

ESTADO ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Jorge Raúl Mariño Fages (h)¹

Introducción

La palabra “responsabilidad” importa la idea de una noción jurídica, por eso durante mucho tiempo en las relaciones internacionales, la noción de responsabilidad no era tenida en cuenta, toda vez que las relaciones de poder y no de derecho eran las que imperaban.

Los principios de soberanía, igualdad jurídica e independencia de los Estados, ligado a su escasa cantidad -no superan los doscientos en la actualidad-, como a las diferencias abismales de potencialidades entre estos -extensión territorial, densidad poblacional, recursos tangibles e intangibles, etc.-, en un contexto descentralizado, sobre todo antes de la aparición de las Naciones Unidas y aún con ella, habida cuenta de la carencia de tribunales internacionales dotados de competencia obligatoria para entender en las controversias internacionales y en la ausencia de efectividad de las autoridades internacionales que centralicen la aplicación de sanciones a nivel internacional, imponibles a los Estados responsables de las violaciones,² conspira con la intención plausible de poder desarrollar un plexo normativo que regule todo lo concerniente a la responsabilidad en el ámbito internacional.

Por eso, la institución de la responsabilidad internacional, como otras muchas instituciones del ordenamiento de la comunidad internacional, no ha podido alcanzar todavía un grado de desarrollo y claridad comparable a los logrados en los derechos internos.³

¹ Profesor Titular de Derecho Internacional Público, Cátedra “A”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE. Doctor en Derecho Público, Política y Gobierno; Magister en Procesos de Integración Regional.

² Cfr. Mariño Menéndez, Fernando M. (1993), *Derecho Internacional Público, Parte General*, Madrid: Trotta, pág. 398.

³ Mariño Menéndez, Fernando M., ob. cit., pág. 398.

Concepto

La responsabilidad puede ser definida como el conjunto de obligaciones que nacen a cargo de un sujeto en razón de un hecho -acción u omisión- que le es imputable.⁴

En otras palabras, toda acción u omisión contraria a una obligación jurídica de parte de un sujeto de derecho, al que le es imputable tal acto, da nacimiento a una obligación nueva, que tiene por objeto la reparación, en forma adecuada de las consecuencias de tal acto.

Cuando un acto ilícito internacional es imputable a un sujeto de derecho internacional, se puede hablar de responsabilidad internacional y si el sujeto resulta ser un Estado, se está en presencia de la responsabilidad internacional del Estado. Entonces cabría decir que la responsabilidad es la obligación que le incumbe, según el derecho internacional, al Estado al que le es imputable un acto o una omisión contraria a sus obligaciones internacionales, de dar una reparación al Estado que ha sido víctima en sí mismo o en la persona o los bienes de sus nacionales.⁵

La Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) ha expresado en el “Asunto de la Fábrica de Chorzow”, que “*es un principio de derecho internacional, e incluso una concepción general del derecho, que toda violación de un compromiso implica la obligación de reparar*”;⁶ también la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en la causa “Canal de Corfú”, se expidió en el sentido de que los Estados deben responder por el incumplimiento de una norma consuetudinaria u otra.

De esta ilación jurisprudencial, se infiere que la responsabilidad internacional proviene del incumplimiento tanto de las normas convencionales, o consuetudinarias, como de los principios generales del derecho, y tiene un carácter eminentemente reparador, en un ordenamiento tan pobre en sanciones como el derecho internacional, no obstante las tendencias hacia la ampliación de las funciones de la responsabilidad.⁷

⁴ Podestá Costa, L. A. y Ruda, José María (1985), *Derecho Internacional Público*, T. 2, Buenos Aires: Tea, pág. 185.

⁵ Podestá Costa, L. A. y Ruda, José María, ob. cit., pág. 189.

⁶ CPJI, Serie A, N° 17, pág. 24, citado en: Barboza, Julio (2004), *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires: Zavallia, pág. 348.

⁷ Cfr. Pastor Ridruejo, José A. (1992), *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Madrid: Tecnos, pág. 567.

Por la evolución histórica del derecho internacional, la responsabilidad internacional surgió primero como una relación de Estado a Estado, para luego irse extendiendo a los otros sujetos del derecho internacional, a medida que iban apareciendo en el contexto internacional.

Al mismo tiempo, en los comienzos, se consideraba solo la responsabilidad por daños causados a las personas o a los bienes de los extranjeros, en el entendimiento de que el Estado hacía respetar en la persona de sus súbditos el derecho internacional,⁸ pero actualmente, esta noción abarca además, todo lo concerniente a los daños directos provocados a los derechos de los Estados.⁹

Antecedentes

Durante siglos, cuando un extranjero era afectado en su persona o bienes, el Estado de la nacionalidad ejercía por vías de hecho, actos de violencia contra el Estado infractor. Entonces, no había objeciones desde el punto de vista jurídico de utilizar la fuerza para hacerse justicia por mano propia.

A partir del siglo XIX, los Estados que se consideraban lesionados por otro u otros, obraban de dos maneras: a) a través del llamado “derecho de intervención”, que en su tiempo fuera invocado por la “Santa Alianza”, a los fines de defender los principios de “legitimidad” y “restauración” monárquica; o b) por medio de la “protección diplomática” -gestión realizada ante un gobierno por el representante oficial de otro Estado, con el objeto de obtener una reparación por los intereses lesionados a uno de sus nacionales-. Pero las vías de hecho se prestaban a abusos, ya que solo pueden ser ejercidas por los Estados poderosos contra los Estados débiles.

