

# LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

## DOCUMENTO A/CN.4/96

**Responsabilidad internacional: Informe preparado por F. V. García-Amador, Relator Especial**

[*Texto original en español*]  
[2° de enero de 1956]

### INDICE

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. LA CONCEPCION TRADICIONAL Y EL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL . . . . .	1—14	172
1. La resolución 799 (VIII) de la Asamblea General . . . . .	2—5	172
2. Método de trabajo . . . . .	6—14	173
II. RESEÑA HISTORICA DE ESTA CODIFICACION . . . . .	15—34	174
3. La codificación bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones . . . . .	16—23	175
4. La codificación interamericana . . . . .	24—29	176
5. La codificación privada . . . . .	30—34	177
III. NATURALEZA JURIDICA Y FUNCION DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL . . . . .	35—57	178
6. La responsabilidad como "deber de reparar" . . . . .	37—40	178
7. Actos u omisiones que originan la responsabilidad . . . . .	41—45	179
8. La responsabilidad civil y la responsabilidad penal . . . . .	46—53	180
9. Función de los principios que rigen la responsabilidad internacional . . . . .	54—57	181
IV. EL SUJETO ACTIVO DE LA RESPONSABILIDAD Y EL PROBLEMA DE LA IMPUTABILIDAD . . . . .	58—95	182
10. La imputabilidad como requisito esencial de la responsabilidad . . . . .	60—67	182
11. La responsabilidad imputable al Estado . . . . .	68—75	184
12. La responsabilidad imputable a los individuos . . . . .	76—82	185
13. La responsabilidad imputable a las organizaciones internacionales . . . . .	83—88	187
14. La imputabilidad de la responsabilidad y la excepción del "derecho interno" . . . . .	89—95	188
V. EL SUJETO PASIVO DE LA RESPONSABILIDAD Y LA CAPACIDAD INTERNACIONAL PARA RECLAMAR . . . . .	96—133	189
15. El Estado como titular del interés lesionado . . . . .	98—105	189
16. Los demás sujetos del derecho internacional como titulares de ese interés . . . . .	106—116	191
17. La capacidad del Estado para reclamar . . . . .	117—122	193
18. La capacidad de los individuos o particulares . . . . .	123—128	194
19. La capacidad de las organizaciones internacionales . . . . .	129—133	195
VI. LA DOCTRINA DE LA PROTECCION DIPLOMATICA Y EL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS ESENCIALES DEL HOMBRE . . . . .	134—159	196
20. La "norma internacional de justicia" ( <i>international standard of justice</i> ) . . . . .	136—144	196
21. El principio de la igualdad de nacionales y extranjeros . . . . .	145—150	198
22. La síntesis de los dos principios: el reconocimiento internacional de los derechos esenciales del hombre . . . . .	151—159	199
VII. CAUSAS DE EXENCION Y CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y AGRAVANTES DE RESPONSABILIDAD . . . . .	160—191	200
23. La omisión de los recursos internos . . . . .	162—173	201
24. La renuncia a la protección diplomática; la Cláusula Calvo . . . . .	174—182	203
25. Otras circunstancias eximentes, atenuantes o agravantes de responsabilidad . . . . .	183—191	204
VIII. LA REPARACION: SU NATURALEZA, FUNCION Y EXTENSION . . . . .	192—218	206
26. Las formas de reparación . . . . .	195—200	206
27. Función de las medidas de reparación: la reparación de carácter penal . . . . .	201—209	207
28. Criterios para determinar la naturaleza y extensión de la reparación . . . . .	210—218	209
IX. LAS RECLAMACIONES INTERNACIONALES; METODOS Y PROCEDIMIENTOS DE ARREGLO . . . . .	219—240	211
29. El "carácter público" de las reclamaciones internacionales . . . . .	221—226	211
30. El ejercicio directo de la protección diplomática; la "Doctrina Drago" y las demás expresiones del principio de no intervención . . . . .	227—231	213
31. La obligación de recurrir a los métodos y procedimientos de arreglo pacífico . . . . .	232—240	214
X. BASES DE DISCUSION . . . . .	241	216

<i>Apéndice</i>	<i>APÉNDICES</i>	<i>Página</i>
<i>A. La codificación bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones</i>		
1. Cuestionario No. 4 sobre "Responsabilidad de los Estados por daños causados en sus territorios a la persona o bienes de los extranjeros", adoptado por el Comité de Expertos para la codificación progresiva del derecho internacional (Ginebra, 1926)		217
2. Bases de discusión elaboradas en 1929 por el Comité Preparatorio de la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional (La Haya, 1930)		219
3. Textos de artículos adoptados en primera lectura por el Comité III de la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional (La Haya, 1930)		221
<i>B. La codificación por entidades interamericanas</i>		
4. Recomendación sobre "Reclamaciones e intervención diplomática", adoptada por la Primera Conferencia Internacional Americana (Washington, 1889-1890)		222
5. Convención relativa a los derechos de extranjería, firmada en la Segunda Conferencia Internacional Americana (México, 1902)		222
6. Resolución sobre "Responsabilidad internacional del Estado", aprobada en la Séptima Conferencia Internacional Americana, (Montevideo, 1933)		222
<i>C. La codificación por entidades privadas</i>		
7. Proyectos sobre "Responsabilidad de los gobiernos" y "Protección diplomática", preparados por el Instituto Americano de Derecho Internacional (1925)		223
8. Proyecto sobre "Responsabilidad internacional del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros", preparado por el Institut de droit international (1927)		223
9. Proyecto de convención sobre "Responsabilidad de los Estados por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros", preparado por la Harvard Law School (1929)		225
10. Declaración sobre las bases fundamentales y los grandes principios del derecho internacional moderno, aprobada por la International Law Association, la Académie diplomatique internationale y la Union juridique internationale		226
BIBLIOGRAFIA		226

## CAPÍTULO I

### La concepción tradicional y el desarrollo del derecho internacional

1. La Comisión de Derecho Internacional en su séptimo período de sesiones (1955) acordó emprender la codificación de los "principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado", y designó Relator Especial para este tema al autor del presente Informe<sup>1</sup>. La inclusión de dicho tema en el programa de trabajo de la Comisión, según se indicó en un memorándum anterior del autor (A/CN.4/80), plantea necesariamente y de inmediato una cuestión de método: esto es, la de examinar los principios que tradicionalmente han regido la responsabilidad del Estado a la luz del derecho internacional en la etapa actual de su desarrollo. Pero antes de volver de nuevo sobre esta cuestión de método, veamos primeramente la resolución 799 (VIII) de la Asamblea General y sus antecedentes más cercanos.

#### 1. LA RESOLUCION 799 (VIII) DE LA ASAMBLEA GENERAL

2. En su octavo período de sesiones la Asamblea General aprobó el 7 de diciembre de 1953 una resolución por la cual pidió a la Comisión de Derecho Internacional se sirviera proceder, tan pronto lo considerase oportuno, a la codificación de los principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado. El texto completo de la resolución 799 (VIII) es el siguiente:

"Petición de codificación de los principios de dere-

cho internacional que rigen la responsabilidad del Estado:

"*La Asamblea General,*

"*Considerando* que es conveniente, para mantener y desarrollar las relaciones pacíficas entre los Estados, que se codifiquen los principios del derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado,

"*Teniendo en cuenta* que la Comisión de Derecho Internacional en su primer período de sesiones incluyó la "Responsabilidad del Estado" en la lista provisional de materias de derecho internacional seleccionadas para su codificación,

"*Pide* a la Comisión de Derecho Internacional se sirva proceder, tan pronto como lo considere oportuno, a la codificación de los principios del derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado."

3. Como puede advertirse, el texto que antecede no arroja luz alguna sobre el contenido exacto de esta codificación, salvo la expresión "responsabilidad del Estado", a la que tampoco puede darse, en el estado actual del desarrollo del derecho internacional, una interpretación literal y restrictiva. Y lo mismo ocurre si se examinan las deliberaciones de la Sexta Comisión de la Asamblea, en las cuales solamente se trató de precisar el mandato que se daba a la Comisión de Derecho Internacional en cuanto a la oportunidad en que ella procedería a la codificación de esta materia<sup>2</sup>.

4. Pero la resolución de la Asamblea tiene otros antecedentes que sí arrojan alguna luz sobre el verdadero

<sup>1</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, décimo período de sesiones, Suplemento No. 9, párr. 33.*

<sup>2</sup> *Ibid., octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 393a. y 394a. sesiones.*

contenido o alcance de esta codificación, al menos en cuanto a ciertos aspectos, sobre la cuestión de método a que se aludía al comienzo del capítulo. Dichos antecedentes se refieren a la oportunidad en que la Comisión, conforme al artículo 18 de su Estatuto, examinó en su totalidad el derecho internacional a fin de seleccionar las materias susceptibles de codificación. En el memorándum que le había presentado la Secretaría a ese efecto se observaba que la codificación del tema de la responsabilidad del Estado "debe tener en cuenta los problemas que han surgido en relación con los desarrollos recientes, tales como la responsabilidad penal de los Estados al igual que la de los individuos que actúan en nombre del Estado"<sup>3</sup>. Aunque el examen por parte de la Comisión se concentró, naturalmente, en la cuestión de saber si la materia era o no susceptible de codificación, se hizo referencia incidentalmente a algunos de los nuevos aspectos que presenta el tema de la responsabilidad con motivo del desarrollo reciente del derecho internacional (A/CN.4/SR.6).

5. Si al examinar la cuestión de si el tema era o no susceptible de codificación, o la relativa a la oportunidad en que ésta debía emprenderse, se han contemplado de un modo incidental sus nuevos aspectos, cuando se emprende el estudio del tema en sí con miras a su codificación futura, la existencia de esos nuevos aspectos se nos revela como el problema básico de dicha codificación. Considerada desde este punto de vista, ya no se trata exactamente del contenido o alcance que tiene conforme a los términos de la resolución 799 (VIII). En realidad, al igual que la Comisión de Derecho Internacional cuando incluyó el tema en la lista provisional de materias susceptibles de codificación, la Asamblea General empleó la expresión con que tradicionalmente se había identificado la responsabilidad internacional. En este sentido, en ningún caso se prejuzgó sobre los nuevos aspectos que pudiera presentar la institución en el estado actual del desarrollo del derecho internacional. Esto no sólo permite sino también justifica el método de trabajo que hemos adoptado en el presente Informe.

## 2. METODO DE TRABAJO

6. Ante todo, a la Comisión no se le ocultará el hecho de que la responsabilidad ha sido siempre uno de los temas más vastos y complejos del derecho internacional. Sería difícil hallar mayor confusión y más incertidumbre en cualquier otro tema de esta disciplina. Y esto no obedece tanto al papel predominante que ha desempeñado el factor político en la concepción y desarrollo de esta rama del derecho internacional, como a las ostensibles inconsecuencias de la teoría y la práctica tradicionales. Ambas, en efecto, tal vez por la presencia e influencia de un factor ajeno y no siempre compatible con el derecho, han elaborado artificialmente nociones y principios jurídicos que revelan a menudo marcadas incongruencias.

7. Pero no es este aspecto específico lo que mayormente origina en la actualidad la necesidad de adoptar un nuevo método de investigación y construcción jurídica para la codificación del tema. No obstante las inconsecuencias e incongruencias a que se acaba de aludir, en la teoría y la práctica tradicionales se llegó a la formulación de cierto número de nociones y principios fundamentales

que hasta el presente han constituido el derecho internacional generalmente aceptado en la materia. Las dudas y las divergencias de opinión, salvo en algunos casos, se han suscitado más bien en relación con aspectos particulares o de detalles, no con motivo de la validez misma de dichas nociones y principios. El problema actual es otro, y se plantea precisamente respecto de la validez que se les puede seguir atribuyendo a algunas de esas nociones y principios en el derecho internacional contemporáneo.

8. Varias autoridades en la materia ya han señalado el problema y destacado las diferentes formas en que se presenta. El Profesor Jessup ha sido uno de los primeros en hacerlo de un modo general, explorando el derecho internacional relativo a la responsabilidad del Estado por daños causados a los extranjeros a la luz de estas dos consideraciones: la del individuo como sujeto de derechos y de obligaciones internacionales y la de la comunidad de intereses en la violación del derecho internacional<sup>4</sup>. Igualmente el Profesor H. Rolin ha indicado que la cuestión de la responsabilidad de derecho internacional, más que ninguna otra, debe ser reconsiderada y reconstruida sobre bases nuevas, porque la naturaleza de esta responsabilidad, sus deudores y acreedores, sus efectos y su mecanismo o procedimiento han evolucionado<sup>5</sup>. Otros se han referido a situaciones concretas o a determinados aspectos de la responsabilidad internacional. Este es el caso de Bustamante, quien previó el desarrollo del tema en cuanto a la responsabilidad en que podían incurrir ciertas organizaciones internacionales por actos u omisiones que les fueren imputables<sup>6</sup>; y el de Eagleton, quien recientemente ha profesado un curso sobre estas hipótesis de responsabilidad y aquellas en que dichas organizaciones aparecen como el sujeto titular del interés o derecho lesionado<sup>7</sup>. El Profesor Eustathiades a su vez ha destacado las profundas transformaciones provocadas en la Segunda Guerra Mundial en las concepciones tradicionales, particularmente en lo que se refiere a la responsabilidad penal<sup>8</sup>.

9. Se comprende fácilmente por qué resulta necesario adoptar un método especial para cumplir de un modo satisfactorio el mandato de la Asamblea General. Al igual que ocurre respecto de otros temas e instituciones del derecho internacional, la codificación de "los principios que rigen la responsabilidad del Estado" no es una tarea que pueda reducirse hoy a la mera enumeración y sistematización de las distintas normas jurídicas que han consagrado la práctica y la doctrina en esta materia. La Comisión no puede limitarse a realizar una labor de esta clase porque no se trata de una codificación pura y simple. Dichas normas surgieron y se desarrollaron consecuentes

<sup>4</sup> Philip C. Jessup, "Responsibility of States for Injuries to Individuals", *Columbia Law Review*, Vol. XLVI (noviembre, 1946), pág. 904.

<sup>5</sup> Henry Rolin, "Les principes de droit international public", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1950, II (Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1951), pág. 441.

<sup>6</sup> Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Derecho internacional público* (La Habana, Carasa & Cía., 1936), Vol. III, pág. 483.

<sup>7</sup> Clyde Eagleton, "International Organization and the Law of Responsibility", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1950, I (Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1951), págs. 335-423.

<sup>8</sup> Constantin Th. Eustathiades, "Les sujets du droit international et la responsabilité internationale, nouvelles tendances", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1953, III (Leyden, A. W. Sijthoff, 1955), págs. 401 a 404.

<sup>3</sup> *Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission* (Publicación de las Naciones Unidas, No. de venta 1948.V.1(1), pág. 57.

con ciertas nociones y principios que en el derecho internacional contemporáneo han sufrido una profunda transformación. Esta transformación, en primer término, ha afectado de una manera substancial la naturaleza jurídica misma de la responsabilidad internacional, en cuyo concepto tradicional aparecen, como nociones o elementos indiferenciados, la responsabilidad civil y la responsabilidad penal. Los cambios que se han operado en cuanto a la personalidad internacional también tienen necesariamente que afectar las ideas tradicionales relativas al sujeto activo y pasivo de la responsabilidad. La aparición y el reconocimiento de nuevos sujetos capaces de tener o de contraer obligaciones internacionales y de tener o de adquirir derechos de la misma índole, seguramente afectará la idea que se ha tenido sobre la imputabilidad de la responsabilidad, así como las que se han sostenido sobre el titular del interés o derecho lesionado como consecuencia del incumplimiento de una obligación internacional. Por las mismas razones o por la presencia de otras nociones y principios jurídicos, pueden haber resultado afectados las nociones y principios tradicionales relativos al ejercicio de la protección diplomática de los nacionales en el exterior, las causas de exención de responsabilidad, la naturaleza, función y extensión de la reparación, y los métodos y procedimientos para el arreglo de las reclamaciones internacionales.

10. La resolución 799 (VIII) de la Asamblea General se refiere específicamente a la *codificación* de los principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado. Sin perjuicio de las diferencias que actualmente se observan en cuanto al procedimiento o método de trabajo según se trata del "desarrollo" o de la "codificación" de una materia, los organismos internacionales encargados de ambas funciones, en particular la Comisión, generalmente han realizado las labores de *codificación* de acuerdo con una interpretación bastante liberal de este término. La codificación del derecho relativo a la "responsabilidad del Estado" seguramente constituye una de las que más requieren y justifican tal interpretación. Proceder a la codificación pura y simple de las normas jurídicas que tradicionalmente se han aplicado a las diversas hipótesis de responsabilidad no llenaría de un modo satisfactorio los fines que siempre se procuran cuando se solicitan o se emprenden estas tareas. Es necesario, valga la expresión, "codificar" algo más: es decir, habrá que introducir en el derecho tradicional los cambios y adaptaciones que pueda haber determinado la profunda transformación que se ha operado en el derecho internacional. O, dicho de otro modo, habrá que conformar los "principios que rigen la responsabilidad del Estado" al derecho internacional en la etapa actual de su desarrollo<sup>9</sup>.

11. Las observaciones que anteceden explican tanto el contenido del informe que presentamos a la Comisión como el carácter de las conclusiones que sometemos a su consideración. El tema es considerablemente vasto porque las hipótesis de responsabilidad internacional son prácticamente ilimitadas, pero las cuestiones y principios fundamentales son comunes en todas. Este informe se contrae al examen de estas cuestiones y principios, que requieren una solución previa a la codificación propia-

mente dicha de las hipótesis de responsabilidad que la Comisión decida emprender en su próximo período de sesiones. A fin de facilitar nuestras deliberaciones, en lugar de seguir la práctica anual de presentar un anteproyecto, presentamos el resumen de nuestra investigación y las conclusiones a que hemos llegado en algunos casos, en forma de "bases de discusión". De esta manera la Comisión podrá discutir las distintas cuestiones y principios fundamentales y resolverlos sin las dificultades inherentes al sistema más rígido de un anteproyecto.

12. En el capítulo que sigue se hace un bosquejo histórico de la codificación de esta materia. Tanto para los fines del presente informe, como para el trabajo futuro de la Comisión, la relación sistemática de los antecedentes de esta codificación facilitará la tarea que se le ha encomendado. Al mismo propósito responden los apéndices y la Bibliografía que figuran al final. Los primeros contienen el texto de los principales proyectos elaborados por conferencias u organismos oficiales y por instituciones científicas, y la segunda, sin ser tampoco completa, contiene un material bibliográfico suficiente para la labor inmediata de la Comisión.

13. Como es del conocimiento de la Comisión, el Director de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de las Naciones Unidas sugirió a la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard que emprendiera la revisión del proyecto de Convención sobre Responsabilidad del Estado que había preparado y publicado en 1929 la Investigación Harvard y lo pusiera al día<sup>10</sup>. En opinión del Director, la revisión de este proyecto sería de una considerable utilidad a la Comisión de Derecho Internacional cuando ésta comenzara el examen del tema. La Facultad de Derecho aceptó la sugestión y confió al Director del Programa de "Estudios Jurídicos Internacionales" (*International Legal Studies*) la organización del trabajo.

14. Durante la preparación de su informe el Relator Especial visitó la Facultad de Derecho de Harvard a fin de establecer relaciones de colaboración que estimó de gran utilidad para el trabajo futuro de la Comisión. A este respecto desea dejar constancia, además, de lo provechoso que resultó para él el cambio de impresiones que tuvo durante varios días con el Director, Profesor Milton Katz, y con los Profesores Louis Sohn y R. R. Baxter, sobre los diferentes aspectos y problemas de la materia. Desea asimismo dejar constancia de la cooperación que ha recibido del Departamento Jurídico de la Unión Panamericana, con cuyo Director, el doctor Charles G. Fenwick, también estimó de gran utilidad cambiar impresiones, dadas las relaciones de colaboración que mantiene la Comisión con los organismos interamericanos encargados del desarrollo y la codificación del derecho internacional.

## CAPITULO II

### Reseña histórica de esta codificación

15. La resolución 799 (VIII) de la Asamblea General no inicia una nueva codificación. Más bien reanuda los múltiples esfuerzos que se han hecho en el pasado para codificar los "principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado". Algunos de estos esfuerzos lograron materializarse en resultados positivos,

<sup>9</sup> F. V. García-Amador, "State Responsibility in the Light of the New Trends of International Law", *The American Journal of International Law*, Vol. 49, (1955), págs. 339 a 346.

<sup>10</sup> Véase Apéndice 9.

pero nunca pudo llegarse a la codificación integral del tema. En este sentido, la decisión de la Asamblea parece estar animada del propósito de que las Naciones Unidas continúen y completen la obra de las organizaciones que las precedieron. En otro orden de ideas, la codificación del tema relativo a la responsabilidad del Estado constituye históricamente una parte integrante e inseparable de la codificación general del derecho internacional. De esta manera ha atravesado por todas las vicisitudes, pero al propio tiempo muchos de sus progresos los debe a las iniciativas tomadas y al mecanismo establecido con miras a la codificación de otras materias de ese derecho. En la reseña que se hace a continuación podrá apreciarse este fenómeno y, al propio tiempo, hasta qué punto la obra ya realizada facilitará la codificación futura.

### 3. LA CODIFICACION BAJO LOS AUSPICIOS DE LA SOCIEDAD DE LAS NACIONES

16. Por su resolución de 22 de septiembre de 1924, con el deseo de aumentar la contribución de la Sociedad de las Naciones a la codificación progresiva del derecho internacional, la Asamblea de la Sociedad pidió al Consejo que reuniera a un comité de expertos con el mandato de que preparara una lista provisional de temas de derecho internacional "cuya reglamentación mediante un acuerdo internacional parezca más conveniente y realizable en la actualidad". La Secretaría debía enviar dicha lista a los gobiernos y el comité, después de examinar las respuestas que se recibieran, debía informar al Consejo sobre las cuestiones que parecieran haber alcanzado un grado de madurez suficiente para ser resueltas en conferencias<sup>11</sup>.

17. El Comité de Expertos para la Codificación Progresiva del Derecho Internacional se reunió en Ginebra del 1° al 8 de abril de 1925 y designó varias subcomisiones para examinar las diferentes materias que había seleccionado con carácter preliminar. Entre ellas figuraba el tema de la responsabilidad del Estado y estaba redactado en los términos siguientes:

"f) El Comité nombra una subcomisión para que examine:

"i) Si el Estado es responsable, y en qué casos, por los daños causados en su territorio a las personas o bienes de los extranjeros;

"ii) Si sería posible contemplar, y en caso afirmativo en qué condiciones, la conclusión de una convención internacional que regule la determinación de los hechos que pueden originar la responsabilidad del Estado y prohibir en tales casos el recurso a medidas coercitivas antes de que se hayan agotado los medios de arreglo pacífico"<sup>12</sup>.

18. El Comité celebró su segunda sesión en enero de 1926 y adoptó los cuestionarios que serían sometidos a la consideración de los gobiernos. El cuestionario No. 4 se refería a la "Responsabilidad de los Estados por daños causados en sus territorios a la persona o bienes de los extranjeros". Se acompañaba como anexo al cuestionario

el informe de la Subcomisión, que habían integrado los señores Guerrero, en calidad de Relator, y Wang Chung Hui<sup>13</sup>.

19. En su tercera sesión, celebrada en marzo y abril de 1927, el Comité de Expertos examinó las respuestas recibidas de los gobiernos e informó al Consejo que dichas respuestas confirmaban el criterio de que los temas que había seleccionado habían alcanzado "el grado de madurez suficiente" para su codificación. Respecto del cuestionario No. 4, 24 gobiernos contestaron afirmativamente y sin reservas; cinco afirmativamente pero con ciertas reservas; y cuatro expresaron que la conclusión de una convención en materia de responsabilidad del Estado no sería realizable o no sería oportuna. En un informe sobre procedimiento el Comité recomendó al Consejo que convocara a una conferencia, o, llegado el caso, a dos o más, para que considerara y decidiera sobre la formulación y presentación a los gobiernos de tratados generales sobre las cuestiones indicadas<sup>14</sup>.

20. El Consejo de la Sociedad examinó en junio los informes del Comité y decidió incluirlos en el programa de la Asamblea<sup>15</sup>. En septiembre del mismo año la Asamblea resolvió que se convocara a una primera Conferencia de Codificación para que examinara, entre otras, la cuestión relativa a la "Responsabilidad de los Estados por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros". Por la misma resolución encargó al Consejo que nombrara un comité preparatorio con el mandato de que redactara un informe que contuviera "bases de discusión suficientemente detalladas sobre cada cuestión"<sup>16</sup>.

21. El Comité Preparatorio de la Conferencia de Codificación se reunió en Ginebra en enero y mayo de 1929. En su primera reunión examinó las respuestas que habían enviado los gobiernos sobre la información que se les había solicitado sobre los tres temas que figuraban en el programa de la Conferencia, y redactó las bases de discusión. En su segunda reunión revisó estas bases de discusión y redactó su texto final. Según expresó el Comité en su último informe, las bases de discusión no tenían el carácter de propuestas, sino que eran sólo el resultado del examen que había hecho de las respuestas de los gobiernos y la clasificación de los puntos de vista contenidos en ellas. Las bases de discusión relativas al tema de la responsabilidad del Estado abarcaban un considerable número de hipótesis de actos u omisiones de los cuales podía originarse esa responsabilidad, además de algunas cuestiones o aspectos de carácter general. Conjuntamente con el texto de las bases de discusión, aparecían los puntos que habían sido sometidos a la consideración de los gobiernos y sus comentarios y observaciones<sup>17</sup>.

22. La Conferencia de Codificación se reunió en La Haya del 13 de marzo al 12 de abril de 1930. El tema de la responsabilidad fué confiado a la Comisión III, la que, según informó a la Conferencia, "no pudo terminar el

<sup>13</sup> Véase League of Nations Publications, *V. Legal*, 1926.V.3 (documento C.46.M.23.1926.V). (El texto del cuestionario y las conclusiones del informe anexo se reproducen en el Apéndice 1).

<sup>14</sup> *Ibid.*, *V. Legal*, 1927.V.1 y *V. Legal*, 1927.V.2 (documentos C.196.M.70.1927.V, págs. 7 y 267 a 271, y C.197.M.71.1927.V).

<sup>15</sup> *Ibid.*, *V. Legal*, 1927.V.15 (documento A.18.1927.V).

<sup>16</sup> *Ibid.*, *Official Journal*, *Special Supplement No. 53* (octubre de 1927), pág. 9, párr. 5.

<sup>17</sup> *Ibid.*, *V. Legal*, 1929.V.3 (documento C.75.M.69.1929.V). El texto de las Bases de Discusión se reproduce en el Apéndice 2.

<sup>11</sup> Para el texto completo de la resolución, véanse Publicaciones de la Sociedad de las Naciones, *V. Legal*, 1927.V.1 (documento C.196.M.70.1927.V); también aparece reproducida en *The American Journal of International Law, Special Supplement*, Vol. 20 (1926), págs. 2 y 3.

<sup>12</sup> Documento C.275.1925.V de la Sociedad de las Naciones; véase también *The American Journal of International Law, Special Supplement*, Vol. 20 (1926), pág. 14.

estudio de la cuestión”<sup>18</sup>. Sin embargo, la Comisión discutió el tema *in extenso* e incluso llegó a aprobar en primera lectura el texto de 10 artículos<sup>19</sup>. Conforme expresó el Relator en un proyecto de informe, “en el curso de sus deliberaciones la Comisión tuvo que reconocer que el tiempo que se le había asignado para su trabajo no resultaba suficiente para concluir la tarea. En realidad, debido a la naturaleza amplia y a la complejidad extrema de las cuestiones que se suscitaron, la Comisión pudo discutir sólo 10 de las 31 bases de discusión que se le sometieron. Además, el hecho de que entre varias cuestiones existiera una estrecha interdependencia, cada cual subordinada a las otras, impidió todo intento de llegar a un arreglo parcial. Consiguientemente, aunque estuvo de acuerdo respecto a ciertos principios fundamentales, el Comité no pudo, debido a la falta de tiempo, determinar los límites exactos de su aplicación, y acordó, por tanto, abstenerse de realizar cualquier intento de incorporarlos en una fórmula definitiva”<sup>20</sup>.

23. Con posterioridad a la Conferencia de La Haya, la Sociedad de las Naciones no abandonó el propósito de promover la codificación progresiva del derecho internacional, pero no tomó ninguna otra iniciativa para continuar estas labores en materia de responsabilidad del Estado<sup>21</sup>. Aunque de otra naturaleza, cabe mencionar, sin embargo, el estudio realizado por un comité de la Sociedad sobre el problema de los empréstitos internacionales, particularmente en relación con el establecimiento de un tribunal internacional competente para conocer de las controversias que surgieran sobre los derechos y obligaciones que emanaran de aquéllos<sup>22</sup>.

#### 4. LA CODIFICACION INTERAMERICANA

24. El tema de la responsabilidad constituye uno de los capítulos más sobresalientes en la historia de la codificación interamericana. Aunque hasta una fecha posterior no se tomó la iniciativa de proceder a la codificación integral del tema, desde la Primera Conferencia Internacional Americana y en casi todas las subsiguientes, se trató el problema de la responsabilidad del Estado y en algunas se aprobaron resoluciones o adoptaron convenios. En ocasiones la labor se realizó en colaboración con los organismos técnicos encargados de la codificación del derecho internacional, pero en otras, particularmente en las primeras, la Conferencia formuló de un modo directo principios y normas que reflejaban la posición política y jurídica del Continente.

25. La Primera Conferencia (Washington, 1889-1890) adoptó una recomendación sobre “Reclamaciones e Intervención Diplomática”, que contempla la condición en que se encuentra el extranjero respecto del nacional en cuanto al goce de los derechos civiles y los recursos inter-

nos, y las obligaciones y responsabilidades del Estado<sup>23</sup>. Para regular la misma materia la Segunda Conferencia (México, 1902) adoptó la “Convención relativa a los derechos de extranjería”<sup>24</sup>. En la misma Conferencia se suscribió un “Tratado sobre Reclamaciones por Daños y Perjuicios Pecuniarios”, que se contrae a la obligación de someter a arbitraje las reclamaciones de esta índole<sup>25</sup>. En la Tercera Conferencia (Río de Janeiro, 1906), por una nueva convención, se amplió el período de duración del Tratado de 1902<sup>26</sup>. En la misma Conferencia se resolvió “Recomendar a los gobiernos representados en ella, que consideren el punto de invitar a la Segunda Conferencia de la Paz, de La Haya, para que examine el caso del cobro compulsivo de las deudas públicas y, en general, los medios tendientes a discriminar entre las naciones los conflictos de origen exclusivamente pecuniario”<sup>27</sup>. En la Cuarta Conferencia (Buenos Aires, 1910) se concluyó una convención sobre la materia, que entraría en vigor en la fecha que debía expirar el Tratado prorrogado de 1902<sup>28</sup>.

26. La codificación interamericana del derecho relativo a la responsabilidad del Estado aparece estrechamente vinculada al desarrollo y la codificación de una materia afín: la condición jurídica del extranjero. Aparte de los instrumentos a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior que tratan la cuestión más bien desde el ángulo estricto del tema de la responsabilidad propiamente dicha, existen otros instrumentos que se contraen a dicha materia y que en tal sentido forman parte de la codificación interamericana que se reseña. A solicitud de la Quinta Conferencia (Santiago de Chile, 1923), la Comisión Internacional de Jurisconsultos<sup>29</sup>, que se reunió por segunda vez en Río de Janeiro en 1927, preparó un proyecto de tratado sobre “Condición de los Extranjeros”<sup>30</sup>, cuyas disposiciones recoge substancialmente la Convención que se suscribió en la Sexta Conferencia (La Habana, 1928)<sup>31</sup>. Se refieren al mismo asunto los tres primeros artículos del “Código Bustamante” (anexo a la Convención sobre Derecho Internacional Privado, también suscrita en la propia Conferencia)<sup>32</sup>.

<sup>23</sup> Véase *Conferencias Internacionales Americanas, 1889-1936* (Washington, Dotación Carnegie para la Paz Internacional, 1938), pág. 44. El texto de la recomendación se reproduce en el Apéndice 4.

<sup>24</sup> *Ibid.*, págs. 78-79. (El texto de la Convención se reproduce en el Apéndice 5.)

<sup>25</sup> *Ibid.*, págs. 83 y 84.

<sup>26</sup> *Ibid.*, pág. 124.

<sup>27</sup> *Ibid.*, pág. 140. (En la Conferencia de la Paz de La Haya (1907) se suscribió una “Convención relativa a la limitación del empleo de la fuerza para el cobro de las deudas contractuales”. Véanse los artículos pertinentes en el capítulo IX, sección 30, *infra*.)

<sup>28</sup> *Ibid.*, págs. 165-166.

<sup>29</sup> La Comisión fué creada por la Tercera Conferencia (*ibid.*, pág. 129) y había celebrado su primera reunión en Río de Janeiro en 1912.

<sup>30</sup> Véase Bustamante, *La Comisión de Jurisconsultos de Río de Janeiro y el Derecho Internacional* (La Habana, 1927), págs. 206-207.

<sup>31</sup> Véase *Conferencias Internacionales Americanas, 1889-1936* (Dotación Carnegie para la Paz Internacional, Washington, 1938, págs. 366 a 368).

<sup>32</sup> *Ibid.*, págs. 304 y 305. Bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones se celebró en París en 1929 una Conferencia Internacional sobre Tratamiento de los Extranjeros, pero no se llegó en ella a ningún acuerdo. Cf. *Publications of the League of Nations, II Economic and Financial, 1930.II.5* (documento C.97.M.23.1930. II). Véase el proyecto de convención preparado por el Comité Económico de la Sociedad de las Naciones, capítulo VI, sección 21, *infra*.

<sup>18</sup> *Ibid.*, V. *Legal, 1930.V.7* (documento C.228.M.115.1930.V), pág. 17.

<sup>19</sup> El texto de estos artículos se reproduce en el Apéndice 3.

<sup>20</sup> League of Nations Publications, V. *Legal, 1930.V.17* (documento C.351(c)M.145(c).1930.V).

<sup>21</sup> Véase a este respecto “Historical Survey of Development of International Law and its Codification by International Conferences”, documento A/AC.10/5, Parte III, D.

<sup>22</sup> Véase *Report of the Committee for the Study of International Loan Contracts*, League of Nations Publications, II. *Economic and Financial, 1939, II, A.10* (documento C.145.M.93.1939.II.A).

27. En la Séptima Conferencia (Montevideo, 1933) se planteó formalmente "el estudio del problema integral de la responsabilidad internacional del Estado". En este sentido, además de reafirmar varios principios enunciados en conferencias anteriores, se recomendó que dicho estudio fuera entregado a los organismos de codificación, "coordinando sus estudios con la obra de codificación que se realiza bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones" <sup>33</sup>. La Conferencia Interamericana de Consolidación de la Paz (Buenos Aires, 1936) se ocupó de nuevo del problema de las reclamaciones pecuniarias, y adoptó una resolución encargando a la Comisión de Expertos que había creado la Séptima Conferencia, la coordinación y estudio de los principios sobre la materia <sup>34</sup>. Esta Comisión se reunió en Wáshington en 1937 para organizar su trabajo, y volvió a reunirse en Lima en vísperas de la Octava Conferencia. En esta segunda reunión elaboró un informe, que contenía anexos los proyectos y memorándum que habían presentado sus miembros <sup>35</sup>. La Octava Conferencia (Lima, 1938) se limitó a tomar una decisión de procedimiento, al efecto de que se remitiera a la Comisión de Expertos toda la documentación que se había presentado para un nuevo estudio y dictamen, y para que fueran sometidos a la Comisión Internacional de Jurisconsultos Americanos cuando se reuniera en una fecha próxima y a la Novena Conferencia <sup>36</sup>.

28. La Novena Conferencia no llegó a celebrarse hasta 1948 (Bogotá). Salvo las declaraciones y disposiciones convencionales aisladas que se aprobaron sobre puntos o aspectos específicos, no se trató el problema de la responsabilidad. Sin embargo, en la Décima Conferencia (Caracas, 1954) se adoptó la siguiente resolución sobre "Principios del Derecho Internacional que rigen la Responsabilidad del Estado".

*La Décima Conferencia Interamericana,  
Considerando:*

Que la Asamblea General de las Naciones Unidas, durante su VIII período de sesiones, pidió a la Comisión de Derecho Internacional que procediera a la codificación de los principios del derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado,

Que conforme a lo dispuesto por los instrumentos pertinentes se deben promover las relaciones y la cooperación entre la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y los organismos interamericanos encargados del desarrollo y la codificación del derecho internacional, y

<sup>33</sup> *Ibid.*, págs. 546-547. El texto de la resolución se reproduce en el Apéndice 6. Entre las recomendaciones adoptadas por la Conferencia de Codificación de La Haya figuraba la de "Que la labor que se emprenda con este objeto [coordinar los esfuerzos realizados en pro de la codificación del derecho internacional] bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones y la que han emprendido las Conferencias de Estados Americanos, se realicen dentro de la más completa armonía". Véase *Publications of the League of Nations, V. Legal, 1930.V.7* (documento C.228.M.115.1930.V), pág. 18.

<sup>34</sup> *Op. cit.*, págs. 651-652. El Comité de Expertos fué creado al reorganizarse los métodos de codificación en la Séptima Conferencia. Véase *ibid.*, págs. 539-542.

<sup>35</sup> Véase *Informes y Proyectos Sometidos por la Comisión de Expertos* (Unión Panamericana, Wáshington, D.C.), pág. 41.

<sup>36</sup> Véase *Conferencias Internacionales Americanas, Primer Suplemento, 1938-1942* (Wáshington, Dotación Carnegie, 1943), págs. 36-37.

Que el continente americano ha contribuído notablemente al desarrollo y la codificación de los principios del derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado,

*Resuelve:*

Encomendar al Consejo Interamericano de Jurisconsultos y a su comisión permanente, el Comité Jurídico Interamericano de Río de Janeiro, la preparación de un estudio o informe sobre la contribución que ha hecho el continente americano al desarrollo y la codificación de los principios del derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado." <sup>37</sup>

29. En su tercera reunión, que se celebrará en México a partir del 17 de enero de este año, el Consejo Interamericano de Jurisconsultos tendrá conocimiento de la anterior resolución y acordará el plan de trabajo que permita la más pronta y eficaz preparación del estudio o informe previsto en ella.

## 5. LA CODIFICACION PRIVADA

30. La codificación privada ha desempeñado un papel de significativa importancia en la historia de la codificación oficial, especialmente en materia de responsabilidad. Aludimos tanto a los proyectos individuales de los juristas que han ensayado una codificación general, como a los que han elaborado las asociaciones o instituciones científicas sobre esta materia en particular. Por razones de espacio nos limitaremos a mencionar, siguiendo un orden cronológico, los proyectos pertenecientes al segundo grupo. Dichos proyectos tienen, además, la significación especial de haber sido elaborados con miras a las labores de codificación llevadas a cabo bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones o por las Conferencias y organismos interamericanos.

31. En 1925 el Instituto Americano de Derecho Internacional, a solicitud del entonces Consejo Directivo de la Unión Panamericana, preparó 30 proyectos sobre distintas materias de derecho internacional (público). Dos de estos proyectos se refieren a cuestiones relativas a la responsabilidad del Estado. Uno de ellos, titulado "Responsabilidades de los Gobiernos", señala brevemente las condiciones fundamentales de que depende la responsabilidad. El segundo, titulado "Protección Diplomática", en cambio, es una formulación sistemática mucho más elaborada de los principios que rigen la responsabilidad del Estado en las distintas hipótesis, y de los medios de arreglo pacífico de las reclamaciones internacionales que surjan de aquéllas <sup>38</sup>.

32. El Institut de droit international se ha ocupado del problema de la responsabilidad en repetidas ocasiones, según se verá oportunamente. Sin embargo, en su sesión de Lausana de 1927 aprobó un proyecto completo sobre la "Responsabilidad de los Estados por Daños en su Territorio a la Persona o Bienes de los Extranjeros", destinado a la Conferencia de Codificación que había de celebrarse en La Haya. El proyecto contempla numerosas hipótesis de responsabilidad, por actos u omisiones de los distintos órganos del Estado o en caso de actos o hechos de los particulares y de disturbios internos, disposiciones sobre las formas y extensión de la reparación,

<sup>37</sup> Véase *Décima Conferencia Interamericana, Acta Final* (Unión Panamericana, Wáshington, D.C., 1954), pág. 111.

<sup>38</sup> El texto de ambos proyectos se reproduce en el Apéndice 7.

y formula un deseo sobre el arreglo pacífico de las controversias internacionales que surjan con motivo de cualquier hipótesis de responsabilidad<sup>39</sup>.

33. El proyecto de la Investigación Harvard (1929), al igual que el del Institut respondió al propósito de aportar una contribución científica a la codificación que se había confiado a la Conferencia de La Haya. Por esta razón el proyecto comprende en general las mismas materias y coincide con él en muchas de las soluciones. Por su presentación en forma de *restatement*, cada artículo está acompañado de un extenso comentario en el que se relacionan los antecedentes convencionales, judiciales y doctrinales en que se funda<sup>40</sup>.

34. Finalmente, aunque se trata de una declaración general, tiene igual interés mencionar los títulos relativos al tema de la responsabilidad de la *Déclaration sur les données fondamentales et les grands principes du droit international moderne* presentada por Alejandro Alvarez y aprobada por la International Law Association, la Académie diplomatique internationale y la Unión jurídica internationale. En particular, el Título VII enuncia los derechos y deberes de los extranjeros, señala la medida en que el Estado es responsable por sus actos u omisiones y determina cuándo debe acudir a los recursos internos y cuándo a la justicia internacional para resolver las reclamaciones diplomáticas<sup>41</sup>.

### CAPITULO III

#### Naturaleza jurídica y función de la responsabilidad internacional

35. En la teoría y la práctica tradicionales la naturaleza jurídica de la responsabilidad internacional no ofrecía mayores dificultades. Se la consideraba como la consecuencia de la violación o inobservancia de una obligación internacional que supone para el Estado un "deber de reparar" los daños ocasionados. En este sentido, el término "responsabilidad" se identificaba con la institución de la responsabilidad civil (*liability*, en inglés; *responsabilité civile*, en francés) del derecho interno. Pero al igual que en el derecho interno, en el derecho internacional contemporáneo la noción de la responsabilidad no se contrae al deber de reparar un daño o lesión, sino que comprende también las demás consecuencias jurídicas que puede tener la violación o inobservancia de ciertas obligaciones internacionales, esto es, las obligaciones de carácter penal. Cuando se trata de obligaciones de esta clase, la consecuencia inmediata es la responsabilidad de la misma índole con la consiguiente sanción o castigo del delincuente; una vez establecida esta responsabilidad, en los casos y en la forma que proceda, aquella consecuencia consiste en la reparación del daño causado a la víctima o sus causahabientes. En una palabra, en el estado actual del desarrollo del derecho internacional, el concepto de la responsabilidad puede comprender sus dos clases, según la naturaleza de la obligación cuya violación o inobservancia la haya originado.

36. Es cierto que tanto la resolución 799 (VIII) de la Asamblea General como la resolución de la Conferencia de Caracas contemplan solamente los principios de dere-

cho internacional que rigen la responsabilidad *civil* y que, en consecuencia, la responsabilidad *penal* como tal cae fuera del propósito de ambas resoluciones. Pero no es menos cierto que la existencia en el derecho internacional contemporáneo de la institución de la responsabilidad penal, perfectamente definida en ciertos casos, tiene por fuerza que afectar de algún modo las nociones y principios tradicionales en materia de responsabilidad civil. Y, abundando en esta consideración, máxime si se tiene en cuenta que en la propia noción tradicional de esta última hallamos a menudo, involucrados en el "deber de reparar", ciertos elementos de carácter penal. Consiguientemente, lejos de exceder los límites de nuestro mandato, no lo cumpliríamos a cabalidad si no examináramos la naturaleza jurídica de la institución a la luz del desarrollo reciente del derecho internacional en materia penal.

