta, consideración que llevará bien a la conclusión de que el supuesto litigioso no está incluido en su campo de aplicación implícito, o bien a la conclusión de que los recursos internos fueron efectivamente agotados en el sentido con el que debe entenderse el requisito dentro del contenido de la regla.

La única hipótesis que, de acuerdo con la sistemática trazada, es propiamente constitutiva de un caso de excepción a la regla se presenta cuando la voluntad de las partes ha excluido tácita o expresamente la oponibilidad de la excepción del inagotamiento. Sólo en este supuesto un inagotamiento real en el sentido de la regla, y relativo a un caso incluido en su campo de aplicación implícito, deja de producir la consecuencia jurídica a la que la regla lo conecta.

Por el contrario, no constituyen excepciones autónomas los siguientes supuestos: a) La ausencia de un vínculo efectivo y voluntario del particular con el Estado demandado; b) La circunstancia de que el acto lesivo haya emanado de los poderes legislativo o constitucional, o de los más altos órganos del poder ejecutivo, y c) Las circunstancias de orden subjetivo que afectan a la posición relativa del particular con respecto a los recursos objetivamente eficaces y suficientes.

Su aplicación: cuestiones procesales que plantea

Aunque la regla no señala un requisito procesal, sino que condiciona la responsabilidad, su alegación en el proceso internacional sirve generalmente de apoyo a una excepción preliminar. Este carácter, que evidentemente la separa de los aspectos estrictamente sustantivos del proceso internacional, se justifica en el marco de una acepción amplia de la

preliminaridad, obtenida por exclusión a partir de la delimitación estricta del fondo como constituido exclusivamente por las cuestiones que afectan a la ilicitud. En efecto, salvo en el caso de que se trate de una denegación de justicia, la admisión de la excepción puede poner fin al proceso sin que la decisión se pronuncie acerca de ningún aspecto de la controversia sobre la ilicitud de la conducta incriminada.

Sin embargo, el carácter preliminar de la excepción es contingente. El tribunal internacional puede rechazar la excepción en cuanto preliminar, sin que ello impida que la tome en consideración como alegación referente al fondo en sentido estricto, o puede también unirla al fondo sin prejuzgar su carácter preliminar; que lo conserve o no en la decisión que ponga fin al proceso dependerá del grado de vinculación con el fondo.

De cualquier modo, la aplicación de la regla a un caso de inagotamiento resuelve definitivamente la diferencia cuando se trata de un agotamiento perentorio, es decir, cuando ya no existe para el particular la posibilidad de agotar los recursos internos por haber dejado transcurrir los plazos para interponerlos o proseguirlos, o cuando su allanamiento o desistimiento producen el mismo efecto. Si el inagotamiento no es definitivo, la decisión que lo estime puede, teóricamente, suspender la instancia hasta la sentencia interna definitiva o el transcurso de los plazos; rechazar la demanda, dejando a salvo la posibilidad de iniciar un nuevo proceso después del agotamiento; o bien, decretar la unión de los autos en el caso de que, agotados los recursos, se presente una segunda demanda.

La desestimación de la demanda con base en la excepción tendrá lugar generalmente como consecuencia de su inadmisibilidad; pero, según se desprende de lo que antecede, el inagotamiento puede ser también la razón que impida la declaración de ilicitud. En tercer lugar, la admisión de la excepción por el órgano internacional puede incidir sobre su competencia en el caso de que ésta derive de un título que la delimite por medio del requisito del agotamiento.

Planteadas la excepción del inagotamiento en el proceso internacional, la actividad de las partes en cuanto a su impugnación y prueba viene regida en gran parte por las normas generales del Derecho Internacional procesal sobre prueba. En principio, la parte que alega la excepción debe aportar una prueba *prima facie* de la existencia de recursos inagotados. La oposición de la parte contraria comporta la carga de la prueba del agotamiento de los recursos alegados por el Estado demandado o de su ineficacia o insuficiencia.

SINTESIS DE LAS CONCLUSIONES

La coherencia de una teoría jurídica global de la regla del agotamiento de los recursos internos necesita la inspiración común de su conjunto en unos principios directivos a los que responden las soluciones concretas. En el presente estudio, las ideas motrices en la génesis de las conclusiones a las que se ha llegado, y que, por tanto, las compendian implícitamente, operan en dos direcciones que se interfieren pero que son aislables a efectos expositivos.

En una primera dirección, que podría calificarse de ontológica, la idea central está constituida por el significado y contenido explícito de la regla del agotamiento. Partiendo de su fundamento y atendiendo a la situación actual en la que desemboca su evolución histórica, se establece que la regla condiciona la responsabilidad internacional, por el daño infringido a una persona privada, al agotamiento de los recursos internos. La ampliación de hecho del ámbito de vigencia de la norma y la consiguiente variedad de los procedimientos de sanción de la ilicitud internacional en los que actúa trae consigo la necesidad de explicar su fundamento y naturaleza con independencia de todo mecanismo procesal. Por tanto, las mismas circunstancias que han movido a configurar de un modo unitario el campo de aplicación de la regla, integrándolo por todos aquellos supuestos en los que se debate la responsabilidad internacional del Estado por daños a particulares, mueven también a pensar que es aquí, en este terreno común, donde, en última instancia, debe buscarse su fundamento y significado. Esta concepción ilumina considerablemente una gran parte de la problemática jurídica de la regla, constituyendo el centro cuyas consecuencias prolongan la primera dirección a la que se ha hecho referencia.

La segunda dirección está proyectada por la consideración funcional según la cual la regla sirve mejor a sus finalidades si su teoría jurídica no se encierra en moldes rígidos y herméticos. Una construcción mecanicista priva a la regla de su capacidad de adherencia y adaptabilidad

a la realidad en la que actúa. De ahí que se haya puesto el acento en su carácter flexible y que se haya reconducido todo criterio tendente a determinar los recursos que han de haber sido agotados al basado en la eficacia y suficiencia de cada recurso, criterio que, unido al de la diligencia media del particular en el ejercicio de los recursos comprendidos en la regla, delimita con la suficiente elasticidad su contenido implícito.