En el siglo XX, hubo intentos de instituciones privadas para la codificación de esta temática, como por ejemplo el del Instituto Americano de Derecho Internacional (1925); el del Instituto de Derecho Internacional (1927); los de la Harvard Law School (1921 y 1956); el de la American Law Institute (1956).¹⁰

⁸ Esto se mantiene en el presente, a tal punto que el Estado tiene la potestad de actuar discrecionalmente en lo que hace a la concesión de la “protección diplomática”, como a la forma de la reparación pretendida.

⁹ Podestá Costa, L. A. y Ruda, José María, ob. cit., pág. 186.

¹⁰ Podestá Costa, L. A. y Ruda, José María, ob. cit., pág. 186.

Desde la perspectiva de las organizaciones internacionales, en la época de la Sociedad de las Naciones, en el año 1930, se celebró en La Haya (Holanda), una Conferencia de Codificación del Derecho Internacional, que en lo referido a la responsabilidad internacional, intentó regular los casos por daños causados a particulares extranjeros. La Conferencia fracasó porque no pudo llegar a las conclusiones, debido a las fuertes divergencias entre las delegaciones.¹¹

Ya, dentro de la Organización de las Naciones Unidas, la Comisión de Derecho Internacional, desde 1953, viene trabajando en la codificación de la problemática relativa a la responsabilidad internacional por hechos ilícitos de los Estados, proponiendo normas que han ido conformando un Proyecto de Artículos (PA) a través de sucesivos relatores –García Amador, Roberto Ago, W. Riphagen, G. Arangio-Ruiz y James Crawford-¹² Pero es el caso que hasta la fecha los Estados no han podido ponerse de acuerdo enteramente sobre la espinosa cuestión; incluso más, la participación del último relator ha significado una modificación sustancial de lo que se había logrado hasta ese instante, al eliminar lisa y llanamente las nociones de crimen y delito internacional; como la acción “comunitaria” de los Estados entre otros aspectos.

El último formato de Proyecto de Artículos que se halla en proceso de deliberación desde diciembre de 2001, no solo se limita a la codificación de la experiencia adquirida, por la práctica internacional ya existente, en materia de responsabilidad internacional de los Estados, sino que desenvuelve aspectos de desarrollo progresivo, como el que resulta del Capítulo III, referido a las violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general.

El Proyecto de Artículos tampoco se restringe a los daños causados a particulares extranjeros, sino que avanza sobre los perjuicios directos que un Estado puede sufrir por el incumplimiento de otro -violación del territorio, incumplimiento de un tratado, etc.-.

Se suscitó un interesante y rico debate en el seno de la Comisión,¹³ respecto de la forma que debía adoptar el Proyecto de Artículos. Muchos apoyaban la firma de

¹¹ Pastor Ridruejo, José A., ob. cit., pág. 569.

¹² Pérez Giralda, Aurelio (2001), “El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad de los Estados, al final del camino”. Conferencia en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, en fecha 22/11/2001, en “Revista Electrónica de Estudios Internacionales”, pág. 5.

¹³ Informe de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 53º período de sesiones; Asamblea General, Documentos Oficiales, 56º Período de Sesiones, Suplemento nº10

un tratado o la celebración de una conferencia internacional para ello, en la idea de que la función de la Comisión es declarar el derecho, lo que solo puede hacerse por medio de una convención internacional, que le da carácter obligatorio, a la vez que las normas consuetudinarias adquieren mayor certidumbre y fiabilidad.

Un segundo grupo prefería que la Asamblea General tomara nota del Proyecto de Artículo y lo aprobara por resolución o declaración; argumentando que era difícil determinar los elementos básicos del derecho internacional en un tratado, además de que se corría el riesgo de que no fuera ratificado por los Estados y que por otra parte no era estrictamente necesario, toda vez que, de por sí, el mismo texto del PA, había ejercido influencia y ya había sido citado y utilizado, por diversos tribunales internacionales.

Se alegaba que, aunque era preferible una convención, la solución no era realista dada las dificultades que inevitablemente surgirían; sin embargo una resolución o declaración unánimemente aceptada por la Asamblea General, sería una mejor opción que una convención que tal vez fuera ratificada por pocos Estados. Así, la fuerza de esa disposición estaría dada por la autoridad de la Comisión de Derecho y la Asamblea General, la práctica de los Estados y las doctrinas actuales, generando un *soft law* de impacto decisivo en las relaciones internacionales y la conducta de los Estados, como probaba la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.

Al final, el procedimiento que se empleó fue que la Comisión recomendó a la Asamblea General que en primera instancia, esta tomara nota del PA por una resolución y que luego, teniendo en cuenta la importancia del tema, que la Asamblea General, considerara en una segunda fase posterior la adopción de una convención internacional.

Así, el Proyecto de Artículos sobre “*Responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*” (PA) fue adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53 período de sesiones (A/56/10) y anexado por la Asamblea General en su Resolución N° 56/83, de fecha 12 de diciembre de 2001.¹⁴

(A/56/10), págs. 17-20, Naciones Unidas, 2001, New York, en www.un.org/spanish/law/ilc/a5610.pdf, de fecha 2/2/2012.

¹⁴ Proyecto de Artículo sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en www.aloj.us.es/eulalia/derecho. Fecha 1/2/2012.

Por otro lado, la Comisión de Derecho Internacional, desde 1978, se ha abocado al estudio de la responsabilidad por actos no prohibidos por el derecho internacional, que se analizará más adelante.

Fundamento

La doctrina clásica elaborada por Grocio en 1625, apoyándose en la teoría de la culpa, sostenía que una comunidad no debía responder por los hechos de los individuos que la componen sino cuando ella hubiera contribuido a su ejecución por hecho propio o por su negligencia.