#### 6. LA RESPONSABILIDAD COMO "DEBER DE REPARAR"

37. La teoría y la práctica tradicionales, en efecto, concibieron la responsabilidad internacional como el deber de reparar el daño que surge para el Estado que viola o incumple una obligación de esa índole. Esta concepción domina la abundante jurisprudencia que existe en materia de responsabilidad. Haciéndose eco de ella, en el caso de la *Fábrica Chorzow*, el antiguo Tribunal Permanente de Justicia Internacional declaró que "es un principio de derecho internacional que la violación de un compromiso supone la obligación de reparar en una forma adecuada". Y en otra sentencia dictada posteriormente en el mismo caso, reiteró esta opinión expresándola en términos parecidos: "Es un principio de derecho internacional y aun una concepción general del derecho, que toda violación de un compromiso comporta una obligación de reparar"<sup>42</sup>. Conforme a la opinión del Tribunal, la noción de la responsabilidad por la violación de un compromiso y la del deber de reparar en forma adecuada el daño causado son dos nociones jurídicas que se identifican.

38. La misma idea fundamental se refleja en las codificaciones de esta materia. El proyecto de la Investigación Harvard (1929) la expresa de un modo simple e inequívoco: "Un Estado es responsable", dice su artículo 1, "cuando tiene el deber de reparar a otro Estado los daños sufridos por este último a consecuencia de un daño causado a uno de sus nacionales"<sup>43</sup>. Esta concepción de la responsabilidad la hallamos de nuevo en los artículos adoptados en primera lectura por la Comisión III de la Conferencia de Codificación de La Haya (1930): "La responsabilidad internacional del Estado supone el deber de reparar el daño causado en la medida en que ella resulta del incumplimiento de sus obligaciones internacionales"<sup>44</sup>. Para los autores de ambos proyectos, por lo tanto, la noción de la responsabilidad y la del deber de reparar el daño causado son nociones idénticas o al menos inseparables. Cuando hay responsabilidad hay deber de reparar, y ésta es la única consecuencia que puede derivarse del incumplimiento de una obligación internacional.

39. La opinión general de los autores coincide con este concepto de la responsabilidad. Eagleton, por ejemplo, comienza su conocida obra diciendo que "El estudio de

<sup>39</sup> El texto del proyecto se reproduce en el Apéndice 8.

<sup>40</sup> El texto del proyecto se reproduce en el Apéndice 9.

<sup>41</sup> El texto del proyecto se reproduce en el Apéndice 10.

<sup>42</sup> Véase *Publications des arrêts de la C.P.J.I.*, Serie A, No. 9, pág. 21, y Serie A, No. 17, pág. 29, respectivamente.

<sup>43</sup> Véase Apéndice 9.

<sup>44</sup> Véase artículo 3 en Apéndice 3.

la responsabilidad en el derecho internacional comprende el examen de la teoría conforme a la cual un Estado puede exigir a otro una reparación, y el proceso mediante el cual se puede obtener ésta". Y más adelante expone esta idea en forma más explícita: "La responsabilidad es simplemente el principio que establece una obligación de reparar (*to make good*) cualquier violación del derecho internacional que se traduzca en un daño cometido por el Estado demandado (*respondent*)"<sup>45</sup>. Anzilotti, otro de los principales expositores de la teoría tradicional, abundó más en este concepto de la responsabilidad. Sostenía a este respecto que:

"Al hecho ilícito, es decir, en general, a la violación de un derecho internacional, va unido de este modo el nacimiento de una nueva relación jurídica entre el Estado al que es imputable el hecho de que se trata, que viene obligado a la reparación, y el Estado con respecto al cual existe el deber no cumplido, que puede exigir la reparación. Este es el único efecto que las normas internacionales, establecidas por las promesas recíprocas de los Estados, pueden atribuir al hecho ilícito..."<sup>46</sup>.

Para Anzilotti, por lo tanto, fuera del deber de reparar los daños y perjuicios, la violación o inobservancia de una obligación no tiene ninguna otra consecuencia en el derecho internacional.

40. Ahora bien, ¿es efectivamente cierto que la violación o inobservancia de una obligación internacional no tiene más consecuencias jurídicas que el puro y simple deber de reparar los daños causados? Para plantearnos y resolver adecuadamente esta cuestión no podemos limitarnos a los criterios y consideraciones con que tradicionalmente se ha planteado y resuelto en la práctica y en la teoría. Es necesario acudir a otros elementos de juicio, y examinarla conforme a ciertas nociones y principios que condicionan el sistema actual del derecho internacional. Las nociones y principios a que aludimos se refieren, precisamente, a las consecuencias que puede originar la violación o inobservancia de algunas obligaciones internacionales. En este sentido, es ineludible su examen a la luz de estas nuevas nociones y principios, toda vez que de otro modo no podría determinarse hasta qué punto la concepción tradicional de la responsabilidad se conforma al derecho internacional en el estado actual de su desarrollo. Pero a ese objeto se debe primeramente estudiar la naturaleza de los actos u omisiones que originan la responsabilidad.

## 7. ACTOS U OMISIONES QUE ORIGINAN LA RESPONSABILIDAD

41. Cuando se estudian la teoría y la práctica tradicionales, se advierte que los actos u omisiones que originan responsabilidad internacional se reducen a estas dos categorías de hechos ilícitos: *a*) los que afectan a un Estado en su condición de tal, es decir, los que lesionan sus intereses o derechos como persona jurídica; y *b*) los que se traducen en daños a la persona o bienes de sus nacionales. El primer grupo comprende actos u omisiones de índole muy variada, y en algunos casos tienen un carácter impreciso e imprecisable. Figuran entre ellos el

incumplimiento de un tratado, cualesquiera que sean su naturaleza u objeto, la inobservancia de las inmunidades diplomáticas y, en general, la violación de cualquiera de los derechos esenciales a la personalidad del Estado, tales como su soberanía política o su integridad territorial, o la de sus derechos patrimoniales. El segundo grupo se contrae a los actos u omisiones que originan la "responsabilidad del Estado por daños ocasionados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros". A esta categoría se refieren mayormente los autores, las codificaciones privadas y oficiales y la jurisprudencia existente en esta materia.

42. Como se verá oportunamente, desde el punto de vista tradicional, en realidad la clasificación es más de forma que de fondo, puesto que tanto en una como en otra categoría se ha considerado que se trata siempre de actos u omisiones que lesionan intereses cuyo titular, en último análisis, es únicamente el Estado. Pero aparte de este aspecto de la cuestión, que no nos corresponde examinar hasta un capítulo próximo (capítulo V), la clasificación puede tener en ciertas hipótesis puntos de coincidencia que le hacen perder su fundamento. Por ejemplo, cuando como consecuencia del incumplimiento de un tratado se lesionan los intereses de los nacionales de uno de los Estados contratantes, y la reclamación se hace por este último concepto. En todo caso, a los fines específicos del presente capítulo, veamos cuáles son los actos u omisiones más generalmente considerados como hechos que originan la responsabilidad internacional del Estado.

43. En lo que respecta al segundo grupo se ha consagrado una nueva clasificación, según se trate de actos u omisiones de los órganos del Estado o de actos de los particulares, incluyendo en estos últimos los disturbios internos. Dentro de la primera categoría se distingue, a su vez, por razón del órgano que haya cometido el hecho ilegal. Los órganos legislativos pueden originar la responsabilidad internacional del Estado por la adopción de una medida que discrimine entre nacionales y extranjeros, o dictando una ley de nacionalización y expropiación forzosa que afecte propiedades de los segundos en forma contraria a las normas establecidas por el derecho internacional. La actuación del poder judicial tendría la misma consecuencia si consistiera en algún acto u omisión que pudiera calificarse de "denegación de justicia" a un extranjero, tal como un retardo injustificado en el procedimiento a una sentencia manifiestamente injusta o arbitraria desde el punto de vista de derecho internacional. Los actos u omisiones ilegales del órgano ejecutivo son tal vez los más variados y frecuentes en la práctica. Dentro de ellos cabe mencionar los abusos de los agentes de policía, que en ocasiones revisten una marcada gravedad, como es el caso de maltratos físicos y la privación de la vida sin mediar sentencia judicial; y el cobro indebido de multas o de contribuciones contrarias a la ley, o la confiscación ilegal de bienes. Finalmente, dentro de este grupo figura el incumplimiento por parte del Estado, independientemente del órgano que hubiere intervenido, de los contratos que tenga suscritos con los extranjeros, y del cual puede originarse la responsabilidad del primero.

44. Dentro de la segunda categoría, los hechos ilegales que pueden originar la responsabilidad del Estado tampoco tienen la misma naturaleza. Aun cuando en estas hipótesis la responsabilidad internacional no surge del hecho en sí, sino de la conducta que ha observado el Estado en relación con el mismo (negligencia, connivencia,

<sup>45</sup> Véase Eagleton, *The Responsibility of States in International Law* (New York, 1928), págs. 3 y 22.

<sup>46</sup> Véase Anzilotti, *Corso di Diritto Internazionale* (Curso de Derecho Internacional. Traducción de la 3ra. ed. italiana por Julio López Oliván, Madrid, 1935), pág. 408.

complicidad manifiesta, etc.), es evidente que la naturaleza que tenga el acto de un particular o los que se cometan durante disturbios internos tendrá que influir en la calificación de la conducta del Estado que origina su responsabilidad internacional. Entre los actos que pueden cometer los particulares figuran los ataques e insultos contra un Estado extranjero, a través de la persona del Jefe del Estado, sus órganos o representantes diplomáticos, o del emblema nacional, así como los actos delictuosos de cualquier gravedad, que se traduzcan en un daño a la persona o bienes de los nacionales de dicho Estado. Cuando se producen disturbios en un Estado, estos actos suelen revestir mayor gravedad y, en algunos casos, responden al propósito específico de causar un daño a la propiedad o las personas extranjeras.

45. Sin ser cabal y completa, la enumeración que antecede nos da una idea bastante aproximada de los actos y omisiones que la teoría y la práctica tradicionales han considerado como hechos originarios de la responsabilidad internacional del Estado. En todo caso, nos permite definir la naturaleza de estos hechos y determinar, sobre esta base, la clase o clases de responsabilidad que pueden originar.

#### 8. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA RESPONSABILIDAD PENAL

46. Conforme a la idea dominante en la concepción tradicional, cualquiera de los actos u omisiones que se han mencionado en la sección precedente no tiene otra consecuencia que la de originar un "deber de reparar" los daños ocasionados; es decir, no origina más que la responsabilidad *civil* del Estado. Esta concepción limitativa de la responsabilidad internacional ha obedecido primordialmente a la noción que se tenía sobre la naturaleza jurídica de los hechos que originan la responsabilidad. A dichos actos y omisiones, en efecto, se les consideraba como hechos "ilícitos" o "ilegales", pura y simplemente; como hechos contrarios al derecho internacional, o incompatibles con las normas de conducta estatal que prescribe este ordenamiento jurídico. Independientemente de la naturaleza intrínseca y específica del acto o la omisión, a todos se les enjuiciaba y calificaba del mismo modo y, consecuentemente, se les atribuían iguales efectos jurídicos.

47. Anzilotti, uno de los pocos expositores de la teoría tradicional que examinaron este aspecto de la cuestión, fundaba la opinión que citamos más arriba en las siguientes consideraciones:

"Este es el único efecto que las normas internacionales, establecidas por las promesas recíprocas de los Estados, pueden atribuir al hecho ilícito, mientras que en las organizaciones estatales, en las que las relaciones entre los asociados y la colectividad son igualmente objeto de normas jurídicas, la ilicitud puede determinar dos relaciones distintas: entre el autor del acto, o mejor dicho, entre aquel a quien la norma imputa el acto, y el sujeto que ha sufrido la lesión; entre el autor del acto y la colectividad personificada en el Estado. De ahí la distinción entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal, entre los daños y perjuicios y la pena; distinción desconocida y que hasta ahora repugna al Derecho Internacional, el cual reproduce, más bien, igualmente sobre este extremo, los caracteres de una fase social ya superada, en la cual el Estado, sin fuerza

todavía suficiente para arrogarse la protección del derecho, éste se manifestaba en una reacción del individuo o del grupo que había sufrido la lesión contra el autor de ella; la reparación era al mismo tiempo una pena, y ésta consistía principalmente en la reparación del daño causado" <sup>47</sup>.

48. El estado del desarrollo del derecho internacional de la época explica, y aun justifica hasta cierto punto, que pudiera reflexionarse de este modo <sup>48</sup>. En efecto, en el derecho internacional tradicional, la responsabilidad *civil* y la responsabilidad *penal* (la idea de la reparación propiamente dicha y la del castigo o sanción) eran nociones indiferenciadas, porque en rigor constituían elementos integrantes de un solo y único concepto: el "deber de reparar" los daños ocasionados.

49. Pero es de indudable interés destacar que, aun dentro del propio concepto tradicional de la responsabilidad, aparezca no sólo el elemento de reparación *stricto sensu*, sino también el elemento de sanción o castigo. Cuando se examinen en un capítulo próximo la naturaleza jurídica y la función de la reparación, se advertirá que algunas de las formas que ésta adopta en la práctica han respondido a un propósito francamente punitivo, hasta el punto de que a partir de una fecha reciente se viene generalizando una corriente de opinión en el sentido de que en la práctica tradicional la reparación ha revestido a veces el carácter de verdaderas "sanciones penales" (*punitive damages*). En otras palabras, que en ocasiones las medidas de reparación se han exigido o impuesto a título de un castigo o una pena por la violación o inobservancia de una obligación internacional (capítulo VIII, sección 27, *infra*). Si esta apreciación es fundada, en la medida en que la reparación ha respondido a semejante propósito, parece lógico pensar que la práctica tradicional conoció la noción de la responsabilidad penal. ¿Qué otra base puede tener la aplicación de sanciones penales? La existencia de una "reparación de carácter penal" parece efectivamente llevar implícita la imputación de una responsabilidad de la misma naturaleza. El grado en que se diferenció e individualizó esta última es otra cosa, que no afecta necesariamente en lo esencial a la noción misma de esta responsabilidad.

50. Si esto ocurrió aun en el propio derecho internacional tradicional, en la actualidad la situación no ofrece dudas de ningún género. Principalmente a partir de la segunda guerra mundial, la noción de la responsabilidad internacional de carácter penal se ha definido y consagrado lo suficiente para que tengamos que admitirla como una de las consecuencias de la violación o inobservancia de ciertas obligaciones internacionales. Ahora bien, aunque la responsabilidad internacional penal como institución independiente está fuera del marco de esta codificación, hay razones fundamentales que no permiten ignorarla totalmente cuando se examinen algunas de las hipótesis de responsabilidad propias de dicha codificación. Si cuando solamente existía como un elemento indiferenciado del "deber de reparar" llegó a desempeñar una función en la institución de la responsabilidad (*civil*), ahora que se ha individualizado, necesariamente tendrá

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> Véanse, en el mismo sentido, Reitzer, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international* (París, 1938), pág. 209, y Berlia, "De la responsabilité internationale de l'Etat" en *La technique et les principes du droit public. Etudes en l'honneur de Georges Scelle* (París, 1950), Vol. II, pág. 886.

que afectar de una nueva forma las nociones y los principios en que aquélla tradicionalmente ha descansado. No resulta difícil comprender esto cuando se mira al fenómeno jurídico de donde arranca la noción misma de la responsabilidad penal: esto es, a la proscripción penal de ciertos hechos o a la transformación en hechos punibles de otros que hasta entonces se habían considerado como simplemente ilegales. En una palabra, cuando se mira a la naturaleza penal que revisten en la actualidad ciertas obligaciones internacionales.

51. De esta manera, si se reexaminan los actos y omisiones que en el derecho internacional tradicional originaban la responsabilidad (civil), según la enumeración que se hizo en la sección anterior, se verá que ya no puede atribuirse a todos la misma naturaleza. Aunque es cierto que el derecho internacional, en el estado actual de su desarrollo, no siempre permite distinguir los hechos punibles propiamente dichos de los actos u omisiones simplemente ilegales, en la generalidad de los casos la distinción puede hacerse sin dificultad. Por ejemplo, la denegación de justicia en general o el incumplimiento de contratos celebrados entre el Estado y un particular extranjero no constituyen más que actos u omisiones ilegales; es decir, contrarios al derecho internacional, pero que no envuelven responsabilidad penal alguna. En cambio, ciertas violaciones de derechos humanos esenciales de los extranjeros (de una gravedad igual o análoga a las que en la nueva terminología se denominan "delitos contra la humanidad"), además de ser actos ilegales hoy suponen también una responsabilidad internacional de carácter penal. De otra parte, los Estados han contraído cierto tipo de obligaciones cuyo incumplimiento pudiera tener también nuevas implicaciones. Por ejemplo, por los artículos I y V de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio<sup>49</sup> los Estados partes se obligan expresamente a "prevenir y a sancionar" los actos de genocidio, en los cuales pueden ser autores instigadores o cómplices, conforme a la Convención, tanto los particulares como los gobernantes y funcionarios del propio Estado. Sin que se agoten las distintas categorías de situaciones nuevas, cabe mencionar el carácter de "agresión" que la Asamblea General de las Naciones Unidas atribuyó a la intervención de un Estado "fomentando la guerra civil en beneficio de una Potencia extranjera" (resolución 380 (V)), lo cual es un acto simplemente ilegal en la Convención de La Habana sobre Derechos y Deberes de los Estados en caso de Luchas Civiles (1928). Y lo mismo ha ocurrido con algunos de los actos que la Comisión de Derecho Internacional ha definido en su Proyecto de Código como "delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad".

52. De lo que antecede se desprenden ciertas conclusiones que pueden resultar de interés fundamental para esta codificación, y que, por el momento, sería útil formular en términos generales. En primer lugar, la violación o inobservancia de una obligación internacional puede tener como consecuencia tanto la responsabilidad penal como la responsabilidad civil, o ambas conjuntamente, según la naturaleza de la obligación. La naturaleza de la obligación de que se trate dependerá, a su vez, del carácter penal o simplemente ilegal que el derecho internacional atribuya a los actos u omisiones que proscriben dicha obligación. Finalmente, en las hipótesis en que

existan ambas clases de responsabilidad, la primera supone un castigo o sanción y la segunda la reparación propiamente dicha del daño ocasionado. Sin embargo, ninguna de estas conclusiones en torno al carácter penal que puede tener la responsabilidad en el derecho internacional contemporáneo implica que nos apartemos indebidamente del verdadero y único objeto de esta codificación. Lo que sí implican, naturalmente, es la necesidad de tomarlas en consideración en la medida en que afecten las nociones y principios tradicionales de la responsabilidad (civil).

53. Por lo demás, se comprende fácilmente que el reconocimiento de estas dos clases de responsabilidad internacional puede afectar a la institución en general, pero de un modo especial: al problema de la imputabilidad, en el sentido de determinar a qué sujeto o sujetos del derecho internacional cabe considerar internacionalmente responsables; y a la naturaleza y función de la reparación, en el sentido de saber si se determinarán de igual modo, independientemente de que se trate de una u otra clase de responsabilidad. De lo segundo nos ocuparemos en una etapa más avanzada de este informe (capítulo VIII). Del problema relativo a la imputabilidad, en el capítulo que sigue. Pero antes será útil tratar brevemente otro problema que interesa en igual grado cuando se examinan las cuestiones básicas en que descansa la institución de la responsabilidad internacional.

#### 9. FUNCION DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

54. Consecuente con una de las tendencias más características de la doctrina tradicional, el estudio de la institución de la responsabilidad internacional se ha referido primordialmente a su naturaleza y a las cuestiones que se relacionan con ella, descuidando los propósitos o fines a que la institución responde, o tratando la cuestión de una manera indirecta y accesorio a lo primero. Sin embargo, como ocurre con cualquier otra institución del derecho internacional, el examen de la función que ella desempeña es igualmente fundamental y, en cierto sentido, de una importancia mayor que el de todas las cuestiones que se plantean en relación con su naturaleza propiamente dicha.

55. Dunn posiblemente haya sido el primero en sentir esta preocupación. Considerando que el estudio de la institución tradicionalmente había consistido en un análisis "jurídico" de las normas y principios del derecho, indicó la necesidad de examinar "la práctica de la protección diplomática como una institución concebida por el hombre para fines sociales particulares". En su opinión, el simple estudio de dichas normas y principios no nos proporciona más que una idea incompleta y a menudo inexacta del proceso a través del cual se deciden realmente las cuestiones relativas a la protección diplomática. A este respecto agrega que el "problema en último análisis se refiere a la posibilidad de mantener un orden económico y social uniforme para el desenvolvimiento del comercio y el intercambio internacional entre entidades políticas independientes de cultura y grados de civilización diversos, sistemas jurídicos y económicos diferentes, y grados distintos de poder y prestigio"<sup>50</sup>. También Jessup ha observado que la historia de esta rama del derecho internacional durante el siglo pasado y el presente de-

<sup>49</sup> Resolución 260 A (III) de la Asamblea General, anexo.

<sup>50</sup> Frederick Sherwood Dunn, *The Protection of Nationals* (Baltimore, 1932), págs. 1-3.

muestra cómo puede desarrollarse un derecho consuetudinario para atender a la necesidad de ajustar intereses en conflicto; y destaca sobre este particular que la fuerza propulsora de este fenómeno jurídico ha radicado en el deseo de los gobiernos de adquirir influencia política en ciertos países, en la lucha por los mercados y las fuentes de materias primas. "La historia del desarrollo del derecho internacional en materia de responsabilidad del Estado por daños a los extranjeros", agrega, "constituye de ese modo un aspecto de la historia del "imperialismo" o "diplomacia del dólar". Conviene con Dunn, señala que "La función del derecho relativo a la responsabilidad de los Estados por daños a los extranjeros, concebida en términos de un derecho internacional modernizado, consiste en proveer, con miras al interés general, una protección adecuada al extranjero con el fin de facilitar los viajes, el comercio y el intercambio"<sup>51</sup>.

56. Examinando la misma cuestión desde otro punto de vista, Eagleton indica cómo la responsabilidad del Estado ha sido reconocida solamente en relación con otro Estado; que "el derecho relativo a la responsabilidad no fué concebido en términos de deberes hacia la comunidad internacional; no se pensó que el daño hecho a un Estado podía ser un daño a toda la comunidad... La responsabilidad de Estado (persona jurídica) a Estado (persona jurídica) no desaparecerá, pero espero que se delimite más claramente y que surjan procedimientos que conduzcan a un ordenamiento jurídico en que pueda castigarse la desobediencia en nombre de la comunidad internacional organizada"<sup>52</sup>. En el mismo orden de ideas Eustathiades ha insistido en que los efectos del hecho ilegal (*delict*) internacional ya no se limitan a la reacción del Estado directamente lesionado, sino que interesan también a toda la comunidad. En su opinión, los acontecimientos recientes demuestran que las infracciones internacionales ya no pueden seguirse considerando como una simple cuestión de la reparación debida al Estado lesionado, "sino más bien como una cuestión general"<sup>53</sup>.

57. Como puede advertirse, el estudio funcional del tema revela aspectos nuevos, capaces de influir de una manera decisiva en la apreciación de las nociones y principios tradicionales en materia de responsabilidad. Según indicamos en el capítulo I al referirnos a la cuestión de método, estas nociones y principios surgieron y se desarrollaron consecuentes con otras nociones y principios que en el derecho internacional contemporáneo han sufrido una profunda transformación. Y esta transformación, si a algo ha afectado de un modo substancial, es precisamente a los fines que ha servido ese derecho. Ya no se trata de un ordenamiento jurídico meramente *interestatal*, puesto que sus normas también tienen por objeto la protección de intereses y derechos cuyo verdadero titular no es el Estado. Por lo tanto, ya el derecho internacional no existe ni se justifica solamente, como ocurrió durante un largo período de su historia, por la protección que ofrezca a los intereses y derechos del Estado, sino por la que extiende a los que legítimamente puedan invocar sus demás sujetos. De igual modo, tampoco son los Estados los únicos destinatarios de las obligaciones que impone. No es difícil

comprender, en consecuencia, en qué medida esta nueva situación es capaz de influir en la función que le toca desempeñar a la institución de la responsabilidad internacional. En los capítulos que siguen, esta concepción del tema será la idea básica con que se examinarán sus diferentes aspectos y problemas.

#### CAPITULO IV

### El sujeto activo de la responsabilidad y el problema de la imputabilidad

58. En el capítulo anterior hemos visto que la responsabilidad internacional, independientemente de su naturaleza específica, es siempre la consecuencia de la violación o inobservancia de una obligación de la misma índole. Pero este concepto se contrae al acto u omisión que origina la responsabilidad, sin contemplar otra condición *sine qua non* que se requiere para que de dicho acto u omisión surjan todos los efectos jurídicos de la institución. En efecto, para que exista responsabilidad internacional es necesario, además, que el acto u omisión ilegal sea imputable al sujeto de la obligación. En este sentido, la imputabilidad es un requisito esencial de la responsabilidad, cualesquiera que sean el acto o la omisión y el sujeto de la obligación. Existen, desde luego, otros requisitos, según las diferentes hipótesis de responsabilidad, pero el de la imputabilidad es común a todas. De ahí que se comprenda fácilmente por qué el problema de la imputabilidad haya constituido una de las cuestiones más importantes de la teoría y la práctica de la responsabilidad.

59. Ahora bien: en la teoría y en la práctica tradicionales, el problema se planteaba solamente con miras a determinar la responsabilidad imputable *al Estado* y, por lo tanto, se le examinaba sólo a través de los aspectos que pudieran interesar a esa finalidad, única y exclusivamente. En la actualidad, naturalmente, sigue siendo necesario resolver las hipótesis en que está involucrada la responsabilidad del Estado, y que, en realidad, son todavía las más numerosas y generalmente las de mayor importancia. Pero al mismo tiempo es necesario plantear el problema en relación con otras hipótesis de responsabilidad, y aun en aquellas ver hasta qué punto las nociones y principios tradicionales se conforman al derecho internacional en el estado actual de su desarrollo. Aunque la resolución 799 (VIII) de la Asamblea General y la resolución de la Décima Conferencia Interamericana solamente se refieren a los principios que rigen la responsabilidad *del Estado*, la aparición y el reconocimiento de nuevos sujetos de derecho internacional, capaces de tener o de contraer obligaciones internacionales, algunas de las cuales, incluso, se le atribuían anteriormente al Estado, indica la necesidad de una consideración integral del problema. A los fines del presente informe esto último es fundamental, puesto que solamente de esa manera se podrá determinar, conforme al derecho internacional contemporáneo, quién es el verdadero sujeto activo de la responsabilidad en la hipótesis de que se trate.

#### 10. LA IMPUTABILIDAD COMO REQUISITO ESENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD

60. Veamos primeramente qué se entiende por "imputabilidad". Anzilotti la definía relacionándola con el concepto de la personalidad jurídica. En su opinión,

<sup>51</sup> Jessup, *A Modern Law of Nations* (Nueva York, 1948), págs. 95-96 y 105.

<sup>52</sup> Eagleton, "International Organization and the Law of Responsibility", *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1950-I), Vol. 76, pág. 423.

<sup>53</sup> Eustathiades, *op. cit.*, pág. 433.

" Dado que imputar un hecho a un sujeto significa la presunción de deberes y derechos propios a dicho sujeto, la imputación presupone la personalidad o, más bien, se confunde con ella: sujeto de imputación jurídica y persona son expresiones sinónimas"<sup>54</sup>. Kelsen lo hace distinguiéndola del concepto de obligación jurídica, y dice a este respecto que " la responsabilidad jurídica del hecho ilegal (*delict*) recae sobre aquel que, por su propia conducta, puede cometer o dejar de cometer el hecho ilegal, esto es, sobre el delincuente actual o potencial. La obligación jurídica y la responsabilidad jurídica son dos conceptos diferentes, pero el sujeto de la obligación y el sujeto de la responsabilidad pueden coincidir aun cuando esto no tenga necesariamente que ocurrir"<sup>55</sup>.

61. Al igual que la generalidad de los autores que se han planteado esta cuestión, Anzilotti y Kelsen convienen en que la imputabilidad es la condición que determina la responsabilidad de una persona jurídica, independientemente del hecho de que sea un tercero el autor del daño que eventualmente origina esa responsabilidad. En derecho internacional el " sujeto de la imputación jurídica ", el " sujeto de la responsabilidad ", es el Estado, a quien directamente ese derecho impone obligaciones y, consecuentemente, por cuyos actos u omisiones sólo cabe considerársele internacionalmente responsable<sup>56</sup>.

62. Esta concepción de la imputabilidad de la responsabilidad internacional explica el contenido limitado que tuvo el problema para la teoría tradicional. Al admitir solamente la responsabilidad imputable al Estado, no se planteaban más que algunos de los aspectos del problema general de la imputabilidad: los relativos a la responsabilidad indirecta (*vicarious*) del Estado por actos de los particulares y por daños causados durante disturbios internos; y el de su responsabilidad, también indirecta, cuando se tratara de actos u omisiones de los Estados federados o de sus colonias y dependencias, o de actos u omisiones de otro Estado cometidos en su territorio. Fuera de estas hipótesis, la responsabilidad del Estado es directa y como tal no ha suscitado más cuestiones que las relacionadas con la ilegalidad de los actos u omisiones de sus órganos.

63. Es cierto, como se indicó, que la resolución de la Asamblea General y la de la Conferencia de Caracas se refieren a " los principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad *del Estado* ". Si se interpretara esta expresión con arreglo a la teoría y la práctica tradicionales, no habría que preocuparse más que de la codificación de los principios que rigen la responsabilidad que directa o indirectamente sea imputable *al Estado*. En efecto, no importa quiénes sean los autores del hecho ilegal que ocasione el daño que directa o indirectamente origina la responsabilidad, porque conforme a la teoría y la práctica tradicionales, solamente el Estado es capaz de incurrir en responsabilidad internacional, así como en el deber, también internacional, de reparar los daños.

64. Sin embargo, en el estado actual del desarrollo

<sup>54</sup> Anzilotti, *op. cit.*, págs. 230 *et seq.*

<sup>55</sup> Hans Kelsen, " Collective and Individual Responsibility for Acts of State in International Law ", *The Jewish Yearbook of International Law* (1948), pág. 226.

<sup>56</sup> Véanse también Bustamante, *Derecho Internacional Público* (La Habana, 1936). Vol. III, pág. 481, y Starke, " Imputability in International Delinquencies ", en *The British Yearbook of International Law* (1938), págs. 104 *et seq.*

del derecho internacional la situación no es tan sencilla. La responsabilidad es la consecuencia de la violación o inobservancia de una obligación internacional. Por lo tanto, su imputabilidad depende necesariamente del sujeto o sujetos de esa obligación. La doctrina y la práctica internacionales se han desarrollado consecuentes con un sistema de derecho internacional dentro del cual el Estado aparece como el único sujeto capaz de tener o de contraer obligaciones de esa índole. Pero en el sistema contemporáneo ya el Estado no es el único sujeto a quien directamente impone obligaciones el derecho internacional. También lo es el individuo, quien definitivamente se ha convertido en un sujeto directo — a veces el único — de ciertas obligaciones internacionales. Este hecho, naturalmente, debe tener alguna significación aun en cuanto a la imputabilidad de la responsabilidad que hasta el presente se ha atribuido en su totalidad al Estado.

65. En circunstancias parecidas se encuentran la teoría y la práctica tradicionales respecto de la imputabilidad de la responsabilidad internacional por actos u omisiones de ciertas entidades políticas que disfrutan de autonomía interna pero cuyas relaciones internacionales continúan a cargo de un Estado soberano. La responsabilidad parcial que se viene reconociendo a algunas de estas entidades tal vez puede requerir también una revisión de la idea tradicional de que en esta hipótesis la responsabilidad es sólo imputable a dicho Estado.

66. En un orden distinto de ideas, el problema de la imputabilidad de la responsabilidad tampoco puede limitarse en la vida internacional contemporánea a los casos en que solamente cabe exigir a un Estado, directa o indirectamente, el deber emergente de esa responsabilidad. Es cierto que el derecho internacional tradicional no conoció ni resolvió más que estas hipótesis de responsabilidad, y que la resolución 779 (VIII) de la Asamblea General tampoco contempla ninguna otra. Sin embargo, en cierto sentido y en cierta medida, algunas organizaciones internacionales, por su naturaleza o por la índole de las actividades que realizan, pueden hallarse en una situación análoga y aun similar a la del Estado, en cuanto a la omisión de actos u omisiones que originan responsabilidad internacional. Refiriéndose a esta hipótesis, Bustamante observaba con razón que " si en lo político, por obra de sus grandes representaciones colectivas, o en lo administrativo, por causa de la dirección o de la acción de algunas de las oficinas de unión internacional, se produce daño voluntario y consciente, no es posible que sus víctimas estén desprovistas de toda acción y de todo remedio, y que eso goce de una absoluta impunidad"<sup>57</sup>. Esta nueva hipótesis de responsabilidad internacional, como se verá oportunamente, no carece tampoco de antecedentes en la práctica, al menos en cuanto a algunos de sus aspectos específicos.

67. Todo lo que antecede pone en evidencia la necesidad de abandonar la noción tradicional relativa a la imputabilidad de la responsabilidad internacional y de examinar la institución con la amplitud que requiere el derecho internacional en el estado actual de su desarrollo, aun cuando la Asamblea General y la Décima Conferencia Interamericana no hayan contemplado explícitamente las nuevas situaciones e hipótesis a que se ha hecho referencia. Negar esta necesidad implicaría ignorar el hecho

<sup>57</sup> Bustamante, *Derecho Internacional Público* (La Habana, 1936), Vol. III, pág. 483.

de que, en el derecho internacional contemporáneo, el Estado no es el único sujeto a quien puede imputársele la responsabilidad que resulte de la violación o inobservancia de una obligación internacional, ni el deber, también internacional, de reparar en ciertas hipótesis los daños ocasionados.

#### 11. LA RESPONSABILIDAD IMPUTABLE AL ESTADO

68. Cuando se examina la responsabilidad internacional con miras a determinar las hipótesis y situaciones en que es imputable al Estado, es necesario agrupar los actos u omisiones enumerados en el capítulo anterior en cuatro grandes categorías: *a*) Actos u omisiones de los órganos (legislativos, judicial y ejecutivo del Estado; *b*) Actos u omisiones de las subdivisiones políticas del Estado o de sus colonias y otras dependencias; *c*) Actos o hechos de los particulares, inclusive los ocurridos durante disturbios internos; y *d*) Actos de un tercer Estado (o de una organización internacional) cometidos en su territorio. Esta clasificación, que es la usualmente seguida, permite distinguir las condiciones y circunstancias en que cabe imputarle al Estado la responsabilidad en las diferentes hipótesis y situaciones que se presentan en la práctica.

69. Las del primer grupo son las que originan la responsabilidad directa del Estado, pero tampoco respecto de ellas existe un criterio único que permita resolver el problema de la imputabilidad. Es necesario de nuevo distinguir los actos u omisiones según el poder u órgano del Estado de que provengan. Cuando se trate del poder legislativo (y, en su caso, del poder constituyente), la imputabilidad de la responsabilidad dependerá, en términos generales, del hecho de que se adopten medidas legislativas (o constitucionales) contrarias a las obligaciones internacionales (convencionales o de otra índole) del Estado o incompatibles con ellas, o de que dejen de adoptarse o aplicarse las que se requieren para hacer efectivas dichas obligaciones. Independientemente de la legitimidad y validez que puedan tener estos actos u omisiones desde el punto de vista interno, la responsabilidad puede surgir y ser imputable al Estado cuando, como consecuencia de cualquiera de estos actos u omisiones, se viole o incumpla una obligación internacional.

70. El problema de la imputabilidad deviene mucho más complejo cuando se trata de actos u omisiones del poder judicial. También en estas hipótesis de responsabilidad hay que comenzar por distinguir las diferentes situaciones que principalmente se presentan en la práctica, y que caen bajo la expresión genérica de "denegación de justicia". Si ésta consiste en la negativa de un juez o tribunal a intervenir en el asunto o conocer de él, habrá que determinar si su actuación obedece a que carece de competencia al efecto o a que se niega a actuar a pesar de estar investido de esa autoridad. En el primer supuesto lo que habría que determinar realmente es si esta falta de competencia es contraria al derecho internacional, es decir, si importa o no una omisión del poder constituyente o del legislativo, por estar el Estado obligado a establecerla. En el segundo supuesto, al cual puede asimilarse por analogía la demora indebida o el retardo injustificado de la tramitación o de la decisión de los recursos, la situación es más sencilla: en la generalidad de los casos habrá "denegación de justicia". Pero tal vez la situación más difícil de resolver, a los fines de la imputación de la responsabilidad, es la que crean las

sentencias injustas. No se trata, desde luego, de enjuiciar los méritos intrínsecos de la sentencia, ni si ha sido dictada conforme al derecho interno del Estado, sino de determinar si es o no compatible con el derecho internacional. Y para ello habrá que recurrir al criterio general de si la sentencia, independiente de toda otra consideración, constituye o no un hecho que importa la violación o inobservancia de una obligación internacional de Estado.

71. Cuando se trata de actos u omisiones del poder ejecutivo o de los funcionarios públicos, el problema de la imputabilidad es igualmente complejo y tiene que resolverse conforme a otras consideraciones. En primer término, habrá que distinguir las tres situaciones posibles: esto es, la del funcionario que actúa en el ejercicio de la función pública y dentro de los límites de su competencia; la del funcionario que, en el ejercicio de esa función, excede la autoridad que se le ha conferido, y la del funcionario que actúa como simple individuo o particular. La primera situación, naturalmente, no ofrecerá ninguna dificultad si el acto u omisión es contrario a una obligación internacional del Estado. Tampoco la tercera, puesto que si la condición de funcionario no ha jugado papel alguno, cae más bien dentro de la categoría de actos o hechos de los particulares, donde ya no habrá lugar a la responsabilidad directa del Estado. Las dificultades surgen realmente respecto de la segunda situación, siendo así que la imputabilidad podría depender de la pura y simple condición del funcionario y el carácter con que ha actuado (responsabilidad *objetiva*), o de alguna otra circunstancia o consideración adicional, tales como las que la práctica ha admitido en ciertas ocasiones.

72. En las hipótesis de actos u omisiones de las subdivisiones políticas del Estado o de sus colonias y otras dependencias, el problema de la imputabilidad se plantea naturalmente de un modo distinto. Fundamentalmente son dos los factores o criterios que se han tomado en consideración: el grado de control o autoridad que tenga el Estado sobre los asuntos internos de la subdivisión política o la colonia o dependencia, y la medida en que estén a su cargo las relaciones y representaciones internacionales de la entidad de que se trate. No se nos debe ocultar, sin embargo, que la simple aplicación de estos criterios no es suficiente para resolver todos los casos posibles, como lo demuestran las soluciones contradictorias a que se ha llegado en la práctica y las opiniones divergentes que se sostienen sobre el particular. En realidad, hay que examinar y resolver cada caso conforme a sus características propias. Esto no obstante, cuando se trate de ciertos protectorados y otras entidades, que son los únicos casos que verdaderamente pueden plantear serias dificultades, habrá que ver si, además de disfrutar de una plena autonomía interna, tienen cierta personalidad internacional y si ésta comprende la capacidad para contraer directamente con otros Estados obligaciones de esa índole. Este fenómeno jurídico, que advertimos en la práctica contemporánea con frecuencia creciente, tendrá una indiscutible significación cuando haya que determinar a quién es imputable la responsabilidad por los actos u omisiones de estas entidades semisoberanas.

73. La situación que se plantea con motivo de los actos y hechos de los particulares, actuando individualmente o como miembros de un grupo (disturbios internos), constituye en cierto sentido el aspecto más complejo del problema de la imputabilidad. Conforme a la doctrina más generalizada en la práctica, la responsabilidad del

Estado no surge directamente de esos actos o hechos ilegales, sino como consecuencia de la conducta que sus órganos hayan observado en relación con los mismos. En una palabra, al Estado no puede considerársele responsable más que de "sus propios actos". Concebida en estos términos, la imputabilidad de la responsabilidad dependerá necesariamente de la presencia de condiciones y elementos ajenos al hecho mismo que ha ocasionado el daño. De ahí que se haya discutido tan intensamente y se hayan sostenido opiniones tan divergentes, lo mismo en la teoría que en la práctica, en cuanto a qué condiciones o elementos se requieren para que surja la responsabilidad del Estado, propiamente dicha. De nuevo aquí se plantea el problema de si el Estado es *objetivamente* responsable o si para que lo sea es necesario que la conducta observada por él respecto del acto del particular (negligencia para prevenirlo, omisión en cuanto al castigo, etc.) implique una actitud determinada de la voluntad del órgano (culpa, dolo, etc.). Es fácil advertir que, al determinar la imputabilidad por este proceso indirecto, lo que en definitiva se imputa al Estado no es exactamente el acto o hecho que ocasiona el daño, sino el incumplimiento de un deber en ocasiones muy difícil de precisar y a veces absolutamente imprecisable. Esta construcción jurídica peculiar puede tener, entre otras, la consecuencia de que se impute la responsabilidad por un concepto y se determine la reparación por uno ajeno a él.

74. Veamos finalmente la hipótesis de responsabilidad del Estado por actos de otro Estado cometidos en su territorio. Esta hipótesis, menos frecuente en la práctica que las anteriores, presenta cierta analogía con la que se ha examinado en el párrafo que antecede, en el sentido de que se trata de actos o hechos cuya comisión no puede imputarse directamente al Estado. Por lo tanto habrá que recurrir de nuevo a otros factores y criterios que permitan determinar si hay responsabilidad por la conducta observada por él en relación con el acto o hecho ilegal de que se trate. Naturalmente también habrá que tener en cuenta el grado de jurisdicción y autoridad que tenía el Estado en su territorio y, si ése llegare a ser el caso, si el Estado carecía en lo absoluto de ambas y la ejercía el Estado autor del acto o un tercero. La situación puede presentarse, aunque no necesariamente en los mismos términos, con motivo de las actividades que desarrollan las organizaciones internacionales en el territorio de un Estado. Ni la doctrina ni la práctica tradicionales conocieron esta hipótesis, de manera que habrá que examinarla a la luz de la naturaleza de los actos que pueden cometer dichas organizaciones y de los cuales pueda derivarse una responsabilidad indirecta para el Estado.

75. Lo que antecede permite tener una idea general de las dificultades que se han afrontado para determinar cuándo el Estado es responsable. En la actualidad estas dificultades subsisten, pero no son las únicas. Conjuntamente con ellas debemos plantearnos y resolver las que ha creado el desarrollo reciente del derecho internacional en cuanto a la naturaleza y a los sujetos de ciertas obligaciones internacionales. Ni la teoría ni la práctica tradicionales distinguieron los actos u omisiones simplemente ilegales de los que además revisten el carácter de hechos punibles, o no atribuyeron ninguna consecuencia especial a esta distinción; como tampoco admitieron que la responsabilidad internacional pudiera ser imputable a otro sujeto que no fuera el Estado. En este sentido, se concibió la responsabilidad como una unidad indisoluble, y

al Estado como el único sujeto responsable. Pero ya se vió en el capítulo anterior que en el derecho internacional contemporáneo cabe distinguir en ciertas hipótesis entre la responsabilidad civil *stricto sensu* y la responsabilidad penal. Si es así, entonces habrá que determinar cuál es el verdadero sujeto de la obligación internacional en la hipótesis de que se trate.

