

## LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

POR ATILIO MOLTENI

### Introducción.

La responsabilidad internacional del Estado es una institución fundamental dentro del Derecho Internacional Público, pues de no admitirse una responsabilidad consiguiente a un acto ilícito internacional se suprimiría el deber de los Estados de comportarse de acuerdo al Derecho Internacional. Está presente en todas las controversias internacionales, de ahí la importancia de su estudio y perfeccionamiento para lograr que todos los conflictos se resuelvan por vías jurídicas y no en base a los factores de poder con que cuentan los Estados.

Por otra parte esta institución está en crisis de renovación debido a que el desarrollo del Derecho Internacional también ha incidido en ella por los cambios de la práctica internacional y por la actual interdependencia de los Estados en la comunidad Internacional.

La Asamblea General de las Naciones Unidas ha encomendado por la Resolución 799 (VIII) a la Comisión de Derecho Internacional la codificación de los principios del Derecho Internacional que rigen la Responsabilidad del Estado. Dicha Comisión nombró como Relator Especial para este tema al jurista cubano F. V. García Amador, quien ya ha presentado seis informes en donde se estudian distintos aspectos de la Responsabilidad internacional del Estado. Una subcomisión integrada por varios miembros de la Comisión de Derecho Internacional ha subscrito actualmente al Relator Especial debido a las complejidades que se presentan para sentar las bases de codificación de esta institución.

El antecedente más importante de esta labor de codificación constituye lo tratado por la Primera Conferencia de Codificación de la Sociedad de las Naciones, que se reunió en La Haya en 1930, en donde la Responsabilidad de los Estados por los daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros constituyó la labor de la tercera Comisión, pero en ella sólo se llegó a aprobar el texto de diez artículos.

La Escuela de Derecho de Harvard preparó en 1929 con motivo de esta conferencia, un proyecto de 18 artículos, acompañados de sus antecedentes judiciales y doctrinales. La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas al emprender nuevamente la tarea de codificar la Responsabilidad Internacional del Estado sugirió a esta Escuela la conveniencia de un nuevo estudio del tema, por lo cual ésta preparó un segundo proyecto, obra de los doctores Louis Sohn y R. Baxter. Al comparar ambos proyectos se ve claramente la evolución de los conceptos jurídicos de la responsabilidad internacional.

Los proyectos de codificación a los cuales hemos hecho mención, así como la mayoría de las decisiones judiciales, se refieren a la responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros, es decir a una situación particular de la responsabilidad sin contemplar todas las situaciones que pueden presentarse, por ejemplo la responsabilidad de un Estado hacia otro Estado por la violación de un tratado o de otra norma del Derecho Internacional. El respeto al extranjero es una entre muchas de las obligaciones del Estado frente a la comunidad internacional. Para determinar con exactitud la estructura jurídica de la responsabilidad internacional debemos tener en cuenta, que ésta resulta no sólo de la infracción de una en particular, sino de la violación de cualquier obligación internacional.

#### Concepto de la Responsabilidad Internacional.

Un Estado internacionalmente es responsable cuando viola una obligación jurídica impuesta por una norma de Derecho Internacional general o del Derecho Internacional Particular, es decir por haber cometido un acto ilícito internacional. Dicha norma puede estar originada en la costumbre, en un tratado o en los demás modos de constatación del Derecho Internacional comprendidos en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

La existencia de un orden jurídico internacional demanda a los sujetos a los cuales se imponen deberes, que respondan por el incumplimiento de los mismos. En la teoría y en la práctica internacional se ha considerado que esa situación se traduce en una obligación de reparar, que puede consistir en el restablecimiento de la situación anterior al acto ilícito, o en una indemnización, o en una combinación de ambas. Podemos decir que la obligación de reparar es sustitutiva de la originaria violada por el acto contrario al Derecho Internacional.

La Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Chorzow*, declaró: "Es un principio de Derecho Internacional que la violación de un compromiso impone la obligación de reparar en forma adecuada, la reparación es pues, el complemento indispensable en la aplicación de un convenio, sin que sea necesario que figure en el convenio mis-

mo"<sup>1</sup>. Es decir, que para el tribunal la violación de una obligación y el deber de reparar son dos nociones jurídicas que se identifican.

El art. 19 del nuevo Proyecto Harvard, mantiene esta solución, pero cambiando la titularidad de la reclamación<sup>2</sup>: "... El Estado que es responsable de tal acto u omisión tiene el deber de reparar en consecuencia los daños a un extranjero, o a un extranjero reclamante en su nombre, o al Estado titular de una reclamación en nombre del individuo reclamante".

#### **Naturaleza de la responsabilidad internacional.**

El deber de reparar comprende tanto el restablecimiento de la situación anterior o una indemnización de los daños y perjuicios, como también medidas de "satisfacción" al Estado damnificado. Dichas medidas de "satisfacción", que pueden ser incluso pecuniarias; tienen un marcado carácter punitivo. La misma reparación de los daños y perjuicios puede revestir este carácter, en los casos de manifiesta discordancia entre el daño causado y su monto.

En consecuencia no es posible identificar la responsabilidad internacional con la responsabilidad del Derecho Civil, pues esta última tiene fundamentalmente un contenido económico, mientras que si bien el daño económico juega en el deber de reparar una obligación internacional, éste no la agota, pues puede llegar a tenerse en cuenta para determinar la gravedad del daño político o moral que puede significar para el estado un acto ilícito contra el cometido. En ese sentido Anzilotti expresa: "El elemento esencial de las relaciones entre dos Estados no es el elemento económico, aunque éste constituya, en último término el substratum; es más bien un elemento ideal, el honor, la dignidad, el valor ético de los sujetos. Resulta que el solo hecho de que un Estado vea que uno de sus derechos ha sido desconocido por otro Estado, implica un perjuicio aunque no se deriven de él consecuencias materiales"<sup>3</sup>.

La obligación de reparar puede no ser la única consecuencia del acto ilícito internacional, pues podrían imputarse sanciones al Estado que lo cometió. La existencia de sanciones es fundamental para todo ordenamiento jurídico, pues éste es esencialmente un sistema coercitivo. Se ha negado este carácter al Derecho Internacional Público. Josef Kunz, en contra de esta idea, expresa: "La supuesta ausencia de sanciones ha sido el argumento de quienes niegan a las normas de Derecho Internacional el carácter de normas legales. Es que el Derecho Interna-

<sup>1</sup> *Collection of Judgements*, Serie A, núm. 17, pág. 47.

<sup>2</sup> *The American Journal of International Law* (1961), núm. 5), pág. 348.

<sup>3</sup> *Diccionario Anzilotti, Curso de Derecho Internacional*, trad. de la 1ª ed. italiana, por JULIO LÓPEZ OLIVERA (Madrid, ed. Reus S. A. 1933). Tomo I.

cional como ordenación legal altamente descentralizada no tiene organismos centrales para la determinación de delitos y ejecución de sanciones, no existe el monopolio de la fuerza a disposición de un organismo central, no se distingue entre sanciones penales y sanciones civiles, y todas se fundan en la responsabilidad colectiva. Cada Estado debe atribuirse la autodeterminación del delito y aplicar la sanción"<sup>4</sup>.

Las sanciones tradicionales del Derecho Internacional han sido las represalias y la guerra, éstas han constituido la justicia privada, "procedimiento de realizar y poner en vigencia al derecho en un orden legal primitivo"<sup>5</sup>, pero en el estado actual de evolución del Derecho Internacional dada la obligación de los Estados de recurrir al arreglo pacífico de sus controversias y la prohibición del recurso a la fuerza, salvo el caso de legítima defensa, no podría darse la aplicación unilateral de estas sanciones por el Estado, como autotutela de sus propios derechos.