En 1649, Puffendorf, enuncia la presunción de que el Estado, salvo prueba en contrario, se halla en condiciones de evitar que sus nacionales ejecuten hechos lesivos para los extranjeros, con lo cual, la idea de la responsabilidad por culpa que Grocio entendía que debía ser empleada en circunstancias excepcionales, pasaba a ser la regla común, o sea que el Estado debía responder siempre, a menos que demostrase que no hubo culpa de su parte.

Estas dos tendencias se fueron polarizando, llegando a constituir dos posiciones totalmente encontradas y opuestas, entre la responsabilidad absoluta y la irresponsabilidad absoluta del Estado.

A comienzos del siglo XX, Anzilotti, se pronunciaba a favor de la teoría de la responsabilidad objetiva y para refutar la teoría de la culpa (subjética), decía que podían presentarse dos situaciones: a) que la conducta del órgano fuera contraria al derecho interno y al derecho internacional y b) que la conducta del órgano fuera contraria al derecho internacional pero conforme al derecho interno. En la primera hipótesis, no podría atribuirse responsabilidad al Estado, ya que el órgano actuó en contravención o violación del derecho interno y en la segunda hipótesis tampoco habría responsabilidad del Estado, porque el órgano actuó de acuerdo al derecho interno; sin embargo, en ambos casos hay responsabilidad internacional.

Siguiendo a Kelsen -que solo concibe la existencia del derecho cuando hay sanción por el incumplimiento de las obligaciones que aquel impone, y que extendida su tesis al derecho internacional, la sanción toma la forma de las represalias, como único medio coercitivo en una sociedad descentralizada de Estados-, desde un primer momento, la Comisión de Derecho Internacional al analizar la temática de la responsabilidad internacional, apoyó la postura de que además del carácter reparador de la responsabilidad, se podrían aplicar sancio-

nes en esta rama del derecho, al diferenciar los delitos de los crímenes internacionales, dependiendo de la naturaleza de la obligación violada. Esta filosofía se mantuvo así en el Proyecto que fue aprobado en 1996 en primera lectura, pero que fuera dejada sin efecto posteriormente.¹⁵

Otros autores sostienen -basados en la jurisprudencia internacional-, que en realidad, la responsabilidad se funda únicamente en la existencia del hecho ilícito internacional, es decir, en la violación de una norma de derecho internacional. Esta fue, finalmente, la posición que prosperó en el Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional (2001), al indicar que el hecho internacionalmente ilícito, consiste en una violación de un comportamiento internacional que crea para el Estado responsable, la obligación de reparar y para el Estado perjudicado, el derecho subjetivo de exigir la reparación.¹⁶

Elementos

Existe asentimiento en la doctrina de que dos elementos son necesarios para configurar la responsabilidad internacional de un Estado; algunos autores le agregan un tercer elemento.

Los dos elementos no controvertidos son: 1) un acto u omisión imputable al Estado como persona jurídica internacional (elemento subjetivo), y 2) que el acto u omisión viole una obligación internacional entre el Estado autor del acto u omisión y el Estado perjudicado (elemento objetivo).

El tercer elemento, al que alude una parte importante de la doctrina, abonado por la jurisprudencia, es que exista un perjuicio o daño que sea consecuencia de la acción u omisión infractora del Estado.

Los que pregonan esta afirmación, se basan en un principio general del derecho según el cual *“todo el que causa un daño a otro tiene la obligación de repararlo”*, con lo que la idea de daño es inescindible de la de responsabilidad. Jiménez de Arechaga¹⁷ alega el principio de que nadie tiene acción sin un interés de carácter jurídico, haciendo referencia al perjuicio. El daño o perjuicio

¹⁵ Pérez Giralda, Aurelio; ob. cit., págs. 3-4.

¹⁶ Podestá Costa, L.A. y Ruda, José María, ob. cit., págs. 200-201. Cfr. Mariño Menéndez, Fernando M., ob. cit., págs. 401-402.

¹⁷ Jiménez de Arechaga, Eduardo (1980), *El derecho internacional contemporáneo*, pág. 314.

tiene normalmente carácter patrimonial o económico, pero puede también afectar intereses no materiales, como la dignidad del Estado.

Los que consideran solamente dos primeros elementos, entienden que no hace falta el daño para generar responsabilidad internacional, pues el solo hecho de la violación de una obligación internacional, es en sí misma un perjuicio; así toda violación de un derecho es un daño.¹⁸ Finalmente, la Comisión en su proyecto prefirió no hacer alusión al daño o perjuicio como elemento independiente o autónomo del acto internacionalmente ilícito.¹⁹

El acto ilícito internacional

El Proyecto de Artículos dice en el Artículo 1 que “*Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional*”.²⁰

Hecho: es el comportamiento activo -acción- (ejemplo: incumplimiento de un tratado; prohibir el “paso inocente” de buques extranjeros por el mar territorial del Estado; etc.) o pasivo -omisión- (ejemplo: no dictar una ley interna exigida por un tratado; no proteger una Embajada; etc.) de un Estado (Artículo 2 del PA).

Ilícito: evoca la idea de contravención del derecho; es la violación de una obligación que lesiona a otro Estado (Artículo 2, inc. b), del PA); cuando un hecho de un Estado no está en conformidad con la obligación de lo que de él se exige, cualquiera sea el origen o la naturaleza de la obligación (Artículo 12 del PA).

Dicha obligación debe estar en vigor al tiempo de su incumplimiento o violación, como lo dispone el Artículo 13 del PA. En el caso *Enterprize*, los ingleses detuvieron a un buque esclavista norteamericano y dejaron libre a los esclavos que el buque transportaba, cuando la esclavitud no era contraria todavía al derecho internacional. Ante tal situación los Estados Unidos demandaron a Inglaterra y ganaron la controversia, no obstante que al momento de dictarse el fallo, el transporte de esclavos ya se consideraba como ilícito.²¹

¹⁸ Gutiérrez Posse, Hortensia (2004), *Guía para el conocimiento de los elementos de derecho internacional público*, Buenos Aires: La Ley, pág. 90.