## 12. LA RESPONSABILIDAD IMPUTABLE A LOS INDIVIDUOS

76. La idea de que el Estado es el único sujeto capaz de tener o de contraer obligaciones internacionales, en lo que se refiere al individuo, figuraba como una de las premisas fundamentales del Informe aprobado por la Subcomisión del Comité de Expertos para la Codificación Progresiva del Derecho Internacional de la Sociedad de las Naciones (Informe Guerrero):

"Como se ha demostrado, el conjunto de normas jurídicas establecidas por la voluntad de la sociedad internacional son las únicas que pueden regir las relaciones mutuas de los Estados; en otras palabras, los derechos y los deberes que éstos se han reconocido o impuesto en sus relaciones *inter se*. La violación de cualquiera de estos derechos supone la responsabilidad internacional del Estado... Dentro de este sistema solamente los Estados poseen derechos y deberes internacionales.

...

"Por consiguiente, conforme a los conceptos que anteceden, el individuo no es un sujeto del derecho internacional y la violación de una norma del derecho internacional no supone para él ninguna responsabilidad internacional.

"Del mismo modo, como el derecho internacional impone los deberes al Estado, el individuo es incapaz de cometer un delito contra ese derecho" <sup>58</sup>.

77. No es difícil advertir que la premisa de que partía el Informe carece de fundamento en cuanto al sujeto activo de ciertas obligaciones internacionales. Aun en el derecho internacional tradicional, la piratería y los demás *delicta juris gentium*, así como los llamados "delitos de guerra", constituyen actos punibles que solamente pueden perpetrar los individuos. Y en el derecho contemporáneo, como se indicó en el capítulo anterior, la situación ya no ofrece dudas de ningún género: las obligaciones de carácter penal pueden tener por sujeto al individuo, y según una orientación reciente, es el único sujeto o destinatario de las normas que las imponen.

78. Pero a los fines de esta codificación éste no es solamente el problema que interesa resolver. Una vez admitido que el individuo es capaz de tener o de contraer obligaciones internacionales, la primera cuestión que debemos plantearnos es la de saber si la responsabilidad *civil* que surge de la violación o inobservancia de una obligación de esta clase, o de una obligación de carácter penal cuando se trata de un hecho internacionalmente punible, es o no imputable al individuo que cometió el acto o la omisión. Reconociendo que, en puridad, toda obligación y toda responsabilidad por su incumplimiento son imputables a los seres e instituciones humanos, Lau-

<sup>58</sup> Véase League of Nations Publications, *V. Legal*, 1926.V.3, pág. 93.

terpacht admite que cuando se trata de obligaciones contractuales o de las emanadas de la costumbre en materias mercantiles, financieras o de administración internacional, "es justo y propio que, en derecho, la responsabilidad se impute al Estado en su conjunto, y que éste aparezca exclusivamente como el sujeto del derecho internacional para ese propósito". Sin embargo, a su modo de ver, la situación no es idéntica en los demás casos de responsabilidad civil (*tortious responsibility*), como la denegación de justicia. En la práctica el sujeto internacionalmente responsable en estos casos ha sido el Estado, dando lugar en ocasiones la responsabilidad a una reparación de carácter penal (*penal damages*). A este respecto observa que "Sin embargo, intrínsecamente nada impide — salvo la doctrina tradicional relativa a los sujetos del derecho internacional — que, en la esfera internacional, a la responsabilidad del Estado se una la del órgano directamente responsable del acto o la omisión". Al desarrollar estas ideas, Lauterpacht sostiene que se debe admitir la responsabilidad conjunta del Estado y del funcionario, pero al efecto de que se impute al segundo solamente la de carácter penal<sup>59</sup>.

79. Esta parece ser la opinión dominante entre los autores que se han planteado la cuestión. Berlia, por ejemplo, se declara en favor de la idea de imputarle al Estado la responsabilidad civil, y al individuo la penal cuando proceda, fundándose en que la imputación de esta última al Estado ha probado ser ineficaz y que del otro modo se garantizaría la prevención del delito internacional<sup>60</sup>. Rolin, por su parte, estima que la concepción de la responsabilidad penal de los órganos del Estado no es enteramente aplicable en derecho a su responsabilidad civil, y cree que, por el contrario, como responsabilidad de derecho internacional debe ser descartada al menos en el estado actual de su desarrollo<sup>61</sup>.

80. Sin embargo, esta corriente de opinión no es el único punto de vista que existe sobre el particular. En las dos Comisiones de Jurisdicción Penal Internacional que se reunieron en Ginebra (1951) y Nueva York (1953), respectivamente, se suscitó la cuestión de si la proyectada Corte debía tener competencia para pronunciarse sobre indemnizaciones por daños y perjuicios. En la de Ginebra algunos miembros propusieron que la Corte también tuviera competencia sobre la responsabilidad civil de un acusado como consecuencia de los delitos de los cuales se le declarara culpable, para obligarle a indemnizar por daños y perjuicios. Se propuso, además, que la Corte fuera competente para declarar a un Estado o a cualquier otra persona moral solidariamente responsables del pago de las indemnizaciones que la Corte imponga a una persona física declarada culpable que hubiera actuado en nombre del Estado o de otra persona moral. En la Comisión de Nueva York se insistió en las mismas propuestas, y en ambos casos se convino en no hacer referencia en el Estatuto a estas acciones civiles porque su propósito se contraía exclusivamente a la responsabilidad penal de las

personas naturales<sup>62</sup>. En el mismo orden de ideas cabe citar como antecedente de la práctica reciente el que ofrece la Mancomunidad Europea del Carbón y del Acero (MECA) creada por el Tratado de 18 de abril de 1951. Conforme a su artículo 40, la Corte que crea el Tratado para decidir conforme a derecho sobre la interpretación y aplicación de sus disposiciones o de sus regulaciones complementarias, tiene competencia para determinar la responsabilidad civil de un funcionario o empleado de la Mancomunidad, que resulte del incumplimiento de sus deberes; y también para determinar la indemnización equitativa que debe hacer la Mancomunidad en caso de que la persona lesionada no pueda obtener la reparación del funcionario o empleado<sup>63</sup>.

81. Como puede apreciarse, aunque la concepción tradicional resulte ya inadmisibles, tampoco se ha formado una opinión definitiva sobre qué tipo de responsabilidad se le ha de imputar al individuo. Y es que el problema, cuando se le examina con mayor detenimiento, presenta otros aspectos además de esta primera cuestión. No basta determinar, efectivamente, a quién se imputa la responsabilidad *civil*, y a quién la responsabilidad *penal* cuando exista esta última. Naturalmente que parece más lógico y práctico que la primera se impute al Estado, y que si se insistiera en considerar al individuo como sujeto de esa responsabilidad, debería ser a base de establecer, además, la responsabilidad subsidiaria del Estado, a fin de evitar que por la insolvencia de aquél quedaran sin reparación los daños o no fueran reparados adecuadamente. Pero aun admitiendo que el sujeto de la responsabilidad *civil* deba ser solamente el Estado, el problema no queda enteramente resuelto. El "deber de reparar" en que esta responsabilidad consiste varía según la naturaleza y la función de la reparación que proceda en la hipótesis de responsabilidad de que se trate.

82. Según se verá oportunamente, la "reparación" no siempre adopta las mismas formas ni en todos los casos responde a un solo propósito. Cuando se trate de una reparación *stricto sensu* (restitución, daños y perjuicios, o de ambos casos), no se suscitara ninguna cuestión a este respecto. Pero cuando tenga un carácter y un propósito punitivos, según se indicó en el capítulo anterior, la reparación presupone al menos un elemento de responsabilidad penal. De esta manera, dentro de la propia institución de la responsabilidad *civil*, se plantea de nuevo el problema de la imputabilidad, en el sentido de que habrá que determinar a quién se debe hacer objeto ahora de las sanciones o medidas penales que comprenda la reparación. Planteado en esta forma, el problema de la imputabilidad presenta aspectos cuyo examen no puede hacerse sino cuando se estudien la naturaleza y función de la reparación (capítulo VIII, *infra*). Pero de todos modos cabe adelantar la observación, que han hecho algunos, en el sentido de que las dos responsabilidades no son excluyentes, y que puede imputarse a una sin que necesariamente desaparezca la otra o se prejuzgue sobre imputa-

<sup>59</sup> Sir Hersch Lauterpacht, *International Law and Human Rights* (New York, 1950), págs. 40-43. Véase también capítulo VIII, sección 27, *infra*.

<sup>60</sup> Berlia, *op. cit.*, Vol. II, págs. 889 y 891.

<sup>61</sup> Rolin, *op. cit.*, pág. 450. Participan de la misma opinión Dautricourt (A/CN.4/39, pág. 101) y Glaser, *Introduction à l'étude du droit international pénal* (Bruselas-París, 1954), pág. 70.

<sup>62</sup> Véanse Informe de la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional sobre el período de sesiones celebrado entre el 1º y el 31 de agosto de 1951, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, séptimo período de sesiones, Suplemento No. 11*, párr. 95, y el Informe de la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional (1953), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento No. 12*, párr. 88.

<sup>63</sup> *The American Journal of International Law*, Supplement (1952), Vol. 46, pág. 120.

bilidad<sup>64</sup>. Así ocurrió en el Estatuto y en las Sentencias del Tribunal de Nuremberg, y así lo reconocieron las dos Comisiones de Jurisdicción Penal Internacional a que se ha hecho referencia y la propia Comisión de Derecho Internacional durante la elaboración de su Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.

### 13. LA RESPONSABILIDAD IMPUTABLE A LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

83. Veamos brevemente los casos de responsabilidad imputable a las organizaciones internacionales, que en cierto sentido no presentan las complicaciones y dificultades cuando se trata de los demás sujetos del derecho internacional. En primer término, la personalidad internacional de estas organizaciones, especialmente algunas de ellas, no ofrece hoy duda alguna, sobre todo en lo que se refiere a sus derechos y a su capacidad para ejercitarlos, según se verá en el próximo capítulo. Tampoco pueden ponerse en duda sus deberes, algunos de los cuales están consignados de modo expreso en sus instrumentos constitucionales o en sus estatutos y reglamentos internos. Siendo esto así, no puede negarse que el incumplimiento de estas obligaciones, al igual que la violación o inobservancia de cualquier otra obligación internacional, necesariamente supone la responsabilidad. Es más: desde varios puntos de vista, hasta cabe trazar marcadas analogías con la responsabilidad imputable al Estado.

84. Para facilitar el examen de estos casos de responsabilidad conviene distinguir estas tres hipótesis: a) responsabilidad respecto de sus funcionarios o empleados o de las personas naturales o jurídicas con quienes tenga relaciones contractuales la organización; b) responsabilidad por los actos u omisiones de sus órganos administrativos, o por los daños que resulten de sus actividades políticas o militares; y c) responsabilidad por daños de terceros (responsabilidad indirecta). La clasificación seguramente podrá perfeccionarse cuando se haga el estudio cabal de la práctica, aunque ésta tampoco está lo suficientemente desarrollada para permitir una sistematización completa de las normas y principios que rigen la materia. Pero en todo caso, la distinción entre estas tres hipótesis de responsabilidad puede constituir un punto de partida para un estudio futuro más elaborado.

85. La primera hipótesis es la más frecuente y de la cual la práctica ofrece mayor número de antecedentes. Al iniciar sus labores la Asamblea de la Sociedad de las Naciones adoptó una recomendación en el sentido de reconocer a todos los miembros de la Secretaría y de la Oficina Internacional del Trabajo nombrados para un período de cinco años o más el derecho a apelar en caso de rescisión del contrato ante el Consejo de la Sociedad o ante el Consejo Ejecutivo de la Oficina Internacional del Trabajo<sup>65</sup>. En 1927 la Asamblea adoptó el Estatuto que establecería un Tribunal Administrativo competente para conocer y decidir, entre otros asuntos, cualquier controversia entre los funcionarios y la Secretaría de la Sociedad o de la Oficina Internacional del Trabajo, relativa a las compensaciones que debían abonarse a los primeros con-

forme al Reglamento del Personal. El Tribunal decidió 21 casos y quedaron pendientes otros 20<sup>66</sup>.

86. En las Naciones Unidas se creó desde 1947 una Junta de Apelación para asesorar al Secretario General, a quien correspondía la decisión definitiva, con respecto a las apelaciones entabladas por funcionarios<sup>67</sup>. Pero por su resolución 351 (IV), de 9 de diciembre de 1949, la Asamblea General creó un Tribunal Administrativo con competencia para conocer y fallar las demandas en que se alegue incumplimiento de los contratos de empleo o de las condiciones de empleo de los funcionarios de la Secretaría de las Naciones Unidas. En ocasión de ciertos fallos dictados por el Tribunal en 1953, ordenando al Secretario General el pago de las costas y de una fuerte indemnización a funcionarios a quienes se había rescindido el nombramiento, se suscitó en el seno de la Asamblea la cuestión de si ésta tenía derecho a negarse a la ejecución de un fallo del Tribunal que fije una indemnización y la de si, en caso afirmativo, cuáles eran los principales motivos en que podía fundarse para ejercer legítimamente ese derecho. Sobre ambas cuestiones se solicitó la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia (resolución 785 (VIII)). La opinión de la Corte se refirió mayormente a los distintos aspectos que presentaban estas dos cuestiones, pero en uno de sus razonamientos declaró que los contratos de empleo se celebran entre el funcionario interesado y el Secretario General, actuando este último en su calidad de más alto funcionario administrativo de la Organización y en nombre y representación de ésta. Y agregó que "El Secretario General hace adquirir una responsabilidad jurídica a la Organización, que es la persona jurídica por cuya cuenta actúa"<sup>68</sup>.

87. Este tipo de responsabilidad sólo afecta el orden interno de la organización. Es internacional por la naturaleza de la relación jurídica que supone, pero no arranca de las obligaciones que dicha organización tenga o adquiera con particulares ajenos a ella o con otras entidades políticas. Esta situación es la que se presenta en las otras dos hipótesis a que se ha hecho referencia. En efecto, las organizaciones internacionales pueden incurrir en responsabilidad respecto de terceros por daños resultantes de actos u omisiones de sus funcionarios. Por ejemplo, con motivo de la aplicación del Programa de Asistencia Técnica, el Secretario General de las Naciones Unidas no asume responsabilidad alguna por recomendaciones e informes que den sus expertos en el desempeño de sus funciones, pero sí cuando los revisa y hace suyos. Asimismo, en los convenios que se han suscrito sobre la materia, asume responsabilidad sólo en el caso de que el daño pueda ser directamente atribuido a un agente de las Naciones Unidas que actúe en el desempeño de sus funciones y dentro de los límites de su competencia. Como las actividades de las Naciones Unidas o de cualquiera otra organización internacional se llevan a cabo mayormente en el territorio de un Estado, estos y los demás casos que pueden presentarse dentro de esta hipótesis de

<sup>64</sup> Véanse a este respecto Manley O. Hudson, *International Tribunals, Past and Future* (Washington, 1944), capítulo XIX, y Ranshofen-Wertheimer, *The International Secretariat* (Washington, 1945), págs. 259-262.

<sup>67</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, segundo período de sesiones, Suplemento No. 1*, pág. 85.

<sup>68</sup> Véase *Effect of awards of compensation made by the U.N. Administrative Tribunal, Advisory Opinion of July 13th, 1954: I.C.J. Reports 1954*, pág. 53.

<sup>64</sup> Véase Eustathiades, *op. cit.*, pág. 493.

<sup>65</sup> Véase League of Nations, *Records of the First Assembly, Plenary Meetings (1920)*, págs. 663-664.

responsabilidad suscitan problemas que requieren un examen y solución consecuentes con la situación peculiar a que dan origen dichas actividades<sup>69</sup>. Esta necesidad se puso de relieve especialmente durante la acción de las Naciones Unidas en Corea, con motivo de ciertas reclamaciones formuladas por violaciones de derechos neutrales de parte de las fuerzas del Comando Unificado<sup>70</sup>.

88. La tercera hipótesis prevista en la clasificación que se hizo más arriba suscita dificultades de parecida índole. No hay duda de que, por muy pequeño o limitado que sea el grado de jurisdicción territorial que ejerzan las organizaciones internacionales, el carácter inviolable de los lugares en que tienen su sede permite que se realicen actos que no pueden prevenir las autoridades locales. En este sentido, si el hecho que ha originado un daño pudo producirse por la falta de intervención del cuerpo de seguridad de la organización, a ésta cabría imputarle la responsabilidad por no haber actuado con la diligencia debida. Con mucho más motivo, si la organización tuviera a su cargo la administración de un territorio, como en efecto hubiera ocurrido si Trieste y Jerusalén hubieran llegado a estar bajo el régimen internacional que se acordó para ellos, la situación sería prácticamente la de un Estado. La Organización tendría substancialmente los mismos deberes que éste en cuanto a la conducta que observarían sus órganos o funcionarios en relación con los hechos ilegales cometidos por terceros<sup>71</sup>.

#### 14. LA IMPUTABILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD Y LA EXCEPCIÓN DEL "DERECHO INTERNO"

89. El problema relativo a la imputabilidad no queda enteramente resuelto cuando se determina el sujeto o sujetos de la obligación internacional y, por tanto, de la responsabilidad o responsabilidades que puede originar su violación o inobservancia. Particularmente en cuanto a la responsabilidad imputable al Estado, se plantea la cuestión de saber si éste puede eludirla invocando disposiciones de su derecho interno, conforme a las cuales no es ilegal el acto u omisión al que internacionalmente se atribuye este carácter. La cuestión es de importancia general, pero especialmente cuando se relaciona con la validez y aplicación de tres principios fundamentales: la "norma internacional de justicia" (*international standard of justice*), el principio de la igualdad de nacionales y extranjeros y el principio relativo a los recursos internos (capítulos VI y VII, *infra*).

90. En el punto I de las Bases de Discusión elaboradas por el Comité Preparatorio de la Conferencia de La Haya se contemplaba específicamente el problema refiriéndolo a la distinción entre la responsabilidad del Estado conforme al derecho interno y a su responsabilidad conforme al derecho internacional. En él se dice textualmente:

"La responsabilidad de un Estado en el derecho internacional por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros debe distinguirse de la responsabilidad en que dicho Estado pueda incurrir respecto de sus nacionales o los habitantes de su terri-

torio conforme a sus leyes o a su constitución. En particular, un Estado no puede eludir su responsabilidad conforme al derecho internacional, si tal responsabilidad existe, invocando disposiciones de su derecho interno"<sup>72</sup>.

91. La primera parte del párrafo transcrito no suscitó dificultad alguna en la Conferencia, como tampoco la ha suscitado en la teoría y la práctica tradicionales. En las conclusiones de la Subcomisión del Comité de Expertos para la Codificación Progresiva del Derecho Internacional (Informe Guerrero) ya se había adelantado que:

"Puesto que la responsabilidad internacional sólo puede nacer de un acto ilícito contrario al derecho internacional, realizado por un Estado contra otro Estado, el daño causado a un extranjero sólo puede dar origen a responsabilidad internacional si el Estado en que reside ha infringido un deber contraído en virtud de un tratado con el Estado del que el extranjero sea nacional, o un deber reconocido por el derecho consuetudinario en forma clara y precisa"<sup>73</sup>.

La opinión de los gobiernos contenida en sus comentarios a este punto de las Bases de Discusión también coincidía con la del Comité Preparatorio<sup>74</sup>.

92. Admitiendo por el momento la distinción entre ambos tipos de responsabilidad y, naturalmente, la afirmación de que la única que interesa al derecho internacional es la que se origina de la violación o inobservancia de las obligaciones que él impone al Estado, veamos cuál es la situación en cuanto a la segunda parte del texto elaborado por el Comité Preparatorio. Allí se dice que "un Estado no puede eludir su responsabilidad conforme al derecho internacional, si tal responsabilidad existe, invocando disposiciones de su derecho interno". Esta idea, formulada en estos o en parecidos términos, ha sido ampliamente aceptada por la teoría, las codificaciones y la jurisprudencia arbitral, y consagrada por reiteradas decisiones del antiguo Tribunal Permanente de Justicia Internacional<sup>75</sup>. Pero también ha sido y sigue siendo objeto de frecuentes reservas, y en ocasiones considerada inadmisibles como cuestión de principio<sup>76</sup>. En uno y otro caso, la oposición al principio obedece mayormente a la negativa a aceptar su implicación jurídica fundamental: esto es, el reconocimiento de que el derecho internacional prima sobre el derecho interno, con todas las consecuencias que necesariamente se derivan de esta relación jerárquica entre ambos ordenamientos.

93. Pero lo curioso es que, cuando se examina a fondo esa oposición al principio, se advierte que, desde cierto punto de vista, no carece totalmente de fundamento. En efecto, si se admite formalmente la distinción entre las dos

<sup>69</sup> League of Nations Publications, *V. Legal*, 1929.V.3 (documento C.75.M.69.1929.V), pág. 16.

<sup>70</sup> Véase Apéndice I.

<sup>71</sup> League of Nations Publications, *V. Legal*, 1929.V.3 (documento C.75.M.69.1929.V), págs. 16 *et seq.*

<sup>72</sup> Véase Georg Schwarzenberger, *International Law*, Vol. I, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals* (1949, 2nd. ed.), págs. 27-29.

<sup>73</sup> Véanse por ejemplo las observaciones de Polonia y Rumania al texto del Comité Preparatorio, League of Nations Publications, *V. Legal*, 1929.V.3 (documento C.75.M.69.1929.V), pág. 18; y las formuladas al Artículo 13 del Proyecto de Declaración de Derechos y Deberes de los Estados celebrado por la Comisión de Derecho Internacional, en las Actas Resumidas de la Sexta Comisión, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, págs. 192 *et seq.*

<sup>69</sup> Véase Eagleton, "International Organization and the Law of Responsibility", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1950-I, Vol. 76, págs. 385 *et seq.*

<sup>70</sup> Véase R. R. Baxter, "Constitutional Forms and some Legal Problems of International Military Command", *British Yearbook of International Law* (1952), pág. 336.

<sup>71</sup> Sobre otros aspectos de esta hipótesis de responsabilidad, véase Eagleton, *op. cit.*, págs. 393-401.

clases de responsabilidades, entre dos tipos de obligaciones, se está implícitamente admitiendo la distinción entre los dos ordenamientos jurídicos (el interno y el internacional), con lo cual se está permitiendo que se discuta y se discrepe sobre la cuestión de jerarquía entre ambos ordenamientos. No debe pasar inadvertido que ésta es precisamente la llamada posición "dualista", y que por ella se llegaría a sostener que no cabe imputar la responsabilidad internacional si no hay responsabilidad conforme al derecho interno. Por lo tanto, para que el principio tenga fundamento, habrá que rechazar toda distinción que conduzca o implique un "dualismo" entre el derecho interno y el internacional.

94. Ahora bien, ¿cabría abandonar la distinción que formuló el Comité Preparatorio y que expresa o tácitamente admiten tanto la teoría como la práctica tradicionales? En puridad jurídica parece que sí. ¿Las obligaciones y responsabilidades internacionalmente exigibles no son también obligaciones y responsabilidades internas? ¿O es que el Estado puede estar obligado internacionalmente a hacer o a dejar de hacer algo, y tener validez una disposición interna contraria o incompatible con esa obligación? Tal disposición estaría viciada de nulidad, y por tal virtud no podría siquiera ser invocada internamente si contra ella se invoca la obligación internacional. Desde el punto de vista internacional, no hay dos sistemas de obligaciones (el interno y el internacional), porque las internacionales obligan al Estado internamente tanto como en el plano internacional, y las que no tienen ese carácter no interesan más que al orden exclusivamente interior del Estado.

95. De este modo no sólo queda resuelta la cuestión relativa a las dos supuestas clases de responsabilidad en favor de la posición "monista", sino también el problema de "jerarquía" en caso de conflicto entre una obligación internacional y una interna; es decir, entre la responsabilidad que se pueda internacionalmente imputar al Estado y la que quepa imputarle conforme a su derecho interno. En rigor, ya no se trataría de si el Estado puede o no eludir su responsabilidad recurriendo a esta excepción, porque no habría obligaciones internas y obligaciones internacionales que prescriban normas diferentes de conducta. Es más, esta concepción "monista" de las obligaciones del Estado es la única consecuente con el principio que establece la primacía de las que tienen carácter internacional, de tal suerte que puede considerarse como una concepción implícita en él, no obstante su vinculación formal con la tesis "dualista" <sup>77</sup>.

## CAPITULO V

### El sujeto pasivo de la responsabilidad y la capacidad internacional para reclamar

96. En los dos capítulos anteriores se han estudiado la naturaleza jurídica y la función de la responsabilidad internacional y el problema relativo a su imputabilidad en

<sup>77</sup> Refiriéndose a la distinción tradicional, Maúrtua, observaba que "No hay dos conceptos de responsabilidad, según que se trate de los individuos o de los Estados... El concepto de responsabilidad jurídica es único. Su base es la misma en el derecho interno y en el internacional. Esta unidad del derecho está ya reconocida en la doctrina..." Véase V. M. Maúrtua, "La Responsabilidad de los Estados por Daños Causados en su Territorio a la Persona o Bienes de los Extranjeros", en *Páginas Diplomáticas* (Lima, Librería e Imprenta Gil, S.A., 1940), Vol. I, pág. 523.

las diferentes hipótesis que pueden presentarse. Ahora corresponde examinar la institución desde el punto de vista del titular del interés o derecho que resulta lesionado como consecuencia de la violación o inobservancia de una obligación internacional; es decir, desde el punto de vista del sujeto pasivo de la responsabilidad. Para la teoría y la práctica tradicionales esta cuestión tampoco presentaba aspectos y dificultades más allá de cierto límite. El Estado era también la única entidad a la que podía atribuirse esa condición jurídica, tanto cuando era él, como persona jurídica, el objeto directo del daño, como cuando lo fuera uno de sus nacionales. Este otro principio arranca igualmente de la concepción tradicional de los sujetos del derecho internacional. Solamente el Estado puede tener o adquirir derechos internacionales. Consecuentemente, sólo respecto de él puede surgir la responsabilidad internacional.

97. No es difícil comprender hasta qué punto esta noción del sujeto de los derechos internacionales y los principios que se han derivado de ella resultan incompatibles con el sistema actual de derecho internacional. Al igual que ocurre con ciertas obligaciones internacionales, ese ordenamiento jurídico hoy reconoce directamente derechos al individuo y a otros sujetos. Por consiguiente, este otro aspecto del desarrollo del derecho internacional también exige una consideración integral de los conceptos y principios tradicionales concernientes al sujeto pasivo de la responsabilidad. La determinación de quién es el titular del interés o derecho lesionado en una determinada hipótesis de responsabilidad tiene naturalmente importantes implicaciones de fondo, pero de un modo especial en lo que se refiere a la capacidad internacional para reclamar la reparación de los daños. Esta otra cuestión también la examinaremos en el presente capítulo.

### 15. EL ESTADO COMO TITULAR DEL INTERES LESIONADO

98. La jurisprudencia internacional ha consagrado el principio de que, en todas las hipótesis de responsabilidad, el interés o derecho lesionado como resultado del acto u omisión ilegal es siempre un interés o derecho del Estado. A menudo se ha declarado el principio en forma explícita. En una de sus primeras sentencias el antiguo Tribunal Permanente de Justicia Internacional declaró que

"... Al hacerse cargo del caso de uno de sus nacionales y recurrir a la acción diplomática o a un procedimiento judicial internacional en su nombre, el Estado en realidad hace valer un derecho propio: el derecho a asegurar, en la persona de sus nacionales, el respeto por las normas del derecho internacional.

"Por lo tanto, la cuestión de si la presente controversia se origina de un daño a un interés privado, que es lo que realmente ocurre en muchas controversias internacionales, carece de importancia desde este punto de vista" <sup>78</sup>.

99. Las codificaciones se han inspirado en este prin-

<sup>78</sup> Véase *Publications of the Permanent Court of International Justice, Collection of Judgments, Serie A, No. 2 (The Mavrommatis Palestine Concessions)* (Leyden, A. W. Sijthoff, 1924), pág. 12. El Tribunal reiteró este principio en sentencias posteriores: véanse *ibid.*, Serie A, Nos. 20/21 (asunto relativo al pago de varios empréstitos de Servia flotantizados en Francia) (Leyden, A. W. Sijthoff, 1929), pág. 17, y *Judgments, Orders and Advisory Opinions, Serie A/B, No. 76* (asunto del Panevezys-Saldutiskis Railway) (Leyden, A. W. Sijthoff, 1939), pág. 16.

cipio y a veces lo establecen de un modo expreso. En el Informe aprobado por la Subcomisión del Comité de Expertos para la Codificación Progresiva del Derecho Internacional de la Sociedad de las Naciones (Informe Guerrero), tampoco se admitía que, fuera del Estado, ningún otro sujeto pudiera tener o adquirir derechos internacionales. Los individuos "...se desenvuelven en un plano inferior, en el cual su vida se regula por normas establecidas por una sola voluntad — la voluntad del Estado. En esta esfera los individuos poseen derechos y deberes y pueden por lo tanto incurrir en responsabilidad o, correlativamente, invocar la responsabilidad del Estado al que pertenecen"<sup>79</sup>. Consecuentemente, en sus Conclusiones el Informe se refería sólo a los "...actos lesivos, contrarios al derecho internacional, cometidos por un Estado *contra otro Estado*..."<sup>80</sup>. El artículo 1 del proyecto de la Investigación Harvard ofrece otro ejemplo. En él se habla, en efecto, del deber de reparar al Estado "los daños *sufridos* por este último a consecuencia de los daños causados a sus nacionales"<sup>81</sup>. En el Comentario al artículo se expresa a este respecto:

"El daño por el cual un Estado es responsable consiste siempre en un daño a otro Estado. Este daño proviene de lo que originalmente constituyó una pérdida o lesión a su nacional"<sup>82</sup>.

100. La teoría científica se ha hecho eco de esta idea sobre el sujeto pasivo de la responsabilidad internacional. Borchard fué uno de los primeros en exponerla. Según él, cualquier incumplimiento de los deberes respecto de los extranjeros supone la responsabilidad del Estado delincuente no sólo hacia el individuo directamente, si así lo establece el derecho interno, sino también hacia el Estado de su nacionalidad, "a quien la teoría internacional considera lesionado en la persona de su nacional". Y luego agrega:

"El Estado de la nacionalidad, por lo tanto, ejerce su propio derecho al presentar una reclamación internacional, aun cuando los beneficios pecuniarios de la indemnización pueda eventualmente recibirlos el individuo que ha sufrido el daño"<sup>83</sup>.

Anzilotti es igualmente categórico sobre este particular. Cuando el Estado incumple un deber de tratar a los extranjeros en determinada forma, decía, "...no hay violación de un derecho del individuo, sino más bien violación del derecho del Estado a que el individuo sea tratado de conformidad con el Derecho Internacional"<sup>84</sup>.

101. Algunos expositores de la teoría tradicional, aceptando el principio, han tratado de explicarlo y fundamentarlo sobre otras bases. Este es el caso de Brierly. En su opinión, aunque rechazamos como fundamento del principio el dogma de que los individuos no pueden tener derechos ni deberes internacionales, el principio en sí refleja los elementos esenciales de la situación en que se originan las reclamaciones internacionales. Esta doctrina,

sostiene Brierly, no crea una ficción jurídica, ni se funda en algo tan intangible como la idea de que se ha lesionado el honor nacional, sino que expresa meramente la simple verdad de que los resultados lesivos de una denegación de justicia no se limitan o no tienen necesariamente que limitarse al individuo que ha sufrido el daño o a su familia, "...sino que incluye consecuencias tales como la desconfianza y falta de seguridad que sentirán los demás extranjeros que se encuentren en la misma situación". Concretando su opinión observa que en una reclamación internacional "el Estado tiene un interés mayor que el mero cobro de los daños"<sup>85</sup>.

102. Este razonamiento de Brierly puede estar justificado y lo está efectivamente en un buen número de casos prácticos, pero deja las cosas en la misma situación: el Estado sigue siendo el único titular del interés lesionado, a pesar de admitir él mismo implícitamente la dualidad de intereses involucrados en tales casos. Sin embargo, como se verá próximamente, esta nueva idea facilita indirectamente el reconocimiento del individuo, conjuntamente con el Estado, como sujetos pasivos de la responsabilidad internacional en las hipótesis de daños causados a la persona o bienes de los extranjeros.

103. No es difícil percatarse de los inconvenientes que necesariamente trae consigo la concepción tradicional del sujeto pasivo de la responsabilidad internacional. Según veremos en el número próximo, el derecho (del Estado) a reclamar por daños causados a los extranjeros está subordinado al principio de la "nacionalidad de la reclamación". Como consecuencia de este principio, las personas carentes de nacionalidad se han visto privadas de la protección de las normas del "derecho internacional común de los extranjeros", conforme a la expresión empleada por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional<sup>86</sup>, a pesar de encontrarse dichas personas ante el derecho nacional en la situación del extranjero prácticamente para todos los efectos de la institución de la responsabilidad. Lo que ocurre con esta especie de "extranjeros sin nacionalidad" es jurídicamente absurdo. Una Comisión de Reclamaciones llegó a declarar a este respecto:

"El Estado... no comete un acto delictuoso internacional al lesionar a un individuo que carece de nacionalidad y, consecuentemente, ningún Estado tiene derecho a intervenir o a quejarse en su nombre antes o después de ocasionado el daño"<sup>87</sup>.

104. Los problemas y las dificultades que surgen en los casos de doble o múltiple nacionalidad también obedecen a esta concepción artificial del sujeto pasivo de la responsabilidad internacional. Las reglas que se han elaborado para aplicar el principio de la "nacionalidad de la reclamación" conducen a veces a situaciones similares a la descrita en el párrafo anterior. Aparte de las dificultades que se originan con motivo del criterio que ha de aplicarse para determinar la prioridad de una nacionalidad, el principio mismo resulta inaplicable cuando una de las nacionalidades que se atribuyen a la persona que

<sup>79</sup> Véase League of Nations Publications, *V. Legal*, 1927.V.1 (documento C.196.M.70.1927.V), pág. 93.

<sup>80</sup> Apéndice 1.

<sup>81</sup> Apéndice 9.

<sup>82</sup> Harvard Law School, *Research in International Law*, II. *Responsibility of States* (Cambridge, Mass., Harvard Law School, 1929), pág. 141.

<sup>83</sup> Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (New York, 1915), pág. 178.

<sup>84</sup> Anzilotti, *op. cit.*, pág. 452.

<sup>85</sup> J. L. Brierly, "The Theory of Implied State Complicity in International Claims", *British Yearbook of International Law* (1928), pág. 48.

<sup>86</sup> Véase capítulo VI, sección 20, *infra*.

<sup>87</sup> Véase *Opinions of Commissioners under the Convention concluded September 8, 1923, as extended by subsequent Conventions, between the United States and Mexico*, Vol. 3 (octubre de 1930 a julio de 1931) (Washington, 1931), pág. 188.

ha recibido el daño es la del Estado demandado. La aplicación del principio, como se verá oportunamente, presenta otras deficiencias, en particular cuando se exige, como uno de sus requisitos, la "continuidad de la nacionalidad".

105. Pero no terminan aquí los inconvenientes que trae consigo la concepción tradicional. Cuando se examinen los criterios aplicables para determinar la naturaleza y extensión de la reparación (capítulo VIII, sección 28), se verá que, como se trata de un "derecho propio" del Estado, a aquélla también se la concibe como una "reparación debida al Estado", por lo cual el daño sufrido por el particular no servirá más que para "proporcionar una medida apropiada" de esta reparación. Consecuente con este punto de partida, es de nuevo al Estado, y no al particular perjudicado o a sus causahabientes, a quien se reconoce el derecho a fijar la reparación del daño. La concepción tradicional tiene todavía otros inconvenientes desde el punto de vista del particular extranjero, que podrán apreciarse cuando se examine la doctrina de la protección diplomática (capítulo VI) así como desde el punto de vista de los derechos del Estado de la residencia (capítulo IX).

#### 16. LOS DEMAS SUJETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL COMO TITULARES DE ESE INTERES

106. Es indiscutible que el Estado puede ser en algunas hipótesis el verdadero y único titular del interés o derecho lesionado. Cuando se trata de actos u omisiones que afectan al Estado en su condición de tal, es decir, que lesionan sus intereses o derechos como persona jurídica y de los cuales se dieron ejemplos en el capítulo III, nadie más que el propio Estado puede ser considerado como sujeto pasivo de la responsabilidad internacional que esos hechos originan. Pero fuera de estas hipótesis, la concepción tradicional, aparte de ser incompatible con ciertas nociones y realidades jurídicas contemporáneas, es ostensiblemente inconsistente consigo misma.

107. En efecto, sostener que en la hipótesis de responsabilidad por daños a la persona o bienes de los extranjeros no haya violación del derecho de un individuo o particular sino de un derecho del Estado de su nacionalidad, es sostener una idea que no se conforma a otros principios fundamentales que la teoría y la práctica internacionales han consagrado. A este respecto Podestá Costa señala que en tales hipótesis "el derecho violado es, ante todo, el derecho del individuo lesionado" y lo demuestra, según él, "la regla universalmente reconocida de que las acciones correspondientes deben ser ejercidas, en primer lugar y dentro de la jurisdicción del Estado local, por el propio individuo lesionado"<sup>88</sup>. Cuando se examine más adelante la naturaleza jurídica de las reclamaciones internacionales se podrá comprobar, efectivamente, que la existencia de la regla mencionada por Podestá Costa revela una manifiesta inconsistencia en cuanto al sujeto que aparece como titular del derecho lesionado una vez agotados los recursos internos y presentada la reclamación internacional (capítulo IX, sección 29). Refiriéndose a este aspecto de la cuestión, y al requisito de la "continuidad de la nacionalidad de la reclamación", Politis,

Dumas y otros miembros del Institut de droit international consideraron fuera de moda la idea de que el Estado "es lesionado en la persona de sus nacionales", por cuanto desconocía el hecho de que, al presentar una reclamación, el Estado actuaba como abogado de estos últimos, "cuyo interés era primordial". El Institut, aunque sin llegar a aprobar ninguna resolución sobre el particular, votó contra el principio tradicional<sup>89</sup>.

108. En los casos de responsabilidad por violación de derechos contractuales, sólo mediante una pura ficción, concebida para atender más bien al prestigio político y a otros intereses del Estado reclamante, puede negarse que el titular de esos derechos es el particular extranjero que ha contratado con el Estado de la residencia. Al aceptar la validez de la renuncia a la protección diplomática a través de la *Cláusula Calvo*, una Comisión de Reclamaciones declaró que:

"... Admitir que de acuerdo con las leyes existentes de una civilización progresista e ilustrada, una persona puede emigrar pero fuera de ello no puede por un contrato romper en ninguna forma los vínculos que la unen a su país, en lo que ella considera su propio interés, ni es consistente con la realidad del intercambio internacional moderno ni con el desarrollo correspondiente del derecho internacional, y tampoco tiende a promover la buena voluntad entre las naciones"<sup>90</sup>.

109. No es difícil comprender, ciertamente, que los derechos que un particular extranjero adquiriera por un contrato con el Estado de la residencia no pueden convertirse, por el simple hecho de su violación, en derechos del Estado de la nacionalidad. Independientemente de la cuestión relativa a la validez de la *Cláusula Calvo*, que se examinará en otro lugar (capítulo VII, sección 24), cuando en efecto haya violación de esos derechos y surja la responsabilidad internacional, el titular no puede cambiar porque el Estado de la nacionalidad se haga cargo de la reclamación; particularmente si esta reclamación no tiene otro objeto, como es lógico y usual que no lo tenga, que hacer que el Estado de la residencia cumpla el contrato o en su defecto indemnice por daños y perjuicios.

110. En las demás hipótesis de responsabilidad por daños a la persona o bienes de los extranjeros, incluso en la que se acaba de hacer referencia, sostener que el titular del interés o derecho lesionado es el Estado y no su nacional, tampoco se conforma a otras concepciones y principios del derecho internacional tradicional. Aludimos de nuevo a la concepción del "derecho internacional común de los extranjeros", que aplicó reiteradamente bajo esta expresión el antiguo Tribunal Permanente de Justicia Internacional, y a la "norma internacional de justicia" (*international standard of justice*), principio que también se ha invocado y aplicado para demostrar, precisamente, que el extranjero tiene ciertos derechos fundamentales que el Estado de la residencia no puede violar sin incurrir en responsabilidad internacional. Sin perjuicio de las observaciones que se harán oportunamente al respecto (capítulo VI, sección 20), no hay duda de que en ambos casos se trata del reconocimiento internacional a los extranjeros de determinados derechos. ¿Cómo ha sido posible, entonces, sostener que, en caso de violación, no es el particular

<sup>88</sup> Véase Podestá Costa, "La Responsabilidad Internacional del Estado", en *Cursos Monográficos de la Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional* (La Habana, 1952), Vol. II, pág. 206.

<sup>89</sup> Véase *Annuaire de l'Institut de droit international* (1931), Vol. II, págs. 201-212, y (1932) págs. 479-529.

<sup>90</sup> Véase *The American Journal of International Law* (1926), Vol. 20, pág. 802.

sino el Estado de la nacionalidad el sujeto titular de estos derechos ?

111. Con mucho mayor motivo la concepción tradicional resulta incompatible con el actual reconocimiento internacional de los derechos y libertades fundamentales del hombre. El hecho de que, para que el individuo o particular pueda disfrutar de derechos internacionales se requiera que en él concurra la condición de extranjero, podía dar lugar a que se les concibiera como derechos idénticos o en todo caso inseparables de los derechos del Estado de la nacionalidad. En rigor, era el vínculo de la nacionalidad lo que los originaba, a la par que su única razón de ser. Pero en el derecho internacional contemporáneo la situación es enteramente distinta. El extranjero, al igual que el nacional, así como las personas que carecen de nacionalidad, disfruta de esos derechos, no en su condición de tal, sino a título de individuo, pura y simplemente. En el nuevo reconocimiento internacional de sus derechos la nacionalidad no juega ningún papel. Consiguientemente, el extranjero ha adquirido una personalidad jurídica independiente de su Estado: es un verdadero sujeto de derechos internacionales<sup>91</sup>.

112. Ahora bien, nada de lo que antecede impide que en ciertos casos se admita que simultáneamente el Estado de la nacionalidad tenga un interés en la violación de los derechos de sus nacionales. En el caso de las *Reclamaciones Británicas en la Zona Española de Marruecos* (1925), al indicar que la función de todo derecho es asegurar la coexistencia de intereses que merecen protección jurídica, el Arbitro Huber se refirió al "... interés del Estado en ver que los derechos de sus nacionales en un país extranjero sean respetados y protegidos en forma efectiva"<sup>92</sup>. En relación con la aplicación de la *Cláusula Calvo* una Comisión de Reclamaciones sostuvo asimismo que el Estado de la nacionalidad "... frecuentemente tiene un interés mayor en mantener los principios del derecho internacional que en obtener la reparación de los daños ocasionados a sus ciudadanos"<sup>93</sup>. Estas decisiones revelan la situación real y jurídica que puede presentarse en ciertas hipótesis de responsabilidad por daños a la persona o bienes de los extranjeros. En todas el derecho lesionado es un derecho del particular, pero en algunas el Estado de la nacionalidad puede invocar un "interés general", distinto y adicional al del particular. Naturalmente que no siempre será fácil determinar si hay lugar o no a admitir esta dualidad y simultaneidad de intereses y derechos, porque ello depende de las circunstancias que intervengan en cada caso particular. La gravedad del acto u omisión, la habitualidad con que se presente o el hecho de que ponga de manifiesto una actitud hostil al extranjero pueden servir, entre otros, de criterios de orientación al tribunal que conozca del caso. Esta concepción no sólo se conforma a la realidad jurídica que se presenta en estos casos, sino que facilita considerablemente la solución del aspecto procesal de la cuestión, según se verá en la próxima sección.