Pero en cambio, no se ha otorgado a las Naciones Unidas la posibilidad de aplicar sanciones en el caso de cualquier violación del Derecho Internacional. La competencia del Consejo de Seguridad se limita a la aplicación de estas sanciones en el caso de "amenaza de la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión". Josef Kunz destaca que la única excepción es el inciso 2 del artículo 94, de la Carta de las Naciones Unidas, en el que el Consejo de Seguridad puede dictar medidas en el caso de que no se lleve a efecto la ejecución de un fallo de la Corte Internacional de Justicia, señala que "es el único caso en que el Consejo de Seguridad puede aplicar sanciones ejecutivas, convirtiendo a las Naciones Unidas, en esta instancia, en un organismo que hace cumplir la ley"<sup>6</sup>.

#### **Elementos constitutivos de la responsabilidad.**

1) El elemento objetivo: consiste en una acción u omisión que viola una obligación internacional del Estado, es decir, que la conducta que origine tal violación puede consistir en una acción positiva o en la omisión de una conducta debida, por ejemplo, la obligación que establece el art. 22 inciso 2 de la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas de que "El Estado receptor tiene la obligación especial de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger los locales de la misión contra toda intrusión o daño y evitar que se turbe la tranquilidad de lo mismo o se atente contra su dignidad". Existen en el Derecho Internacional

<sup>4</sup> JOSEF L. KUNZ, "Sanctions in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 54 (1960, núm. 2), pág. 329.

<sup>5</sup> JOSEF L. KUNZ, "Individual and Collective Self-defence in Article 51 of the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law* (1947, núm. 4), pág. 877.

<sup>6</sup> JOSEF L. KUNZ, *ibid.*, nota 4.

al igual que en el Derecho Interno respecto de los individuos, normas que imponen al Estado una obligación general de observar determinada conducta y otras que le imponen la obligación de ejecutar algún acto. Un caso muy característico dentro de los actos de omisión, sería el que ya hemos destacado, constituido por el incumplimiento de una sentencia de la Corte Internacional de Justicia.

2) Necesidad de que se produzca un acontecimiento exterior o daño. Es necesario para que surja la responsabilidad del Estado la existencia de un evento exterior que produzca un daño, aunque éste puede no tener un contenido económico. Pero no es suficiente la sola posibilidad de que éste pueda producirse. No basta una medida de carácter general, sino tiene que haber actos concretos de ejecución que causen un perjuicio, y recién podrá plantearse una reclamación diplomática cuando haya tenido lugar esta acción.

En el *Martinio Claim*, planteado en virtud del Convenio Yugoslavo-Estadounidense, debido a la nacionalización por el primer país de bienes pertenecientes a extranjeros, se decidió: "Que la simple posibilidad de que el gobierno yugoslavo cambiara de parecer sobre la nacionalidad de Martinio (naturalizado estadounidense) no bastaba para dar motivo a una pretensión de indemnización"<sup>7</sup>. El mismo principio se sentó en el *Mariposa Claim*, entre Paraná y E.U.A., en el cual se decidió que: "La ley de expropiación recién causaba perjuicio cuando se aplicara a la finca en cuestión"<sup>8</sup>.

3) El abuso de Derecho. Es controvertida la posibilidad de que se origine responsabilidad por el abuso de un derecho reconocido por el Derecho Internacional, es decir, no por la infracción de una obligación sino por el ejercicio de un derecho de manera arbitraria. Para Oppenheim la responsabilidad en este caso surge cuando "un Estado ejerce su derecho de tal modo que causa un perjuicio a otro Estado que no es posible justificar por una consideración legítima de su propia ventaja"<sup>9</sup>. Lo considera: "Uno de aquellos principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas que la Corte Internacional de Justicia viene obligada a aplicar en virtud del art. 38 de su Estatuto"<sup>10</sup>.