¹⁹ Díez de Velasco, Manuel (1997), *Instituciones de derecho internacional público*, Madrid: Tecnos, pág. 669.

²⁰ Proyecto de Artículo sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en www.ajol.us.es/eulalia/derecho. Fecha 1/2/2012.

²¹ Díez de Velasco, Manuel, ob. cit., pág. 671.

Internacional: implica que solo el derecho internacional puede calificar un acto u omisión como ilícito; por eso el Artículo 2, inc. b), del PA expresa que el comportamiento estatal debe constituir una violación de una obligación internacional.

No sería internacionalmente ilícito un acto que suponga una contravención de obligaciones contenidas en contratos (de concesión, etc.) celebrados entre Estados y personas extranjeras o incluso entre Estados pero regidos por el derecho interno de uno de ellos.²²

La fuente de la obligación violada puede ser de origen convencional, consuetudinario u otra (ejemplo: acto unilateral, resolución de organismos intergubernamentales o sentencia o laudo arbitral).

La posible calificación de lícito de una acción u omisión en el derecho interno carece de relevancia en la esfera internacional (Artículo 3 del P.A.).

Sujeto de derecho internacional: El hecho ilícito internacional debe ser atribuible a un Estado indica el Artículo 2, inc. a), del P.A.

Ahora bien, el Estado, como sujeto primigenio del derecho internacional, es una persona moral, un ente abstracto y por lo tanto actúa por medio de órganos individuales o colectivos. En tanto y en cuanto, las personas actúen en nombre o representación del Estado, los actos y omisiones le son imputables a este. A tales efectos, los Artículos 4²³ a 6 del P.A., considera como actos de los Estados, los realizados por los siguientes actores:

- a) Poderes Ejecutivo -por ser el que tiene a su cargo el manejo de las relaciones exteriores, por lo que cualquier acción u omisión contraria a derecho internacional engendra responsabilidad-, Legislativo -en tanto dicte normas internas incompatibles con las obligaciones internacionales, cuando en no dictar normas internas necesarias para cumplir tales obligaciones- y Judicial -cuando obra denegando justicia, que consiste en no permitir al extranjero acceder a los tribunales internos; retrasar indebidamente y sin justificación la decisión judicial o en dictar fallos manifiestamente incom-

²² Diez de Velazco, Manuel, ob. cit., pág. 667.

²³ “1. Se considera hecho del Estado el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones, legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central, como a una división territorial del Estado. 2. Se entenderá que órgano, incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado”, Artículo 4 del PA, en www.aloj.us.es/eulalia/derecho, de fecha 1/2/2012.

patibles con las obligaciones internacionales, o absolutamente injustos, rayano con la mala fe; dejando a salvo el mero “error judicial”, que descarta al instituto de la “denegación de justicia”-.

- b) Municipios, provincias, cantones, regiones, como cualquier otra división territorial interna del Estado. La Corte Internacional de Justicia tuvo oportunidad de expedirse en el caso “LaGrand”,²⁴ en el año 2001.
- c) Bancos públicos, empresas de servicios públicos, etc.,²⁵ y cualquier otra persona o entidad que tenga la condición de órgano del Estado, según su derecho interno.
- d) Órganos estatales que se exceden en su competencia o que vulneren instrucciones.

El comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano o entidad actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones. (Artículo 7 del P.A.) Esto, porque es de aplicación en el caso la culpa *in eligendo*.

- e) Personas o grupos de personas que por catástrofes actúan como gestores de negocios del Estados, por ejemplo, en terremotos, inundaciones, toman decisiones en nombre del poder público. Se considerará hecho del

²⁴ González Napolitano, Silvina (2001), “¿Es la información sobre la asistencia consular un derecho humano? Los últimos pronunciamientos internacionales en relación con el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares”. En: Revista La Ley, de fecha 9/5/2001, pág. 2. Gutiérrez Posse, Hortensia, ob. cit., págs. 95-96. “Caso LaGrand” (Alemania c/Estados Unidos). Alemania demandó a los Estados Unidos por entender que este último había violado normas de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, al no hacer saber a los hermanos LaGrand su derecho a comunicarse con las autoridades consulares con lo que se habría privado de la posibilidad de brindarles asistencia. Los hermanos LaGrand de nacionalidad alemana y residentes en USA, fueron arrestados en el estado de Arizona por su participación en una tentativa de robo de un banco a mano armada, durante el cual murió una persona y por lo tanto fueron condenados a muerte. La Corte Internacional de Justicia hizo lugar a la demanda, desestimando el argumento de los Estados Unidos, según el cual los actos no le serían imputables, desde que se tratarían de conductas atribuibles a uno de los estados que integran la Unión y no al Estado federal.

²⁵ Pastor Ridruejo, José A., ob. cit., pág. 582.

Estado, el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento, o ejerce de hecho atribuciones del poder público, en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias tales que requieren el ejercicio de esas atribuciones (Artículos 8 y 9 del P.A.).