113. El reconocimiento del individuo o particular como sujeto pasivo de la responsabilidad internacional no resuelve, sin embargo, la totalidad del problema que se

viene examinando. Existen otras hipótesis de responsabilidad en las que esa condición jurídica concurre en otros sujetos del derecho internacional. Aludimos a las organizaciones internacionales, y en particular a la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la "Reparación por Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas". Esta opinión, que pidió la Asamblea General por su resolución 258 (III), se refiere a las cuestiones siguientes:

"I. En el caso de que un agente de las Naciones Unidas, en el desempeño de sus funciones, sufra un daño en circunstancias tales que impliquen la responsabilidad de un Estado, ¿tienen las Naciones Unidas competencia para entablar una reclamación internacional contra el gobierno *de jure* o *de facto* responsable, a fin de obtener la reparación por los daños causados: a) a las Naciones Unidas, b) a la víctima o a sus causahabientes ?

"II. En caso de respuesta afirmativa sobre el inciso b) del punto I, ¿cómo debe conciliarse la acción de las Naciones Unidas con los derechos a que sea acreedor el Estado de donde procede la víctima ?"

114. A reserva de examinar las demás cuestiones planteadas a la Corte en el lugar correspondiente, limitémonos por el momento a la cuestión concreta que venimos considerando: esto es, la condición de titular del interés o derecho lesionado que cabe atribuir en esta hipótesis de responsabilidad a las organizaciones internacionales.

115. Sobre este particular la Corte admitió la posibilidad de "daños causados a los intereses de la Organización misma, a su estructura administrativa, a su propiedad y sus haberes, y a los intereses a su cargo"<sup>94</sup>. Refiriéndose a la extensión de la reparación expresó que "dependería de la cuantía del daño sufrido por la Organización como resultado del acto u omisión lesivo del Estado demandado, y que se calcularía conforme a las reglas del derecho internacional"<sup>95</sup>. En este sentido, la Corte admitió que la Organización, como entidad colectiva, poseía intereses y derechos propios, y que su violación originaba un deber de reparar. Trazando otra analogía con la concepción tradicional de la responsabilidad de Estado a Estado, formuló la siguiente declaración:

"Las obligaciones contraídas por los Estados para permitir que los agentes de la Organización desempeñen sus deberes, no se han contraído en interés de los agentes sino en el de la Organización. Cuando ésta demanda una reparación por el incumplimiento de estas obligaciones, la Organización invoca su propio derecho, el derecho a que las obligaciones que se han contraído respecto de ella sean respetadas... Al reclamar una reparación fundada en el daño sufrido por su agente, la Organización no representa al agente, sino que hace valer un derecho propio, el derecho a asegurar el respeto de los compromisos contraídos con la Organización"<sup>96</sup>.

Nótese que, desde luego, la analogía se refiere a la hipótesis en que un Estado reclama por daños ocasionados a sus funcionarios o agentes, es decir, no por daños que reciban individuos o particulares de su nacionalidad,

<sup>91</sup> Véase capítulo VI.

<sup>92</sup> Véase Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community* (Oxford, 1933), pág. 121.

<sup>93</sup> Véase Schwarzenberger, *op. cit.*, pág. 74.

<sup>94</sup> Véase *I.C.J. Reports 1949*, pág. 180.

<sup>95</sup> *Ibid.*, pág. 181.

<sup>96</sup> *Ibid.*, pág. 184.

a los cuales el antiguo Tribunal Permanente también los concibió como daños al Estado mismo<sup>97</sup>.

#### 17. LA CAPACIDAD DEL ESTADO PARA RECLAMAR

117. Cuando se trata de actos u omisiones que afectan directa y únicamente al Estado como persona jurídica, no se plantea naturalmente el problema relativo a la capacidad internacional para reclamar por los daños ocasionados. El Estado es el único titular del interés o derecho lesionado y, por lo tanto, el único sujeto a quien puede atribuirse esa capacidad; sin perjuicio, naturalmente, de los casos de semisoberanía, en los que una entidad política de esta clase puede haber adquirido personalidad internacional suficiente a ese efecto. Las dificultades surgen cuando se trata de hipótesis por daños causados a los extranjeros o particulares. En la actualidad estas dificultades han aumentado por la circunstancia de que ese extranjero o particular puede haber sufrido el daño mientras se hallaba al servicio de una organización internacional, en cuyo caso habrá que conciliar la acción de esta última con los "derechos de que sea acreedor el Estado de donde procede la víctima". A reserva de tratar esta situación específica cuando se examine la capacidad para reclamar de las organizaciones internacionales, veamos ahora las dificultades que se suscitan en las demás situaciones.

118. En el derecho internacional tradicional se ha tratado de resolver esas dificultades confiriendo la capacidad internacional para reclamar al Estado de la nacionalidad del particular que ha recibido el daño; es decir, conforme al conocido principio de la "nacionalidad de la reclamación", al que nos hemos referido con anterioridad. La cuestión también constituye en este sentido un aspecto de la llamada doctrina de la protección diplomática de los nacionales en el exterior, que se examinará en el próximo capítulo. El Comité Preparatorio de la Conferencia de La Haya (1930), fundándose en las respuestas recibidas de los gobiernos y en la abundante jurisprudencia internacional que ya existía sobre la materia, recogió el principio en la Base de Discusión No. 28, cuyo texto es el siguiente:

"El Estado no puede reclamar una indemnización pecuniaria respecto del daño sufrido por un particular en el territorio de un Estado extranjero, a menos que dicho particular tenga la nacionalidad del Estado demandante en el momento en que se haya causado el daño y la conserve hasta tanto se decida la reclamación.

"Las personas a quienes el Estado demandante tiene derecho a extender protección diplomática se asimilan para estos efectos a los nacionales.

"En el caso de fallecimiento de la persona lesionada, la reclamación de una indemnización pecuniaria que ya haya sido presentada por el Estado de la nacionalidad de dicha persona, solamente puede mantenerse en beneficio de aquellos causahabientes que sean nacionales del Estado y en la medida de su interés"<sup>98</sup>.

<sup>97</sup> En relación con otros aspectos de la cuestión, véanse *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations: Oral Statements by Dr. Ivan S. Kerno, Agent, and A. H. Feller, Counsel, on behalf of the Secretary-General of the United Nations, 7-8 March 1949*, págs. 19 y 30, y Eagleton, "International Organization and the Law Responsibility", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1950, I, págs. 352 et seq.

<sup>98</sup> Véase Apéndice 2.

119. En una de sus últimas sentencias el Tribunal Permanente de Justicia Internacional vinculó el principio de la "nacionalidad de la reclamación" al derecho del Estado a la protección diplomática y declaró:

"... Este derecho está necesariamente limitado a la intervención en nombre de sus propios nacionales, porque, en defecto de un convenio especial, el vínculo de la nacionalidad entre el Estado y el individuo es lo único que confiere al primero el derecho a la protección diplomática, y el derecho a hacerse cargo de una reclamación y a asegurar el respeto de las normas del derecho internacional debe contemplarse como una parte de la función de la protección diplomática. Cuando el daño lo ha recibido el nacional de algún otro Estado, ninguna reclamación a que pueda dar lugar cae bajo la esfera de la protección diplomática que tiene derecho a extender el Estado, ni constituir una reclamación que dicho Estado pueda presentar"<sup>99</sup>.

120. Como lo demuestra el segundo párrafo de la Base de Discusión del Comité Preparatorio, el principio de la "nacionalidad de la reclamación" no es una regla absoluta, y en la opinión consultiva que se mencionó en el número anterior la actual Corte Internacional de Justicia reconoció expresamente que "... hay casos en que el Estado puede ejercer la protección en favor de personas que no tienen su nacionalidad"<sup>100</sup>. Pero de todos modos es la regla general y debe tomarse como el fundamento de la capacidad del Estado para reclamar en las hipótesis de responsabilidad que venimos examinando. La primera dificultad que se confronta radica en el requisito adicional de la "continuidad de la nacionalidad", dado que, tanto en la teoría como en la práctica, se ha entendido este requisito en dos sentidos diferentes: esto es, si la nacionalidad debe mantenerse hasta tanto se decida la reclamación, o si basta que se mantenga hasta el momento en que la reclamación se presenta<sup>101</sup>. Naturalmente, las mayores dificultades las origina el requisito que contempla el tercer párrafo de la Base de Discusión. Por ejemplo, en el caso *Stevenson* (1903) la Comisión de Reclamaciones británico-venezolana, a pesar de que la reclamación había surgido en vida de *Stevenson*, solamente admitió la responsabilidad a los efectos de sus dos hijos que eran súbditos del Estado demandante<sup>102</sup>.

121. En otro orden de ideas, el principio de la "nacionalidad de la reclamación" presenta ciertos aspectos que revelan serios inconvenientes, tanto desde el punto de vista de la protección del particular extranjero, como de los intereses generales del Estado de la nacionalidad. Como se indicó, el Estado no actúa en nombre y representación del particular cuando ejerce la protección diplomática y entabla una reclamación internacional, sino en su propio nombre y representación, porque reclama un "derecho propio". Este "carácter público" de las reclamaciones internacionales no solamente priva al verdadero

<sup>99</sup> Véase *Publications of the Permanent Court of International Justice, Judgments, Orders and Advisory Opinions*, Serie A/B, No. 76 (The Panevezys-Saldutiskis Railway Case) (Leyden, A. W. Sijthoff, 1933), pág. 16.

<sup>100</sup> *I.C.J. Reports 1949*, pág. 181.

<sup>101</sup> Véase Borchard, "The Protection of Citizens Abroad and Change of Original Nationality", *Yale Law Journal*, Vol. 43 (1934), págs. 359 a 392.

<sup>102</sup> Herbert W. Briggs (Ed.), *The Law of Nations: Cases, Documents and Notes*, 2nd. ed. (New York, Appleton-Century-Crofts, 1952), pág. 735.

interesado de toda participación en el asunto, sino que impone una carga injustificada e innecesaria a la nación de origen. Además, la aparición del Estado de la nacionalidad en una reclamación imprime a ésta un carácter político, que a menudo trae consigo situaciones de fricción internacional con el Estado de la residencia. Como se verá oportunamente (capítulo IX), estos inconvenientes del principio revisten a veces una gravedad tal que no debiera pasar inadvertida.

122. Sin embargo, la crítica que antecede no tiene por objeto demostrar la necesidad ni la conveniencia de abandonar el principio mismo. A reserva de que se le reformule en términos que superen sus deficiencias e inconvenientes actuales, el principio en sí continúa siendo necesario y aun conveniente en el estado actual de las relaciones internacionales. Para lograr esta superación habrá que plantearse estas dos consideraciones fundamentales: que el interés o derecho lesionado en las hipótesis de responsabilidad a que se aplica es primordialmente del individuo o particular y no del Estado; y que cuando el Estado de la nacionalidad no pueda invocar un "interés general" en el daño que resulte del acto o la omisión ilegal, el individuo o particular tenga los medios procesales a su disposición para presentar la reclamación internacional una vez agotados los recursos internos. Esta segunda consideración envuelve, naturalmente, el reconocimiento de una capacidad internacional para reclamar, pero como se verá en seguida, esto no implicaría introducir ninguna innovación en la práctica de las reclamaciones internacionales.

#### 18. LA CAPACIDAD DE LOS INDIVIDUOS O PARTICULARES

123. El problema relativo al acceso directo de los individuos a la jurisdicción internacional se planteó y discutió con cierto detenimiento cuando se elaboraba el Estatuto del antiguo Tribunal Permanente de Justicia Internacional. En el curso de las deliberaciones del Comité de Juristas dos de sus miembros, Loder y de la Pradelle, sugirieron que se confiriera competencia al Tribunal para conocer de controversias entre Estados y particulares, y que se permitiera a éstos el acceso directo a dicho Tribunal. Uno de los argumentos que se opusieron a la idea se refería al aspecto general de la cuestión: las controversias internacionales son litigios entre Estados porque los particulares no son sujetos de derecho internacional<sup>103</sup>. Independientemente del fundamento que podía tener entonces esta afirmación, en la actualidad el argumento carece totalmente de validez. Podrá discutirse sobre la naturaleza y extensión de los derechos internacionales que se han reconocido al individuo; es decir, en qué sentido o en qué medida es un sujeto de derecho internacional, pero no sobre el hecho de que el reconocimiento de esos derechos implica cierto grado de personalidad internacional.

124. Conforme a otro de los argumentos que se invocaron en el Comité de Juristas, las negociaciones diplomáticas entre gobiernos y particulares no eran concebibles, y ningún Estado toleraría ser atacado ante el Tribunal por un particular<sup>104</sup>. El examen de la validez

<sup>103</sup> Véanse observaciones de Arturo Ricci-Busatti, del Barón Descamps y de Raúl Fernández, *Procès-verbaux des séances du Comité des juristes* (La Haya, 1920), págs. 208, 209 y 215, respectivamente.

<sup>104</sup> Véanse observaciones de Lord Phillimore y de Elihu Root, *ibid.*, págs. 206 y 207, respectivamente.

teórica de este argumento también ha perdido su importancia en la medida en que la práctica internacional ha demostrado una realidad diferente. En la proyectada Corte Internacional de Presas (1907) se permitía el acceso directo a los particulares dentro de los casos y condiciones previstos en la Convención<sup>105</sup>. En la Corte de Justicia Centroamericana, que funcionó en Cartago, Costa Rica (1907-1917), los particulares de cualquiera de los cinco países podían "... iniciar cuestiones contra el gobierno de otro por violación de tratados o convenciones y en los demás casos de carácter internacional, sea que su propio gobierno apoyara o no dicha reclamación y con tal que se hubieren agotado los recursos que las leyes del respectivo país concediera o se demostrare denegación de justicia"<sup>106</sup>. Pero la expresión más significativa de esta práctica la constituye el *locus standi* que se confirió a los particulares ante los tribunales arbitrales que se crearon de conformidad con los Artículos 297 y 304 del Tratado de Versalles (1919-1920), y especialmente la situación, mucho más independiente, en que se hallaron ante el Tribunal de Arbitraje para la Alta Silesia, creado por la Convención germanopolaca de 15 de mayo de 1922<sup>107</sup>. Constituye también una manifestación de la misma práctica, aunque relativa a controversias entre particulares y organizaciones internacionales, la capacidad procesal de los funcionarios y de otras personas ante los Tribunales Administrativos de la antigua Sociedad de las Naciones<sup>108</sup> y de las Naciones Unidas<sup>109</sup>.

125. En la práctica de la postguerra no se advierte un criterio único y excluyente respecto de la cuestión que venimos examinando. Los primeros tratados de paz no reanudaron el sistema establecido por el Tratado de Versalles, sino que contemplan el problema de las reclamaciones y los medios y procedimientos de arreglo en un plano estrictamente interestatal<sup>110</sup>. Sin embargo, no ocurrió lo mismo en la Convención para el Arreglo de las Cuestiones Originadas de la Guerra y de la Ocupación, suscrita el 26 de mayo de 1952 con la República Federal de Alemania. La Carta anexa a la Convención crea una Comisión Arbitral a la cual tienen acceso directo las personas naturales nacionales o residentes de los Estados o entidades territoriales a que se refiere la Carta y las

<sup>105</sup> Véase el artículo 4 de la Convención en *Las Convenciones y Declaraciones de La Haya de 1899 y 1907* (Dotación Carnegie, Nueva York, 1915), págs. 189 a 190.

<sup>106</sup> Artículo 2 de la Convención suscrita en Washington el 20 de diciembre de 1907. Véase *Treaties, Conventions, International Acts, Protocols and Agreements between the United States of America and other Powers, 1776-1909*, compilado por William M. Malloy (Washington, U.S. Government Printing Office, 1910), Vol. II, pág. 2400.

<sup>107</sup> Cf. Georges Kaeckenbeeck, *The International Experiment of Upper Silesia* (Londres, 1942), pág. 811.

<sup>108</sup> Cf. Ranshofen-Wertheimer, *op. cit.*, págs. 259 *et seq.*

<sup>109</sup> Véase resolución 351 (IV) de la Asamblea General. Por resolución aprobada el 8 de noviembre de 1955, estableció un procedimiento de revisión de los fallos del Tribunal Administrativo, y enmendó el Estatuto del Tribunal en el sentido de autorizar a los Estados Miembros, al Secretario General "... o a la persona que haya sido objeto del fallo dictado por el Tribunal (inclusive cualquiera persona que le haya sucedido en sus derechos a su fallecimiento) ..." a impugnar el fallo y a pedir al Comité creado por la propia resolución que solicite una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre el asunto.

<sup>110</sup> Véanse, por ejemplo, el Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas e Italia (10 de febrero de 1947), *United Nations Treaty Series*, Vol. 49, y los Tratados con Hungría y Rumania, de la misma fecha, *United Nations Treaty Series*, Vol. 41, pág. 135, y Vol. 42, pág. 3, respectivamente.

personas jurídicas constituídas conforme a las leyes de dichos Estados y entidades<sup>111</sup>. Aunque de diferente naturaleza y objeto, también debe mencionarse el Tratado que creó la Mancomunidad Europa del Carbón y del Acero, suscrito el 18 de abril de 1951, que ya se ha citado en relación con el problema de la imputabilidad de la responsabilidad. A la Corte que instituye el Tratado también tienen acceso directo las personas naturales o jurídicas para los distintos efectos previstos en el capítulo IV de dicho instrumento<sup>112</sup>.

126. Como habrá podido advertirse, la práctica internacional ofrece suficientes antecedentes sobre el reconocimiento a los particulares interesados del derecho a comparecer en calidad de demandantes ante una jurisdicción internacional. En principio, por lo tanto, la idea en sí es perfectamente factible. En su sesión de Nueva York (1929), el Institut de droit international expresó la opinión de que "...hay casos en los cuales puede ser conveniente reconocer a los particulares el derecho a acudir directamente, en las condiciones que se determinen, a una instancia de justicia internacional en sus diferencias con los Estados<sup>113</sup>". Numerosos autores que han estudiado el problema en sus múltiples aspectos participan también de la misma opinión<sup>114</sup>.

127. De esta manera solamente quedaría por resolver en qué casos y conforme a qué condiciones se reconocería a los individuos o particulares esa capacidad procesal internacional. En cuanto a lo primero, por ejemplo, si en todos los casos o si solamente en aquellos en que el Estado de la nacionalidad no tenga un "interés general" en el daño que ha resultado del acto u omisión ilegal; y desde otro punto de vista, si en todos los casos de responsabilidad por daños a la persona o bienes del extranjero o solamente en algunos<sup>115</sup>. En cuanto a las condiciones, se han de requerir, entre otras, las siguientes: a) que el Estado de la nacionalidad haya rehusado o se niegue a presentar la reclamación; b) que dicho Estado autorice expresamente o no se oponga al reconocimiento de este derecho por parte del Estado de la residencia; c) que el primero apoye la reclamación o participe en alguna forma en el procedimiento; d) que solamente pueda presentar la reclamación la víctima directa del daño o también, en su caso, sus herederos o beneficiarios; e) que el extranjero tenga una nacionalidad y, en los casos de doble o múltiple nacionalidad, que requisitos especiales deberá llenar<sup>116</sup>.

<sup>111</sup> Véanse los Artículos 6 y 11 de la Carta, *The American Journal of International Law*, Supplement, Vol. 46 (1952), págs. 116 a 118.

<sup>112</sup> *Ibid.*, Supplement, Vol. 46 (1952), págs. 117 et seq.

<sup>113</sup> Véase *Annuaire de l'Institut de droit international* (1929), Vol. II, pág. 267.

<sup>114</sup> Véanse particularmente L. Fleury, *L'accès des particuliers aux tribunaux internationaux* (1932); Schule, *Le droit d'accès des particuliers aux juridictions internationales* (1934); Kaeckenbeek, *op. cit.*

<sup>115</sup> El Comité de la Sociedad de las Naciones que recomendó la creación de un Tribunal de Empréstitos Internacionales contempló la posibilidad de que grupos de accionistas tuvieran acceso directo a él. Cf. *Report of the Committee for the Study of International Loan Contracts*, League of Nations Publications, II. *Economic and Financial*. 1939.II.A.10 (documento C.145.M.93.1939.II.A), pág. 26.

<sup>116</sup> En cuanto a los apátridas (y a los refugiados que careciendo de la protección de su Estado se encuentren en la misma situación), estas condiciones deberían examinarse con miras a la idea de conferir a un organismo internacional, que pudiera ser el Alto Comisionado de las Naciones Unidas, el derecho de protección diplomática que hasta ahora solamente ha ejercido el Estado.

128. En suma, cualesquiera que sean el caso o los casos que se acepten y las condiciones que se exijan, el reconocimiento de esta acción procesal no implicaría negar el principio general que faculta al Estado a proteger a sus nacionales en el exterior. Ahora bien, de igual modo debía admitirse como otro principio el de que la protección diplomática no pueda ejercitarse en favor de un extranjero sin el consentimiento de éste, para evitar que, como ha ocurrido en el pasado, el Estado ejerza ese derecho con fines distintos a los de la protección.

#### 19. LA CAPACIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

129. Como se recordará, la opinión consultiva que la Asamblea General pidió a la Corte Internacional de Justicia tenía por objeto saber si "...tienen las Naciones Unidas *competencia* para entablar una reclamación... a fin de obtener la reparación por los daños causados: a) a las Naciones Unidas, b) a la víctima o a sus causahabientes". Naturalmente, la cuestión básica que había que resolver era la de si las organizaciones internacionales, en particular las Naciones Unidas, tenían personalidad internacional. A este respecto la Corte declaró que "...la Organización respondía al propósito de ejercer y disfrutar funciones y derechos que de hecho ejerce y disfruta, los cuales solamente pueden explicarse cuando se tiene un grado considerable de personalidad internacional y de capacidad para desenvolverse en un plano internacional". Inmediatamente la Corte se preguntó si "la suma de los derechos internacionales de la Organización comprende el derecho a entablar el tipo de reclamación internacional" a que se refería la petición de la Asamblea. Sobre este aspecto concreto de la misma cuestión, la Corte concluyó que los Estados Miembros "...habían dotado a la Organización de la capacidad para entablar reclamaciones internacionales cuando fuere necesario para el desempeño de sus funciones"<sup>117</sup>.

130. La siguiente cuestión que debía resolver la Corte consistía en saber si las Naciones Unidas, en el caso de que uno de sus agentes, en el desempeño de sus funciones, sufriera un daño en circunstancias tales que impliquen la responsabilidad de un Estado, podía entablar una reclamación internacional para obtener la reparación por los daños causados a la Organización. En opinión de la Corte, "no podía dudarse que la Organización tiene competencia para entablar una reclamación internacional contra uno de sus Miembros que le ha ocasionado un daño por haber violado una de sus obligaciones internacionales hacia ella". Y observó en este sentido que sería imposible obtener la reparación salvo que ella posea esa capacidad<sup>118</sup>. En la declaración oral de los representantes del Secretario General se relacionaba esta cuestión con el derecho internacional de la Organización a proteger sus agentes, en el sentido de que la violación de este derecho daba lugar a una reparación que la Organización podía reclamar en el plano internacional<sup>119</sup>.

<sup>117</sup> Véanse *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949*, págs. 179 y 180, y *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations: Oral Statements by Dr. Ivan S. Kerno, Agent, and A. H. Feller, Counsel, on behalf of the Secretary-General of the United Nations, 7-8 March 1949*, págs. 22 a 27.

<sup>118</sup> Véase *I.C.J. Reports 1949*, pág. 180.

<sup>119</sup> Véase *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations: Oral Statements by Dr. Ivan S. Kerno, Agent, and A. H. Feller, Counsel, on behalf of the Secretary-General of the United Nations, 7-8 March 1949*, págs. 32 a 36.

131. La Corte, en cambio, relacionaba el derecho a la protección de los agentes de la Organización con la cuestión relativa a la reparación de los daños causados a la víctima o a sus causahabientes. En su opinión, el principio tradicional de que la protección diplomática se ejerce por el Estado de la nacionalidad no implicaba una respuesta negativa a dicha cuestión. Este principio, según ella, "...descansa en dos bases. La primera es que el Estado demandado ha violado una obligación hacia el Estado de la nacionalidad respecto de sus nacionales. La segunda es que solamente la parte respecto de quien se tiene una obligación puede entablar una reclamación por su incumplimiento. Esto es precisamente lo que sucede cuando la Organización, al entablar una reclamación por daños causados a sus agentes, lo hace invocando el incumplimiento de una obligación hacia ella misma. Así, el principio de la nacionalidad de la reclamación no se opone en modo alguno a que se reconozca que la Organización tiene el derecho a entablar una reclamación por los daños a que se refiere la Cuestión I b)". Este razonamiento llevó a la Corte a la conclusión de que la Organización también tenía capacidad, al reclamar una reparación adecuada, para incluir en ella los daños sufridos por la víctima o sus causahabientes <sup>120</sup>.

132. Veamos finalmente la opinión de la Corte sobre la Cuestión II planteada por la Asamblea General; esto es, cómo debía conciliarse la acción de las Naciones Unidas con los derechos a que sea acreedor el Estado de donde procede la víctima. Según la Corte, la respuesta afirmativa que había dado a la Cuestión I b) podía dar lugar, cuando la víctima tuviera una nacionalidad y el daño involucra el interés del Estado de la nacionalidad y el de la Organización, a una oposición entre el derecho del primero a la protección diplomática y el derecho de la segunda a la protección funcional. Sin embargo, en su opinión, no existía ninguna regla de derecho que confiriera prioridad al uno o al otro, o que obligara al Estado o a la Organización a que se abstuvieran de entablar la reclamación internacional. Para que la posibilidad de esa oposición se redujera o desapareciera, la Corte no vió otra solución que la de que se concertara una convención general o se concluyeran convenios especiales en cada caso particular. La Corte previó también la hipótesis específica de que el agente tuviera la nacionalidad del Estado demandado. Pero en su opinión, como la acción de la Organización no se fundaba en la nacionalidad de la víctima sino en su condición de agente de aquella, el principio tradicional no era aplicable <sup>121</sup>.

133. Lo que antecede no permite obtener más que una idea general de los problemas que pueden plantearse con motivo del ejercicio de la acción procesal de que están investidas las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales. Un examen más detenido no solamente revelaría otros aspectos, sino también el grado de desarrollo que ha alcanzado en la práctica de la postguerra la capacidad de estos sujetos del derecho internacional para entablar reclamaciones en los diferentes casos de responsabilidad en que se lesionan sus intereses o sus derechos. Cuando se estudie este capítulo del tema seguramente surgirá la necesidad de elaborar fórmulas y reglas para perfeccionar la práctica actual, pero por el momento debiera reflexionarse, en particular, sobre una sugerencia que se viene haciendo cada día con mayor frecuencia.

Aludimos a la idea de conferir a las Naciones Unidas capacidad para comparecer ante la jurisdicción contenciosa de la Corte Internacional de Justicia <sup>122</sup>. Esta idea, que pudiera igualmente resultar necesaria y útil para otras organizaciones internacionales, se apoyaría en estas tres razones fundamentales: la capacidad que tienen casi todas estas organizaciones para comparecer ante tribunales nacionales; la capacidad de las Naciones Unidas y de los organismos especializados que han sido autorizados al efecto, para pedir opiniones consultivas a la Corte; y la amplitud con que la propia Corte reconoció la personalidad internacional de las Naciones Unidas en la opinión que se ha venido examinando.

## CAPITULO VI

### La doctrina de la protección diplomática y el reconocimiento internacional de los derechos esenciales del hombre

134. En el derecho internacional tradicional la "responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros" aparece a menudo vinculada a dos grandes nociones o principios: la llamada "norma internacional de justicia" (*international standard of justice*) y el principio de la igualdad de nacionales y extranjeros. La primera se ha invocado como fundamento para el ejercicio del derecho del Estado a proteger a sus nacionales en el exterior, y el segundo para declinar la responsabilidad del Estado de la residencia cuando dichos nacionales disfrutaran del mismo trato y protección legal o judicial que se concede al nacional de este Estado. En tal sentido, a pesar de haber tenido fundamentalmente como objeto común la protección de la persona y de sus bienes, los dos principios han aparecido en la teoría y la práctica tradicionales, como principios opuestos e irreconciliables.

135. Sin embargo, cuando se examina la situación a la luz del derecho internacional en el estado actual de su desarrollo, la impresión que obtenemos es muy diferente. Si en efecto, ambos principios han tenido por objeto la protección de la persona y sus bienes, en la actualidad ésta es la función y el propósito del reconocimiento internacional de los derechos esenciales del hombre. Como dentro de la nueva noción jurídica la distinción entre nacionales y extranjeros pierde toda su razón de ser, la aplicación teórica y práctica de los dos principios tradicionales tampoco parece ya justificarse. En una palabra, ambos principios parecen haber sido superados en el derecho internacional contemporáneo.

#### 20. LA "NORMA INTERNACIONAL DE JUSTICIA" (INTERNATIONAL STANDARD OF JUSTICE)

136. Según hemos visto en el capítulo V, el derecho internacional tradicional ha reconocido al Estado la facultad de reclamar ante un tercero por los daños causados a la persona o bienes de sus nacionales. La doctrina de la "protección diplomática", que es la expresión comúnmente empleada para designar esta facultad, arranca consiguientemente de este derecho del Estado a proteger a sus nacionales en el exterior. Como lo expresó en una de sus primeras sentencias el antiguo Tribunal Permanente de Justicia Internacional:

<sup>120</sup> Véase *I.C.J. Reports 1949*, págs. 181 a 184.

<sup>121</sup> *Ibid.*, págs. 185 y 186.

<sup>122</sup> Véase Eagleton, "International Organization and the Law of Responsibility", *Recueil des Cours*, 1950, I, pág. 421.

"Es un principio elemental de derecho internacional que el Estado tiene derecho a proteger a sus súbditos cuando se les ocasione daños por actos contrarios al derecho internacional cometidos por otro Estado, del cual no haya sido posible obtener reparación por los canales regulares" <sup>123</sup>.

137. Y en una de sus últimas sentencias, que ya se ha citado en el párr. 119, al referirse al "derecho de protección diplomática", lo identificó con el "derecho [del Estado] a hacerse cargo de una reclamación y asegurar el respeto por las normas del derecho internacional" <sup>124</sup>.

138. Los expositores de la teoría tradicional se han hecho eco de la doctrina de la protección diplomática y la consideran como una especie de garantía contra el eventual incumplimiento de las obligaciones internacionales que tiene el Estado respecto de los extranjeros. Borchard, por ejemplo, dice en este sentido:

"Aunque se reconoce el derecho de todo Estado a ejercer su soberanía y jurisdicción sobre todas las personas que se encuentren en su territorio, las naciones extranjeras conservan sobre sus ciudadanos en el exterior una vigilancia protectora para velar por que sus derechos como individuos y como nacionales reciban la justa medida de reconocimiento que establecen los principios del derecho interno y el derecho internacional". Y agrega inmediatamente: "La no interposición es la regla mientras los Estados observen sus obligaciones internacionales. Por consiguiente, la protección diplomática es un derecho complementario o reservado que se invoca sólo cuando el Estado de la residencia no conforma su conducta a esta norma (standard) internacional" <sup>125</sup>.

139. Para Borchard, al igual que para todos los expositores de la teoría tradicional, la protección diplomática es, en efecto, un derecho de todo Estado a exigir de otro el respeto a la persona y bienes de los extranjeros en la forma que lo dispone el derecho internacional.

140. Esta vinculación de la doctrina de la protección diplomática con la noción de la "norma internacional de justicia" (*international standard of justice*), ha sido ampliamente reconocida en la práctica, incluso en la jurisprudencia internacional. En el caso *Neer* (1926), la Comisión General de Reclamaciones entre Estados Unidos y México declaró expresamente que "la legalidad de los actos gubernamentales deben examinarse a la luz de normas (standards) internacionales". Y en el caso *Hopkins* la misma Comisión desarrolló esta noción en el sentido de que

"... conforme al derecho internacional relativo a las controversias que tienen este carácter, ocurre frecuentemente que a la nación se le exige dar a los extranjeros un tratamiento más amplio y liberal que el que le da a sus ciudadanos de acuerdo con el derecho interno... No es una cuestión de discriminación sino de diferentes derechos y recursos. Los ciudadanos de una nación pueden disfrutar de muchos derechos que no tienen los extranjeros y, viceversa, conforme al derecho

internacional éstos pueden disfrutar de derechos y recursos que la nación no concede a sus ciudadanos" <sup>126</sup>.

141. En varias decisiones el Tribunal Permanente de Arbitraje ha recurrido a esta noción para determinar la medida de protección de que disfrutaban los extranjeros en cuanto a sus bienes, y en algunas de las suyas el Tribunal Permanente de Justicia Internacional ha hecho lo mismo en relación con los "derechos adquiridos", cuya protección estaba garantizada por "un principio que, según el Tribunal ha tenido ya ocasión de observar, forma parte del derecho internacional generalmente aceptado" <sup>127</sup>. Sin embargo, en ninguno de los casos se concibió la "norma internacional de justicia" con la amplitud que a veces se le atribuye. Verdross, por ejemplo, considera que dicha noción está contenida en la expresión "derecho internacional generalmente aceptado" (*droit international commun*) <sup>128</sup>.

142. En algunas codificaciones también aparece la noción jurídica a que nos venimos refiriendo. El artículo 5 del proyecto de la Investigación Harvard dice a este respecto que "El Estado tiene el deber de proporcionar al extranjero recursos para obtener una reparación que sean tan eficaces como los recursos que ofrece a sus nacionales". Pero en el Comentario agrega que "Este Artículo tiene por objeto indicar la medida mínima de la obligación del Estado... Los recursos que se proporcionen al nacional pueden ser tan inadecuados que no satisfagan la obligación internacional del Estado... La sujeción del extranjero al derecho y los recursos locales se basan necesariamente en la presunción de que ambos estén a la altura de la norma (*standard*) que impone el derecho internacional" <sup>129</sup>. El artículo así como el Comentario se contraen a la aplicación de la "norma a una situación concreta, más bien que a su aplicación general: es decir, en cuanto afecta al principio relativo al agotamiento de los recursos internos, que se examinará en el capítulo próximo. Donde sí aparece formulada con un carácter general es en el artículo 2 del proyecto aprobado en primera lectura por el Comité III de la Conferencia de La Haya, según el cual,

"En la presente Convención se entiende por "obligaciones internacionales" (las que, en virtud de un tratado, de la costumbre o de los principios generales del derecho) tienen por objeto garantizar a las personas y los bienes de los extranjeros un trato conforme a las normas aceptadas por la comunidad internacional" <sup>130</sup>.

143. Como parece revelar la discusión habida en el seno del Comité, la expresión "normas aceptadas por la comunidad internacional" se proponía recoger la noción en su forma amplia y genérica <sup>131</sup>.

144. En el mundo americano también se ha aceptado el derecho del Estado a proteger a sus nacionales en el exterior, pero más bien subordinándolo a otro principio:

<sup>126</sup> Véase Eagleton, *The Responsibility of States in International Law* (New York, 1928), págs. 84 y 85.

<sup>127</sup> Véase Schwarzenberger, *op. cit.*, págs. 99 a 103.

<sup>128</sup> Véase Alfred Verdross, "Les règles internationales concernant le traitement des étrangers" *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1931, III, Vol. 37, págs. 330 *et seq.*

<sup>129</sup> Véase Harvard Law School, *op. cit.*, págs. 147 y 148, y *The American Journal of International Law Sup.*, Vol. 23, (1929), pág. 147.

<sup>130</sup> Véase Apéndice No. 3.

<sup>131</sup> League of Nations Publications, *V. Legal*, 1930.V.17 (documento C.351(c).M.145(c).1930.V), págs. 159 a 161.

<sup>123</sup> Publications of the Permanent Court of International Justice, *Collection of Judgments*, Serie A, No. 2 (The Mavrommatis Palestine Concessions) (Leyden, A. W. Sijthoff, 1924), pág. 12.

<sup>124</sup> *Ibid.*, *Judgments, Orders and Advisory Opinions*, Serie A/B, No. 76 (The Panevezys-Saldutiskis Railway Case) (Leyden, A. W. Sijthoff, 1939), pág. 16.

<sup>125</sup> Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, (New York, The Banks Law Publishing Co., 1915), pág. 28.

el principio de la igualdad entre nacionales y extranjeros. Mas, como se verá en seguida, este otro principio, ni en su formulación ni en su aplicación práctica, implica necesariamente un rechazo absoluto de las normas tradicionales del derecho internacional que se proponen la protección del extranjero.

## 21. EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD DE NACIONALES Y EXTRANJEROS

145. Los abusos a que se había prestado el ejercicio de la protección diplomática por parte de algunos países provocaron la natural reacción contra el principio mismo que se invocaba como fundamento de la responsabilidad del Estado. El jurista argentino Carlos Calvo, refiriéndose a este estado de cosas, enunció el principio que desde entonces se ha opuesto a las reclamaciones internacionales fundadas en violaciones de la "norma internacional de justicia". En su opinión, "Es cierto que los extranjeros que se establecen en un país tienen el mismo derecho a la protección que los nacionales, pero no deben reclamar una mayor protección"<sup>132</sup>. El nuevo principio lo hizo suyo la Primera Conferencia Internacional Americana (Washington, 1889-1890), al recomendar que se "reconozcan como principios de Derecho Internacional Americano los siguientes:

"1. Los extranjeros gozan de todos los derechos civiles de que gozan los nacionales, y pueden hacer uso de ellos, en el fondo, la forma o procedimiento y en los recursos a que den lugar, absolutamente en los mismos términos que dichos nacionales.

"2. La Nación no tiene ni reconoce a favor de los extranjeros ningunas otras obligaciones o responsabilidades que las que a favor de los nacionales se hallen establecidas en igual caso por la Constitución y las leyes"<sup>133</sup>.

146. Concebido en estos términos, el principio fué reiterado en ocasiones posteriores e incorporado en dos instrumentos convencionales. La Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados, suscrita en la Séptima Conferencia Internacional Americana (Montevideo, 1933), establece en su Artículo 9 que

"La jurisdicción de los Estados en los límites del territorio nacional se aplica a todos los habitantes. Los nacionales y los extranjeros se hallan bajo la misma protección de la legislación y de las autoridades nacionales y los extranjeros no podrán pretender derechos diferentes, ni más extensos que los de los nacionales"<sup>134</sup>.

147. Como puede apreciarse, la idea substancial en que se inspira el principio es la de la "igualdad de la protección" a que tienen derecho los extranjeros. Esta idea arranca del régimen jurídico interno que se les ha aplicado en su condición de simples transeúntes o de residentes. A este respecto, las Constituciones y las leyes de los países americanos y asimismo las Convenciones interamericanas existentes en esta materia, han equiparado al

extranjero y al nacional en cuanto al disfrute de los derechos civiles y de las garantías individuales<sup>135</sup>. Es el mismo régimen de igualdad de protección legal y judicial que establece el proyecto de convención que preparó como base de discusión el Comité Económico de la Sociedad de las Naciones para la Conferencia Internacional sobre Tratamiento de los Extranjeros, que se celebró en París en 1929 bajo los auspicios de la Sociedad<sup>136</sup>. En este sentido, el principio de la "igualdad de nacionales y extranjeros" constituye el aspecto internacional de la condición jurídica interna con que se ha procurado garantizar a los segundos la misma protección que disfrutaban los primeros.

148. Sobre esto último, naturalmente, puede observarse que la cuestión fundamental radica precisamente en la medida o extensión a que alcanza esa protección. Según la interpretación que se le dió al principio en el Informe de la Subcomisión del Comité de Expertos de la Sociedad de las Naciones (Informe Guerrero):

"El máximo que puede reclamarse para el extranjero es la igualdad civil con los nacionales. Esto no significa que el Estado esté obligado a dar ese tratamiento a los extranjeros, salvo que esa obligación se halle estipulada en un tratado. Inferimos por consiguiente que el Estado se excede en su deber cuando ofrece a los extranjeros un tratamiento similar al que da a los nacionales"<sup>137</sup>.

149. Las interpretaciones de esta naturaleza, y las aplicaciones prácticas que han respondido a esta concepción, han sido el origen y el motivo de la crítica adversa que a menudo se le hace al principio. Por ejemplo, no es exacto, como se ha sostenido, que "Estrictamente, esta doctrina impediría a los extranjeros lesionados todo recurso a la protección de su Estado, toda vez que ningún nacional puede recurrir por un daño que ha recibido en su propio país a una autoridad fuera del mismo"; ni tampoco es cierto que "La norma de la igualdad implica que, para obtener la reparación del daño recibido por uno de sus nacionales en el exterior, el Estado debe probar que ha habido discriminación contra él como extranjero"<sup>138</sup>.

150. La igualdad de nacionales y extranjeros, como principio de derecho internacional, no debe conducir a ninguna de esas situaciones ni a otras similares que se le han atribuido, si se le interpreta y aplica conforme al propósito y alcance con que se le concibió. Así, por ejemplo, en la Convención sobre Derechos de Extranjería, suscrita en la Segunda Conferencia Internacional Americana (México, 1902), se reconoce expresamente que procede la reclamación diplomática "en los casos en que haya habido, de parte de ese tribunal, manifiesta denegación de justicia, o retardo anormal, o violación evidente

<sup>132</sup> Véase Charles Calvo, *Le droit international* (París, 1885, 5a. ed.), Vol. VI, pág. 231.

<sup>133</sup> Véase Recomendación sobre "Reclamaciones e Intervención Diplomática", *Conferencias Internacionales Americanas, 1889-1936* (Washington, Dotación Carnegie, 1938), pág. 44.

<sup>134</sup> *Ibid.*, pág. 469. Véase también artículos 1 y 2 de la Convención suscrita en la Segunda Conferencia (México, 1902), en el Apéndice 5.

<sup>135</sup> Véase a este respecto el artículo 5 de la Convención sobre Condiciones de los Extranjeros (La Habana, 1928), y los artículos 1 y 2 del "Código Bustamante", *ibid.*, págs. 367 y 304, respectivamente.

<sup>136</sup> Véase League of Nations Publications, II, *Economic and Financial, 1928.II.14* (Doc.C.174.M.53.1928.II), pág. 11. La Conferencia de París no llegó a elaborar ninguna convención. Véase *Ibid.*, II, *Economic and Financial, 1930.II.5* (Doc.C.97.M.23.1930.II), *passim*.

<sup>137</sup> *Ibid.*, V, Legal, 1927.V.1, (Doc.C.196.M.70.1927.V), pág. 94.

<sup>138</sup> Véase P. E. Corbett, *Law and Society in the Relations of States* (New York, 1951), págs. 179 y 181.

de los principios del Derecho Internacional”<sup>139</sup>. En su proyecto sobre “Protección Diplomática” el Instituto Americano de Derecho Internacional reiteró posteriormente la misma idea<sup>140</sup>. Esta concepción del principio la hallamos en la “*Declaration sur les Données Fondamentales et les Grands Principes du Droit International Moderne*”, aprobada por la *Académie Diplomatique Internationale*, *l'Union Juridique Internationale* y la *International Law Association*. En su artículo 30, al reconocer que “En ningún caso pueden los extranjeros pretender mayores derechos que los nacionales...”, hace la salvedad en cuanto al “mínimum de derechos” que todo país civilizado debe garantizar<sup>141</sup>. De esta manera, el principio de la igualdad de nacionales y extranjeros, ni excluye el derecho del Estado a proteger a sus nacionales en el exterior, ni supone tampoco el desconocimiento de los derechos humanos esenciales<sup>142</sup>. Si es a este “mínimum” de derechos al que se procura asegurar mediante la “norma internacional de justicia”, entonces el principio de igualdad no es incompatible con el derecho internacional. Pero en todo caso, continuemos examinando la cuestión, porque en el estado actual del desarrollo del derecho internacional puede plantearse en términos diferentes.