La Corte Permanente de Justicia Internacional, en el caso de las Zonas libres de la Alta Saboya decidió que "Francia en la frontera poli-

<sup>7</sup> IGNAZ SEIDL-HOHENVELDERN, *Cases Pratiques de Droit International Public*, (Barcelona, ed. Sagnier S. A., 1958), pág. 170.

<sup>8</sup> IGNAZ SEIDL-HOHENVELDERN, *op. cit.*, pág. 170.

<sup>9</sup> y <sup>10</sup> L. OPPENHEIM, de la 8ª edición inglesa a cargo de Sir Hersch Lauterpach, *Traité de Droit International Public*, trad. Léon Oliván y J. M. Castro Rial (Barcelona, ed. Bosch 1961), tomo I, págs. 366 y 367.

tica, dado que no podría establecer aduanas, podía exigir pagos fiscales de otro carácter, tan sólo cuando ello no fuera constitutivo de un abuso de derecho que infringiera la prohibición de la imposición de aduanas<sup>11</sup>. La Corte Internacional de Justicia también se refirió a este principio en el litigio de las pesquerías anglo-noruegas en el que se discutió si el método empleado para delimitar la zona de pesquería (líneas de base) era contrario o no al Derecho Internacional<sup>12</sup>.

Otras situaciones en que un Estado aún obrando dentro de su derecho incurriría en responsabilidad, serían por ejemplo, el modificar el curso de un río en detrimento de los demás ribereños, o que actividades industriales en su territorio causen perjuicios a bienes o personas situadas en otro Estado. En el caso Trail Smelter, llevado a arbitraje debido a que un horno de fundición canadiense causó por sus emanaciones de humo daños en el territorio estadounidense, se entendió que un Estado no puede usar ni permitir el uso de su territorio de tal manera que se causen perjuicios a otro Estado, y que el Canadá debía efectuar compensación por daños<sup>13</sup>.

García Amador ha incluido a la prohibición del abuso de derecho en el art. 2 de su anteproyecto revisado, entendiendo por tal: toda acción contraria a las normas del derecho internacional que rigen el ejercicio de los derechos por el Estado<sup>14</sup>. En la convención sobre la Alta Mar de 1958, se establece en el art. 2 que las libertades que se conceden serán ejercidas por los Estados en consideración a los intereses de otros Estados.

### **Responsabilidad subjetiva u objetiva en el Derecho Internacional.**

El dolo y la culpa como hechos psicológicos que son sólo se dan en el individuo, por lo tanto cuando se habla de responsabilidad subjetiva u objetiva es en el sentido de determinar si es necesario, para imputar determinado incumplimiento de una obligación internacional al Estado, que haya habido dolo o culpa en la conducta de individuos que es atribuida por el Derecho Internacional al Estado.

<sup>11</sup> IGNAZ SEIDL-HOHENVELDERN, *op. cit.*, pág. 42.

<sup>12</sup> Ver C. JOHN COLOMBO, *Derecho Internacional Marítimo*, trad. J. L. de Azpilaga (Madrid, ed. Aguilar, 1961), pág. 73.

<sup>13</sup> IGNAZ SEIDL-HOHENVELDERN, *op. cit.*, pág. 67 y 135.

<sup>14</sup> F. V. GARCÍA AMADOR, "Responsabilidad Internacional: Sexto Informe", Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1961, Volumen II (A/CN.4/194 y add. 1), pág. 31. Este autor encuentra que si bien no puede afirmarse la existencia misma misma de una obligación internacional que prohíba las excursiones aéreas, podría generarse un abuso de derecho si se invoca la libertad del mar o del espacio ultraterrestre. Ver su quinto informe en esta misma publicación (1960, Vol. II), pág. 63.