- f) Cuando un Estado a pedido de otro presta órganos, los actos de estos se consideran como realizados por el Estado requirente. “*Se considerará hecho del Estado... el comportamiento de un órgano puesto a su disposición por otro Estado, siempre que ese órgano actúe en el ejercicio de atribuciones del poder público del Estado a cuya disposición se encuentra*” (Artículo 6 del P.A.). Esto sin perjuicio de la responsabilidad del tercer Estado si tenía conocimiento de que su ayuda o asistencia contribuiría a la comisión de un hecho internacionalmente ilícito y el hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que presta la ayuda o asistencia. Por ejemplo, si un Estado provee elementos o materiales para la fabricación de armas de destrucción masiva o financia proyectos; en ese sentido serían tanto responsables, el Estado asistente, como el que recibe la colaboración.²⁶

El Estado en principio no responde por los actos de: a) los particulares, salvo que tenga una obligación de protección especial, una responsabilidad objetiva, como le cabe a los Estados proteger determinados bienes o personas del extranjero: legaciones diplomáticas y diplomáticos, etc.²⁷ y b) los movimientos insurreccionales. Pero si el movimiento toma el poder, se constituye en gobier-

²⁶ Gutiérrez Posse, Hortensia, ob. cit., pág. 91.

²⁷ Gutiérrez Posse, Hortensia, ob. cit., págs. 95-96. Caso “Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán” (Estados Unidos c/Irán). Un grupo de militantes iraníes ocuparon la Embajada norteamericana en Teherán en 1979, reteniendo al personal diplomático y consular que allí se encontraba. La Corte señaló que aun cuando por falta de prueba suficiente el comportamiento inicial de los militantes no podía imputarse directamente a Irán, en razón de que ulteriormente este Estado no actuó de modo de prevenir el ataque, impedir que se lleve a cabo o evacuar los locales y liberar a los rehenes, sino que por el contrario, había aprobado esas conductas, tal comportamiento constituye un hecho del Estado que compromete su responsabilidad internacional.

no o en otro Estado, ese nuevo gobierno o Estado es responsable de los actos realizados en su oportunidad (Artículo 10 del P.A.).

Consecuencias de la responsabilidad internacional

La violación o incumplimiento del derecho internacional genera para el Estado que se le atribuye el incumplimiento, la obligación o el deber de reparar íntegramente al Estado lesionado, como surge del Artículo 31 del P.A..

Por lo tanto, de la normativa consensuada por la Comisión -hasta el estado actual del derecho internacional-, la consecuencia de la responsabilidad internacional es la reparación.

El daño causado por la violación de una obligación internacional, puede afectar tanto a una persona física o jurídica como a un Estado; pero es el Estado, como sujeto primordial y principal de esta rama del derecho, el que se encuentra legitimado y al que se le debe la reparación; porque es este quien hace respetar en la persona de los súbditos el derecho internacional. Por ende solamente los Estados son los titulares de la reparación, por lo que pueden disponer de ella.

Modalidades de la reparación

El Artículo 31.2) del P.A. prescribe que el perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral y el Artículo 34 del P.A., esgrime que la reparación íntegra del perjuicio adoptará la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada.

En esa línea, cuando el daño es susceptible de restitución, se aplica el principio *restitutio in integrum*, o reposición de las cosas al estado anterior del hecho ilícito, siempre que no sea materialmente imposible y no entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución, como se deduce del Artículo 35 del P.A. Si no es posible volver las cosas al estado anterior, y el daño puede ser valorado pecuniariamente, corresponde la indemnización (Artículo 36.1 del P.A.).

Si bien le cabe al Estado reclamante, la opción de elegir la modalidad de la reparación, sea esta una restitución en especie o una indemnización; en caso de

nacionalización de bienes o de empresas extranjeras, no corresponde la restitución sino solo la indemnización.²⁸

La indemnización económica debe cubrir en lo posible todo el perjuicio ocasionado; así lo tenía entendido la jurisprudencia por ejemplo en los casos *Cape Horn Pigeon* (1902) y “Indemnizaciones de guerra de Turquía a Rusia” (1912),²⁹ por lo tanto, debe contener al daño emergente (el valor de las cosas dañadas o perdidas), el lucro cesante (el valor de lo que se ha dejado de percibir por el daño) y los intereses (valor del fruto del capital), que abarca toda la suma principal adeudada y que se devengarán desde la fecha en que debería haberse pagado la suma principal hasta la fecha en que se haya cumplido la obligación de pago; como está contemplado en los Artículos 36.2 y 38 del P.A.

En las hipótesis de que los actos no puedan ser reparados mediante la restitución o no sean susceptibles de apreciación económica, se deben dar satisfacciones; entendiéndose por tales, el reconocimiento de la violación; una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada. Por supuesto que la satisfacción no puede ser desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable, según el Artículo 37 del P.A.

En 1990 en el caso *Rainbow Warriors* -buque ecologista hundido en 1985, en un puerto de Nueva Zelandia, por agentes franceses de seguridad, que habían ingresado al país con pasaporte suizos falsos-, el tribunal arbitral (Secretario de la ONU), dispuso una satisfacción que Francia debía dar a Nueva Zelandia, por su comportamiento contrario a derecho internacional, por los daños materiales y morales que sufrió este último país.³⁰

Además de la indemnización económica y/o satisfacción, el Estado autor del acto ilícito internacional, en el supuesto de actos continuados, debe cesar en su comportamiento ilícito. En esa inteligencia se pronunció la Corte Internacional de Justicia en las causas “Personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teheran” (1982) y “Actividades militares y paramilitares en y contra de Nicaragua” (1986).

²⁸ Halajczuk, Bohdan y Moya Domínguez, María Teresa (1999), *Derecho internacional público*, Buenos Aires: Ediar, pág. 450.

²⁹ Díez de Velasco, Manuel, ob. cit., pág. 699.

³⁰ Pastor Ridruejo, José A., ob. cit., pág. 598.

La distinción entre crimen y delito internacional propugnado por el proyecto de artículos aprobado en 1996, sustituido por el de “violaciones graves” en el último Proyecto de Artículos.

De acuerdo al anterior Artículo 19, el hecho ilícito internacional podía catalogarse de crimen o delito internacional.