## 22. LA SINTESIS DE LOS DOS PRINCIPIOS: EL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS ESENCIALES DEL HOMBRE

151. Según lo hemos destacado ya, el reconocimiento internacional de los derechos esenciales del hombre constituye uno de los acontecimientos más sobresalientes de nuestra época. Este fenómeno político y jurídico también tiene necesariamente que afectar de un modo substancial el aspecto de la responsabilidad internacional que se examina en este capítulo. La Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz (México, 1945), formuló a este respecto la siguiente declaración:

“Que la protección internacional de los derechos esenciales del hombre eliminaría el uso indebido de la protección diplomática de los ciudadanos en el exterior, cuyo ejercicio ha determinado más de una vez la violación del principio de no intervención, y también el de igualdad entre nacionales y extranjeros, en cuanto a los derechos esenciales del hombre.”<sup>143</sup>

152. En primer término, la declaración revela claramente el propósito de evitar que el ejercicio de la protección diplomática se traduzca en una violación del principio de no intervención o del de la igualdad de nacionales y extranjeros en cuanto a los derechos esenciales del hombre. Pero nada más: la intención de la Conferencia fué simplemente la de evitar el *uso indebido* de la protección diplomática, sin suprimir la institución misma, ni negarle al Estado el derecho a proteger a sus nacionales en el exterior. El medio para lograr tal objetivo sería la “protección internacional” de los derechos esenciales

del hombre. A reserva de examinar en otro lugar los medios a que se ha recurrido para contrarrestar el peligro del abuso de derecho inherente al ejercicio directo de la protección diplomática (capítulo IX), examinemos ahora la idea desde el punto de vista que interesa mayormente a este capítulo.

153. En este sentido, no parece que la institución de la protección diplomática, como tampoco el principio que le ha servido de fundamento, constituyan la forma más eficaz para garantizar los intereses y derechos de extranjeros. En cuanto a la primera, aunque como función interior del Estado de la nacionalidad debería constituir un deber de éste, ni histórica ni prácticamente lo ha sido. Salvo alguno que otro autor, la generalidad jamás ha considerado la protección diplomática como un deber de ese Estado. Aun Borchard reconoce que, a lo más, es un deber moral, es decir, que no es exigible<sup>144</sup>. Tampoco en la práctica interna o internacional, se le ha admitido con ese carácter. Es pura y simplemente un derecho y, como tal, el Estado lo puede ejercer o abstenerse de ejercerlo a su entera discreción. A tal punto es esto cierto, que a veces ha rehusado extender la protección no obstante la solicitud del interesado y la legitimidad de la reclamación; en otras ocasiones, en cambio, sin mediar esta solicitud y aun contra la voluntad del interesado, lo ha hecho por razones políticas totalmente ajenas a los fines de la institución. Si se trata de pequeños Estados, a menudo se abstienen de ejercer este derecho por el temor de crearse una situación difícil con el Estado poderoso contra quien se reclama<sup>145</sup>.

154. Por su parte, la “norma internacional de justicia”, considerada intrínsecamente, tanto como institución complementaria a la protección diplomática, ha adolecido siempre de un defecto fundamental: su vaguedad e imprecisión ostensibles. Jamás ninguno de los organismos internacionales que la han aceptado y aplicado han podido definirla, o al menos no han intentado hacerlo, o cuando lo han ensayado han tenido poco éxito. Simplemente se han limitado a mencionarla para fundar en ella su decisión, o a aplicar situaciones concretas que han querido generalizar por vía de la inducción. Cuando la ha invocado directamente el Estado, presenta mayores inconvenientes. Uno de sus más fervorosos defensores reconoce que “los Estados poderosos han exigido a veces de los débiles un mayor grado de responsabilidad que a los Estados igualmente poderosos”<sup>146</sup>. En este sentido, la “norma” parece inspirarse en la misma idea o en una muy análoga a la que inspiró el régimen de las capitulaciones o de la extraterritorialidad a que se sometió durante largo tiempo a los pueblos de Asia y Africa. A este respecto, por la discriminación que supone en favor de la clase extranjera de la población y por lo que afecta al principio de igualdad de las naciones, la norma ha repugnado a la opinión pública y a la conciencia jurídica en los países interesados. En todos estos aspectos, por lo tanto, se revela como una institución marcadamente imperfecta y de una utilidad muy relativa. Salvo el caso de violaciones de derechos humanos esenciales, del *mini-*

<sup>139</sup> Véase Apéndice 5, Art. 3.

<sup>140</sup> Véase Apéndice 7, Art. 3.

<sup>141</sup> Véase Apéndice 10.

<sup>142</sup> Véase Maúrtua, *loc. cit.*, pág. 557; Accioly, *Derecho Internacional Público*, (Río de Janeiro, 1945), Vol. I, págs. 370 y 371; Podestá Costa, *loc. cit.*, págs. 207 *et seq.*

<sup>143</sup> Véase Conferencia Interamericana sobre problemas de la guerra y de la Paz, Mexico-Chapultepec, 21 de febrero — 8 de marzo de 1945, Acta Final, Resolución XL (Montevideo, 1946), pág. 102.

<sup>144</sup> Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, (New York, The Banks Law Publishing Co., 1915), págs. 29 y 30.

<sup>145</sup> Sobre estas situaciones prácticas véase Dunn, “The International Rights of Individuals”, *Proceedings of the American Society of International Law* (1941), págs. 14, 16 y 17.

<sup>146</sup> Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, pág. 178.

*mum* de derechos que reconocen todos los países, su aplicabilidad es francamente difícil y absolutamente imposible en la mayor parte de las hipótesis de responsabilidad.

155. El principio de la igualdad de nacionales y extranjeros tampoco es admisible si su interpretación o su aplicación práctica resultan contrarias al derecho internacional. No hay duda de que no lo es cuando se llega al extremo de sostener que es un principio absoluto y que no está sujeto a limitaciones de ningún género. Y por la misma razón tampoco lo será cuando la conducta de los órganos del Estado no se conforme a las normas y garantías que en todos los países sirven de protección a la persona y bienes del individuo. El hecho de que los nacionales sufran también y por igual las consecuencias de una situación de tal naturaleza, no puede constituir una excusa válida para eludir la responsabilidad internacional. Pero como hemos visto, fuera de estas hipótesis resulta muy difícil, tanto jurídica como políticamente, aceptar un tratamiento que dé preferencia y suponga privilegios en favor del extranjero. Este no puede racionalmente esperar esa condición privilegiada respecto del nacional, máxime cuando tampoco se le exigen mayores obligaciones y responsabilidades, y sí, por el contrario, menos que al nacional.

156. Ahora bien, tanto la "norma internacional de justicia" como el principio de la igualdad, hasta el presente considerados como antagónicos e irreconciliables, son perfectamente susceptibles de una nueva formulación, y de integrarse en una nueva noción jurídica que recoja los elementos y finalidades esenciales de ambos<sup>147</sup>. Esta nueva noción arrancaría del "reconocimiento internacional de los derechos humanos y las libertades fundamentales", reconocimiento que han consagrado la Carta de las Naciones Unidas y otros instrumentos generales, regionales y bilaterales. La "internacionalización", por así decirlo, de estos derechos y libertades tiene por objeto la protección de los intereses legítimos de la persona humana, independientemente de su nacionalidad. En este sentido, la condición de ciudadano ni la de extranjero juegan papel alguno. La persona humana, como tal, es el objeto de la protección directa del derecho internacional<sup>148</sup>.

157. No es difícil advertir cómo, en puridad jurídica, los dos principios tradicionales han sido superados por el desarrollo del derecho internacional. La "norma internacional de justicia" se originó y aceptó en una época en que imperaban concepciones distintas a las que dominan en la actualidad: el derecho internacional reconocía y protegía los derechos esenciales del hombre mientras fuera extranjero; es decir, por virtud de su condición de nacional de un Estado. El principio de la igualdad, a su vez, fué concebido para contrarrestar las consecuencias que se derivaban de esta diferente condición jurídica que se atribuía a nacionales y extranjeros. Ambos principios, por lo tanto, partían de una misma base: la distinción, que en el primer caso se admitía y en el segundo se negaba, entre dos categorías de derechos y entre dos clases de protec-

ción. Tal distinción ha desaparecido en el derecho internacional contemporáneo, al reconocerse los derechos humanos y las libertades fundamentales sin hacer distinción de ningún género entre nacionales y extranjeros.

158. Sin embargo, el hecho de que los dos principios tradicionales hayan perdido su razón de ser, no quiere decir exactamente que en la nueva noción jurídica se desconozcan los elementos y la finalidad esenciales de ambos. Por el contrario, el "reconocimiento internacional de los derechos humanos y las libertades fundamentales" constituye precisamente la síntesis de esos dos principios. En efecto, cuando se leen los instrumentos que han consagrado ese reconocimiento internacional, así como las dos grandes Declaraciones, y demás instrumentos que definen esos derechos y libertades, se advierte que en todos se garantiza una protección que sobrepasa en buen grado el *mínimum* de protección que se proponía asegurar al extranjero la "norma internacional de justicia". Asimismo, cualquiera de ellos revela que en ninguna hipótesis o situación los extranjeros disfrutaban de una condición jurídica más favorable que la que se confiere al nacional. En realidad, la idea de la igualdad de derechos y libertades constituye la esencia misma de todos esos instrumentos.

159. De esta manera, carecería de sentido jurídico y práctico insistir en mantener cualquiera de los dos principios tradicionales en la codificación de este aspecto de la responsabilidad internacional. Ambos han sido superados, e insistir en cualquiera de ellos supondría desconocer una de las realidades políticas y jurídicas más definidas del mundo contemporáneo.

## CAPÍTULO VII

### Causas de exención y circunstancias atenuantes y agravantes de responsabilidad

160. En la teoría y la práctica tradicionales no se reconoció, al menos de un modo definitivo y formal, la distinción entre las causas de exención de responsabilidad propiamente dichas y las circunstancias atenuantes y agravantes que pudieran concurrir en la violación o inobservancia de una obligación internacional. Schwarzenberger observa con razón que la jurisprudencia internacional no tiene un solo criterio sobre la cuestión de si en los actos u omisiones ilegales "se requiere responsabilidad absoluta o culpabilidad"<sup>149</sup>. El problema, naturalmente, no es nada sencillo, pero no hay duda de que en la futura codificación de los principios del derecho internacional que rigen la responsabilidad no se puede prescindir de su solución. Por ejemplo, según pudo advertirse cuando se examinó la cuestión relativa a la imputabilidad de ciertos actos u omisiones del Estado (capítulo IV), ésta depende a veces de la presencia de algún elemento adicional al hecho que originalmente dió origen a la responsabilidad. Cualquiera de estos elementos que concurra en la conducta del Estado, determinándola o condicionándola, pudiera tener el carácter de una circunstancia que permita hablar del grado de la responsabilidad realmente imputable al Estado.

161. El presente capítulo tiene, entre otros, ese propósito; es decir, el de ver si en todas las hipótesis sólo cabe distinguir entre responsabilidad absoluta y no res-

<sup>147</sup> Véase a este respecto Jessup, *A Modern Law of Nations* (New York, Macmillan 1948), pág. 102; y *Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission (Memorandum submitted by Secretary-General)*, Publicaciones de las Naciones Unidas, Número de venta, 1948. V.1(I)), pág. 47.

<sup>148</sup> Véase Maúrtua, *loc. cit.*, pág. 558.

<sup>149</sup> Schwarzenberger, *op. cit.*, pág. 243.

ponsabilidad, que es la única distinción posible dentro del concepto de *responsabilidad objetiva*, o si cabe también distinguir entre circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de responsabilidad.

### 23. LA OMISION DE LOS RECURSOS INTERNOS

162. Uno de los principios más sólidamente consagrados por el derecho internacional es el de que no existe la obligación (internacional) de reparar ni, por consiguiente, el derecho a presentar una reclamación de esa índole, mientras no se hayan agotado los recursos internos. Ahora bien, aunque como principio jamás ha sido negado, su aplicación en la práctica ha revelado ciertas divergencias de opinión en cuanto a su verdadero contenido y alcance. En primer término, se plantea el problema relativo a la "eficacia" de dichos recursos desde el punto de vista de la reparación del daño que se reclama a través de ellos o a los fines de determinar el momento en que surge la responsabilidad internacional para el Estado. Una segunda cuestión, estrechamente relacionada con la anterior, es la de cuándo o en qué circunstancias deben considerarse "agotados" los recursos internos. Finalmente, existe un tercer problema que consiste en saber si el requisito de que se agoten estos recursos constituye un simple trámite procesal o tiene, por el contrario, el carácter de una condición substantiva a la cual se subordina la existencia misma de la responsabilidad internacional del Estado. Tal vez se trate de un problema más académico que práctico, pero también debe examinarse por las implicaciones que puede tener en cuanto a otros aspectos de la institución.

163. En cuanto a la "eficacia" de los recursos internos, la cuestión se ha considerado mayormente desde el punto de vista de si los que concede el Estado son lo suficientemente adecuados para asegurar una reparación satisfactoria del daño y, en consecuencia, para eximirlo de responsabilidad internacional. En la jurisprudencia de los tribunales y comisiones arbitrales jamás se ha llegado a definir con precisión lo que debe entenderse por recursos "adecuados" o "eficaces", porque el problema que más bien se ha planteado es el segundo que hemos mencionado; esto es, cuándo o en qué circunstancias habrá de considerarse que dichos recursos han sido "agotados". La situación es prácticamente la misma en las codificaciones. En su proyecto sobre "Responsabilidad de los Gobiernos", el Instituto Americano de Derecho Internacional sostuvo que aquéllos están obligados "a mantener en su propio territorio el orden interno y la estabilidad gubernamental indispensables para el cumplimiento de sus deberes internacionales"<sup>150</sup>. En el proyecto aprobado en su sesión de Lausana (1927), el Institut de Droit International fué tal vez un poco más preciso al hablar de "recursos eficaces y suficientes para que se le otorgue el trato debido", y de un "procedimiento eficaz para obtener la indemnización correspondiente"<sup>151</sup>. Para citar otra fuente más, conforme al proyecto de la Investigación Harvard, "El Estado tiene el deber de proporcionar al extranjero recursos para obtener una reparación que sean "tan eficaces como los recursos que ofrece a sus nacionales"<sup>152</sup>. Como puede advertirse, estos ensayos de definición requieren a su vez que se definan con mayor pre-

cisión los términos y condiciones que ellos contienen. Y es que la solución radica en hallar un criterio que permita juzgar en todas las hipótesis si los recursos de que se dispone, nominal y efectivamente, son lo suficientemente adecuados o eficaces para que haya lugar a una exención de la responsabilidad internacional del Estado. En este sentido, la cuestión que se plantea no es más que un aspecto del problema general que examinamos en el capítulo anterior: es decir, si juzgamos la eficacia de estos recursos conforme a una "norma internacional de justicia" o de acuerdo con el principio de la igualdad de nacionales y extranjeros<sup>153</sup>. Si así es en efecto, entonces bastará recurrir a la noción jurídica que sugerimos entonces.

164. Sin perjuicio de esta última consideración, no debe pasar inadvertido el hecho de que la cuestión de la "eficacia" de los recursos internos está estrechamente relacionada con la de saber cuándo o en qué circunstancias han de considerarse "agotados", y que a veces puede incluso aparecer identificada con ella. Pero veamos cómo se plantea este otro problema, que en la práctica ha tenido naturalmente una significación mucho mayor. A este respecto, fundamentalmente pueden presentarse dos situaciones distintas, aunque en realidad sólo una de ellas suscita la verdadera cuestión que examinamos. Por ejemplo, ¿puede invocarse el principio cuando los Estados interesados han convenido en someter al arbitraje o a cualquier otro método de arreglo las controversias que surjan entre ellos? En varias decisiones la respuesta ha sido negativa, pero en otras, como en la del caso *Salem* (1932), el Tribunal se negó a aceptar que la mera existencia de un tratado de esa clase constituyera una preclusión de que se haya renunciado al principio<sup>154</sup>. En puridad no parece que pueda darse una respuesta categórica que sea correcta en todos los casos. Habría que ver si dentro del objeto del tratado está comprendida la controversia de que se trate y aun en caso afirmativo, si su propósito expreso o tácito ha sido el de exceptuar la aplicación del principio en las controversias de ese tipo. En otras palabras, la aplicación del principio dependerá necesariamente, no sólo del objeto o alcance del convenio, sino de las circunstancias que concurren en cada caso concreto.

165. Pero la situación que suscita el problema es otra. En el caso del *Ferrocarril Panevezys-Saldutiskis* (1939), el Tribunal Permanente de Justicia Internacional declaró:

"Puede no ser necesario recurrir a los tribunales internos si éstos no tienen jurisdicción para dar reparación; ni tampoco es necesario recurrir de nuevo a esos tribunales si el resultado será una repetición de la decisión que ya se ha dictado"<sup>155</sup>.

166. El el mismo orden de ideas, el proyecto de la Investigación Harvard admite que el Estado es responsable por incumplimiento de sus obligaciones contractuales con un extranjero "... cuando se han agotado los recursos locales sin que se dé la debida reparación"<sup>156</sup>. En franco contraste con esta concepción del principio, en el proyecto de la Subcomisión del Comité de Expertos para

<sup>153</sup> Véase a este respecto el Comentario de la Investigación Harvard al artículo 5 de su proyecto, que se transcribió en la sección 20 del capítulo anterior.

<sup>154</sup> Briggs, *op. cit.*, pág. 636.

<sup>155</sup> *Publications de la C.P.J.I., Serie A/B, No. 76, pág. 18.*

<sup>156</sup> Véase Apéndice 9, artículo 8.

<sup>150</sup> Véase Apéndice 7, artículo 1.

<sup>151</sup> Véase Apéndice 8, artículo 12.

<sup>152</sup> Véase Apéndice 9, artículo 5.

la Codificación Progresiva del Derecho Internacional de la Sociedad de las Naciones (Informe Guerrero), se dice lo siguiente:

"6. El deber del Estado respecto de la protección judicial debe considerarse cumplido si ha permitido a los extranjeros acudir a los tribunales nacionales y ejercitar las acciones necesarias cada vez que han necesitado defender sus derechos" <sup>157</sup>.

167. En los instrumentos interamericanos se ha adoptado una posición distinta, y en cierto sentido intermedia. En su resolución sobre "Responsabilidad internacional del Estado", la Conferencia de Montevideo (1933), reafirmó

"... que el amparo diplomático no debe promoverse en favor de los extranjeros, sino que deben éstos agotar todos los recursos jurisdiccionales establecidos por las leyes del país ante el cual se instaura la acción. Se exceptúan los casos de manifiesta denegación o de retardo inmotivado de justicia, los cuales serán siempre interpretados restrictivamente, esto es, en favor de la soberanía del Estado donde se haya suscitado la disidencia" <sup>158</sup>.

168. Coincidiendo substancialmente con esta posición, aunque formulándola en términos diferentes, en el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas ("Pacto de Bogotá", 1948) se establece lo siguiente:

"Artículo VII. Las Altas Partes Contratantes se obligan a no intentar reclamación diplomática para proteger a sus nacionales, ni a iniciar al efecto una controversia ante la jurisdicción internacional, cuando dichos nacionales hayan tenido expeditos los medios para acudir a los tribunales domésticos competentes del Estado respectivo" <sup>159</sup>.

169. Ante estas diversas y diferentes interpretaciones del principio, ¿cuándo o en qué circunstancias pueden o deben considerarse verdaderamente "agotados" los recursos internos? El criterio de que sólo cuando la reparación del daño sea suficiente, o el de que cuando sea inútil insistir en el empleo de dichos recursos, tiene el inconveniente de dejar a la discreción del Estado reclamante la apreciación de los hechos. Es cierto que el propósito y la justificación del principio radican en que por la vía interna se reparen satisfactoriamente los daños causados. Pero no es menos cierto que ninguna de las partes interesadas debe poder decidir por sí sola sobre ese particular. Por razones análogas, si no idénticas, también es objetable considerar que se ha llenado el requisito cuando se ha permitido el libre exceso del extranjero a los tribunales y éstos han dictado su decisión, independientemente de que en ella o en la tramitación del proceso haya habido un acto u omisión evidente de denegación de justicia. La tercera posición parece al menos la más práctica y viable. Obligar al extranjero a agotar todos los recursos internos, sin perjuicio de los casos de cualquier clase de denegación de justicia, o al Estado a que no ejerza la protección diplomática por ningún conducto cuando sus nacionales perjudicados hayan tenido expeditos los medios para acudir a la jurisdicción interna, no parecen ser interpretaciones incompatibles con el pro-

pósito esencial del principio que examinamos. De cualquier modo, no lo es respecto a la interpretación que prefiere subordinar el principio a la idea de que la reparación sea satisfactoria. Si ésta no llena tal condición, o bien envolverá una denegación de justicia de cualquier clase, en cuya hipótesis habrá lugar a la reclamación internacional, o bien se tratará simplemente de una situación relativamente frecuente, contra la cual tampoco el derecho interno de cualquier país ha sido capaz de ofrecer una protección más eficaz que la que se pretende obtener "internacionalizando" la reclamación. En todo caso, como en último análisis se trata de una cuestión de apreciación, el Estado demandado podría invocar el principio como una excepción de previo pronunciamiento ante el tribunal u organismo que conociera del asunto, y éste resolverla con ese carácter. De esta manera se aseguraría la eficacia del principio, y se evitaría al propio tiempo que ninguno de los Estados decidiera unilateralmente sobre la procedencia de una reclamación internacional.

170. Veamos finalmente el tercero y último de los problemas que se mencionaron al comienzo de esta sección. Según se indicó, se trata de saber si el requisito de que se agoten los recursos internos constituye un simple trámite que se ha de llenar para poder reclamar internacionalmente, o si se trata en cambio de una condición *sine qua non* de la responsabilidad internacional. En una palabra, si el requisito tiene un carácter meramente procesal o si, por el contrario, es una condición esencial a la existencia misma de la responsabilidad. Examinemos primeramente las fuentes judiciales.

171. En una decisión en que trató de un modo más bien indirecto la cuestión, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional declaró que la responsabilidad de Estado a Estado surge tan pronto pueda atribuirse a uno la violación de un derecho del otro; y que en estas circunstancias, la denegación de justicia que resulte de una deficiencia en la organización judicial o de la negativa a reparar por medio de recursos administrativos destinados a superar esa deficiencia, no influye en la responsabilidad que origina el acto ilegal <sup>160</sup>. Sin embargo, en la sentencia que se citó más arriba (párr. 165), el Tribunal reconoció expresamente que el principio subordina "la presentación de una reclamación internacional" a que se agoten los recursos que concede al nacional el derecho interno <sup>161</sup>. En el caso del arbitraje de los *Barcos Finlandeses* (1934), se sostuvieron substancialmente estos dos conceptos: a) la responsabilidad surge directamente del acto ilegal siempre que se trate de un acto del Estado; b) pero aun cuando este acto sea el que origina su responsabilidad internacional, no habrá lugar a una reclamación de la misma índole hasta tanto se hayan agotado los recursos internos <sup>162</sup>.

172. Los autores convienen casi unánimemente con estos conceptos. Eagleton, por ejemplo, dice que este principio constituye la línea divisoria entre el aspecto sustantivo y el aspecto procesal de la responsabilidad; que ésta existe desde el momento en que se produce el acto ilegal, como responsabilidad de Estado a Estado. Pero cuando se trata de determinar el modo de hacer efectiva

<sup>157</sup> Véase Apéndice 1.

<sup>158</sup> Véase Apéndice 6.

<sup>159</sup> Véase *Anales de la Organización de los Estados Americanos*, Vol. I, No. 1 (1949), pág. 91.

<sup>160</sup> Véase *Publications de la C.P.J.I., Serie A/B, No. 74*, pág. 28.

<sup>161</sup> *Ibid.*, No. 76, pág. 18.

<sup>162</sup> Véase Fachiri, "The local remedies rule in the light of the Finnish Ships Arbitration", *The British Yearbook of International Law*, (1936), pág. 33.

esa responsabilidad, sólo se justifica la interposición diplomática cuando se haya acudido a los recursos internos<sup>163</sup>. Starke plantea el problema relacionándolo con el de la imputabilidad de la responsabilidad, y dice también que el principio es una combinación de derecho, sustantivo y procesal, cuando se le contempla desde cada ángulo de la situación en que se funde la reclamación<sup>164</sup>.

173. El problema, efectivamente, está íntimamente relacionado con el de la imputabilidad de la responsabilidad, pero lo que en realidad importa es determinar qué consecuencias (internacionales) tiene admitir que la responsabilidad de Estado a Estado existe si no puede hacerse efectiva; es decir, si no es exigible mientras no se hayan agotado los recursos internos. Y respecto de esto último la opinión es unánime. El principio, por lo tanto, envuelve una condición suspensiva, procesal o sustantiva, pero a cuyo cumplimiento está subordinado el derecho a reclamar internacionalmente. La responsabilidad podrá existir o no, según los casos, pero mientras tanto no supone para el Estado que la invoca más que un derecho expectante. La responsabilidad, pura y simple, será o no imputable, pero el deber de reparar no será exigible. Consecuentemente, en puridad jurídica la omisión de los recursos internos podrá ser o no, según los casos, una causa de exención de responsabilidad internacional, pero sí será siempre una excepción contra el derecho a la reclamación internacional.

#### 24. LA RENUNCIA A LA PROTECCION DIPLOMATICA: LA CLAUSULA CALVO

174. La "renuncia a la protección diplomática" también puede constituir una causa de exención de responsabilidad internacional, o en todo caso, una condición *sine qua non* del derecho del Estado a presentar una reclamación de esa índole. Sin embargo, aunque la abundante literatura que existe sobre la materia puede dar una impresión distinta, los problemas que se suscitan al respecto no son tantos ni tan complejos como los que se plantean con motivo de la omisión de los recursos internos. Para facilitar su examen, conviene tratar separadamente las dos hipótesis posibles: a) la renuncia por el propio Estado al derecho a la protección diplomática, cuando la haya convenido con el Estado de la residencia; y b) la renuncia por el particular extranjero de esa protección, según los términos estipulados con dicho Estado (*Cláusula Calvo* propiamente dicha).

175. La primera hipótesis no debe lógicamente suscitar serias dificultades. Desde el siglo pasado se generalizó bastante la práctica de tratados bilaterales en que se estipulaba la renuncia a la protección diplomática. El propósito común en todos ha sido el de limitar el ejercicio de este derecho a un número reducido de situaciones específicamente señaladas. Por lo general, los casos de denegación de justicia quedaban exceptuados, aunque en los distintos tratados pueden apreciarse marcadas diferencias en cuanto al alcance que había de atribuirse a esta expresión. Pero en ningún caso la renuncia llegó a ser absoluta en el sentido de afectar el derecho mismo a la protección<sup>165</sup>. En cierto sentido pudiera considerarse como una

estipulación de esta índole, y en efecto lo sería si tal es su propósito, la contenida en el Artículo VII del "Pacto de Bogotá" que se citó en el párr. 168. Según su texto, los Estados contratantes "se obligan" a no ejercitar en ninguna forma el derecho de protección diplomática en favor de sus nacionales, "cuando dichos nacionales hayan tenido expeditos los medios para acudir" a la jurisdicción interna.

176. Esta práctica ha sido objeto ocasionalmente de ciertas censuras. Por ejemplo, en su sesión de Neuchatel (1900), el Institut de Droit International adoptó una resolución en la que recomendaba a los Estados que se abstuvieran de insertar en los tratados "cláusulas de irresponsabilidad". En su opinión, "...estas cláusulas son un error en cuanto eximen a los Estados del cumplimiento de su deber de proteger sus nacionales en el exterior, y de su deber de proteger a los extranjeros en su territorio"<sup>166</sup>. Aparte de la cuestión relativa al supuesto "deber de protección", realmente no hay ninguna base sólida, jurídica ni de otra índole, para negar la legitimidad y la validez de renunciar lo que por su naturaleza es perfectamente renunciabile, siempre que esta renuncia no afecte el principio mismo en que descansa la protección diplomática. Y ésta no es en modo alguno la situación, como puede comprobarse cuando se examinan el contenido y el alcance de las estipulaciones a que se ha hecho referencia. Se trata simplemente de limitar el ejercicio de un derecho, no de suprimirlo. Y lo mismo ocurre en cuanto al deber del Estado de proteger a los extranjeros en su territorio: no se le exime de este deber cuando se limita su responsabilidad internacional, sino que más bien se le define y precisa, y no tan sólo en su propio beneficio sino también en beneficio del extranjero perjudicado por el hecho ilegal que se le impute a dicho Estado.

177. La cuestión se plantea en términos muy parecidos cuando la renuncia a la protección diplomática la hace el particular extranjero y también pudiera resolverse con criterios análogos, aunque en esta segunda hipótesis la resistencia a admitirla como causa de exención de responsabilidad es mucho mayor. Esta oposición a la *Cláusula Calvo*, como habitualmente se le llama a esta renuncia, obedece mayormente a la naturaleza y alcance que a menudo se atribuye a las estipulaciones de esta clase, y en general a la idea de que el extranjero no puede renunciar a un derecho que pertenece al Estado de su nacionalidad. Como se verá en seguida, ninguna de estas consideraciones ha impedido que la práctica, inclusive en la jurisprudencia arbitral, haya reconocido validez y eficacia a la *Cláusula Calvo*.

178. La *Cláusula* puede adoptar, y en efecto adopta en la práctica, diversas formas o modalidades. A veces consiste simplemente en la estipulación de que el particular extranjero se dará por satisfecho con la acción de los tribunales locales. Otras, en el compromiso recíproco contraído por aquél y el Gobierno local, para someter las controversias que surjan entre ambos por árbitros designados por ambas partes. En ocasiones, la *Cláusula* contiene una renuncia más directa de la protección diplomática, como cuando se estipula que la controversia jamás dará lugar a una demanda o reclamación internacional, o como cuando se conviene en considerar como nacionales a las personas naturales o jurídicas extranjeras para los

<sup>163</sup> Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, págs. 23 a 24, 77 y 98.

<sup>164</sup> Starke, *loc. cit.*, págs. 107 y 108.

<sup>165</sup> Véanse ejemplos de estos tratados en Alwyn V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice* (New York, Longmans, 1938), págs. 490-496.

<sup>166</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international*, Vol. 18, pág. 253.

efectos del contrato. En varios países se exige por disposición constitucional o legislativa que los contratos celebrados con extranjeros la contengan para que sean válidos. En este caso la renuncia por parte del particular extranjero a la protección diplomática reviste el carácter de una cláusula tácita, es decir, que se estima implícita en todo contrato<sup>167</sup>. Pero lo que importa destacar es que, independientemente de la forma o modalidad que adopte, la *Cláusula* siempre se refiere a una relación jurídica contractual, y solamente surte efecto respecto de las controversias que surjan con motivo de la interpretación, aplicación o ejecución del contrato<sup>168</sup>.

179. Pese a este contenido y alcance limitados de la *Cláusula*, en ciertas codificaciones y en la opinión de algunos autores, su inclusión en los contratos es, o puede llegar a ser en determinadas circunstancias, contraria al derecho internacional. En el artículo 17 del proyecto de la Investigación Harvard se dice que

"La responsabilidad del Estado no desaparece por consecuencia... o de un convenio con un extranjero, que tienda a excluir toda responsabilidad, declarando sin recurso las decisiones de sus tribunales. La responsabilidad del Estado no desaparece tampoco por la renuncia de un extranjero a la protección del Estado de que sea nacional"<sup>169</sup>.

180. Freeman estima también que la *Cláusula* es nula *ad initio* en tanto que envuelva una completa renuncia del derecho de protección diplomática, es decir, en tanto que se oponga al principio de la responsabilidad por actividades judiciales que importen una denegación de justicia<sup>170</sup>. Recientemente se ha dicho que si el propósito es simplemente exigir que se acuda a los recursos internos, entonces la *Cláusula* no es más que una mera confirmación del principio que obliga a agotar dichos recursos antes de presentar la reclamación internacional; pero que en la medida en que se pretenda una renuncia de los derechos que tiene el Estado extranjero conforme al derecho internacional, o evadir la jurisdicción de un tribunal de esta clase, la *Cláusula* jurídicamente carecerá de eficacia<sup>171</sup>.

181. Esta corriente de opinión no ha influido en la jurisprudencia internacional, la que ha admitido que la *Cláusula Calvo* es compatible con los principios del derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado. Los ejemplos más significativos los ofrecen las decisiones del caso *North American Dredging Company* (1926) y el del *Mexican Union Railway, Ltd.* (1930). En ambos casos la Comisión de Reclamaciones reconoció que un nacional no puede privar al Gobierno de su país de su indiscutible derecho a procurar la reparación internacional de los daños que se le infieran. Frecuentemente el interés que tiene ese Gobierno en mantener los principios del derecho internacional es mayor que el que tiene en que se reparen los daños que ha sufrido uno de sus nacionales

en un momento dado, y evidentemente ese nacional no puede por un contrato atar las manos de su Gobierno. Sin embargo, en ambos se admitió como válida y eficaz la *Cláusula*, y es interesante observar el razonamiento en que se fundó mayormente la decisión. A este respecto la Comisión que decidió el primero de los casos mencionados destacó el hecho de que

"En la medida en que la civilización ha progresado, ha aumentado el individualismo; y así el derecho de los ciudadanos a decidir sobre sus vínculos con el país de origen... Admitir que, de acuerdo con las leyes existentes de una civilización progresista e ilustrada, una persona puede emigrar, pero que fuera de ello no puede por un contrato romper en ninguna forma los vínculos que la unen a su país, en lo que ella considera su propio interés, ni es consistente con la realidad del intercambio internacional moderno ni con el desarrollo correspondiente en el campo del derecho internacional, y tampoco tiende a promover la buena voluntad entre las naciones"<sup>172</sup>.

La propia Comisión destacó asimismo que la *Cláusula Calvo* puede "impedir abusos del derecho de protección, sin destruirlo; abusos que son intolerables para toda nación que se respete a sí misma y que son fuentes proflícas de fricción internacional"<sup>173</sup>.

182. El peso de estos razonamientos no debe subestimarse, particularmente si los derechos que se renuncian son por su naturaleza renunciables; esto es, en tanto no impliquen un interés o derecho del cual el Estado puede considerarse titular conforme a lo expresado a este respecto por las dos Comisiones de Reclamaciones. Pero fuera de estas hipótesis no hay fundamento alguno, salvo la concepción tradicional relativa a los sujetos del derecho internacional, para negar validez a la *Cláusula Calvo*. Ya no es posible continuar sosteniendo, como lo hacía el proyecto de la Investigación Harvard, que la responsabilidad se determina por "el derecho internacional o por los tratados" y excluir expresamente los "convenios con los extranjeros"<sup>174</sup>. Si el individuo o particular es sujeto directo de ciertas obligaciones internacionales y se le reconocen derechos de la misma índole sin tener en cuenta para nada su nacionalidad, es lógico que se le considere capaz de obligarse con un Estado extranjero en materias que no afectan intereses de terceros, y que lo que estipule tenga validez y eficacia internacionales. Por esta razón y dentro de los límites que se han indicado, la *Cláusula Calvo* debe continuar surtiendo el efecto de una excepción de incompetencia ante los organismos internacionales a que recurra el Estado de la nacionalidad, o de exención de responsabilidad (internacional) frente a cualquier forma en que aquél pretenda ejercitar la protección diplomática.

#### 25. OTRAS CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES, ATENUANTES O AGRAVANTES DE RESPONSABILIDAD

183. El examen pormenorizado de otras causas de exención de responsabilidad internacional o de las circunstancias que pueden atenuarla o agravarla, sería demasiado extenso y complejo, además de innecesario para los fines primordiales del presente capítulo. Por este motivo nos limitaremos a enumerar más bien que analizar

<sup>167</sup> Véanse ejemplos de estas diferentes formas o modalidades en Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, págs. 168-169, y en el comentario al artículo 17 de la Investigación Harvard, en *The American Journal of International Law* (1929), Sup. Vol. 23, págs. 203 *et seq.*

<sup>168</sup> Véase Podestá Costa, *loc. cit.*, pág. 216.

<sup>169</sup> Véase Apéndice 9.

<sup>170</sup> Freeman, *op. cit.*, págs. 487-490.

<sup>171</sup> Véase Lipstein, K., "The Place of the Calvo Clause in International Law", *The British Yearbook of International Law* (1945), págs. 130 *et seq.*

<sup>172</sup> Véase Schwarzenberger, *op. cit.*, págs. 74-75.

<sup>173</sup> *Ibid.*, pág. 75.

<sup>174</sup> Véase Apéndice 9, artículo 2.

las que con mayor frecuencia estudia la doctrina científica o se presentan en la práctica. Esto permitirá al menos comprobar desde ahora hasta qué punto también se justifica en el derecho internacional la distinción entre estas causas o circunstancias que establece y regula el derecho interno.

184. Entre las "circunstancias en las cuales el Estado puede declinar su responsabilidad" que enumeró el cuestionario elaborado por el Comité Preparatorio de la Conferencia de La Haya figuraba la legítima defensa<sup>175</sup>. Sin perjuicio de sus características propias, la fuerza mayor y el estado de necesidad suscitan una situación análoga cuando se trata de determinar el grado de responsabilidad que cabe imputar al Estado que invoca una de estas circunstancias.

185. En la Base de Discusión que el Comité elaboró posteriormente, al admitir la no responsabilidad cuando el Estado hubiera actuado ante una "necesidad inmediata de legítima defensa", reconoció asimismo que "si las circunstancias no justifican plenamente los actos que han causado el daño, el Estado podrá ser responsable en la medida que se determine"<sup>176</sup>. Por su analogía con la legítima defensa, se puede pensar que el grado de responsabilidad también es susceptible de variar en los casos de fuerza mayor o de estado de necesidad.

186. La hipótesis de daños causados a un Estado extranjero o a sus nacionales durante disturbios internos ocurridos en el Estado al que ha de imputarse o no la responsabilidad, constituye tal vez la circunstancia más importante de todas las que se mencionan en esta sección, a la par que la más compleja y discutida. En primer término, presenta características comunes con las hipótesis mencionadas en el párrafo anterior, especialmente con el caso de *force majeure*. En segundo lugar, al igual que en las hipótesis de responsabilidad por actos de los simples particulares, el hecho únicamente imputable es la conducta que pueda haber observado el Estado en relación con el acto original (negligencia, connivencia, etc.). En este sentido, no hay duda de que el problema no radica sólo en la presencia de esta circunstancia, sino también en la naturaleza de ese elemento adicional que se requiere para que realmente surja la responsabilidad internacional del Estado. La situación puede presentarse todavía en otra forma: cuando los insurgentes o fuerzas revolucionarias causantes del daño logran ocupar el poder y se convierten en gobierno del Estado. Estos diferentes aspectos y situaciones posibles, así como otros con que puede presentarse el problema de los disturbios internos, indican claramente que no puede haber un criterio único para determinar el grado de responsabilidad imputable al Estado en estas hipótesis.

187. En el cuestionario del Comité Preparatorio de Conferencia de La Haya figuraban también las represalias, en el sentido de

"cuáles eran las condiciones que debía llenar el Estado que alegaba haber actuado en circunstancias que justifican una política de represalias"<sup>177</sup>.

El propio Comité, aunque reconociendo las dificultades

que se presentaban a este respecto, formuló una Base de Discusión en los siguientes términos:

"El Estado no es responsable por daños causados a un extranjero si prueba que ha actuado en circunstancias que justifican el ejercicio de las represalias contra el Estado al cual pertenece ese extranjero"<sup>178</sup>.

Se comprende que hoy resultaría difícil admitir, como aquí se hace, que las represalias pueden llegar a constituir una causa de exención de responsabilidad. Tal como generalmente se las concibe en la teoría y en la práctica, importan una conducta estatal contraria a las normas del derecho internacional contemporáneo, especialmente a ciertas disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas y de otros instrumentos regionales. En el ordenamiento jurídico internacional, en efecto, no sería fácil hallar "circunstancias que justifican el ejercicio de las represalias", y si principios y normas que condenan toda medida de esta naturaleza.

188. El proyecto del Instituto Americano de Derecho Internacional sobre "Protección Diplomática" contempla esta otra circunstancia:

"La República americana a la cual se dirija la reclamación diplomática puede declinarla cuando la persona por la cual se ha hecho se ha mezclado en los asuntos de política interior o exterior, en contra del Gobierno al cual se haga la reclamación. Puede declinarla igualmente si el reclamante ha cometido actos de hostilidad contra la República"<sup>179</sup>.

La "culpa grave por parte del perjudicado", que menciona Bustamante, es el género del cual aquélla es una de sus especies. Según él, cuando de ella surge la responsabilidad, hay una compensación que se produce como un acto de justicia y la verdadera responsabilidad está de parte del culpable que por consecuencia de su falta ha producido un daño<sup>180</sup>.

189. La prescripción, en su aspecto extintivo, también ha sido considerada como causa de exención de responsabilidad tanto en la teoría como en la práctica judicial. En 1925 el Institut de Droit International expresó que las consideraciones prácticas de orden, de estabilidad y de paz, tenidas en cuenta hace tiempo por la jurisprudencia arbitral, favorecen la aceptación del principio de la prescripción de las acciones en derecho internacional<sup>181</sup>. En el caso *Sarropoulos v. Bulgaria* (1927), el Tribunal Arbitral Mixto consideró que "la prescripción, que constituye una parte esencial y necesaria del derecho interno, merece ser admitida en el derecho internacional"<sup>182</sup>. Si hay razones que justifiquen el reconocimiento de la prescripción en general como institución del derecho internacional, no hay duda de que la que tiene efectos liberatorios desempeñaría en las relaciones internacionales una función de la misma importancia que en el derecho interno. Al igual que los particulares no pueden estar sujetos a obligaciones y bajo la amenaza de acciones que nunca se extinguen, tampoco el Estado puede ser in-

<sup>178</sup> Véase Apéndice 2, *infra*, Base de Discusión No. 25.

<sup>179</sup> Véase Apéndice 7, artículo 6.

<sup>180</sup> Bustamante, *Derecho Internacional Público*, Vol. III, pág. 504.

<sup>181</sup> Véase *Annuaire de l'Institut de droit international*, Vol. 32, págs. 559-560.

<sup>182</sup> Véase Schwarzenberger, *op. cit.*, págs. 246-247. Véase también artículo 9 del proyecto aprobado en primera lectura por la Comisión III de la Conferencia de La Haya, Apéndice 3, *infra*.

definidamente responsable ni amenazado por una reclamación internacional que jamás prescriba.

190. Finalmente, el no reconocimiento de Estados o de Gobiernos, y por analogía la ruptura y la suspensión de las relaciones diplomáticas, también se mencionan entre las causas que pueden eximir de responsabilidad<sup>183</sup>. En general, en cualquiera de estas situaciones lo que domina es el factor político. Consiguientemente, cualquier solución jurídica que se ensaye corre el riesgo de carecer de eficacia práctica. De todos modos, objetivamente no parece que pueda eximirse de responsabilidad a un Estado por el simple hecho de que él o su Gobierno no hayan sido reconocidos por el Estado reclamante, o que tenga con éste rotas o interrumpidas sus relaciones diplomáticas. Si el reconocimiento tiene un carácter o efecto declarativo, la exención de responsabilidad no puede fundarse en la falta de personalidad internacional y, por tanto, en la capacidad para ser sujeto de las obligaciones que el derecho internacional impone al Estado o al Gobierno. Y en el caso de ruptura o suspensión de relaciones diplomáticas, por razones obvias, ni siquiera se presenta este problema. Lo que sí puede presentarse, naturalmente, son dificultades para hacer efectiva la responsabilidad, puesto que para ello pudiera resultar necesario el reconocimiento previo, o ser éste la consecuencia de la reclamación. Pero en todo caso éstos no son más que aspectos formales de la cuestión, que no afectarán la asencia misma de la responsabilidad, si el hecho imputable constituye en sí una violación o inobservancia de una obligación internacional.