La posición tradicional que se remonta a Hugo Grocio, parte del principio del Derecho Romano de la necesidad del dolo o la culpa en incumplimiento de la obligación. Para Oppenheim "El acto lesivo de un Estado para otro Estado no constituye, sin embargo, un delito internacional si ha sido cometido involuntariamente sin mala fe o negligencia culpables"<sup>19</sup>. Es decir, que surge la responsabilidad cuando el efecto perjudicial de una conducta ha sido previsto y querido por el órgano. En cambio, si la responsabilidad internacional es objetiva surgiría con la sola violación de la obligación.

No parece ser esto solucionable "a priori", ningún ordenamiento jurídico requiere en todos los casos dolo o en todos la mera infracción de la norma. Tal es la opinión de Anzilotti, que de una posición netamente objetivista, sostuvo luego "Puesto que se trata de una condición eventual de la imputación de hechos individuales al Estado, y puesto que, la imputación es siempre un efecto de las normas jurídicas, es este un problema de interpretación. Siempre que existe una norma que prevé la responsabilidad internacional de E., hay que ver si ella, según su sentido subordina la imputación al dolo o a la falta de los órganos o solo a la existencia de un hecho objetivamente contrario al Derecho Internacional"<sup>20</sup>.

Siguiendo esta interpretación, si tomamos los casos de responsabilidad por actos de particulares, que no obligan al Estado sino en caso de cierta actitud de sus órganos, según la teoría de Grocio de "patiencia" o "receptus", sería un típico caso en donde es necesario dolo o culpa, pero de él no podemos extraer la conclusión de que en todos los casos es necesario este elemento. En los actos de "omisión" por ej.: la responsabilidad se origina en la negligencia en tomar determinadas medidas, y la negligencia es más una especie de responsabilidad absoluta que un tipo de culpabilidad, pues la culpa ya integra la obligación.

García Amador destaca que la jurisprudencia internacional no es clara en esta materia, y que en el único caso que podría sostenerse la exigencia de este requisito por la CIIJ es el del Canal de Corfú, pero ello dependería de la forma de interpretar la sentencia; en los demás casos el tribunal estimó que cualquier violación imputable y voluntaria de una obligación constituye un acto ilegal<sup>21</sup>. En su anteproyecto, otorga a la responsabilidad en principio el carácter de objetiva, ya que ésta surge por el incumplimiento de una obligación que causa daños consignando luego expresamente los casos en que se requiere culpa.

<sup>19</sup> L. OPPENHEIM, *op. cit.*, tomo I, pág. 163.

<sup>20</sup> BRONHO ANZILOTTI, *op. cit.*, tomo I, pág. 436.

<sup>21</sup> F. V. GARCÍA AMADOR, *op. cit.*, QUINTO INFORME, 1949 Volumen II (A/CN.4/125), pág. 61.

El desarrollo de la técnica plantea nuevas hipótesis de responsabilidad objetiva debido a los riesgos que implican experimentos científicos como explosiones atómicas para terceros Estados<sup>18</sup>.

Vedross, opina que tiene que haber un principio de culpa en el órgano, para que la acción u omisión puedan ser imputadas al Estado. En las cuestiones dudosas se podrá acudir a los principios generales del derecho, reconocidos por las naciones civilizadas, pero destaca que estas reconozcan excepcionalmente la responsabilidad objetiva<sup>19</sup>. Esto es así, debido a que lo que caracteriza a los actos humanos es la intención con que se realizan, y muy difícilmente puede dejarse de lado tal intención al considerarlos desde el punto de vista de la responsabilidad.

### **Responsabilidad directa e indirecta del Estado.**

La actividad del Estado no es más que actividad de individuos; es necesario determinar que condiciones deben darse en ellos para que se atribuyan al Estado acciones que infringen el ordenamiento internacional.

La responsabilidad "directa" del Estado, deviene de las acciones u omisiones ejecutadas por individuos investidos del carácter de órganos del Estado, en violación de las normas de Derecho Internacional que exigen al Estado determinados resultados.