Se estaba en presencia de un crimen internacional, si la obligación vulnerada por un Estado era esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la Comunidad Internacional en su conjunto -obligaciones *erga omnes*-, a lo que se agregaba de modo no exhaustivo como crimen internacional: la agresión, el colonialismo, el apartheid, el genocidio, la esclavitud, la contaminación masiva de la atmósfera y los mares; en otras palabras si afectaba alguna norma imperativa del derecho internacional o *jus cogens*.

La calificación de crimen internacional, permitía que la acción pudiera ser ejercitada o perseguida por cualquier Estado y además del acto de reparación, correspondía la aplicación de sanciones al Estado violador.

Todo lo que no encuadrara en el crimen internacional, en forma residual era considerado delito internacional y en tal caso, la acción era individual del Estado lesionado y la consecuencia era solamente la reparación.

Este artículo constituía una norma de desarrollo progresivo al no contar con suficiente sustento y correlato en la práctica de los Estados. Asimismo, traía aparejado un problema insoluble aún en su posible implementación, por la falta de precisión sobre quien se hallaría habilitado para determinar el grado de sanción a aplicarse al Estado incumplidor; obviamente que no podría ser el Estado directamente afectado, porque no puede dejarse a la apreciación subjetiva y discrecional de las partes interesadas, so pena de hacer de la figura un arma política generadora de tensiones.

Entonces como “acción comunitaria”, podría haber sido la Corte Internacional de Justicia o el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, los órganos internacionales encargados de disponer el tipo de sanción, pero en este estadio -no obstante-, las potencias con derecho a veto en el Consejo de Seguridad estarían exentas de recibir sanciones, como también sus aliados, amigos o protegidos, con lo que el mecanismo hubiera quedado neutralizado.³¹

³¹ Pastor Ridruejo, José A., ob. cit., págs. 575-576.

Para el relator especial James Crawford, en 1998, el Artículo 19 había conducido a una excesiva polarización en las opiniones, por lo que mantenerlo hubiera supuesto la destrucción del proyecto de artículo sobre responsabilidad internacional en su conjunto, por lo que propuso su eliminación, a cambio de un sistema agravado de responsabilidad pero menos tajante, sin connotaciones penales o punitivas. La Comisión procedió en esa tendencia, pero atenuándolo aún más y consolidó en el Proyecto de Artículos aprobado en el 2001, la cuestión de las “*violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general*” (Capítulo III).³²

La responsabilidad por “violaciones graves”, además de las consecuencias generales de reparación; conlleva el deber de los terceros Estados en un doble comportamiento: de cooperar para poner fin, por medios lícitos, a tales violaciones (aspecto positivo) y de no reconocer como lícita una situación creada por una violación grave, ni prestar ayuda o asistencia para mantenerla (aspecto negativo) (Artículo 41 del P.A.).

Eximentes de la responsabilidad internacional

A pesar de que se pueda estar ante un hecho violatorio de una obligación internacional, a veces dicho hecho no es considerado como ilícito, cuando se suceden determinadas circunstancias que se mencionan *infra*; no obstante, se debe indemnizar cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión, como que también, se debe cumplir con la obligaciones, una vez que haya dejado de existir la circunstancia que excluyó la ilicitud (Artículo 27 del P.A.).

a) Consentimiento: El Artículo 20 del P.A. reza que “*el consentimiento válido de un Estado a la comisión por otro Estado de un hecho determinado excluye la ilicitud de tal hecho en relación con el primer Estados*”. Así, si un Estado consiente un acto que en principio puede dar lugar a responsabilidad internacional, como el caso de que un Estado solicite a otro el ingreso de tropas para ayudarlo a reprimir disturbios internos; el tránsito por el espacio aéreo o las aguas internas de un Estado; el establecimiento de instalaciones en su territorio, etc.. El consentimiento debe ser libre y haberse manifestado claramente.³³

³² Pérez Giralda, Aurelio; ob. cit., pág. 7.

³³ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, ob. cit., págs. 175 y 177.

b) Contramedidas: llamadas también “represalias” que de acuerdo al Artículo 22 del P.A., consisten en el hecho ilícito de un Estado respecto de otro, que queda excluido como tal, en la medida en que ese hecho fuera realizado contra el otro Estado, como consecuencia de un acto internacional ilícito cometido por ese otro Estado. Por ejemplo, la interrupción por un Estado de las relaciones económicas con otro, a las que esté obligado por un tratado de cooperación económica o de comercio, en cumplimiento de la decisión adoptada por una organización internacional como las Naciones Unidas; la interrupción de las comunicaciones ferroviarias, marítimas o aéreas regidas por algún acuerdo de cooperación vigente en esos campos o también la adopción de medidas como la prohibición del suministro de armas u otros materiales establecida por un tratado, etc.³⁴

Las contramedidas tienen por objeto inducir al otro Estado a cumplir las obligaciones que le incumben y tienen como límite el incumplimiento temporario de las obligaciones internacionales (Artículo 49 del P.A.).

Pero deben ser proporcionales al perjuicio sufrido, teniendo en cuenta la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y los derechos en cuestión (Artículo 51 del PA) y deben respetar siempre, la inviolabilidad de los agentes, locales, archivos y documentos diplomáticos y consulares (Artículo 50 del P.A.).

Por otro lado, las contramedidas no pueden afectar: a) la obligación de los Estados de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de un Estado, enunciado en el Artículo 2, inc.7, de la Carta de las Naciones Unidas; b) las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales; c) las obligaciones de carácter humanitario que prohíben represalias y d) otras obligaciones que emanen de normas imperativas del derecho internacional general (Artículo 50 del P.A.).