191. De todo lo anterior se desprende que en el derecho internacional es posible distinguir las causas de exención de responsabilidad propiamente dichas, de otras a las que puede reconocerse el carácter de circunstancias atenuantes o agravantes. En la jurisprudencia arbitral existen numerosos elementos que indican que la distinción es efectivamente posible. El simple hecho de que se exija en ciertas hipótesis de responsabilidad, negligencia, connivencia o cualquier otra forma de expresión de la voluntad para que se la pueda imputar al Estado, presupone necesariamente la determinación de si ha habido culpa o dolo. Consiguientemente, la llamada "responsabilidad objetiva" sólo cabría en las hipótesis donde no se acusa la presencia de estos elementos, de suerte que en ellas no procedería hacer la distinción: esto es, en estas hipótesis la responsabilidad existe o no existe, es absoluta o no hay responsabilidad. Pero aun dentro de dichas hipótesis todavía la situación no parece enteramente definida. Supóngase, por ejemplo, que la actuación de un órgano del Estado, por la cual se imputa a éste la responsabilidad, haya sido la consecuencia de la presión de factores externos, y que hayan sido éstos los que realmente hayan determinado o condicionado su conducta. ¿La responsabilidad sería la misma que si hubiera tenido la oportunidad de actuar conforme a su libre voluntad?

## CAPITULO VIII

### La reparación: su naturaleza, función y extensión

192. Al examinar la naturaleza jurídica de la responsabilidad internacional vimos que en la teoría y la práctica internacionales se la identificaba con el "deber de reparar" los daños causados: que la responsabilidad era el deber de reparar emergente de la violación o inobser-

vancia de una obligación internacional. Ahora bien, cuando se examina el contenido de este deber, es decir, la naturaleza y extensión de la reparación, se tropieza con problemas y dificultades de una complejidad excepcional. En efecto, tal vez en ningún otro aspecto de la institución de la responsabilidad haya mayor incertidumbre, y ello obedece a la diversidad de situaciones que se han presentado en la práctica, a la falta de uniformidad en las soluciones que se le han dado y a las diferentes interpretaciones de que han sido objeto las segundas.

193. En primer término, la reparación adopta dos formas distintas: la reparación propiamente dicha y la "satisfacción". La primera puede a su vez revestir el carácter de una pura y simple restitución o el de una indemnización de daños y perjuicios, o presentar simultáneamente ambos caracteres. La satisfacción, por su parte, puede tener un contenido propio e independiente de la reparación *stricto sensu*, pero puede también aparecer vinculada a ella o efectuarse mediante alguna de sus dos modalidades características. Además, independientemente de la forma específica que adopte la reparación, se plantea siempre un problema de fondo, relativo a la finalidad o propósito a que responde, en general o en una hipótesis concreta de responsabilidad. En este sentido, por consiguiente, aparte de la naturaleza formal de la reparación, habrá que examinar la función que a través de ella desempeña el derecho internacional.

194. Finalmente, en relación con lo anterior habrá que examinar los criterios aplicables para determinar la naturaleza y extensión de la reparación. A este respecto, los problemas y dificultades se derivan mayormente de las nociones y principios tradicionales de que arrancan los criterios prevalecientes. En puridad jurídica, la naturaleza y extensión de la reparación debieran determinarse conforme a los daños ocasionados y a la gravedad del hecho que ha originado la responsabilidad, así como al propósito o finalidad a que responde, y el monto de la reclamación debería ser fijado por el verdadero titular del interés o derecho lesionado o, en todo caso, de conformidad con el daño causado a la víctima o a sus causahabientes. Como se verá oportunamente, en la teoría y la práctica tradicionales han prevalecido otros criterios.

## 26. LAS FORMAS DE REPARACION

195. En el cuestionario que elaboró el Comité Preparatorio de la Conferencia de La Haya, figuraba la "reparación por el daño causado"<sup>184</sup>. Teniendo en cuenta que las respuestas de los gobiernos diferían mucho al respecto, el Comité estimó que el mejor método de conciliar las distintas opiniones era el de formular simplemente ciertos principios generales. Con este criterio redactó la Base de Discusión No. 29, que se transcribe a continuación:

"La responsabilidad supone para el Estado la obligación de reparar (*to make good*) los daños sufridos en cuanto se presenten como la consecuencia de la inobservancia de una obligación internacional. Puede suponer, además, si procediere según las circunstancias y conforme a los principios generales del derecho internacional, la obligación de dar satisfacción al Estado que ha sido lesionado en la persona de sus nacionales, bajo la forma de una excusa presentada con la solem-

<sup>183</sup> Véase Bustamante, *op. cit.*, Vol. III, págs. 503-504.

<sup>184</sup> League of Nations Publications, *V. Legal*, 1929.V.3 (documento C.75.M.69.1929.V), pág. 146.

nidad apropiada y, en los casos que corresponda, por el castigo de los culpables.

"La reparación puede comprender, si hay lugar a ello, una indemnización a las personas lesionadas por los sufrimientos morales que se les ha ocasionado.

"Cuando la responsabilidad del Estado resulte solamente del hecho de no haber tomado las medidas necesarias después del acto lesivo, sólo está obligado a reparar el daño que se deba a la omisión, total o parcial, de esas medidas.

"En principio, la indemnización que se conceda debe ponerse a la disposición del Estado lesionado"<sup>185</sup>.

196. Como puede advertirse, la Base de discusión del Comité Preparatorio contemplaba las dos formas de reparación a que se ha hecho referencia: la "obligación de reparar los daños sufridos", esto es, la *reparación* propiamente dicha; y la *satisfacción*, es decir, la "obligación de dar satisfacción al Estado que ha sido lesionado...". Tanto la práctica diplomática como la jurisprudencia internacional permiten distinguir, en efecto, estas dos formas de la reparación.

197. En cuanto a la primera (reparación *stricto sensu*), la práctica internacional permite también distinguir entre "restitución" (*restitutio in integrum*) y "daños y perjuicios" (*dommages et intérêts*, en francés; *pecuniary damages*, en inglés). En ambos casos la reparación se hace fundamentalmente con miras al daño material que se ha producido, de suerte que la procedencia de cada una de estas modalidades dependerá necesariamente de elementos y consideraciones de diferente carácter. En términos generales, la restitución consiste en el restablecimiento del estado de cosas existente en el momento en que se produjo el hecho que ocasionó el daño. Asimismo, los daños y perjuicios proceden cuando la restitución no es posible, o cuando no es suficiente para reparar el daño adecuadamente.

198. Estas dos modalidades de la reparación *stricto sensu* han sido formalmente reconocidas en la jurisprudencia. En la decisión del caso de la *Fábrica Chorzow*, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional declaró:

"El principio esencial contenido en la noción actual de un hecho ilegal — principio que parecen haberlo establecido la práctica internacional y, en particular, las decisiones de los tribunales arbitrales — es el de que la reparación debe borrar, en la medida de lo posible, todas las consecuencias del acto ilegal, y restablecer la situación que con toda probabilidad hubiera existido si no se hubiere cometido el acto. La restitución en especie o, si esto no fuera posible, el pago de una suma correspondiente al valor que tendría la restitución en especie; de ser necesario, el pago de daños y perjuicios por las pérdidas sufridas que no quedaran cubiertas por la restitución en especie o, en su defecto, por el pago; tales son los principios que debían servir para determinar la cuantía de la compensación que procede por un acto contrario al derecho internacional"<sup>186</sup>.

<sup>185</sup> Véase Apéndice 2. El texto reproduce substancialmente la parte correspondiente del proyecto del Institut de droit international, véase Apéndice 8, artículos 10 y 11.

<sup>186</sup> *Publications de la C.P.J.I.*, Series A., No. 17, pág. 47. El Tribunal Permanente de Arbitraje en el Caso de las Reclamaciones Navieras Noruegas (1922), declaró que la "compensación justa implica una completa restitución del *statu quo ante*". Véase Schwarzenberger, *op. cit.*, pág. 248.

A veces los instrumentos que crean los tribunales y comisiones de reclamaciones prevén estas modalidades de la reparación, como ocurre en el Artículo IX de la Convención de 8 de septiembre de 1923, que creó la Comisión General de Reclamaciones entre los Estados Unidos y México<sup>187</sup>.

199. La satisfacción, en cambio, se hace más bien con miras al daño moral o inmaterial, o a las consecuencias de esta índole que haya podido producir que el hecho origina la responsabilidad. Por esta razón, generalmente se efectúa mediante excusas y satisfacciones de carácter diplomático, la destitución o el castigo del funcionario autor del daño, la anulación del acto que lo haya ocasionado, etc. Pero a veces consiste en el pago de una indemnización pecuniaria, que se impone, no a título de reparación del daño material, sino como satisfacción o excusa adicional por el hecho ilegal que se ha cometido. La satisfacción por lo tanto, puede presentarse como una forma especial o independiente de la reparación *stricto sensu*, pero también vinculada a ella o efectuarse mediante alguna de sus modalidades características. La práctica internacional, especialmente la práctica diplomática, ofrecen numerosos ejemplos de cualquiera de estas especies de satisfacción<sup>188</sup>.

200. Ahora bien, independientemente de la forma que adopta la reparación, ¿cuál es el propósito o finalidad a que responde la institución? Cuando se trata de un caso de reparación *stricto sensu*, ya sea de restitución o de daños y perjuicios, no hay lugar, verdaderamente, a serias dudas: la reparación parece obedecer, pura y simplemente, a una idea de reintegración o de compensación por el daño material que se ha causado. Pero, en cambio, cuando se trata de un caso de satisfacción, cualquiera que sea la forma específica en que se efectúe, el problema no es tan sencillo. En efecto, cuando la reparación reviste la forma de "satisfacción", y se impone a este título una excusa diplomática, la destitución o el castigo de un funcionario o el pago de una indemnización pecuniaria, la medida no obedece, ni siquiera en esta última hipótesis, al propósito de reparar el daño material, o al menos no obedece a esta sola finalidad. Como se señaló más arriba, el fundamento de la reparación en estos casos radica más bien en el daño moral o inmaterial, o en las consecuencias de esta índole que haya traído consigo el hecho que originó la responsabilidad. Las medidas de reparación que impuso a Grecia la Conferencia de Embajadores en el *Affaire de Janina* y a los Estados Unidos la Comisión que decidió el caso del *Im Alone* y, en general, los demás ejemplos a que se aludió en el párrafo anterior, indican claramente un propósito o finalidad distinto al que tiene una reparación propiamente dicha.

#### 27. FUNCION DE LAS MEDIDAS DE REPARACION: LA REPARACION DE CARACTER PENAL

201. La posibilidad de que la reparación no siempre responda a la idea pura y simple de reintegrar las cosas al *statu quo ante* o de compensar por los daños y per-

<sup>187</sup> "En cualquier caso la Comisión puede decidir que el Derecho Internacional, la justicia y la equidad requieren que una propiedad o un derecho sea restituido al reclamante, además de la cantidad que se le adjudique en cualquiera de tales casos por toda la pérdida o daño sufrido antes de la restitución."

<sup>188</sup> Véase Jean Personnaz, *La Réparation du Préjudice en Droit International Public* (Paris, 1938), págs. 293 y 306; y Reitzer, *op. cit.*, págs. 210 et seq.

juicios ocasionados, ha dado lugar a que se piense que en la práctica internacional se ha introducido la noción de las "sanciones penales" (*punitive, vindictive* o *exemplary damages*, en el derecho angloamericano). A este respecto es interesante advertir que el propio Anzilotti admitía que en todas las formas de la reparación "se encuentra un elemento de satisfacción y un elemento de reparación: la idea del castigo del acto y la de la reparación del daño sufrido, lo que varía es más bien la proporción entre ambos elementos"<sup>189</sup>. Pero con posterioridad, algunos autores han concebido las "sanciones penales", esto es, la reparación de carácter penal, como una noción distinta e independiente de la reparación entendida en su sentido lato. Para Eagleton,

"Aunque es cierto que han sido pocos los tribunales arbitrales que han impuesto sanciones penales (*punitive damages*), debe observarse que, de otra parte, ninguno ha llegado a negar que el derecho internacional no permite hacerlo. Cuando explícitamente han rehusado imponer daños de esta clase, ha sido por razones distintas de su ilegalidad, tal como la de que la comisión estaba impedida de hacerlo por el tratado que la creó"<sup>190</sup>.

202. Recientemente, se ha generalizado una corriente de opinión en el mismo sentido. Personnaz, compartiendo una opinión de Basdevant, destaca la naturaleza penal de varios casos de satisfacción y el carácter de verdaderas *amendés* pecuniarias que reviste la reparación en algunas decisiones. Reitzer observa que en las relaciones diplomáticas las reparaciones de este tipo son muy frecuentes, y que en la jurisprudencia esporádicamente también se ha producido el mismo fenómeno en forma de indemnizaciones de carácter punitivo. Y en opinión de Briggs, es innegable que muchas decisiones contienen un marcado elemento penal, y que esto es particularmente cierto en los casos de responsabilidad por falta del arresto, proceso o castigo del culpable del daño inferido a un extranjero<sup>191</sup>.

203. Es indudable que esta corriente de opinión contrasta con ciertas declaraciones de algunos tribunales y comisiones arbitrales. Una muy conocida es la que formuló la Comisión Mixta de Reclamaciones que decidió los casos del *Lusitania*. Después de examinar específicamente la cuestión, el *Umpire* Parker declaró que ninguno de los antecedentes que se habían invocado demostraban que los tribunales arbitrales internacionales en materia de reparaciones pecuniarias "habían impuesto daños de carácter *exemplary, vindictive* o *punitive* a una nación soberana en favor de otra que había presentado una reclamación en favor de sus nacionales"<sup>192</sup>. Y agregó que, "En nuestra opinión, los términos *exemplary, vindictive* y *punitive* aplicados a la reparación (*damages*) son inapropiados. El concepto fundamental de *damages* es satisfacción, reparación por una pérdida sufrida; la compen-

sación judicialmente determinable por un daño"<sup>193</sup>.

204. Whiteman interpreta la jurisprudencia arbitral en el mismo sentido. Para ella,

"...no hay duda de que los tribunales internacionales han rehusado, *eo nomine*, tomar decisiones contra los Estados en forma de castigo. Cuando a un Estado se le declara responsable por un tribunal internacional o por procedimientos diplomáticos, al hecho ilegal no se le denomina delito, sino meramente una delincuencia internacional que da lugar al pago de una compensación (*compensatory damages*)"<sup>194</sup>.

205. Ciertamente, el problema que se plantea con motivo de la naturaleza jurídica de la reparación en los casos de referencia, es bastante complejo y muy difícil de resolver conforme a la concepción tradicional de la responsabilidad y, en particular, de la función que desempeñan las medidas de reparación. En efecto, no basta determinar simplemente si la práctica internacional, la diplomática, la judicial o ambas, ha admitido la noción de las "sanciones penales"; es decir, la de una reparación que tiene ese carácter y que obedece a un propósito de la misma índole. Esto es sólo un aspecto del problema y no es siquiera el que mayores dificultades presenta, pues realmente los elementos que ofrece la práctica parecen ser suficientes para demostrar la existencia de una reparación que tiene una función punitiva y que consecuentemente reviste este carácter. Es más bien otro aspecto el que realmente se nos plantea en la actualidad: esto es, el de si se debe o no continuar concibiendo esta clase de reparación en el sentido de una sanción o castigo directa o indirectamente aplicable *al Estado*.

206. Este es, en efecto, el aspecto del problema que verdaderamente debe preocuparnos en el estado actual del desarrollo del derecho internacional. Según vimos al examinar la naturaleza jurídica de la responsabilidad internacional, en la actualidad la responsabilidad de carácter penal constituye ya una noción lo suficientemente definida para que pueda distinguírsela de la responsabilidad que sólo importa un deber de reparar puro y simple (capítulo III). Hemos visto asimismo, al examinar el problema de su imputabilidad, que ésta dependía del sujeto de la obligación internacional cuya violación o inobservancia originaba la responsabilidad (capítulo IV). A reserva de tratar en la sección siguiente el aspecto relativo al sujeto pasivo de la responsabilidad, que hoy puede afectar igualmente la naturaleza y función de la reparación, limitémonos por el momento a distinguir las sanciones penales aplicables directamente al individuo, conforme a la doctrina dominante en cuanto a la imputabilidad de la responsabilidad internacional.

207. La nueva corriente de opinión que expusimos más arriba interpreta los antecedentes que ofrece la práctica en el sentido de "sanciones penales" (*punitive damages*) impuestas *al Estado* como tal, y efectivamente así ha ocurrido en la realidad, aunque a veces la sanción se haya materializado a través del castigo del individuo autor del daño. Ahora bien, ésta ha sido precisamente la razón por la cual se han expresado serias dudas en el pasado para admitir el carácter y propósitos "punitivos" de una reparación que se impone directamente al Estado. Maúrtua, por ejemplo, reconocía que en "la práctica los

<sup>189</sup> Anzilotti, *op. cit.*, pág. 464.

<sup>190</sup> Véase Eagleton, "Measure of Damages in International Law", *Yale Law Journal* (1929-1930), Vol. 39, págs. 61-62.

<sup>191</sup> Véase Personnaz, *op. cit.*, págs. 312 y 327-329; Reitzer, *op. cit.*, págs. 210-212; Briggs, *op. cit.*, pág. 745; véase del mismo autor, "The Punitive Nature of Damages in International Law and State Responsibility for Failure to Apprehend, Prosecute or Punish", en *Essays in Political Science in Honor of W. W. Willoughby* (1937), págs. 339-353.

<sup>192</sup> Véase Mixed Claims Commission, United States and Germany, *Consolidated Edition of Decisions and Opinions to June 30, 1925*, pág. 27.

<sup>193</sup> *Ibid.*, pág. 25.

<sup>194</sup> Véase Marjorie M. Whiteman, *Damages in International Law* (U.S. Government Printing Office, 1937), Vol. I, pág. 717.

Estados han exigido satisfacciones o reparaciones punitivas a las que otros Estados se han visto en la necesidad de inclinarse", y que "no faltan casos, también, en que tribunales arbitrales han impuesto indemnizaciones que por su desproporción con los daños materiales llevan *invivita* la idea de una represión". Y concluía observando que "Mas lo cierto es que no hay en el Derecho Internacional la posibilidad de infligir castigos o penas en el sentido en que se entendían estas medidas en el Derecho Penal antiguo"<sup>195</sup>. Whiteman expresa la misma opinión en forma más explícita. Para ella, en los casos en que "el acto ilegal original fué cometido por un funcionario del gobierno demandado, los que han tenido que decidir la reclamación pueden pensar que al pueblo de un Estado en su conjunto no debe imponérsele la reparación adicional por un acto de uno o varios funcionarios, del cual no tuvo conocimiento ni intención delictuosa"<sup>196</sup>.

208. Sin embargo, la situación que ha motivado las dudas que se han tenido en el pasado variaría notablemente si, fundándonos en la noción de la responsabilidad internacional penal del individuo, concebimos la reparación de este carácter y propósito en términos de una pena o castigo impuesto directamente al culpable del hecho. A este respecto Lauterpacht ha dicho que hay casos en que mientras para el Estado puede no haber más que una responsabilidad civil (*tortious*), para la persona o el órgano puede existir una responsabilidad internacional penal. Y agrega:

"Un juez con una mentalidad corrompida o criminal, que ha dictado contra un extranjero, mediante una deliberada o negligente mala administración de justicia, una sentencia injusta de muerte o de encarcelamiento; un funcionario que ha permitido la fuga del asesino de un extranjero; o un militar quien al ser llamado a dar protección a un extranjero contra la furia de una turba se une al asesinato; son personas que, conforme al principio enunciado, pueden ser consideradas como transgresores no sólo de la ley de su país, sino también de una norma de derecho internacional aplicable a ellas"<sup>197</sup>.

Naturalmente, la cuestión general de si el Estado, como tal, puede o debe ser objeto de sanciones penales quedaría reservada<sup>198</sup>.

209. En cuanto a las hipótesis de responsabilidad internacional a que se contrae esta codificación, mediante esta nueva concepción se atendería ante todo a la repugnancia, sobradamente justificada, con que se ha visto la idea de hacer aparecer como objeto de medidas punitivas a toda una colectividad nacional enteramente ajena al hecho punible. Pero desde otro punto de vista, la imposición del castigo del individuo culpable no sería en sí misma incompatible ni contraria a la concepción tradicional, que la ha admitido como uno de los elementos de la "satisfacción". En este sentido, la innovación sería más de forma que de fondo. Además, y este aspecto parece ser decisivo, se conformaría perfectamente a la práctica de los convenios internacionales que definen y regulan la represión de los llamados *delicta juris gentium*, en los cuales el Estado se compromete a castigar a sus propios

nacionales; así como a la que ha inaugurado la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, en relación con los "delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad". Consecuentemente, en rigor sólo una objeción cabría oponer a la sugestión de Lauterpacht; la de que supone una invasión en asuntos que caen bajo la jurisdicción interna y exclusiva del Estado. Para atender a esta nueva objeción, tan justificada como la que se ha venido oponiendo a la idea de aplicarle medidas punitivas al Estado, pudiera señalarse como condición la de que el hecho "punible" tuviera también este carácter de acuerdo con el derecho internacional. En realidad, una vez admitida la noción de la responsabilidad internacional penal del individuo, no cabría negar la procedencia de exigir o de imponer el castigo de los culpables de hechos ilegales que originan la responsabilidad civil del Estado, si dichos hechos revisten el carácter de verdaderos delitos internacionales.

## 28. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA NATURALEZA Y EXTENSION DE LA REPARACION

210. En las dos secciones anteriores se han examinado las diferentes formas que puede adoptar la reparación en la práctica internacional, así como la función que desempeña en las distintas hipótesis de responsabilidad. Ahora corresponde examinar la institución desde el punto de vista de los criterios conforme a los cuales se determina la naturaleza y extensión de la reparación que procede cuando sea imputable la responsabilidad internacional.

211. Veamos primeramente cómo se determina, en general, la forma o tipo de reparación que ha de exigirse o imponerse a un Estado cuando le sea imputable dicha responsabilidad. Lógicamente, la reparación debía conformarse a la naturaleza de la obligación de que se trate; esto es, a la gravedad del hecho ilegal, y en su caso a la de los daños que haya ocasionado su violación o inobservancia. La práctica, sin embargo, no parece estar siempre inspirada en estos criterios. En las relaciones internacionales, los factores políticos y morales tienen una importancia especial, y generalmente pesan más que las consideraciones e intereses económicos o de cualquiera otra índole. Se observa a menudo, en efecto, que estos últimos juegan un papel secundario, en cierto sentido subordinado al elemento político y moral, representado por el "honor y la dignidad del Estado" que "ha sufrido el daño", directamente o a través de uno de sus nacionales. En ocasiones la importancia de este factor es tal, que sin existir siquiera daños materiales, se considera procedente la reclamación. A veces, como ocurrió en el caso del *Pm Alone*, se impone una satisfacción de índole pecuniaria, aparte de la indemnización propiamente dicha por el daño (*wrong*) inferido al Estado<sup>199</sup>.

212. Cuando se trata de daños sufridos por los particulares también se ha enunciado un criterio un tanto peculiar. Expresando la opinión dominante en la práctica internacional, el antiguo Tribunal Permanente de Justicia Internacional declaró que

"...La reparación que deba un Estado a otro no cambia de naturaleza por el hecho de que adopte la forma de una indemnización cuya cuantía se fija en proporción al daño sufrido por un particular. Las

<sup>195</sup> Véase Maúrtua, *loc. cit.*, pág. 574.

<sup>196</sup> Whiteman, *op. cit.*, pág. 717.

<sup>197</sup> Lauterpacht, *International Law and Human Rights (New York, 1950)*, pág. 42.

<sup>198</sup> Véase capítulo IV, sección 12.

<sup>199</sup> Véase Informe Final Conjunto sobre el caso del *Pm Alone*, en Whiteman, *op. cit.*, págs. 150-151; véanse también Anzilotti, *op. cit.*, pág. 457, y Personnaz, *op. cit.*, pág. 276.

reglas jurídicas que rigen la reparación, son las reglas del derecho internacional vigentes entre los dos Estados en cuestión, y no el derecho que regula las relaciones entre el Estado que hubiere cometido el hecho ilegal y el particular que hubiese sufrido el daño. Los derechos o intereses cuya violación causa un daño a un particular, se hallan siempre en diferente plano que los derechos del Estado que pueden igualmente ser lesionados por el mismo acto. Por consiguiente, el daño sufrido por un particular no será nunca idéntico en substancia al que se acosione al Estado, pero puede proporcionar una medida apropiada de la reparación debida al Estado”<sup>200</sup>.

Como puede advertirse, este sistema o criterio para calcular y fijar la reparación, concibe siempre a esta última como una “reparación debida al Estado”, no al individuo o particular que realmente ha sufrido el daño; esto coincide con la idea, expresada por el propio Tribunal, en el sentido de que, al hacerse cargo del caso de uno de sus nacionales, “el Estado en realidad hace valer su propio derecho”. La artificialidad de este criterio es evidente.

213. Otra inconsecuencia que también se observa en la práctica tradicional, y que ha sido severamente criticada por la doctrina científica, radica en calcular y fijar la reparación, no por el hecho que directamente causó el daño o por su naturaleza o gravedad, sino por el acto u omisión que pueda imputarse al Estado, es decir, por el hecho ilegal que directamente origina la responsabilidad internacional. Aunque en la realidad generalmente no se sigue este criterio, es el que en rigor procedería aplicar si se tiene en cuenta que, conforme a la concepción tradicional, al Estado sólo le son internacionalmente imputables sus propios actos u omisiones. En este razonamiento se fundó precisamente la Comisión que decidió el caso *Janes*, en el que se consideró que la “delincuencia internacional”, por la cual se impuso como reparación el pago de una indemnización de 12.000 dólares, no radicaba en el hecho delictuoso original, sino en el incumplimiento por parte del gobierno “de su deber de procesar con la debida diligencia al delincuente y de imponerle el castigo adecuado”<sup>201</sup>.

214. Al comentar esta decisión, Eagleton ha observado que, aparte de la dificultad de calcular la reparación con este criterio, se le reduciría a una cuantía irrisoria. Después de indicar que en la práctica a la responsabilidad se le determina por el acto u omisión del Estado, mientras que a la reparación se le fija por el daño causado por el individuo u órgano, propone que se admita la idea de considerar al Estado responsable por daños a los extranjeros, quienquiera que sea el que los ocasione y desde el momento en que se produzcan<sup>202</sup>. Brierly, por su parte, al criticar esta incongruencia de la concepción tradicional, sostiene que el propósito que realmente inspira a esas decisiones es el de imponer una reparación a título de sanción penal, y que si no conviniera admitirlo explícitamente, tampoco sería justo ni práctico excluirlo<sup>203</sup>. Dunn, sin embargo, que no es partidario de “sancionar penalmente la conducta ilegal del Estado”, prefiere examinar

el problema como una cuestión de *risk-allocation*, es decir, si el incumplimiento del deber del Estado de castigar al delincuente es de tal carácter que, de generalizarse, crearía condiciones desfavorables al desenvolvimiento normal de las relaciones internacionales, se admitiría la responsabilidad para los efectos de determinar la reparación<sup>204</sup>.

215. Tal como la examinan los autores a que se acaba de hacer referencia, la cuestión presenta estos dos aspectos: el carácter punitivo que puede atribuirse a la reparación impuesta en el caso aludido o en otros similares, y el criterio que ha de observarse para calcular y fijar los daños ocasionados a un particular extranjero o a sus causahabientes, independientemente del carácter con que se impone la reparación. El primer aspecto de la cuestión ya lo examinamos en el número anterior, y no es necesario volver sobre las observaciones que se hicieron entonces. En cuanto al segundo, es cierto que en la práctica general el criterio que en realidad se sigue es el de calcular y fijar la reparación (*stricto sensu*) de acuerdo con el daño sufrido, más bien que por el acto u omisión del Estado que directamente originó su responsabilidad internacional. Ahora bien, por otra parte, es igualmente cierto que esta práctica no es consecuente con la idea de que al Estado sólo le son imputables sus propios actos u omisiones. Por consiguiente, parece ser un corolario ineludible de esta idea — que es fundamental dentro del concepto de la responsabilidad internacional — el de que la reparación, cualquiera que sea su índole, sólo pueda exigirse por concepto de los daños que hubiesen resultado de tales actos u omisiones. Naturalmente que, partiendo de esta base, sería muy difícil calcular y fijar la reparación en las hipótesis en que, como a la que se viene aludiendo, el daño ha resultado de un hecho y la responsabilidad del Estado de otro, cuya vinculación con el primero no implica necesariamente que ha habido negligencia culpable, connivencia o complicidad manifiestas, de parte de los órganos del Estado. Y si no ha habido ni una ni otra cosa, ¿cómo concebir el deber del Estado de reparar daños resultantes de un hecho que no ha cometido? Por tanto, habrá que empezar por determinar si la conducta del Estado (el acto u omisión que le sea realmente imputable), importa una verdadera y genuina complicidad con el hecho punible. Solamente en el caso afirmativo cabrá considerarla para los efectos de la responsabilidad internacional. Como se ve, en realidad se trata más bien del problema que se plantea en la hipótesis de responsabilidad por actos de los particulares (y de los funcionarios que actúen con este carácter), que de un problema de reparación.

216. Veamos finalmente otra cuestión que sí cae dentro de la materia objeto de este capítulo. Como corolario de las nociones y principios que se vienen examinando, particularmente el de que la reparación se refiere a un interés o derecho lesionado cuyo titular es siempre el Estado, en la concepción tradicional es también a este último a quien se reconoce el derecho a determinarla o fijarla, y no al particular que ha sufrido directamente el daño o a sus causahabientes. Como declaró el Tribunal Permanente en la sentencia citada más arriba, el daño sufrido por un particular sólo “puede proporcionar una medida apropiada de la reparación debida al Estado”.

<sup>200</sup> Véase *Publications de la C.P.J.I.*, Serie A, No. 17, pág. 28.

<sup>201</sup> Véase *United States-Mexican Claims Commission of 1923, Opinions of Commissioners* (1927); Vol. I, pág. 108.

<sup>202</sup> Véase Eagleton, *loc. cit.*, pág. 57.

<sup>203</sup> Véase Brierly, *loc. cit.*, pág. 49.

<sup>204</sup> Dunn, *The Protection of Nationals* (Baltimore, 1932), pág. 187.

De este modo, el Estado responsable podrá indemnizar a las personas perjudicadas o hacerlo mediante el Estado de la nacionalidad, según lo convenga o lo decida el Tribunal u organismo internacional que conozca de la reclamación, pero en ambos casos "el individuo no adquiere derecho alguno sobre la suma que se le destina, sino en virtud de la asignación que se le haga en su beneficio" <sup>205</sup>.

217. No es difícil advertir la situación precaria en que quedan los particulares como resultado de este otro criterio. Por analogía con la protección diplomática, que se la concibe como un simple derecho del Estado, este criterio o sistema para determinar y fijar la reparación la convierte, desde el punto de vista de las víctimas reales del daño o de sus verdaderos beneficiarios, en una mera concesión. En este sentido, el sistema es incompatible con la noción de que, en las hipótesis de "responsabilidad por daños causados a la persona o bienes de los extranjeros", el particular y no el Estado (excepto cuando exista además una lesión a su "interés general"), es el verdadero sujeto titular del interés o derecho lesionado. Si esta noción pudo tomarse como fundamento para reconocerle capacidad procesal internacional en los casos que se indicaron en el capítulo V, con mayor razón nos permitirá ahora reconocerle el derecho a determinar y fijar la reparación de los daños que haya sufrido. En realidad, se trata de un derecho implícito en su capacidad para presentar en su propio nombre la reclamación de que se trate. Por lo demás, debe observarse que tampoco ahora se estaría haciendo una innovación radical en la práctica internacional. En el Tribunal Arbitral para la Alta Silesia, que creó la Convención germano-polaca de 15 de mayo de 1922, ésta era efectivamente la situación. Los particulares demandantes estaban autorizados a determinar la naturaleza o extensión de la reparación que consideraban adecuada a los daños que alegaban haber sufrido <sup>206</sup>.

218. Pero aparte de la artificialidad e injusticia intrínsecas del sistema, y de su manifiesta incompatibilidad con la noción de que en las hipótesis indicadas el particular es el verdadero titular del interés o derecho lesionado, el sistema en sí es inconsecuente aun dentro de la propia concepción tradicional. En efecto, ¿cómo se conforma al principio de que la reclamación internacional (y, consiguientemente, la reparación de la misma índole), no procede mientras no se hayan agotado los recursos internos, en los cuales el particular interesado es el único que interviene? A esto pudiera contestarse diciendo que entre la reclamación interna y la internacional no hay identidad alguna, porque el derecho que tiene y ejerce el particular en la primera no es el mismo que tiene y ejerce el Estado en la segunda. En una palabra, que la reclamación internacional es una reclamación enteramente nueva y diferente de la que pudo haberse entablado por vía de los recursos internos. Sin embargo, en el capítulo que sigue se verá hasta qué punto es ésta la verdadera naturaleza jurídica de las reclamaciones internacionales.

#### CAPITULO IX

##### Las reclamaciones internacionales; métodos y procedimientos de arreglo

219. La responsabilidad y la reparación que proceda

<sup>205</sup> Véase Anzilotti, *op. cit.*, pág. 461. Según la Base de Discusión del Comité Preparatorio de la Conferencia de La Haya que se transcribió en el párr. 195, "En principio, la indemnización que se concede debe ponerse a la disposición del Estado lesionado".

<sup>206</sup> Véase Kaeckenbeeck, *op. cit.*, págs. 55-56 y 503-504.

por el daño causado con motivo de un acto u omisión ilegal se hacen efectivas mediante las "reclamaciones internacionales". Conforme a la concepción tradicional, aun cuando se trate de reclamaciones que tienen su origen en otra anterior de carácter interno y, en este sentido, sean en realidad una continuación de ella, se las considera como reclamaciones enteramente nuevas y diferentes. La artificialidad de esta concepción ha creado necesariamente dificultades técnicas y políticas que convendría superar en la futura codificación de esta parte tan importante del tema de la responsabilidad.

220. De estas dificultades, las mayores son las que se relacionan con el ejercicio directo de la protección diplomática. Las reclamaciones que se han presentado por este medio, se han traducido a menudo en intervenciones de distinta índole en los asuntos internos o externos del Estado demandado. Para contrarrestar el peligro inherente al ejercicio directo de la protección diplomática se ha recurrido a dos principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo: el que condena toda amenaza o uso de la fuerza en las relaciones internacionales, y el que obliga a los Estados a someter todas las controversias que surjan entre ellos a los métodos y procedimientos de arreglo pacífico. Consiguientemente, el objeto primordial de este capítulo será el examen de estos medios de arreglo en cuanto han sido aplicados o son aplicables a las controversias que versen sobre hipótesis de responsabilidad. Pero antes es necesario examinar la naturaleza jurídica de las reclamaciones internacionales y los dos principios a que se acaba de hacer referencia, también en cuanto han sido aplicados o son aplicables a este respecto.

#### 29. EL "CARACTER PUBLICO" DE LAS RECLAMACIONES INTERNACIONALES

221. En la teoría y la práctica tradicionales, toda reclamación internacional, cualquiera que sea su origen o su objeto, tiene un "carácter público"; es decir, envuelve una relación jurídica entre entidades políticas soberanas. No importa que originalmente hayan sido un particular extranjero la parte demandante y el Estado de la residencia la parte demandada, ni que la reparación del daño causado a la persona o bienen del primero continúe siendo el objeto de la reclamación (internacional). Según lo expresó el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en una Sentencia que hemos citado repetidas veces,

"...Al hacerse cargo del caso de uno de sus nacionales, y recurrir a la acción diplomática o a un procedimiento judicial internacional en su nombre, el Estado hace valer un derecho propio: ...Por lo tanto, la cuestión de si la presente controversia se origina en un daño a un interés privado, que es lo que realmente ocurre en muchas controversias internacionales, carece de importancia desde este punto de vista. Una vez que el Estado se hace cargo del caso en nombre de uno de sus nacionales ante un tribunal internacional, desde el punto de vista de este último el Estado es el único demandante."

Como se recordará, el caso *Mavrommatis* fué originalmente una reclamación de un particular a la Gran Bretaña, pero al hacerse cargo de ella Grecia, el Estado de la nacionalidad del primero, "La controversia entró entonces en una nueva fase: entró en el dominio del derecho internacional, y devino una controversia entre dos

Estados”<sup>207</sup>. En la Decisión Administrativa No. II de la Comisión Mixta de Reclamaciones Germano-Americana, el *Umpire* Parker declaró que “Aunque actúen en nombre de sus propios ciudadanos, los Gobiernos son las verdaderas partes en los arbitrajes internacionales”<sup>208</sup>.

222. Como consecuencia de esta concepción, las reclamaciones internacionales presentan una naturaleza jurídica peculiar. Aunque se haya originado de una reclamación interna, y pese al hecho de que se proponga la reparación del mismo daño, constituyen reclamaciones enteramente nuevas y diferentes. Como en puridad el Estado no actúa en nombre y representación del nacional que ha recibido el daño sino que más bien se coloca en su lugar y grado para todos los efectos de la reclamación, lógicamente es la única y verdadera parte demandante. Ahora bien, aun dentro de la propia concepción tradicional esta construcción jurídica no es completamente lógica, porque tratándose de reclamaciones enteramente nuevas y diferentes a otras que pueden tener (o haber tenido) el mismo contenido u objeto, no debiera proceder la excepción de *litis pendencia*. Sin embargo, en realidad ocurre lo contrario, como podrá comprobarse en seguida.

223. Conforme al principio relativo a la omisión de los recursos internos, no procede la presentación de una reclamación internacional mientras no se hayan agotado dichos recursos (capítulo VIII, sección 23). En tal sentido, el derecho del Estado a presentar una reclamación de esta índole, a “hacerse cargo del caso de uno de sus nacionales”, está subordinado al cumplimiento de esta condición. Consiguientemente, la reclamación internacional no sólo puede ser idéntica en cuanto al contenido u objeto de la reclamación original, sino que está vinculada a ella en tal forma que su procedencia depende substancialmente de que esta primera reclamación haya sido decidida; esto es, de que los recursos internos hayan sido agotados. En este sentido, la circunstancia de que esté pendiente de decisión la reclamación original impide que el Estado de la nacionalidad del extranjero “recurra a la acción diplomática o a un procedimiento judicial internacional en su nombre”, y así, efectivamente, ocurre conforme al principio a que aludimos. En una palabra, si se admitiera que las reclamaciones internacionales constituyen reclamaciones enteramente nuevas y diferentes, sería técnicamente posible prescindir del requisito de los recursos internos.

224. Pero aparte de esta incongruencia técnica, en otro orden de ideas, en cierto sentido sin duda más importante que ella, la concepción tradicional de las reclamaciones internacionales refleja el predominio que han tenido, especialmente en este aspecto procesal de la institución, los factores de orden político. Pese a la naturaleza estrictamente jurídica de estas reclamaciones, y al hecho de que por lo general carecen de implicaciones de otra índole, la presencia del Estado demandante les ha dado un matiz político cuyas consecuencias pueden advertirse sin dificultad. En el comentario al artículo 18 de su proyecto, la Investigación Harvard hace las siguientes observaciones a este respecto:

“La mayor dificultad en materia de responsabilidad del Estado no ha sido la inhabilidad para convenir

sobre las reglas substantivas generales que rigen la materia, sino el hecho de que los Estados demandantes no están obligados a recurrir al proceso judicial, y en ocasiones se han constituido en demandantes, jueces y *sheriff* de su propia causa. Este es uno de los principales y más justificados motivos de queja de ciertos Estados. La mayor objeción a la práctica actual, especialmente desde este punto de vista, es la ausencia de un método jurídico obligatorio para decidir las cuestiones de derecho. El sistema actual contempla el uso frecuente de la coerción política de todo tipo como medio de hacer efectivas reclamaciones que son de naturaleza esencialmente jurídica. Toda la materia relativa a las reclamaciones pecuniarias, que tiene un carácter más estrictamente jurídico que muchas otras del derecho internacional, debiera ser aislada en lo posible de lo político y encerrada dentro de una estructura jurídica, no sólo en su aspecto substantivo sino también en su aspecto procesal. Ninguna reclamación pecuniaria, que no suponga una amenaza inmediata a la vida humana, debiera ser fuente de una acción política de carácter coercitivo. Las reclamaciones que no fueran susceptibles de fácil arreglo diplomático, debieran ser sometidas por convención, de manera tan automática como fuere posible, a un tribunal internacional. El derecho internacional extendería así su beneficioso poder regulador a un campo en el cual la política infortunadamente hoy domina a menudo. La nación demandada no debiera hallarse en la posición de tener que ceder un caso jurídico ante argumentos políticos, ni poder aprovecharse de su fuerza política para rechazar una reclamación legal. La causa de la paz y de las relaciones internacionales normales no debiera ser afectada ni dañada por la fácil conversión actual de una cuestión jurídica en una cuestión política. El compromiso de someter reclamaciones pecuniarias de carácter jurídico a procedimientos de arreglo judiciales o a otros de naturaleza jurídica, constituiría una de las mayores contribuciones imaginables, no sólo en beneficio de las partes y de los pueblos interesados, sino a la causa de la paz. En materia de responsabilidad del Estado por daños causados a los extranjeros se encuentra una oportunidad práctica para contrarrestar los elementos fuerza y coerción, llevando a uno de los más importantes aspectos de las relaciones internacionales del campo político al dominio del derecho”<sup>209</sup>.

Las observaciones que anteceden contemplan la cuestión fundamentalmente desde el doble punto de vista del Estado demandado y de los intereses generales en la paz y en el desenvolvimiento de las relaciones internacionales, para destacar las repercusiones que ha tenido en este sentido la concepción tradicional. Pero éste aspecto se examinará con más detenimiento en el próximo número.

225. Lo que se puede destacar por el momento son las consecuencias o repercusiones que tiene la concepción tradicional desde el punto de vista del interés del extranjero, así como de su propio país de origen. A este respecto en el mismo comentario la Investigación Harvard observa lo siguiente:

“... El demandante que tenga una reclamación legal en orden, a menudo depende para su satisfacción del poder político o influencia de su país, de sus relaciones políticas con el Estado demandado, o de la disposición

<sup>207</sup> Véase *Publications de la C.P.J.I.*, Serie A, No. 2, pág. 12.

<sup>208</sup> Mixed Claims Commission, United States and Germany, *Consolidated Edition of Decisions and Opinions to June 30, 1925* (Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, 1925), pág. 8.