El Derecho Internacional deja a los ordenamientos nacionales la determinación de las personas que han de considerarse órganos del Estado. Podemos interpretar esto con el criterio de Hans Kelsen de que las normas del Derecho Internacional son normas incompetetas, en el sentido de que determinan lo que ha de hacerse o evitarse, obligando al Estado y dejando a éste la determinación del elemento personal, el individuo que con carácter de órgano del Estado debe cumplir el ordenamiento internacional<sup>20</sup>.

Vedross solo toma en consideración los actos de órganos que ejercen la supremacía del Estado, excluyendo los de otros órganos que ejercen otras funciones del Estado, por ejemplo, las económicas (una empresa de ferrocarriles). En estos casos, de surgir responsabilidad ésta será indirecta. En este sentido el último Proyecto Harvard expresa en el 2 Punto del art. 17: "Los términos "órganos del Estado", "oficiales de un Estado", "oficial de un Estado", "dependiente de un Estado", como es usado, en esta Convención, no incluye cualquier órgano, oficina, oficial o dependiente de cualquier empresa normalmente considerada

<sup>18</sup> Ver nota 14.

<sup>19</sup> ALFRED VEDROSS, *Derecho Internacional Público*, trad. A. Toyrol y Serra (4 ed., Madrid, ed. Aguilar, 1963), pág. 303.

<sup>20</sup> HANS KEISEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. E. García Márquez (2ª ed. México, Imprenta Universitaria, 1938), pág. 408.

como comercial de la cual es propietario en todo o en parte el Estado o una entidad comprendida en el parágrafo 1, y tal empresa es, según el derecho de tal Estado, una persona jurídica separada con respecto a la cual el Estado no concede inmunidad en sus propios tribunales o no reclama inmunidad en tribunales extranjeros”<sup>21</sup>.

Los actos de las provincias o municipios que integran el Estado, se consideran desde el punto de vista internacional, como provenientes de los órganos del Estado central, no importando lo que expresa la constitución del Estado acerca de los poderes reservados o delegados, ya que el propio del Derecho Internacional un concepto unitario para considerar al Estado.

El art. 14 del Proyecto de García Amador, expresa: “Los actos y omisiones de las subdivisiones políticas son imputables al Estado cualquiera que sea la organización interna de éste o el grado de autonomía legislativa, judicial o administrativa que disfruten aquéllas”. La misma opinión sientan ambos proyectos de Harvard.

El individuo o individuos que revisten el carácter de órganos, tienen según el ordenamiento nacional, una competencia limitada y puede ocurrir que en el ejercicio de sus funciones excedan o infrinjan esa competencia. Si a consecuencia de ello se infringe una obligación internacional, la responsabilidad se atribuye al Estado, aunque éste considere desde su punto de vista que su órgano al actuar ilícitamente no ha ejecutado un acto de Estado.

El art. 8, inc. 2, del proyecto de La Haya de 1930, expresa: “El Estado incurre igualmente en responsabilidad internacional si el daño sufrido por el 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”. Se exceptúa el caso de que “la falta de atribuciones [del funcionario sea tan manifiesta que el extranjero debía advertirla”. En este caso la situación sería idéntica al acto de un particular; habrá responsabilidad de parte del Estado según la actitud que tome ante ese hecho lesivo. El artículo 13 del proyecto de García Amador es similar. El nuevo proyecto Harvard atribuye los actos al órgano cuando este ha actuado “dentro del ámbito de su efectiva o aparente autoridad o dentro del ámbito de su función”.

## **Responsabilidad por los actos de los órganos.**

### **1) *Órganos Constitucionales y Legislativos***

Debido a la primacía de las normas internacionales sobre las normas internas puede el Estado eludir que se le impute la responsabilidad por un acto ilícito internacional invocando disposiciones de su Derecho

<sup>21</sup> *Ibidem*, nota 2.

interno, según las cuales no sería ilícito un acto al cual el Derecho Internacional otorga este carácter. La obligatoriedad de una ley opuesta al Derecho Internacional, "sólo es a efectos internos y provisionales"<sup>20</sup>. En la instancia internacional toda la actividad del Estado está sometida a un control de legalidad, aun la proveniente de órganos constitucionales o legislativos<sup>21</sup>.