Antes de tomar las contramedidas, el Estado lesionado debe requerir al Estado responsable que cumpla con las obligaciones que le incumben, como también notificar la decisión de tomar contramedidas, como asimismo el ofrecimiento a negociar con dicho Estado (Artículo 52.1 del P.A.).

Las contramedidas no deben aplicarse, y en caso de haberlas aplicado, deben suspenderse inmediatamente, si el hecho ilícito ha cesado o la controversia que las motivara, estuviera sometida a una Corte o un tribunal facultados para dictar decisiones vinculantes para las partes (Artículo 52.2 del P.A.).

³⁴ Pastor Ridruejo, José A., ob. cit., pág. 578.

c) Fuerza mayor o caso fortuito: se entiende por tal, cuando un hecho no puede preverse o previsto no puede evitarse; el Artículo 23 del P.A., lo prevé como “*una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto, ajenos al control del Estado, que hacen materialmente imposible, cumplir con la obligación*”. Puede deberse a un hecho natural o físico, como podría ser que una aeronave que por pérdida de control o tempestad ingresa en el espacio aéreo extranjero sin autorización, o un terremoto, inundaciones, sequías, etc., o a una intervención humana, como la pérdida del control de parte del territorio por una insurrección.³⁵

d) Peligro extremo o inminente: para las personas que componen los órganos del Estado, que el Artículo 24 del P.A. lo dispone “*cuando el autor de un hecho no tiene razonablemente otro modo, en una situación de peligro extremo, de salvar su vida o la vida de otras personas confiadas a su cuidado*”. Se diferencia de la fuerza mayor en el sentido de que en este caso se tiene una opción teórica de perecer o incumplir una obligación internacional, como sería una aeronave o buque con averías, que ingresan sin autorización en territorio extranjero, en raíz del mal tiempo o de fallas mecánicas o de navegación. Este Artículo 24, se limita a casos en que se encuentra en juego la vida humana.³⁶

e) Estado de necesidad: en este supuesto es la propia existencia del Estado que está en peligro; se halla en peligro la supervivencia económica o política del Estado;³⁷ pero para que esta eximente sea operativa, el Estado no debe de haber provocado el estado de necesidad.

En similares términos el Artículo 25 del P.A., afirma que no se puede invocar el estado de necesidad a menos que sea el único modo para que el Estado salvaguarde un interés esencial contra un peligro grave e inminente y que no afecte gravemente a un interés esencial de otro Estado o de todos los Estados, con relación al cual existe la obligación o de la comunidad internacional en su conjunto.

³⁵ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, ob. cit., pág. 188.

³⁶ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, ob. cit., pág.198.

³⁷ Mariño Menéndez, Fernando M. -ob. cit., pág. 412- considera que las únicas situaciones en las que parece admisible esta causa están relacionadas con la salvaguardia de los derechos humanos fundamentales de los súbditos del Estado en cuestión o, por lo menos, con graves consideraciones humanitarias relativas a ellos. No parece admisible en cambio que se aplique a la defensa de intereses del Estado en su estricta cualidad de entidad política.

Se ha invocado para proteger gran variedad de intereses, como la salvaguardia del medio ambiente; la preservación de la existencia misma del Estado y de su población, en un momento de emergencia pública o la garantía de seguridad de una población civil; etc. En el asunto “indemnización rusa”, el gobierno otomano justificó su tardanza en el pago de la deuda, que tenía con el gobierno ruso alegando haberse encontrado con una situación financiera sumamente difícil.³⁸

f) Legítima defensa: que es la utilización de la fuerza que se encuentra prohibido por el derecho internacional, pero autorizado por vía de excepción en situación de repeler un acto de agresión. El Artículo 21 del PA acoge esta exclusión si el hecho constituye una medida lícita de legítima defensa tomada de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

En esta inteligencia, la excepción de legítima defensa, puede aceptarse en la actualidad con los condicionamientos estrictos (respuesta a una agresión actual, carácter provisional, subordinación al control del Consejo de Seguridad, etc.) con que aparece configurada en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. A este respecto en el asunto de las “*actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*” (1986), la Corte rechazó la justificación de la legítima defensa colectiva alegada por los Estados Unidos en relación con sus actividades en y contra Nicaragua por presunta agresión armada de este país a El Salvador.³⁹ Otro tanto se podría argumentar sobre la actuación que le cupo a los Estados Unidos y a un grupo de Estados aliados, al invadir Irak en el año 2003, aduciendo legítima defensa “preventiva”.

Pero aunque se den algunos de los motivos expresados en este apartado, no se excluirá la ilicitud de cualquier hecho, si se atenta contra una norma imperativa de derecho internacional general o *jus cogens*, como lo esboza el Artículo 26 del PA.

El Proyecto no define al *jus cogens*, por lo que se debe acudir al concepto asentado en el Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969, que dice:

una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y

³⁸ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, ob. cit., págs. 208-209 y 203-204.

³⁹ Díez de Velasco, Manuel, ob. cit., pág. 702.

*que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.*⁴⁰

Responsabilidad internacional por actos no prohibidos

En consideración a los nuevos temas que se van incorporando a la agenda internacional, como la compleja problemática del medio ambiente, la Comisión de Derecho Internacional, a partir de 1978, ha emprendido también el tratamiento de lo que convencionalmente se llama la responsabilidad “objetiva” o por riesgo, es decir, todo lo referente a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional; siendo su primer relator Quentin-Baxter, a quién le sucedió Mac Caffrey, y a este, Julio Barboza.

La cuestión supone que, no obstante el actuar conforme a derecho por parte de los Estados, en caso de que por dicho comportamiento legítimo se lesionara a otro Estado, se debe reparar.