<sup>209</sup> Harvard Law School, *op. cit.*, págs. 217 y 218.

y voluntad que tenga la Oficina de Asuntos Extranjeros para realizar gestiones diplomáticas en su nombre. Su reclamación está supeditada a las exigencias de la política. El Estado del extranjero lesionado está sujeto a las presiones políticas en cuanto a hacerse cargo de lo que pudiera ser una reclamación insignificante, a menudo actúa sin pruebas suficientes, y all llevar adelante una reclamación ha de invocar el apoyo de todo un pueblo en favor de un simple ciudadano o una compañía; lo cual es una forma primitiva de acción colectiva que ha desaparecido prácticamente en todas las demás ramas del derecho público. Un pueblo no debe ser mezclado, si es posible evitarlo, en las complicaciones políticas que surgen del daño que alega haber recibido un ciudadano.”<sup>210</sup>

226. En el capítulo V se señalaron los inconvenientes que tiene estimar que es siempre y únicamente el Estado el titular del interés o derecho lesionado, a pesar de que el daño que origina la responsabilidad haya sido causado a la persona o bienes de un particular, y en el capítulo VIII los que tiene esta idea cuando se va a determinar la naturaleza y extensión de la reparación de este daño. Tales son los inconvenientes, desde el punto de vista del particular extranjero, que en efecto se derivan de considerar las reclamaciones internacionales como reclamaciones nuevas y diferentes a la que haya establecido aquél por medio de los recursos internos. Y de no menor gravedad son los que tiene esta concepción cuando se vuelve la mirada hacia el país de origen del extranjero. Esa “forma primitiva de acción colectiva” que reviste la reclamación internacional por el carácter público que se le atribuye, supone ciertamente la imposición a todo un pueblo de una carga injustificada e innecesaria.

### 30. EL EJERCICIO DIRECTO DE LA PROTECCION DIPLOMATICA; LA DOCTRINA DRAGO Y LAS DEMAS EXPRESIONES DEL PRINCIPIO DE NO INTERVENCION

227. Mientras en el derecho internacional no quedó consagrado el principio de que las controversias entre Estados deben resolverse por los métodos y procedimientos pacíficos de arreglo, y el que condenó toda amenaza o uso de la fuerza en las relaciones internacionales, la naturaleza que se atribuyó a las reclamaciones de esta índole constituyó la causa principal de los abusos del ejercicio directo de la protección diplomática. Especialmente en el continente americano, la experiencia histórica pone de relieve que esta forma de ejercer la protección diplomática puede conducir a la amenaza y aun al recurso efectivo de la fuerza contra el Estado demandado, y afectar asimismo los intereses generales en la paz y en el normal desenvolvimiento de la vida internacional. Sin negar la legitimidad en sí del derecho del Estado demandante a ejercer directamente la protección diplomática, se han venido condenando progresivamente las diferentes formas que constituían abusos de ese derecho.

228. La acción tomada en 1902 por tres Potencias europeas respecto de Venezuela para el cobro de ciertas deudas contractuales, fué el incidente que provocó una de las primeras protestas formales contra los abusos del derecho de protección diplomática. En una nota que dirigió el entonces Ministro de Relaciones Exteriores de la República Argentina, Luis M. Drago, al Secretario de Estado de los Estados Unidos, aquél consignó que el capitalista

que suministra recursos a un Estado extranjero tiene siempre en cuenta cuáles son los medios económicos del país en que va a actuar y la mayor o menor probabilidad de que los compromisos contraídos se cumplan sin tropiezo. Todos los gobiernos, agregaba, además, gozan por ello de diferente crédito según su grado de civilización y de cultura y su conducta en los negocios, y estas circunstancias se miden y se pesan antes de conceder ningún empréstito, haciendo más o menos onerosas sus condiciones con arreglo a los datos precisos que en ese sentido tienen perfectamente registrados los banqueros. Además, el acreedor sabe que contrata con una entidad soberana, y es condición inherente de toda soberanía que no pueden iniciarse ni cumplirse procedimientos ejecutivos contra ella, ya que ese modo de cobro comprometería su existencia misma, haciendo desaparecer la independencia y la acción del respectivo gobierno. Estas consideraciones llevaron a Drago a formular los siguientes párrafos de la nota a que nos venimos refiriendo:

”Entre los principios fundamentales del Derecho Público Internacional que la humanidad ha consagrado, es uno de los más preciosos el que determina que todos los Estados, cualesquiera que sea la fuerza de que dispongan, son entidades de derecho perfectamente iguales entre sí y recíprocamente acreedoras por ello a las mismas consideraciones y respeto. El reconocimiento de la deuda, la liquidación de su importe, pueden y deben ser hechos por la nación, sin menoscabo de sus derechos primordiales como entidad soberana; pero el cobro compulsivo e inmediato, en un momento dado, por medio de la fuerza, no traería otra cosa que la ruina de las naciones más débiles y la absorción de su gobierno, con todas las facultades que le son inherentes, por los fuertes de la tierra.

”No pretendemos de ninguna manera que las naciones sudamericanas pueden, por ningún concepto, estar exentas de las responsabilidades de todo orden que las violaciones del Derecho Internacional comportan para los pueblos civilizados. No pretendemos, ni podemos pretender, que estos países ocupen una situación excepcional en sus relaciones con las Potencias europeas, que tienen el derecho indudable de proteger a sus súbditos tan ampliamente como en cualquier otra parte del globo, contra las persecuciones o injusticias de que pudieran ser víctimas. Lo único que la República Argentina sostiene, y lo que vería con satisfacción consagrado, con motivo de los sucesos de Venezuela, por una nación que, como los Estados Unidos, goza de tan grande autoridad y poderío, es el principio ya aceptado de que no puede haber expansión territorial europea en América, ni opresión de los pueblos de este continente, porque una desgraciada situación financiera pudiese llevar a alguno de ellos a diferir el cumplimiento de sus compromisos. En una palabra, el pensamiento que quisiera ver reconocido, es el de que la deuda pública no puede dar lugar a la intervención armada, ni menos a la ocupación material del suelo de las naciones americanas por una Potencia extranjera”<sup>211</sup>.

229. Como se indicó en otro lugar, la Tercera Conferencia Internacional Americana (Río de Janeiro, 1906)

<sup>210</sup> *Ibid.*, pág. 218.

<sup>211</sup> Véase L. M. Drago, *La República Argentina y el Caso de Venezuela* (Buenos Aires, 1903), y *Cobro Coercitivo de Deudas Públicas* (Buenos Aires, 1906).

recomendó a los gobiernos representados en ella " que consideren el punto de invitar a la Segunda Conferencia de la Paz, de La Haya, para que se examine el caso del cobro compulsivo de deudas públicas, y, en general, los medios tendientes a disminuir entre las naciones los conflictos de origen exclusivamente pecuniario " <sup>212</sup>.

230. La Convención II de la Conferencia de la Paz de La Haya (1907), " Relativa a la Limitación del Empleo de la Fuerza para el Cobro de Deudas Contractuales ", adoptó parcialmente la *Doctrina Drago*. En efecto, el artículo 1 de la llamada *Porter Convención*, como se le suele denominar, acepta una importante excepción a la obligación de " no recurrir a la fuerza armada para recobrar deudas contractuales reclamadas al gobierno de un país por el gobierno de otro país como debidas a nacionales suyos ". Conforme al segundo párrafo del artículo, " esta estipulación no podrá aplicarse cuando el Estado deudor rehuse o deje sin respuesta una proposición de arbitraje, o en caso de aceptación, haga imposible la celebración del compromiso o, después del arbitraje, deje de conformarse con la sentencia dictada " <sup>213</sup>. Semejante excepción permitía, en efecto, el recurso de la fuerza armada en determinadas circunstancias, algunas de las cuales, como la relativa a la celebración del compromiso arbitral, quedaban a la discreción del Estado reclamante.

231. Sin embargo, el desarrollo posterior del derecho internacional consagró en forma absoluta la obligación de no recurrir a la amenaza o al uso efectivo de la fuerza para el cobro compulsivo de las deudas públicas o la satisfacción de cualquier otra reclamación internacional. En el mundo americano este desarrollo se advierte en las demás expresiones del principio de intervención. La primera consagración positiva del principio fué la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados (Montevideo, 1933), por cuyo artículo 8 se establece que " Ningún Estado tiene derecho a intervenir en los asuntos internos ni en los externos de otro " <sup>214</sup>. La Conferencia de Bogotá (1948) fué más explícita e insertó en la Carta de la Organización de los Estados Americanos una disposición en los siguientes términos:

" Artículo 15

" Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de intervenir, directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. El principio anterior excluye no solamente la fuerza armada, sino también cualquier otra forma de ingerencia o de tendencia atentatoria de la personalidad del Estado, de los elementos políticos económicos y culturales que lo constituyen " <sup>215</sup>.

Por su parte, la Carta de las Naciones Unidas establece en su Artículo 2:

" Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la

<sup>212</sup> *Conferencias Internacionales Americanas, 1899-1936* (Dotación Carnegie, Wáshington, D.C., 1938), pág. 140.

<sup>213</sup> Véase *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907* (New York, Oxford University Press, 1915), pág. 89.

<sup>214</sup> Véase *Conferencias Internacionales Americanas 1889-1936*, pág. 469. Véase también Protocolo Adicional Relativo a No Intervención a la Convención de Montevideo, suscrito en la Conferencia Interamericana de Consolidación de la Paz (Buenos Aires, 1936), *ibid.*, pág. 605.

<sup>215</sup> Véase *Anales de la Organización de los Estados Americanos*, Vol. I, No. 1 (1949), págs. 77-78.

amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas."

Como puede apreciarse, el texto y la finalidad de ambos instrumentos son lo suficientemente amplios para que quede comprendida dentro de la prohibición cualquier forma de acción que implique la amenaza o el uso efectivo de la fuerza como medio para hacer efectivas las reclamaciones internacionales.

31. LA OBLIGACION DE RECURRIR A LOS METODOS Y PROCEDIMIENTOS DE ARREGLO PACIFICO

232. Paralelamente al principio que condena el uso o la amenaza de la fuerza en las relaciones internacionales, se ha desarrollado y consagrado la obligación de recurrir a los métodos y procedimientos pacíficos para el arreglo de las controversias de esa índole. En materia de reclamaciones internacionales, se trata de una obligación complementaria, destinada a perfeccionar ese principio y a contrarrestar de ese modo el peligro de abusos inherente al ejercicio directo de la protección diplomática. Aparte de los instrumentos constitucionales actuales, generales y regionales, que imponen esta obligación para el arreglo de toda controversia internacional, y de los bilaterales y multilaterales que también la establecen con el mismo carácter, existen numerosos instrumentos que la estipulan específicamente para el arreglo de las reclamaciones internacionales.

233. El sistema se inauguró en el mundo americano a principios de siglo. En el Tratado sobre Reclamaciones por Daños y Perjuicios Pecuniarios, suscrito en la Segunda Conferencia Internacional Americana (México, 1902),

" Las Altas Partes Contratantes se obligan a someter a arbitraje todas las reclamaciones por daños y perjuicios pecuniarios, que sean presentadas por sus ciudadanos respectivos y que no puedan resolverse amistosamente por la vía diplomática, siempre que dichas reclamaciones sean de suficiente importancia para ameritar los gastos del arbitraje " <sup>216</sup>.

234. Concebida en los mismos términos, esta obligación es el objeto de dos convenciones que se concluyeron, respectivamente, en la Tercera (Río de Janeiro) <sup>217</sup> y Cuarta (Buenos Aires) <sup>218</sup> Conferencias. En el artículo 1 del Tratado General de Arbitraje Interamericano, suscrito en Wáshington en 1929, se adopta una forma más elaborada, en el sentido de que

" Las Altas Partes Contratantes se obligan a someter a arbitraje todas las diferencias de carácter internacional que hayan surgido o que surgieren entre ellas con motivo de la reclamación de un derecho... que no haya sido posible ajustar por la vía diplomática y que sea de naturaleza jurídica por ser susceptible de decisión mediante la aplicación de los principios del derecho. Se consideran incluídas entre las cuestiones de orden jurídico:

" . . .

" d) La naturaleza y extensión de la reparación

<sup>216</sup> Véase *Conferencias Internacionales Americanas 1889-1936*, (Dotación Carnegie, 1938), pág. 84.

<sup>217</sup> *Ibid.*, pág. 123.

<sup>218</sup> *Ibid.*, pág. 165.

que debe darse por el quebrantamiento de una obligación internacional.

"Lo dispuesto en este tratado no impedirá a cualquiera de las Partes, antes de ir al arbitraje, recurrir a procedimientos de investigación y de conciliación establecidos en convenciones que estén vigentes entre ellas" <sup>219</sup>.

235. Los demás instrumentos que estipulan la obligación de someter al arbitraje o cualquier otro método o procedimiento pacífico de arreglo de las reclamaciones internacionales, revelan la medida en que se ha generalizado el sistema <sup>220</sup>. Desde cierto punto de vista, la expresión más importante del sistema es, naturalmente, la aceptación de la jurisdicción obligatoria del antiguo Tribunal Permanente de Justicia Internacional y, desde 1946, la de la Corte Internacional de Justicia, cuya competencia alcanza a las controversias internacionales que versen, entre otras cosas, sobre "La naturaleza y extensión que debe darse por el quebrantamiento de una obligación internacional". (Art. 36 del Estatuto de la Corte.) Esta aceptación ha adoptado la forma, bien de un convenio especial entre las partes, bien de una disposición de un Tratado, o bien de una declaración unilateral reconociendo como obligatoria *ipso facto* la jurisdicción de ese organismo.

236. Pero todavía es más interesante advertir la frecuencia y la eficacia con que ha funcionado el sistema en la práctica. Por vía de ilustración basta recordar los siguientes datos. La mayoría de los 19 casos resueltos por el Tribunal Permanente de Arbitraje se refieren a reclamaciones internacionales. Lo mismo ocurre con las controversias que fueron sometidas al antiguo Tribunal Permanente de Justicia Internacional. Los tribunales y comisiones mixtas de reclamaciones han sido numerosísimos. Antes de la segunda guerra mundial, sin contar los que se crearon de conformidad con el Tratado de Versalles, llegaban a 60. Algunos, como las Comisiones de Reclamaciones entre Estados Unidos y México y en particular el Tribunal germano-polaco creado por la Convención del 1922 conocieron de miles de reclamaciones <sup>221</sup>.

237. El estudio de los abundantes antecedentes que ofrece la práctica internacional en esta materia revela la existencia de ciertos problemas y aspectos fundamentales. El primero se refiere a la naturaleza misma del método o del organismo que se ha de emplear para el arreglo de la controversia. En primer término, como el sistema no excluye el ejercicio directo de la protección diplomática, las negociaciones entre las partes interesadas no solamente son procedentes, sino que es el primer medio a que se recurre para resolver la reclamación. Pero cuando no se logre resolverla por esta vía, el método que ha resultado más apropiado en la práctica ha sido el arbitraje. El carácter específico del organismo arbitral lo determinará el tipo de reclamación de que se trate o circuns-

tancias de otro orden, pero lo que importa es que, tratándose de controversias substancialmente jurídicas se sometan a una comisión o tribunal que la decida conforme a derecho. Por razones obvias, el recurso a este método de arreglo comprende la sumisión de la controversia a la Corte Internacional de Justicia, cuando su importancia o significación lo justifique.

238. La cuestión jurisdiccional o de competencia plantea un problema fundamental. En efecto, la obligación, pura y simple, de recurrir al arbitraje puede resultar inoperante si no se confiere jurisdicción compulsiva a un determinado organismo. En otras palabras, el arbitraje obligatorio, por sí sólo, no envuelve más que el compromiso de someter la controversia a este método de arreglo. Es un mero *pactum de contrahendo* y, en tal sentido, su eficacia depende de que las partes convengan en la institución del organismo y en los demás particulares que requiere su funcionamiento. El problema no existe, naturalmente, cuando la obligación arbitral se refiere a un tribunal preexistente, como la Corte Internacional de Justicia. Ni tampoco cuando conjuntamente con la obligación arbitral básica se conviene en la forma en que se organizará y funcionará el organismo, como ocurre en el sistema previsto en el Acta General para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales (1928) y el del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas o "Pacto de Bogotá" (1948). El proyecto sobre "Procedimiento Arbitral" elaborado por la Comisión de Derecho Internacional en su quinto período de sesiones (1953), en términos generales, puede desempeñar esta función, indispensable para perfeccionar el sistema tradicional del arbitraje obligatorio.

239. Otro de los problemas o aspectos del arreglo de las reclamaciones internacionales es el relativo al "derecho aplicable", esto es, la naturaleza de las normas o principios conforme a los cuales se deberá resolver este tipo de controversias. Que las normas y principios del derecho internacional serán aplicables no hay naturalmente duda alguna, hasta el punto de que, salvo que las partes acuerden otra cosa, lo serán aun cuando no esté expresamente previsto en el instrumento que rige el organismo arbitral. Fuera de esto, la práctica ha sido muy diversa. Los instrumentos se refieren a veces al derecho internacional, y en otras a la equidad, a las decisiones *ex aequo et bono*, a los "principios generales de la justicia y de la equidad", al "libre juicio" del tribunal, a la jurisprudencia internacional, etc.; y en ocasiones estipulan dos o más de cualquiera de estos principios o normas como "derecho aplicable". Indudablemente, la naturaleza de la reclamación, así como otras circunstancias que puedan concurrir con ella, constituye el factor de mayor peso en la solución de este problema. Ahora bien, sin perjuicio de esta consideración, el mejor sistema parece ser el de que las reclamaciones se decidan conforme al Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; esto es, conforme a los principios y normas que emanen de las fuentes del derecho internacional, salvo que las partes acuerden que la reclamación se decida *ex aequo et bono*.

240. Existen otros problemas y aspectos de no menor importancia, pero no es éste ni el lugar ni la oportunidad para examinarlos. Tal vez de todos ellos el de mayor actualidad es el que se refiere al acceso o comparecencia ante el organismo encargado de conocer y resolver la reclamación. Pero esta cuestión ya fué tratada, al menos

<sup>219</sup> *Ibid.*, págs. 84, 124, 165 y 573. Véase también la Resolución XXXV, sobre "Reclamaciones Pecuniarias", aprobada por la Conferencia Interamericana de Consolidación de la Paz (Buenos Aires, 1936), *ibid.*, pág. 651.

<sup>220</sup> Véase en particular, *Systematic Survey of Treaties for the Pacific Settlement of International Disputes, 1928-1948* (Publicaciones de las Naciones Unidas, No. de venta 1949.V.3) y el anterior estudio del Secretariado de la Sociedad de las Naciones, *Arbitration and Security Systematic Survey of the Arbitration Conventions and Treaties of Mutual Security Deposited with the League of Nations* (Genève, 1927).

<sup>221</sup> Véase Hudson, *op. cit.*, capítulo XVI.

en lo referente al fondo, al examinar la capacidad internacional para reclamar (capítulo V, sección 18).

## CAPITULO X

### Bases de discusión

241. Como se indicó en la *Introducción*, dada la naturaleza y finalidad del presente *Informe*, en lugar de seguir la práctica usual de someter un anteproyecto sobre la materia, presentamos el resumen de nuestra investigación y algunas de las conclusiones a que hemos llegado, en forma de "bases de discusión" (capítulo I, sec. 2). Por consiguiente, los textos que siguen no abarcan todos los aspectos de las cuestiones tratadas ni constituyen propuestas en el sentido estricto de este término. Se limitan más bien a recoger ideas y conceptos generales respecto de los cuales la Comisión debía pronunciarse, a fin de establecer los criterios y principios fundamentales con que se procederá a la labor de codificación propiamente dicha.

#### BASE DE DISCUSION No. I

##### *Naturaleza jurídica y función de la responsabilidad*

1) Considerando que en el derecho internacional contemporáneo los actos y omisiones que originan responsabilidad pueden, o bien consistir en hechos pura y simplemente ilegales, o bien revestir el carácter de hechos punibles, la violación o inobservancia de una obligación internacional puede consecuentemente originar tanto la responsabilidad *civil* como la responsabilidad *penal*, o ambas.

2) En el primer supuesto la responsabilidad no importa más que el deber de reparar *stricto sensu*, pero en el segundo la responsabilidad comporta la sanción o castigo del culpable del hecho punible, sin perjuicio de la reparación del daño cuando proceda.

3) Considerando, de otra parte, que la validez de las normas del derecho internacional depende de la protección que den a los intereses y derechos reconocidos por ese ordenamiento jurídico, los principios que rigen la responsabilidad internacional deben formularse con miras a proteger los intereses y derechos que reconoce dicho ordenamiento en el estado actual de su desarrollo.

#### BASE DE DISCUSION No. II

##### *El sujeto activo de la responsabilidad*

1) Considerando que la responsabilidad internacional es la consecuencia de la violación o inobservancia de una obligación de la misma índole, su imputabilidad depende del sujeto directo de la obligación.

2) En este sentido, el sujeto activo de la responsabilidad internacional puede ser:

a) El *Estado*, por los actos u omisiones de sus órganos, en cuanto al deber de reparar el daño causado; y, en su caso, las *subdivisiones políticas* y las *entidades semi-soberanas*, en la medida en que sean capaces de contraer directamente obligaciones internacionales;

b) Los *individuos*, ya sean gobernantes, funcionarios o particulares, en cuanto a la responsabilidad *penal* que origine un acto u omisión al que el derecho internacional atribuya el carácter de hecho punible;

c) Las *organizaciones internacionales*, por los actos u omisiones de sus órganos, en cuanto al deber de reparar el daño causado.

3) El *Estado* no puede invocar disposiciones de su derecho interno para declinar la responsabilidad que origina la violación o inobservancia de una obligación internacional.

#### BASE DE DISCUSION No. III

##### *El sujeto pasivo de la responsabilidad*

1) Considerando que la violación o incumplimiento de una obligación internacional puede traducirse en un daño a cualquier interés o derecho internacionalmente reconocido, la condición de su sujeto pasivo de la responsabilidad depende de quién sea el titular del interés o derecho lesionado.

2) En este sentido, el sujeto pasivo de la responsabilidad internacional puede ser:

a) Los *particulares extranjeros*, siempre que se trate de daños a su persona o bienes;

b) El *Estado*, tanto cuando sea él, como persona jurídica, el objeto directo del daño, como cuando tenga un "interés general" en el daño que se ha ocasionado a la persona o bienes de sus nacionales;

c) Las *organizaciones internacionales*, cuando se trata de daños causados a los intereses de la organización misma, a su estructura administrativa, a sus derechos patrimoniales o a los intereses a su cargo.

3) En consecuencia, la capacidad internacional para reclamar por los daños ocasionados se debe reconocer, en principio, al sujeto titular del interés o derecho lesionado. En los casos de responsabilidad por daños causados a la persona o bienes de los particulares extranjeros, se debe tener en cuenta, especialmente, la circunstancia de que el Estado de la nacionalidad tenga un "interés general" en el daño ocasionado.

#### BASE DE DISCUSION No. IV

##### *La responsabilidad por la violación de los derechos esenciales del hombre*

1) El Estado tiene la obligación de asegurar al extranjero el goce de los mismos derechos civiles y el disfrute de las mismas garantías individuales de que gozan y disfrutan los nacionales. Sin embargo, en ningún caso estos derechos y garantías podrán ser menores que los "derechos esenciales del hombre" que reconocen y definen los instrumentos internacionales contemporáneos.

2) En consecuencia, en los casos de violación de derechos civiles o de inobservancia de garantías individuales respecto de extranjeros, solamente habrá responsabilidad internacional cuando se trate de "derechos humanos esenciales" reconocidos internacionalmente.

#### BASE DE DISCUSION No. V

##### *Causas de exención y circunstancias atenuantes y agravantes de responsabilidad*

1) Al igual que en el derecho interno, en el derecho internacional cabe distinguir entre las causas y circunstancias que eximen, atenúan o agravan la responsabilidad. En general, la distinción depende de la diversidad de factores y elementos de diferente clase que pueden

concurrir con el hecho que origina la responsabilidad.

2) Pueden considerarse causas de exención, entre otras, las siguientes:

a) La *omisión de los recursos internos*, en el sentido de que mientras no se hayan agotado dichos recursos no procederá entablar la reclamación internacional ni será exigible el deber de reparar;

b) La *renuncia a la protección diplomática*, por parte del Estado o de los particulares extranjeros. En la segunda hipótesis, en tanto la *Cláusula Calvo* no se refiera a derechos que por su naturaleza sean irrenunciables o a cuestiones en las cuales el particular no sea el único interesado.

3) La validez de las demás causas eximentes, atenuantes o agravantes de responsabilidad, dependerá de la conducta que haya observado el Estado, o que haya podido o tenido que observar, respecto del hecho que ha ocasionado el daño.

#### BASE DE DISCUSION No. VI

##### *Naturaleza, función y extensión de la reparación*

1) En cuanto a su naturaleza, la reparación puede adoptar la forma de restitución (*restitutio in integrum*) o la de daños y perjuicios, cuando la restitución no sea posible o cuando no resulte suficiente para reparar el daño adecuadamente.

2) El propósito de la reparación no tiene necesariamente que limitarse a la restitución o a la indemnización de los daños materiales. Las medidas de "reparación" pueden tener también una función punitiva. En estos casos, dichas medidas deben entenderse y aplicarse como una pena o castigo del individuo culpable del hecho que origina la responsabilidad.

3) La naturaleza y extensión de la reparación debe determinarse de conformidad con los daños ocasionados y la gravedad del hecho que origina la responsabilidad, así como con el propósito a que responde; y debe fijarla

el verdadero titular del interés o derecho lesionado o, en todo caso, de acuerdo con el daño causado a la víctima o a sus causahabientes.

#### BASE DE DISCUSION No. VII

##### *La reclamación internacional y los medios de arreglo*

1) En las hipótesis de responsabilidad por daños causados a la persona o bienes de los particulares extranjeros, la "reclamación internacional" no debe considerarse como una reclamación nueva y diferente de la que se haya presentado ante la jurisdicción interna, salvo que se trate de una reclamación en la que el Estado de la nacionalidad invoque un "interés general" en el daño.

2) Cuando la reclamación sea de Estado a Estado, una vez agotadas sin resultado las negociaciones diplomáticas entre las partes, dicha reclamación se someterá al arbitraje para su solución definitiva; salvo que las partes convengan en cualquier otro medio o procedimiento de arreglo más adecuado a la naturaleza específica de la reclamación.

3) En ningún caso el ejercicio directo de la protección diplomática implicará la amenaza o el uso efectivo de la fuerza o cualquier otra forma de intervención en los asuntos internos o externos del Estado demandado.

##### *Plan de trabajo*

La amplitud y diversidad del tema de la responsabilidad internacional no permite proceder de inmediato a su codificación integral. La Comisión, como lo ha hecho respecto de otros temas, debiera realizar esta tarea en forma gradual, emprendiendo primero la codificación de aquella parte del tema que presente el mayor grado de madurez y que, al propio tiempo, requiera una más pronta solución conforme a lo expresado por la resolución 799 (VIII) de la Asamblea General. La "Responsabilidad del Estado por Daños Causados a la Persona o Bienes de los Extranjeros" parece reunir estas dos condiciones.

## APENDICES

### A. La codificación bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones

#### *Apéndice 1*

CUESTIONARIO NO. 4 SOBRE "RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR DANOS CAUSADOS EN SUS TERRITORIOS A LA PERSONA O BIENES DE LOS EXTRANJEROS" <sup>222</sup> ADOPTADO POR EL COMITÉ DE EXPERTOS PARA LA CODIFICACION PROGRESIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LA SOCIEDAD DE LAS NACIONES (GINEBRA, 1926)

El Comité tiene el siguiente mandato:

1) Preparar una lista provisional de los temas de derecho internacional cuya reglamentación mediante un acuerdo internacional parezca más conveniente y realizable en la actualidad;

2) Después de la comunicación de dicha lista por la Secretaría a los Gobiernos de los Estados Miembros o no miembros de la Sociedad para que emitan su opinión, estudiar las respuestas; y

3) Informar al Consejo acerca de las cuestiones que hayan alcanzado el grado de madurez suficiente y del procedimiento que podría seguirse con miras a la oportuna preparación de conferencias para la solución de tales cuestiones.

<sup>222</sup> League of Nations Publications, *V. Legal*, 1926.V.3 (documento C.46.M.23.1926.V).

El Comité decidió incluir en su lista el tema siguiente:

"Si un Estado puede ser responsable, y de ser así en qué casos, de los daños causados en su territorio a la persona o a los bienes de los extranjeros."

Sobre esta materia, el Comité tiene el honor de dar a conocer a los Gobiernos un informe presentado por un Subcomité <sup>223</sup> compuesto del Sr. Guerrero, Relator, y del Sr. Wang Chung-Hui.<sup>224</sup>

En ese informe se pone de relieve la índole de la cuestión general y de los problemas especiales que entraña. Se hace en él la exposición de una teoría relativa a los principios que regulan la responsabilidad del Estado en las materias examinadas así como las soluciones particulares que se desprenden de tales principios. El Comité opina que esta exposición señala las cuestiones que hay que resolver con miras a reglamentar la materia mediante un acuerdo internacional, cuestiones todas ellas subordinadas a la principal, que es la siguiente:

<sup>223</sup> El Sr. De Visseher fué también designado para integrar este Subcomité, pero desgraciadamente no pudo participar en la preparación del informe.

<sup>224</sup> El Sr. Wang Chung-Hui había firmado el texto original del informe del Subcomité. Como por desgracia no pudo concurrir a la reunión del Comité de Expertos, no es responsable del texto tal como aparece anexo al presente documento, pues contiene algunas modificaciones introducidas por el Relator como resultado de las deliberaciones del Comité.

"Si un Estado es responsable, y en qué casos, de los daños sufridos por extranjeros en territorios bajo su jurisdicción, y en qué medida las conclusiones del Subcomité deben ser aceptadas e incorporadas a una convención entre Estados."

Queda entendido que al proponer el presente tema a los Gobiernos, el Comité no se pronuncia a favor ni en contra de los principios generales de responsabilidad consignados en el informe o de las soluciones a los problemas particulares que se sugieren sobre la base de tales principios. En la etapa actual de sus trabajos no incumbe al Comité adelantar conclusiones de esta naturaleza. En este momento su única tarea o, por lo menos, la principal es poner de relieve ciertos temas de derecho internacional cuya regulación mediante un acuerdo internacional puede reputarse conveniente y factible.

Con tal fin, es indudable que el Comité no debe limitarse a generalidades, sino que debe enunciar las cuestiones propuestas con los detalles suficientes para permitir una decisión acerca de la conveniencia y posibilidad de la solución. Los detalles indispensables se encuentran en las conclusiones del informe del Sr. Guerrero.

Animado por este mismo espíritu, el Comité se remite para los pormenores al informe del Sr. Guerrero al presentar a los Gobiernos, en relación con la cuestión principal señalada a su atención precedentemente, la cuestión siguiente:

"Si sería posible, y en qué condiciones, preparar una convención internacional en la que se determinen los hechos que pueden dar origen a la responsabilidad de los Estados y en la que se prohíba, en tales casos, que se recurra a medidas coercitivas antes de haber agotado todas las vías posibles de arreglo pacífico."

A fin de poder proseguir sus trabajos sin demora, el Comité quisiera contar con las respuestas de los Gobiernos antes del 15 de octubre de 1926.

Se acompaña al presente el informe del Subcomité.  
Ginebra, 29 de enero de 1926.

(Firmado) HJ. L. HAMMARSKJOLD,  
Presidente del Comité de Expertos

VAN HAMEL,  
Director de la Sección Jurídica de la Secretaría

Anexo al cuestionario No. 4

Informe del Subcomité

Sr. GUERRERO, Relator  
Sr. WANG CHUNG-HUI

## VI

### Conclusiones <sup>225</sup>

Las conclusiones que formularemos a continuación se desprenden lógicamente de los principios en que invariablemente nos hemos inspirado al preparar este informe y que, opinamos, constituyen el único fundamento posible para la elaboración de normas capaces de obtener la aprobación de todos los Estados.

Si nos apartásemos de estos principios rectores, si procurásemos codificar los principios respecto de los cuales la voluntad colectiva es incierta o está efectivamente dividida, nuestros esfuerzos serían estériles; ciertamente, fomentaríamos el establecimiento de una serie de sistemas continentales y de codificaciones de leyes — que ya comienzan a apuntar — que no serían sino motivo constante de conflictos.

No debemos olvidar que el objeto de nuestra tarea es formular normas que puedan incorporarse en convenciones internacionales, ni que dichas convenciones, para ser eficaces, han de tener la aceptación de todos o casi todos los países del mundo.

Nuestras conclusiones son las siguientes:

1. Puesto que la responsabilidad internacional sólo puede nacer de un acto ilícito contrario al derecho internacional, realizado por un Estado contra otro Estado, el daño causado a un extranjero sólo puede dar origen a responsabilidad internacional si el Estado en que reside ha infringido un deber contraído en virtud de un tratado con el Estado del que el extranjero sea nacional, o un deber reconocido por el derecho consuetudinario en forma clara y precisa.

2. La comisión de un delito político contra la persona de los extranjeros en el territorio de un Estado sólo da origen a responsabilidad de tal Estado si el mismo ha omitido la adopción de todas las medidas apropiadas para prevenir el delito y para la persecución, aprehensión y enjuiciamiento del delincuente.

El carácter público reconocido que revista un extranjero y las circunstancias en que se encuentra en el territorio del Estado, imponen a éste el correspondiente deber de ejercer vigilancia especial en favor de aquél.

3. Un Estado es responsable de los daños sufridos por un extranjero a consecuencia de un acto contrario al derecho internacional o de la omisión de un acto que debía ejecutar el Estado con arreglo al derecho internacional, que hayan sido infligidos por un funcionario dentro de los límites de su competencia, siempre que concurren las condiciones siguientes:

a) Si el derecho infringido, reconocido al Estado del que es nacional el extranjero lesionado, es un derecho positivo establecido por un tratado entre ambos Estados o por el derecho consuetudinario;

b) Si los daños sufridos no nacen de un acto ejecutado por el funcionario en defensa de los derechos del Estado, salvo estipulaciones contrarias contenidas en los tratados;

El Estado en cuya representación ha actuado el funcionario no puede eludir su responsabilidad alegando la insuficiencia de su legislación.

4. El Estado no es responsable de los daños sufridos por un extranjero a consecuencia de actos contrarios al derecho internacional, si esos daños han sido infligidos por un funcionario que se ha excedido en las atribuciones previstas en el derecho nacional, excepto en los casos siguientes:

a) Si el Gobierno, informado de que un funcionario se dispone a cometer un acto ilícito contra un extranjero, no adopta oportuna-mente medidas para impedirlo;

b) Si, cometido el acto, el Gobierno no aplica a dicho funcionario con la debida prontitud, las medidas disciplinarias y sanciones previstas por las leyes del país;

c) Si el extranjero carece de recursos legales contra el funcionario culpable o si los tribunales nacionales rehusan tramitar la acción deducida conforme a las leyes nacionales por el extranjero lesionado.

5. Los perjuicios ocasionados a extranjeros por actos de particulares, sean nacionales o extranjeros, no entrañan responsabilidad del Estado.

6. El deber del Estado respecto de la protección judicial debe considerarse cumplido si ha permitido a los extranjeros acudir a los tribunales nacionales y ejercitar las acciones necesarias cada vez que han necesitado defender sus derechos.

De donde resulta:

a) Que un Estado ha cumplido su deber internacional desde el momento que la autoridad judicial ha pronunciado su decisión, aunque ésta se limite a declarar inadmisibles la petición, demanda o recurso interpuestos por el extranjero;

b) Que una resolución judicial, sea cual fuere su índole, aunque esté viciada por un error o una injusticia, no entraña responsabilidad internacional del Estado;

7. En cambio, el Estado es responsable del daño causado a los extranjeros cuando es culpable de una *denegación de justicia*.

La *denegación de justicia* consiste en rehusar a los extranjeros la posibilidad de acudir libremente a los tribunales para defender los derechos que les reconocen las leyes nacionales. Hay también

<sup>225</sup> En el texto que aquí se reproduce, las conclusiones del informe contienen las enmiendas introducidas por el Sr. Guerrero después de las deliberaciones en el Comité de Expertos.

*denegación de justicia* cuando el juez competente se niega a ejercer su jurisdicción.

8. Los daños sufridos por los extranjeros en caso de motín, revolución o guerra civil no entrañan la responsabilidad internacional del Estado. Sin embargo, en caso de motín, el Estado será responsable si el motín ha ido dirigido contra los extranjeros en su calidad de tales y el Estado no ha cumplido sus deberes de vigilancia y represión.

9. En la categoría de daños a que se refiere el párrafo anterior no están comprendidos los bienes pertenecientes a extranjeros que han sido decomisados o confiscados en tiempo de guerra o revolución, ya sea por el gobierno legítimo, ya sea por los revolucionarios. En el primer caso, el Estado es responsable y, en el segundo, el Estado debe poner a disposición de los extranjeros todos los recursos legales necesarios para obtener reparación efectiva de los daños sufridos y poder perseguir a los culpables.

El Estado sería directamente responsable de esos daños si, con motivo de una amnistía general o particular, privase a los extranjeros de la posibilidad de obtener reparación.

10. Todo lo dicho respecto de los Estados unitarios se aplica asimismo a los Estados federales. Por consiguiente, la responsabilidad internacional en que pueda incurrir uno de los Estados de la federación recae en el gobierno federal, que representa a la federación desde el punto de vista internacional; el gobierno federal no podrá prevalerse de la independencia o autonomía que, con arreglo a la constitución, posean los Estados particulares de la federación.

11. Toda controversia que pueda suscitarse entre dos Estados concerniente a los daños sufridos por extranjeros dentro del territorio de uno de ellos, deberá ser sometida a una comisión internacional de encuesta que estará encargada de dilucidar los hechos.

Si el informe de los comisionados, aprobado por mayoría de votos, no da por resultado la solución del incidente, las partes interesadas deberán someter la controversia al arbitraje o a otro medio de arreglo pacífico.

12. Los Estados deben obligarse solemnemente a no recurrir en lo sucesivo a ninguna medida coercitiva antes de haber agotado todos los medios arriba mencionados.

(Firmado) Gustavo GUERRERO,  
Relator

#### Apéndice 2

BASES DE DISCUSION ELABORADAS EN 1929 POR EL COMITE PREPARATORIO DE LA CONFERENCIA DE CODIFICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL (LA HAYA 1930) <sup>226</sup> (DISPUESTAS EN EL ORDEN QUE EL COMITE HA ESTIMADO PREFERIBLE PARA LAS DELIBERACIONES DE LA CONFERENCIA)

##### PRINCIPIOS GENERALES

##### Base de discusión No. 2

El Estado es responsable del daño sufrido por un extranjero si ese daño resulta del hecho de haber aprobado tal Estado medidas legislativas incompatibles con sus obligaciones internacionales, contraídas en virtud de los tratados o a otro título, o del hecho de no haber aprobado las medidas legislativas necesarias para la ejecución de tales obligaciones.

##### Base de discusión No. 7

El Estado es responsable del daño sufrido por un extranjero como resultado de un acto u omisión del poder ejecutivo incompatible con las obligaciones dimanantes de los tratados o con otras obligaciones internacionales del Estado.

##### Base de discusión No. 12

El Estado es responsable del daño sufrido por un extranjero como resultado de actos u omisiones de sus funcionarios, que han actuado dentro de los límites de sus atribuciones, cuando esos actos

u omisiones son contrarios a las obligaciones internacionales del Estado.

##### Base de discusión No. 13

El Estado es responsable del daño sufrido por un extranjero como resultado de actos de sus funcionarios, aun cuando éstos no estén facultados para ejecutarlos, si los funcionarios alegan que obran dentro de los límites de sus atribuciones y los actos son contrarios a las obligaciones internacionales del Estado.

##### Base de discusión No. 14

Los actos ejecutados en un país extranjero por funcionarios de un Estado (tales como los agentes diplomáticos o los cónsules) actuando dentro de los límites aparentes de sus atribuciones, se reputan actos del Estado y, por lo mismo, pueden llevar aparejada la responsabilidad de éste.

##### Base de discusión No. 15

Si el Estado, en virtud de una medida legislativa o administrativa especial, pone fin al derecho a reparación que tenía un extranjero contra el funcionario autor del daño, o no permite el ejercicio de tal derecho, se hace, por ese mismo hecho, responsable del daño en la medida en que lo fuera el funcionario.

##### Base de discusión No. 16

El Estado es responsable del daño sufrido por un extranjero a consecuencia de actos u omisiones de entidades corporativas (municipios, provincias, etc.) o de instituciones autónomas que ejercen funciones públicas de carácter legislativo o administrativo, si tales actos u omisiones son contrarios a las obligaciones internacionales del Estado.

##### Base de discusión No. 23

Cuando un Estado está encargado de la dirección de las relaciones exteriores de otra entidad política, incumbe a dicho Estado la responsabilidad del daño sufrido por el extranjero en el territorio de esa entidad política.

Cuando un gobierno está encargado de la dirección de las relaciones exteriores de varios Estados, incumbe a dicho gobierno común o central la responsabilidad por los daños sufridos por extranjeros en los territorios de tales Estados.

##### Base de discusión No. 5

El Estado es responsable del daño sufrido por un extranjero por el hecho de que:

1. Se le rehuse el acceso a los tribunales para defender sus derechos;
2. Una decisión judicial definitiva e inapelable sea incompatible con las obligaciones dimanantes de los tratados o con otras obligaciones internacionales del Estado;
3. Haya habido demoras injustificables por parte de los tribunales;
4. El contenido de la decisión judicial esté manifiestamente inspirado por la mala voluntad hacia los extranjeros como tales o como nacionales de un determinado Estado.

##### Base de discusión No. 6

El Estado es responsable por el daño sufrido por un extranjero a consecuencia del hecho de que el procedimiento y la sentencia adolecen de vicios tan graves que revelan que los tribunales no ofrecen las garantías indispensables para una acertada administración de justicia.

#### APLICACION A CUESTIONES PARTICULARES

##### A. Concesiones o contratos

##### Base de discusión No. 3

El Estado es responsable del daño sufrido por un extranjero a consecuencia de la aprobación de una disposición legislativa que infringe directamente derechos adquiridos por el extranjero en

<sup>226</sup> League of Nations Publications, *V. Legal*, 1929.V.3 (documento C.75.M.69.1929.V), págs. 19 a 159.

virtud de una concesión otorgada por el Estado o de un contrato celebrado con éste.

Según las circunstancias, el Estado podrá incurrir en responsabilidad cuando haya adoptado disposiciones legislativas generales incompatibles con la ejecución de una concesión otorgada o con el cumplimiento de un contrato celebrado por él.

*Base de discusión No. 8*

El Estado es responsable del daño sufrido por un extranjero como resultado de un acto u omisión del poder ejecutivo que infrinja derechos adquiridos por ese extranjero en virtud de una concesión otorgada por el Estado o de un contrato celebrado con éste.

Según las circunstancias, el Estado podrá incurrir en responsabilidad cuando el poder ejecutivo haya adoptado medidas generales incompatibles con la ejecución de una concesión otorgada por el Estado o con la aplicación de un contrato celebrado por éste.

**B. Deudas**

*Base de discusión No. 4*

El Estado incurre en responsabilidad si, mediante una disposición legislativa, desconoce o pretende dar por anuladas deudas que le obligan.

El Estado incurre en responsabilidad si, aun sin desconocer una deuda, mediante una disposición legislativa suspende o modifica su servicio en todo o parte, salvo que se vea forzado a ello por necesidades financieras.

*Base de discusión No. 9*

El Estado incurre en responsabilidad si el poder ejecutivo desconoce o pretende dar por anuladas deudas que obligan al Estado.

El Estado incurre en responsabilidad si el poder ejecutivo, sin desconocer una deuda del Estado, deja de cumplir las obligaciones que de ella nacen, a menos que se vea forzado a ello por necesidades financieras.

**C. Privación de libertad**

*Base de discusión No. 11*

El Estado es responsable del daño sufrido por un extranjero como resultado del hecho de que el poder ejecutivo haya privado injustificadamente a dicho extranjero de su libertad. En particular, se consideran injustificados los actos siguientes: el mantenimiento de una detención ilegal, la detención preventiva, si es manifiestamente innecesaria e indebidamente prolongada; el encarcelamiento sin motivos suficientes o en condiciones que causen sufrimientos innecesarios.