La práctica convencional demuestra que, en ciertas situaciones en que se encuentran habilitados para actuar los Estados, deben indemnizar, sin necesidad de previo hecho ilícito de estos; por ejemplo, el Artículo 110 de la Convención de Jamaica sobre el Derecho del Mar que faculta a los buques de guerra o a aeronaves militares a ejercer en alta mar el derecho de visita y registro sobre buques o aeronaves extranjeras de los que se tenga motivos razonables para sospechar que se dedican a la piratería, a la trata de esclavos, se utilizan para efectuar transmisiones no autorizadas, no tengan nacionalidad; pero si la sospechas resultan infundadas, el buque o aeronaves visitadas deben ser indemnizados por todo perjuicio o daños sufridos.

Otros supuestos regulados normativamente son las denominadas actividades ultra peligrosas, como son las que se desenvuelven en el espacio ultraterrestre, el uso de la energía nuclear con fines pacíficos, el transporte de sustancias peligrosas y en general, cualquier actividad que pueda causar daños en el medio ambiente.⁴¹

⁴⁰ García Ghirelli, José I. (1988), *Tratados y documentos internacionales*, Buenos Aires: Zavalía, pág. 783.

⁴¹ “Convención sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales” (1972); “Convenio sobre la responsabilidad civil en materia de energía termonuclear”

Es que existen actividades lícitas, que no pueden prohibirse; incluso, por su importancia social no pueden dejar de realizarse dentro del territorio de los Estados, pero que eventualmente, pueden llegar a causar daños a otros Estados o a personas o entidades bajo la jurisdicción de estos últimos. En esa perspectiva, la “Declaración de Estocolmo sobre el medio humano”, de 1972 dice que:

“...los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurarse que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”.

Por lo tanto, se deduce de este postulado el deber de los Estados de llevar a cabo todas las medidas tendientes a prevenir los daños y en su defecto a repararlos;⁴² empero, este principio al estar contenido en una mera “Declaración”, no forma parte de un tratado obligatorio; no tiene efecto vinculante; más bien, tiene solo una fuerza moral, un carácter programático.⁴³

De lo expresado en el párrafo anterior, surgió el Proyecto de Artículos, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53º período de sesiones, en el año 2001, denominado “*Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*”, siendo su alcance las actividades no prohibidas por el derecho internacional, pero que entrañen riesgo de causar un daño transfronterizo sensible, como lo enmarca el Artículo 1 del P.A.

Se entiende por riesgo de causar daño transfronterizo sensible: los riesgos que se presentan como alta probabilidad de causar daño transfronterizo sensible y daño transfronterizo sensible: el perjuicio causado a las personas, los bienes o el medio ambiente, en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado de origen -lugar donde se realizan las actividades peligrosas-, tengan o no los Estados interesados -el Estado de origen y el Estado que pueda resultar afectado-, fronteras comunes (Artículo 2 del P.A.).

(1960); “Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares” (1963); “Convenio de Bruselas relativo a la responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de sustancias nucleares” (1971); “Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de hidrocarburos” (1969); etc.

⁴² Conf. Gutiérrez Posse, Hortensia, ob. cit., pág. 111.

⁴³ Pastor Ridruejo, José A., ob. cit., págs. 592-593.

El Proyecto articula los principios de prevención, cooperación de buena fe, información, consulta y negociación entre los Estados interesados y postula la adopción de mecanismos de vigilancia, evaluación de riesgos, planes de contingencia en situaciones de emergencia y solución de controversias por medios pacíficos que las partes elijan de común acuerdo, o en su defecto, la designación de una comisión de investigación imparcial, para alcanzar soluciones aceptables, basadas en un equilibrio equitativo de intereses.

El Proyecto no contempla las responsabilidades, ni las reparaciones correspondientes; deja sin regulación los daños producidos en espacios comunes como el alta mar, el espacio aéreo sobre el mar libre, o los fondos marinos; tampoco recepta debidamente el principio “*el que contamina paga*”,⁴⁴ ni se ocupa de enunciar los comportamientos exigibles al Estado para que, de conformidad al riesgo de daño transfronterizo que las actividades desarrolladas por los particulares bajo su jurisdicción entrañan, actúe diligentemente en el control de las mismas (“diligencia debida” del Estado),⁴⁵ etc.

Los estudios respecto de la responsabilidad internacional de los Estados por hechos no prohibidos por el derecho internacional aún se hallan en una etapa de “desarrollo progresivo”, no consensuado todavía a escala internacional, por la preocupación que genera la tensión entre la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible de los Estados.

Conclusión

No obstante que la procuración por la conclusión de convenciones sobre lo concerniente a la responsabilidad internacional por hechos ilícitos de los Estados y lo relativo a la responsabilidad internacional por hechos no prohibidos en el derecho internacional, se vienen tramitando desde hace más de 58 y 33 años respectivamente, y que a través de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, se han gestado -aún con falencias-, sendos Proyectos de

⁴⁴ Quezada, Alejandra, “Informe de la Comisión de Derecho Internacional: Responsabilidad de los Estados. Intervención de la Consejera de Chile”, Nueva York, de fecha 1/11/2001.

⁴⁵ Drnas de Climent, Zlata (2002), “Prevención del daño transfronterizo a la luz de los Proyectos de la Comisión de Derecho Internacional de N.U. en materia de responsabilidad internacional”. Trabajo presentado en “Jornada de Medio Ambiente”, del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, agosto de 2002, pág. 3.

Artículos que procuran insertar un orden normativo escrito; parecería que no va a ser sencillo que la comunidad internacional los adopte prontamente, porque falta la voluntad política necesaria, habida cuenta de que están en juego fortísimos intereses políticos y económicos, sobre todo de los Estados más poderosos, pudiéndose captar claramente en esta materia, la lucha permanente entre lo que es -poder- y lo que debe ser -derecho-, que en el ámbito internacional se agudiza a gran escala.