**D. Insuficiencia de protección otorgada a los extranjeros**

*Base de discusión No. 10*

El Estado es responsable del daño sufrido por un extranjero como resultado del hecho de que el poder ejecutivo no haya mostrado en la protección de los extranjeros la diligencia que, atendidas las circunstancias y la condición de los interesados, era de esperar de un Estado civilizado. El hecho de que un extranjero esté investido de un carácter público reconocido impone al Estado un deber especial de vigilancia.

*Base de discusión No. 17*

El Estado es responsable del daño causado por un particular a la persona o los bienes de un extranjero si no ha tenido, para la protección de la persona o los bienes de dicho extranjero, la diligencia que, atendidas las circunstancias y la calidad de la persona, era de esperar de un Estado civilizado.

*Base de discusión No. 18*

El Estado es responsable del daño causado por un particular a la persona o los bienes de un extranjero si no ha tenido, para descubrir y castigar al autor del daño, la diligencia que, atendidas las circunstancias, era de esperar de un Estado civilizado.

*Base de discusión No. 19*

El grado de responsabilidad del Estado depende de todas las circunstancias y, en especial, de si el acto del particular fué dirigido contra el extranjero como tal o de si la víctima había adoptado una actitud provocadora.

*Base de discusión No. 20*

Si mediante una ley de exención, una amnistía u otra medida análoga, el Estado pone fin al derecho de reparación que tenía un extranjero contra el particular que le ha causado el daño, el Estado automáticamente se hace responsable del daño en la medida en que lo era el autor del mismo.

**E. Daños resultantes de insurrecciones, motines y otros disturbios**

*Base de discusión No. 21*

Un Estado no es responsable del daño causado a la persona o bienes de un extranjero por las fuerzas armadas o autoridades del Estado al reprimir una insurrección, un motín u otro disturbio.

Sin embargo, el Estado debe:

1) Reparar los daños causados a los extranjeros con motivo de la requisición u ocupación de sus bienes por las fuerzas armadas o autoridades del Estado;

2) Reparar el daño causado a los extranjeros con motivo de la destrucción de sus bienes por las fuerzas armadas o autoridades del Estado, o en virtud de órdenes de éstas, a menos que dicha destrucción sea la consecuencia directa de actos de combate;

3) Reparar el daño causado a los extranjeros mediante actos de las fuerzas armadas o autoridades del Estado, cuando, dichos actos hayan rebasado manifiestamente los límites de lo exigido por la situación, o cuando sus fuerzas armadas o autoridades se hayan conducido en una forma manifiestamente incompatible con las reglas generalmente observadas por los Estados civilizados;

4) Conceder a los extranjeros a quienes las fuerzas armadas o autoridades del Estado hayan causado daños al reprimir una insurrección, un motín u otros disturbios, las mismas indemnizaciones que las que concede a sus propios nacionales en circunstancias análogas.

*Base de discusión No. 22*

En principio, el Estado no es responsable de los daños causados a la persona o los bienes de un extranjero por las personas que participan en una insurrección o motín o por la violencia de las turbas.

*Base de discusión No. 22 a)*

Sin embargo, el Estado es responsable de los daños causados a la persona o bienes de un extranjero por individuos que participan en una insurrección o motín, o por la violencia de las turbas, si no ha puesto la diligencia adecuada en tales circunstancias para prevenir los daños y castigar a sus autores.

*Base de discusión No. 22 b)*

El Estado debe conceder a los extranjeros que han sufrido daños causados por personas que participan en una insurrección, motín, o por la violencia de las turbas las mismas indemnizaciones que concede a sus propios nacionales en circunstancias análogas.

*Base de discusión No. 22 c)*

El Estado es responsable del daño causado a los extranjeros por un partido insurrecto que ha triunfado y ha pasado a ser el gobierno, en las mismas condiciones en que respondería del daño causado por los actos del gobierno *de jure*, de sus funcionarios o de sus tropas.

*Base de discusión No. 22 d)*

El Estado es responsable del daño causado a la persona o los bienes de un extranjero por personas que participan en un motín o por la violencia de las turbas, si el movimiento ha ido dirigido contra extranjeros como tales, o contra personas de una nacionali-

dad determinada, salvo que el gobierno demuestre que no ha habido negligencia por su parte o por parte de sus funcionarios.

#### CIRCUNSTANCIAS EN QUE EL ESTADO PUEDE DECLINAR SU RESPONSABILIDAD

##### *Base de discusión No. 1*

El Estado no puede eludir su responsabilidad conforme al derecho internacional invocando las disposiciones de su derecho interno.

##### *Base de discusión No. 24*

El Estado no es responsable del daño causado a un extranjero si acredita que su acto ha sido determinado por la necesidad inmediata de legítima defensa contra un peligro con el que el extranjero amenazaba al Estado o a otras personas. Si las circunstancias no justifican plenamente los actos que han causado el daño, el Estado podrá ser responsable en la medida que se determine.

##### *Base de discusión No. 25*

El Estado no es responsable por daños causados a un extranjero si prueba que ha actuado en circunstancias que justifican el ejercicio de las represalias contra el Estado al cual pertenece ese extranjero.

##### *Base de discusión No. 26*

La renuncia de una de las partes de un contrato al recurso a la vía diplomática no obliga al Estado del cual es nacional el interesado y no exonera al Estado contratante de su responsabilidad internacional.

Si un extranjero ha aceptado válidamente en un contrato la competencia exclusiva de los tribunales locales, esta disposición es obligatoria para todo tribunal internacional al que se presente una demanda en virtud de ese contrato; en consecuencia, el Estado no podrá ser responsable del daño sufrido por el extranjero más que en los casos previstos en las bases de discusión Nos. 5 y 6.

##### *Base de discusión No. 27*

En aquellos casos en que el extranjero puede ejercitar una acción ante los tribunales del Estado (entre los que se incluye a los tribunales administrativos), dicho Estado puede exigir que se deje en suspenso toda cuestión relativa a la responsabilidad internacional hasta que sus tribunales hayan pronunciado su decisión definitiva. Esta norma no excluye la aplicación de las disposiciones formuladas en las bases de discusión Nos. 5 y 6.

#### CARACTER NACIONAL DE LA RECLAMACION

##### *Base de discusión No. 28*

El Estado no puede reclamar una indemnización pecuniaria respecto del daño sufrido por un particular en el territorio de un Estado extranjero, a menos que dicho particular tenga la nacionalidad del Estado demandante en el momento en que se haya causado el daño y la conserve hasta tanto se decida la reclamación.

Las personas a quienes el Estado demandante tiene derecho a extender la protección diplomática se asimilan para estos efectos a los nacionales.

En caso de fallecimiento de la persona lesionada, la reclamación de una indemnización pecuniaria que ya haya sido presentada por el Estado de la nacionalidad de dicha persona, solamente puede mantenerse en beneficio de aquellos causahabientes que sean nacionales de ese Estado y en la medida de su interés.

#### REPARACION DE LOS DAÑOS

##### *Base de discusión No. 29*

La responsabilidad supone para el Estado la obligación de reparar los daños sufridos en cuanto se presenten como la consecuencia de la inobservancia de una obligación internacional. Puede suponer, además, si procediere según las circunstancias y conforme a los principios generales del derecho internacional, la obligación

de dar satisfacción al Estado que ha sido lesionado en la persona de sus nacionales, bajo la forma de una excusa presentada con la solemnidad apropiada y, en los casos que corresponda por el castigo de los culpables.

La reparación puede comprender, si hay lugar a ello, una indemnización a las personas lesionadas por los sufrimientos morales que se les ha ocasionado.

Cuando la responsabilidad del Estado resulte solamente del hecho de no haber tomado las medidas necesarias después del acto lesivo, sólo está obligado a reparar el daño que se deba a la omisión, total o parcial, de esas medidas.

El Estado responsable de la acción de otros Estados está obligado a hacer que éstos ejecuten las prestaciones nacidas de esa responsabilidad y que dependan de ellos; si no puede hacerlo, debe conceder una compensación equivalente.

En principio, la indemnización que se conceda debe ponerse a la disposición del Estado lesionado.

#### CARACTER DEL ACUERDO QUE HA DE CELEBRARSE

##### *Base de discusión No. 31*

Las Altas Partes Contratantes reconocen que las disposiciones consignadas más adelante están en armonía con los principios del derecho internacionales actualmente en vigor, reconocen su carácter obligatorio y declaran su intención de cumplirlas.

#### JURISDICCION

##### *Base de discusión No. 30*

##### *Protocolo especial*

La reclamación formulada por un Estado con respecto al daño sufrido por uno de sus nacionales y fundada en las disposiciones de la Convención a la que va anexo el presente protocolo, a falta de un arreglo amistoso y sin perjuicio de cualquier otro procedimiento de arreglo vigente entre los Estados interesados, será sometida a la decisión del Tribunal Permanente de Justicia Internacional.

##### *Apéndice 3*

TEXTOS DE ARTICULOS ADOPTADOS EN PRIMERA LECTURA POR EL COMITE III DE LA CONFERENCIA DE CODIFICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL (LA HAYA 1930)<sup>227</sup>

##### *Artículo 1*

Todo incumplimiento de las obligaciones internacionales de un Estado por parte de sus órganos que cause un daño a la persona o los bienes de un extranjero dentro del territorio de ese Estado, entraña la responsabilidad internacional de éste.

##### *Artículo 2*

En la presente Convención se entiende por "obligaciones internacionales" (las que, en virtud de un tratado, de la costumbre o de los principios generales del derecho) tienen por objeto garantizar a las personas y los bienes de los extranjeros un trato conforme a las normas aceptadas por la comunidad internacional.

[El Comité de Redacción propuso que se reemplazaran las palabras entre paréntesis por las siguientes:

"... las obligaciones que nacen de los tratados así como las que, fundadas en la costumbre o en los principios generales del derecho,..." ]

##### *Artículo 3*

La responsabilidad internacional del Estado supone el deber de reparar el daño causado en la medida en que ella resulta del incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

##### *Artículo 4*

1. No puede invocarse la responsabilidad internacional del

<sup>227</sup> League of Nations Publications, *V. Legal, 1930.17* (documento C.351(c)M.145(c).1930.V.)

Estado para la reparación del daño sufrido por un extranjero mientras no se hayan agotado los recursos que la legislación interna del Estado ofrece al individuo lesionado.

2. Esta regla no se aplica en los casos previstos en el párrafo 2 del artículo 9.

#### Artículo 5

Un Estado no puede eludir la responsabilidad internacional invocando (el estado de) su derecho interno.

[El Comité de Redacción propone que se supriman las palabras entre paréntesis.]

#### Artículo 6

El Estado incurre en responsabilidad internacional si el daño sufrido por un extranjero resulta del hecho de haber aprobado disposiciones legislativas incompatibles con sus obligaciones internacionales o del hecho de no haber aprobado las disposiciones legislativas necesarias para la ejecución de tales obligaciones.

#### Artículo 7

El Estado incurre en responsabilidad internacional si el daño sufrido por un extranjero es la consecuencia de un acto u omisión del poder ejecutivo incompatible con las obligaciones internacionales del Estado.

#### Artículo 8

1. El Estado incurre en responsabilidad internacional si el daño sufrido por un extranjero resulta de actos u omisiones de funcionarios del mismo que han actuado dentro de los límites de sus atribuciones, cuando tales actos u omisiones son contrarios a las obligaciones internacionales del Estado.

2. El Estado incurre igualmente en responsabilidad internacional si el daño sufrido por un extranjero resulta de actos contrarios a las obligaciones internacionales del Estado ejecutados por sus funcionarios excediéndose en sus atribuciones pero al amparo de su carácter oficial.

Sin embargo, un Estado no incurre en responsabilidad internacional si la falta de atribuciones del funcionario es tan manifiesta que el extranjero debía advertirla y podía, por consiguiente, evitar el daño.

#### Artículo 9

El Estado incurre en responsabilidad internacional si el daño sufrido por un extranjero resulta de:

1) Que una decisión judicial sobre la que no cabe recurso es manifiestamente incompatible con las obligaciones internacionales del Estado;

2) Que, en forma incompatible con dichas obligaciones, las autoridades judiciales han impedido al extranjero el ejercicio de su derecho a intentar los recursos judiciales o el extranjero ha tropezado en el procedimiento con obstáculos o demoras injustificables que implican una denegación de justicia.

La reclamación contra el Estado debe presentarse dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se haya pronunciado la decisión judicial, a menos que se demuestre que existen razones especiales que justifican la prolongación de este plazo.

#### Artículo 10

Por lo que respecta al daño causado por particulares a extranjeros o a sus bienes, el Estado sólo es responsable cuando el daño sufrido por los extranjeros resulta del hecho de que el Estado ha omitido la adopción de las medidas que deben adoptarse normalmente, atendidas las circunstancias, para prevenir, reparar o reprimir los actos lesivos.

B. La codificación por entidades interamericanas

#### Apéndice 4

RECOMENDACION SOBRE "RECLAMACIONES E INTERVENCION DIPLOMATICA" <sup>228</sup> ADOPTADA POR LA PRIMERA CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA (WASHINGTON, 1889-1890)

La Conferencia Internacional Americana recomienda a los Go-

<sup>228</sup> Conferencias Internacionales Americanas, 1889-1936 (Dotación Carnegie, 1938), pág. 44.

biernos de las naciones en ella representadas reconozcan como principios de derecho internacional americano los siguientes:

1) Los extranjeros gozan de todos los derechos civiles de que gozan los nacionales, y pueden hacer uso de ellos, en el fondo, la forma o procedimiento, y en los recursos a que den lugar, absolutamente en los mismos términos que dichos nacionales.

2) La nación no tiene ni reconoce a favor de los extranjeros ningunas otras obligaciones o responsabilidades que las que a favor de los nacionales se hallen establecidas en igual caso por la Constitución y las leyes.

#### Apéndice 5

CONVENCION RELATIVA A LOS DERECHOS DE EXTRANJERIA <sup>229</sup> FIR-  
MADA EN LA SEGUNDA CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA  
(MEXICO, 1902)

.....

Artículo 1. Los extranjeros gozan de todos los derechos civiles de que gozan los nacionales, y deben hacer uso de ellos en el fondo, en la forma o procedimiento y en los recursos a que den lugar, absolutamente en los mismos términos que dichos nacionales, salvo lo que disponga la Constitución de cada país.

Artículo 2. Los Estados no tienen ni reconocen a favor de los extranjeros otras obligaciones o responsabilidades que las que a favor de los nacionales se hallen establecidas por su Constitución o por sus leyes.

En consecuencia, los Estados no son responsables de los daños sufridos por los extranjeros por causa de actos de facciosos o de individuos particulares, y en general de los daños originados por casos fortuitos de cualquier especie, considerándose tales, los actos de guerra, ya sea civil o nacional, sino en el caso de que la autoridad constituída haya sido remisa en el cumplimiento de sus deberes.

Artículo 3. En todos los casos en que un extranjero tenga reclamaciones o quejas de orden civil, criminal o administrativo contra un Estado, o sus nacionales, deberá interponer su demanda ante el tribunal competente del país; y no podrá reclamarse por la vía diplomática, sino en los casos en que haya habido, de parte de ese tribunal, manifiesta denegación de justicia, o retardo anormal, o violación evidente de los principios del derecho internacional.

.....

#### Apéndice 6

RESOLUCION SOBRE "RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO" <sup>230</sup> APROBADA EN LA SEPTIMA CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA (MONTEVIDEO, 1933)

La Séptima Conferencia Internacional Americana,

Resuelve:

1. Recomendar que sea entregado a los organismos de codificación instituidos por las Conferencias Internacionales Americanas el estudio del problema integral relativo a la responsabilidad internacional del Estado y con referencia especial a la responsabilidad por manifiesta denegación o retardo inmotivado de justicia; coordinando sus estudios con la obra de codificación que se realiza bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones.

2. Que, ello no obstante, reafirma una vez más como principio de derecho internacional, la igualdad civil del extranjero con el nacional como límite máximo de protección a que puede aspirar aquél en las legislaciones positivas de los Estados.

3. Reafirma, igualmente, que el amparo diplomático no debe promoverse en favor de los extranjeros, sino que deben éstos agotar todos los recursos jurisdiccionales establecidos por las leyes del

<sup>229</sup> Conferencias Internacionales Americanas, 1889-1936 (Dotación Carnegie, 1938), pág. 78.

<sup>230</sup> Conferencias Internacionales Americanas, 1889-1936 (Dotación Carnegie, 1938), págs. 546 y 547.

país ante el cual se instaura la acción. Se exceptúan los casos de manifiesta denegación o de retardo inmotivado de justicia, los cuales serán siempre interpretados restrictivamente, esto es, en favor de la soberanía del Estado donde se haya suscitado la disidencia. Si dentro de un plazo razonable no se lograre acuerdo sobre la disidencia, por la vía diplomática, se acudirán entonces al arbitraje.

4. La Conferencia reconoce al mismo tiempo, que estos principios generales pueden ser materia de definición y limitaciones y que los organismos encargados de proyectar la codificación tomarán en cuenta esa necesidad de definición y limitaciones al formular las reglas aplicables a los diversos casos que puedan preverse.

C. La codificación por entidades privadas

*Apéndice 7*

PROYECTOS SOBRE "RESPONSABILIDADES DE LOS GOBIERNOS" Y "PROTECCION DIPLOMATICA" PREPARADOS POR EL INSTITUTO AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL (1925)

PROYECTO No. 15: RESPONSABILIDADES DE LOS GOBIERNOS

Considerando que conviene determinar la responsabilidad de las Repúblicas Americanas respecto a los extranjeros por los daños que aquéllos sufrieren en el territorio de esas Repúblicas,

Estas últimas han acordado en celebrar el siguiente convenio:

*Artículo I*

El Gobierno de cada República Americana se obliga a mantener en su territorio el orden interior y la estabilidad gubernamental indispensables para el cumplimiento de los deberes internacionales.

*Artículo II*

Como consecuencia de la regla formulada en el artículo precedente, los Gobiernos de las Repúblicas Americanas no son responsables de los daños sufridos por los extranjeros en sus personas o en sus bienes cualquiera que sea el motivo, sino cuando dichos Gobiernos no han asegurado el orden en el interior, si han sido negligentes en la represión de los actos que han turbado dicho orden o finalmente si no han concedido, en la medida de sus fuerzas, las garantías necesarias para prevenir dichos daños o perjuicios.

PROYECTO No. 16: PROTECCION DIPLOMATICA

Considerando que los casos en los cuales puede procederse a reclamaciones diplomáticas son materias que les interesan especialmente,

Las Repúblicas Americanas han celebrado el siguiente Convenio:

*Artículo I*

Las Repúblicas Americanas no reconocen en favor de los extranjeros otras obligaciones o responsabilidades que aquellas establecidas para sus propios nacionales en sus Constituciones, en sus leyes respectivas, y en los tratados en vigor.

*Artículo II*

Toda República Americana tiene el derecho de proteger diplomáticamente a sus nacionales o naturalizados, de acuerdo con el presente convenio.

Las condiciones en las cuales una República Americana puede conceder su protección diplomática, dependen exclusivamente de su legislación interior.

*Artículo III*

Todo Estado tiene el derecho de proteger diplomáticamente a sus nacionales en relación con una República Americana, en el caso en que aquéllos no puedan legalmente recurrir a las autoridades del país, o si se puede demostrar que ha existido por parte

de dichas autoridades denegación de justicia, retardo anormal o violación de los principios del derecho internacional.

*Artículo IV*

Existe denegación de justicia:

a) Cuando las autoridades de un país donde la reclamación ha sido hecha ponen obstáculos no autorizados por la ley al ejercicio por el extranjero de los derechos que alega.

b) Cuando las autoridades del país al que ha recurrido el extranjero no han tomado en cuenta sus derechos, sin razón legal, o por motivo contrario a los principios del derecho.

c) Cuando las reglas fundamentales del procedimiento en vigor en el país han sido violadas y sin ulterior recurso posible.

*Artículo V*

Toda República Americana puede proteger, además de sus nacionales, los de otros países cuando éstos le han conferido su representación diplomática o el cuidado de sus intereses en el país donde la reclamación se haga.

*Artículo VI*

La República Americana a la cual se dirija la reclamación diplomática puede declinarla cuando la persona por la cual se ha hecho se ha mezclado en los asuntos de política interior o exterior, en contra del Gobierno al cual se haga la reclamación. Puede declinarla igualmente si el reclamante ha cometido actos de hostilidad contra la República.

*Artículo VII*

La reclamación diplomática no es aceptable cuando el individuo por el cual se presenta se considera al mismo tiempo como nacional por la ley del país objeto de la reclamación, a virtud de circunstancias que no sea la simple residencia en el territorio.

*Artículo VIII*

Para que una reclamación diplomática sea aceptable es preciso que el individuo por el cual ha sido presentada haya sido nacional del país reclamante en la época en que se produjo el acto o hecho que da lugar a la reclamación y que lo sea también en la época en que la reclamación se presente.

*Artículo IX*

Toda República Americana tiene el derecho de proteger diplomáticamente no sólo a sus nacionales sino también a las compañías, corporaciones u otras personas jurídicas que de acuerdo con sus leyes tienen la nacionalidad del país.

*Artículo X*

Queda especialmente prohibido a las Repúblicas Americanas proteger diplomáticamente a sus nacionales cuando se trate de derechos adquiridos por medio de una cesión voluntaria o forzosa realizada posteriormente al acto que da lugar a la reclamación.

*Artículo XI*

Todas las controversias que surjan entre las Repúblicas Americanas sobre la cuestión de saber si procede o no una reclamación diplomática de acuerdo con esta Convención, serán obligatoriamente resueltas por arbitraje o por la justicia internacional, si las negociaciones directas no dieren resultado.

*Apéndice 8*

PROYECTO SOBRE "RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR DANOS CAUSADOS EN SU TERRITORIO A LA PERSONA O BIENES DE LOS EXTRANJEROS" <sup>231</sup> PREPARADO POR EL INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL (1927)

El Institut de droit international expresa el deseo de que se sancione en la práctica del derecho de gentes el conjunto de reglas

<sup>231</sup> Harvard Law School, *op. cit.*, págs. 228-230.

siguientes, relativas a la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados en su territorio, cuando hay paz entre ellos, a la persona o a los bienes de los extranjeros.

#### Artículo 1

El Estado es responsable de los daños que cause a los extranjeros por toda acción u omisión contraria a sus obligaciones internacionales, sea cual fuere la autoridad del Estado — constituyente, legislativa, gubernamental o judicial — de que proceda tal acción u omisión.

Esta responsabilidad del Estado existe tanto si sus órganos han actuado conforme a la ley o a la orden de una autoridad superior como si han actuado en contravención de ellas<sup>232</sup>.

Existe igualmente esa responsabilidad cuando tales órganos se exceden en su competencia, al amparo de su carácter de órganos del Estado y valiéndose de los medios que, con ese título, tienen a su disposición.

Esta responsabilidad del Estado no existe si la inobservancia de la obligación no se debe a culpa de sus órganos, a menos que, en el caso de que se trate, una regla convencional o consuetudinaria, especial para la materia, admita la responsabilidad sin culpa.

#### Artículo 2

El Estado es responsable de los actos de las corporaciones que ejercen funciones públicas en su territorio.

#### Artículo 3

Si se trata de actos lesivos cometidos por particulares, el Estado sólo es responsable cuando el daño resulta de la omisión de las medidas que deben adoptarse normalmente, atendidas las circunstancias, para prevenir o reprimir tales actos.

#### Artículo 4

Exceptuados los casos en que el derecho internacional prevea que se dé al extranjero un trato preferente al del nacional, el Estado debe otorgar a los extranjeros, contra los daños causados por particulares, idénticas medidas de protección que a sus nacionales. Los extranjeros deben tener, pues, igual derecho por lo menos que los nacionales a obtener indemnizaciones.

#### Artículo 5

El Estado es responsable del cargo de denegación de justicia:

1. Cuando no existen o no funcionan los tribunales indispensables para asegurar la protección de los extranjeros.
2. Cuando los tribunales no son accesibles a los extranjeros.
3. Cuando los tribunales no ofrecen las garantías indispensables para asegurar una buena administración de justicia.

#### Artículo 6

El Estado es asimismo responsable si el procedimiento o la sentencia constituyen una injusticia notoria, especialmente si se han inspirado en la mala voluntad hacia los extranjeros, como tales o como nacionales de un Estado determinado.

#### Artículo 7

El Estado sólo es responsable de los daños ocasionados en caso de desorden, motín, insurrección o guerra civil si no ha procurado prevenir los actos lesivos con la diligencia que se debe tener normalmente en iguales circunstancias, si no ha reaccionado con idéntica diligencia contra dichos actos, o si no aplica a los extranjeros las mismas medidas de protección que a los nacionales. En particular, está obligado a conceder a los extranjeros las mismas indemnizaciones que a sus nacionales respecto de los municipios

<sup>232</sup> El texto del segundo párrafo debe entenderse en el sentido de que la responsabilidad del Estado subsiste aun cuando sus órganos hayan actuado ajustándose a la ley o en contra de ella o aun contra la orden de una autoridad superior. (Extracto del acta de 1° de septiembre de 1927).

u otras entidades. La responsabilidad del Estado con motivo de los actos cometidos por insurrectos cesa una vez reconocidos éstos como parte beligerante y, en todo caso, respecto de los Estados que los han reconocido como tales.

Queda pendiente la cuestión de saber hasta qué punto es responsable el Estado de los actos de los insurrectos, aun reconocidos como parte beligerante, en el caso de que se conviertan en gobierno del país.

#### Artículo 8

Los principios expuestos en los artículos 3 y 4 rigen asimismo la obligación internacional que incumbe al Estado de garantizar los derechos que los extranjeros tienen con respecto a ese Estado en virtud del derecho interno del mismo.

#### Artículo 9

El Estado federal es responsable de la actuación de los Estados particulares, no sólo si ésta es contraria a las obligaciones internacionales del propio Estado federal, sino también cuando es contraria a las obligaciones internacionales que incumbirían a dichos Estados. No puede invocar, para sustraerse a esa responsabilidad, el hecho de que su constitución no le faculte para intervenir en los Estados particulares ni para exigirles que cumplan sus obligaciones.

Igualmente, el Estado protector es responsable de la conducta del Estado protegido, en cuanto este último está obligado a cumplir las obligaciones internacionales del Estado protector, o en cuanto éste representa al Estado protegido ante otros Estados lesionados por él y que hacen uso del derecho de presentar sus reclamaciones.

#### Artículo 10

La responsabilidad del Estado comprende la reparación de los daños sufridos en cuanto se presenten como consecuencia de la inobservancia de la obligación internacional. Comprende, además, si hay lugar a ello, según las circunstancias y de conformidad con los principios generales del derecho de gentes, una satisfacción al Estado lesionado en la persona de sus nacionales, en forma de excusas más o menos solemnes y, en los casos apropiados, el castigo, disciplinario o de otra índole, de los culpables.

#### Artículo 11

La indemnización comprende, si hay lugar a ello, una compensación a las personas lesionadas, a título de reparación por los sufrimientos morales que han experimentado.

Cuando la responsabilidad del Estado proviene únicamente del hecho de no haber adoptado el mismo las medidas adecuadas después de ejecutado el acto lesivo, sólo está obligado a la reparación del daño que resulte de la omisión, total o parcial, de esas medidas.

El Estado responsable de la conducta de otros Estados está obligado a hacer que éstos ejecuten las prestaciones que entraña esa responsabilidad y que dependen de ellos; si no puede hacerlo, debe conceder una compensación equivalente.

En principio, la indemnización que se conceda debe ponerse a la disposición del Estado lesionado.

Quedan pendientes las cuestiones relativas a la evaluación de los daños y perjuicios y a las relaciones entre las personas lesionadas y su Estado y el Estado contra el cual se ha formulado la reclamación.

#### Artículo 12

El Estado no puede presentar ninguna demanda de reparación mientras la persona lesionada disponga de recursos eficaces y suficientes para que se le otorgue el trato debido.

Tampoco procede una demanda de reparación si el Estado responsable pone a disposición de la persona lesionada un procedimiento eficaz para obtener la indemnización correspondiente.

#### Voeu final

El Institut expresa el deseo de que mediante convenciones

internacionales, en los casos en que todavía no existan, los Estados se comprometan de antemano a someter todas las controversias relativas a la responsabilidad internacional del Estado por daños causados en su territorio a la persona y a los bienes de los extranjeros, primero a una comisión internacional de encuesta, si es menester para el examen de los hechos; luego, a un procedimiento de conciliación; por último, si con el anterior no se logra resolver la cuestión, a un procedimiento judicial ante la Corte Permanente de Arbitraje, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional o cualquier otra jurisdicción internacional para que se obtenga una solución definitiva.

Asimismo, el Institut expresa el deseo de que los Estados se abstengan de toda medida coercitiva antes de recurrir a los medios que se acaban de señalar.

#### Apéndice 9

PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE "RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR DANOS CAUSADOS EN SU TERRITORIO A LA PERSONA O BIENES DE LOS EXTRANJEROS" <sup>233</sup> PREPARADO POR LA HARVARD LAW SCHOOL (1929)

#### Artículo 1

Un Estado es responsable, en el sentido en que se emplea esta expresión en la presente Convención, cuando tiene el deber de reparar a otro Estado los daños sufridos por éste último a consecuencia de los daños causados a uno de sus nacionales.

#### Artículo 2

La responsabilidad del Estado está determinada por el derecho internacional o por los tratados, no obstante cualquier disposición en contrario de su derecho interno, de las decisiones de sus tribunales nacionales o de sus convenios con extranjeros.

#### Artículo 3

La responsabilidad del Estado no desaparece por el hecho de que el daño causado a un extranjero sea imputable a una de sus subdivisiones políticas, sea cual fuere el grado de autoridad que el gobierno nacional ejerza sobre esa subdivisión política con arreglo a su constitución. A los efectos de este artículo, el dominio, la colonia, la dependencia, el protectorado o la comunidad bajo mandato, que no dirige sus relaciones exteriores de modo independiente, ha de ser asimilado a una subdivisión política.

#### Artículo 4

En circunstancias normales, el Estado tiene el deber de mantener una organización administrativa adecuada para el cumplimiento de las obligaciones que le imponen el derecho internacional y los tratados. En caso de situaciones excepcionales que perturben transitoriamente su organización administrativa, el Estado tiene el deber de hacer uso de los medios que estén a su alcance para el cumplimiento de esas obligaciones.

#### Artículo 5

El Estado tiene el deber de proporcionar al extranjero recursos para obtener reparación, que sean tan eficaces como los recursos que ofrece a sus nacionales.

#### Artículo 6

Normalmente un Estado no es responsable (cuando se trate del deber de dar reparación a otro Estado) mientras no se hayan agotado los recursos locales que tiene a su disposición el extranjero lesionado.

#### Artículo 7

a) El Estado es responsable del daño causado a un extranjero por un acto o una omisión ilícitos de una de sus autoridades superiores cometido en ejercicio de las atribuciones o funciones

propias de tal autoridad, cuando se han agotado todos los recursos locales sin que se obtenga reparación.

b) El Estado es responsable del daño causado a un extranjero por un acto u omisión ilícitos de uno de sus funcionarios o empleados subalternos en ejercicio de sus atribuciones o funciones, cuando se ha denegado justicia al extranjero lesionado o cuando, no habiéndose dado la debida reparación al extranjero lesionado, el Estado ha dejado de sancionar disciplinariamente al funcionario o empleado.

#### Artículo 8

a) El Estado es responsable del daño causado a un extranjero por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales para con ese extranjero, cuando se han agotado los recursos locales sin que se dé la debida reparación.

b) El Estado no es responsable del daño causado a un extranjero por el incumplimiento de obligaciones contractuales a favor de ese extranjero contraídas por una subdivisión política de ese Estado, salvo la responsabilidad a que pueda dar lugar una denegación de justicia.

#### Artículo 9

El Estado es responsable si el daño causado a un extranjero proviene de una denegación de justicia. Hay denegación de justicia en caso de que se niegue el acceso a los tribunales, de que ese acceso esté sujeto a demoras u obstrucción injustificadas, de graves defectos en la substanciación de los procedimientos judiciales o de los recursos, de ausencia de las garantías que generalmente se consideran indispensables para una buena administración de justicia, o de sentencia notoriamente injusta. El error de un tribunal nacional que no ocasiona una injusticia manifiesta no es denegación de justicia.

#### Artículo 10

Un Estado es responsable si el daño causado a un extranjero resulta del hecho de no haber empleado la diligencia debida para impedirlo y se han agotado los recursos locales sin que se dé una adecuada reparación. La diligencia indispensable puede variar según el carácter público o privado de la persona del extranjero y las circunstancias del caso.

#### Artículo 11

El Estado es responsable del daño causado a un extranjero a consecuencia del acto de un particular o de la violencia de las turbas, cuando ha dejado de emplear la diligencia necesaria para impedir ese daño y se han agotado los recursos locales sin que se obtenga una reparación adecuada, o cuando ha habido denegación de justicia.

#### Artículo 12

El Estado es responsable del daño causado a un extranjero a consecuencia de un acto de insurrectos, cuando no ha empleado la diligencia debida para impedir el daño y se han agotado los recursos locales sin que se obtenga una reparación adecuada.

#### Artículo 13

a) En caso de una revolución frustrada, el Estado no es responsable si el daño causado a un extranjero resulta de un acto de los revolucionarios cometido después de su reconocimiento como beligerantes, bien por el propio extranjero, bien por el Estado del cual ese extranjero es nacional.

b) En caso de una revolución triunfante, el Estado cuyo gobierno se establece a consecuencia de ella es responsable, con arreglo al artículo 7, en el caso de que se haya ocasionado daño a un extranjero a consecuencia de un acto ilícito u omisión ilícita de los revolucionarios cometidos en cualquier momento después del comienzo de la revolución.

#### Artículo 14

El Estado es responsable del daño causado a un extranjero a consecuencia de un acto cometido dentro del territorio del mismo

<sup>233</sup> Harvard Law School, *op. cit.*, págs. 140 *et seq.*

Estado, pero imputable a otro Estado, sólo en el caso de no haber empleado la debida diligencia para prevenir el daño.

#### Artículo 15

a) Un Estado no es responsable respecto de otro Estado que interpone una reclamación a favor de uno de sus nacionales, más que cuando la reclamación ha entrañado permanentemente un interés para uno de dichos nacionales hasta el momento de ser presentada.

b) Un Estado sólo es responsable ante otro Estado que deduce una reclamación a favor de una persona que no es nacional suyo:

1) Si el beneficiario ha perdido su nacionalidad por ministerio de la ley, o

2) Si el interés en la reclamación se ha transmitido de un nacional al beneficiario por ministerio de la ley.

#### Artículo 16

a) Un Estado no es responsable si la persona lesionada o la persona en cuyo nombre se ha interpuesto la reclamación es o ha sido nacional suyo.

b) En caso de daños sufridos por una sociedad de capital extranjero o de una reclamación formulada a favor de una sociedad de capital extranjero, la responsabilidad del Estado no desaparece por el hecho de que uno o más accionistas de dicha sociedad posean o hayan poseído su nacionalidad.

c) La responsabilidad del Estado no desaparece por el hecho de que una disposición de su propio derecho establezca que para determinados efectos el extranjero se reputará nacional.

#### Artículo 17

La responsabilidad del Estado no desaparece a consecuencia de una disposición de su legislación o de un convenio con un extranjero que tienda a excluir toda responsabilidad declarando sin recurso las decisiones de sus tribunales. La responsabilidad del Estado no desaparece tampoco por la renuncia de un extranjero a la protección del Estado de que sea nacional.

#### Artículo 18

Toda controversia que se suscite entre los Estados partes de esta Convención con respecto a la interpretación o la aplicación de las disposiciones de la misma, cuando no se resuelva mediante negociaciones o no se someta a arbitraje con arreglo a un tratado general o especial de arbitraje, será remitida al Tribunal Permanente de Justicia Internacional, y podrá ser llevada a dicho Tribunal por cualquiera de las partes en la controversia.

#### Apéndice No. 10

"DECLARACION SOBRE LAS BASES FUNDAMENTALES Y LOS GRANDES PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL MODERNO" APROBADA POR LA INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, LA ACADEMIE DIPLOMATIQUE INTERNATIONALE Y LA UNION JURIDIQUE INTERNATIONALE <sup>234</sup>

### TITULO V

#### Deberes de los Estados

Artículo 25. Los Estados deben:

.....

b) Mantener una organización política y jurídica que permita a todas las personas que residen en su territorio ejercer los derechos y gozar de las ventajas que la conciencia de la justicia internacional impone en la actualidad a todo pueblo civilizado.

.....

<sup>234</sup> Alejandro Alvarez, *Exposé de motifs et déclaration des grands principes du droit international moderne*, 2a. ed. (París, Les Editions internationales, 1938), págs. 49 et seq.

### TITULO VI

#### Derechos internacionales del individuo

Artículo 28. Todo Estado debe garantizar a cualquier individuo que resida en su territorio la plena y cabal protección del derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad, sin distinción de nacionalidad, sexo, raza, idioma o religión.

Artículo 29. Todo Estado debe reconocer también a cualquier individuo que resida en su territorio el derecho al libre ejercicio, tanto público como privado, de toda fe, religión o creencia cuya práctica no sea incompatible con el orden público y las buenas costumbres.

### TITULO VII

#### Derechos y deberes de los extranjeros, responsabilidades de los Estados. Reclamaciones diplomáticas

Artículo 30. Los extranjeros tienen derecho al mismo trato que los nacionales por lo que respecta a los derechos privados y a las garantías del derecho penal.

En ningún caso pueden los extranjeros pretender mayores derechos que los nacionales, salvo en el caso de que el país en que residen no garantice a los habitantes, en forma permanente, el mínimo de derechos a que se refieren el inciso b) del artículo 25 y los artículos 28 y 29.

Artículo 31. Todo extranjero queda sometido a la ley y a las autoridades del país del territorio en que reside.

Artículo 32. Todo Estado es responsable de los daños que, por acción u omisión, causan sus autoridades a los nacionales de otro Estado.

Sin embargo, esta responsabilidad no será menor ni mayor que la que tenga respecto de sus propios nacionales, salvo el caso previsto en el inciso b) del artículo 25 y en los artículos 28 y 29, o cuando haya habido violación o desconocimiento de los derechos que tiene el extranjero en virtud del derecho internacional.

Artículo 33. Los Estados pueden ampliar o restringir entre sí, mediante una convención, la responsabilidad establecida en los artículos precedentes.

Artículo 34. Los extranjeros que han sufrido, por parte de las autoridades o de los particulares del país en que residen, un daño que, a su juicio, entraña la responsabilidad de éste, deben recurrir a las autoridades de dicho país. El Estado del que dependen no podrá concederles su protección diplomática sino en caso de denegación de justicia.

Si se suscita una controversia sobre denegación de justicia, será resuelta por la justicia internacional.

Artículo 35. Todo Estado que cause injustamente un daño a otro Estado tiene el deber de repararlo.

La cuestión de determinar si el daño ha sido causado injustamente corresponde a la justicia internacional.

### Bibliografía

AGO, Roberto. "Le délit international", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, Vol. 68, 1939, II, págs. 419 a 554.

ANZILOTTI, Dionisio. *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*. Firenze, Lumachi, 1902.

BERLIA, Georges. "De la responsabilité internationale de l'Etat". *La technique et les principes du droit public. Etudes de l'honneur de Georges Scelle*. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, tome deuxième, págs. 875 a 894.

BISSONNETTE, Pierre André. *La satisfaction comme mode de réparation en droit international*. Thèse. Genève, 1952.

- BORCHARD, Edwin M. "Les principes de la protection diplomatique des nationaux à l'étranger". *Bibliotheca Visseriana*, Leyden, E. J. Brill, 1924, Vol. III, págs. 1 a 52.
- . *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims*. New York, The Banks Law Publishing Co., 1915.
- BRIERLY, J. L. "The Theory of Implied State Complicity in International Claims". *The British Yearbook of International Law*, 1928, págs. 42 a 48.
- COHN, G. La théorie de la responsabilité internationale. *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, Vol. 68, 1939, II, págs. 209 a 325.
- DECENCIERE-FERRANDIERE, A. *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages subis par des étrangers*. Thèse. Paris, Faculté de droit de l'Université de Paris, 1925.
- DUMAS, Jacques. *De la responsabilité internationale des Etats à raison de crimes ou de délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers*. Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1930.
- DUNN, Frederick Sherwood. *The Protection of Nationals*. Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1932.
- DUPUIS, Charles. "La Responsabilidad de los Estados". *Revista de Derecho Internacional*, Organó del Instituto Americano de Derecho Internacional, La Habana, República de Cuba, Vol. X, julio-diciembre de 1926, págs. 5 a 26.
- EAGLETON, Clyde. "Measure of Damages in International Law". *Yale Law Journal*, Vol. XXXIX, 1929-30, págs. 52 a 75.
- . "International Organization and the Law of Responsibility". *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, Vol. 76, 1950, I, págs. 323 a 423.
- . "The Responsibility of States in International Law". New York, The New York University Press, 1928.
- FREEMAN, Alwyn V. "Aspectos Recientes de la Doctrina de Calvo y el Reto al Derecho Internacional." *Revista de Derecho Internacional*, Organó del Instituto Americano de Derecho Internacional, La Habana, Vol. XLIX, enero-junio de 1946, págs. 171 a 202.
- . *The International Responsibility of States for Denial of Justice*. New York, Longmans, 1938.
- GARCIA ROBLES, Alfonso. *La cláusula Calvo ante el derecho internacional*. México, 1939.
- GUERRERO, G. "La responsabilité internationale des Etats". *Académie diplomatique internationale. Séances et travaux*, Vol. III, Paris, abril-junio de 1928, págs. 18-30.
- HOJER, Olof. *La responsabilité internationale des Etats*. Paris, Les Editions internationales, 1930.
- JESSUP, Philip C. "Responsibility of States for Injuries to Individuals". *Columbia Law Review*, Vol. XLVI, No. 6, noviembre de 1946, págs. 903 a 928.
- KAECKENBEECK, Georges. *The International Experiment of Upper Silesia*. London, Oxford University Press, 1942.
- KELSEN, Hans. "Collective and Individual Responsibility for Acts of State in International Law". *The Jewish Yearbook of International Law*, 1948, págs. 226 a 239.
- LIPSTEIN, K. "The Place of the Calvo Clause in International Law". *The British Year Book of International Law*, 1945, págs. 130 a 145.
- MAURTUA, V. M. "La Responsabilidad de los Estados por Daños Causados en su Territorio a la Persona o Bienes de los Extranjeros", en Maúrtua, *Páginas Diplomáticas*, Lima, Librería e Imprenta Gil, S.A., 1940, Vol. I, págs. 515 a 576.
- PERSONNAZ, Jean, *La réparation du préjudice en droit international public*. Thèse, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1939.
- PODESTA COSTA, Luis A. "La Responsabilidad Internacional del Estado". *Cursos Monográficos*. Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, La Habana, 1952, Vol. II, págs. 157 a 223.
- REITZER, Ladislav. *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international*. Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1938.
- SEFERIADES, Stelio. "Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales". *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, Vol. 51, 1935, I, págs. 5 a 117.
- STARKE, J. G. "Imputability in International Delinquencies". *The British Year Book of International Law*, 1938, págs. 104 a 117.
- STRISOWER, L. "Responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers". *Annuaire de l'Institut de droit international*, septiembre de 1927, Vol. 1, págs. 455 a 498.
- VISSCHER, Charles de. "La responsabilité des Etats". *Bibliotheca Visseriana*. Leyden, E. J. Brill, 1924, Vol. II, págs. 87 a 119.
- WHITEMAN, Marjorie M. *Damages in International Law*. 3 vols. Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, 1937 y 1943.