La Corte Permanente de Justicia Internacional, en el fallo sobre "Ciertos Intereses Alemanes en La Alta Silesia Polaca" (1926) expresó: "Desde el punto de vista del Derecho Internacional y del Tribunal, que es su órgano, las leyes nacionales son simples hechos, manifestaciones de la voluntad y de la actividad de los Estados, al igual que las decisiones judiciales o las medidas administrativas". El art. 5 del Proyecto de la III Comisión de La Haya de 1930, expresa: "Un Estado no puede eludir la responsabilidad internacional invocando su derecho interno"<sup>22</sup>.

En el caso *Shufeldt*, también se hizo aplicación de este principio. *Shufeldt* ciudadano norteamericano fue desposeído en 1928, de una concesión otorgada anteriormente por el gobierno guatemalteco; este gobierno alegó ante el árbitro internacional que su poder legislativo había actuado de acuerdo con su Constitución. El árbitro resolvió que: "es norma aceptada del Derecho Internacional que no es admisible que un soberano interponga una de sus propias leyes para impedir el reclamo de un soberano extranjero por daños causados a sus súbditos"<sup>23</sup>.

Las obligaciones internacionales del Estado pueden ser dejadas de lado tanto por la promulgación de leyes o de disposiciones constitucionales que les sean incompatibles, como por la omisión de la promulgación de aquellas necesarias para cumplir tales obligaciones.

Un caso de responsabilidad por omisión del órgano legislativo, podemos encontrarlo en el caso del "Alabama", buque confederado que causó cuantiosos daños a la Unión, el conflicto se planteó entre Gran Bretaña y Estados Unidos de América, pues dicha nave había sido armada y equipada en jurisdicción británica. La cuestión fue llevada a arbitraje por el tratado de Washington de 1871, decidiendo el árbitro que Gran Bretaña no podía aducir, para justificar el no haber ejercido la debida diligencia (se habían sentado diversas hipótesis de debida diligencia en el compromiso) la insuficiencia de los medios legales de acción que tuvo a su alcance. Finalmente se la condenó a pagar una indemnización de 15.500.000 dólares<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> ALFONSO VERROSSI, *op. cit.*, pág. 63.

<sup>21</sup> Apéndice de "La responsabilidad Internacional: Primer Informe", (1955, vol. II), (A/CN.4/96), pág. 321.

<sup>22</sup> ISMAEL SEIDL-HOHNWELDER, *op. cit.*, pág. 76.

<sup>23</sup> C. JOHN COLOMBO, *op. cit.*, pág. 438.

Esta responsabilidad por omisión del órgano legislativo produce la eficaz consecuencia de obligar a los Estados a adecuar su legislación a sus obligaciones internacionales, así Gran Bretaña al año siguiente del caso anterior dictó la "Foreign Enlistment Act"<sup>26</sup> en la cual prohibió actividades similares por las cuales se había visto obligada en el caso del "Alabama".

El caso Manzo es similar al anterior; se planteó ante una comisión arbitral entre Estados Unidos y Panamá. Manzo ciudadano panameño sufrió heridas trabajando con una máquina de un Departamento de los Estados Unidos. Este país alegó que según su derecho el Estado no se hacía responsable del proceder culpable de sus departamentos. La Comisión decidió que "Estados Unidos era responsable aún cuando sus leyes no previeran compensaciones por tales daños", si ellas son debidas según las normas jurídicas generales, agrega Seidl-Hohenveldern remitiéndose al concepto de que de ellas da Verdross.<sup>27</sup>

## 2) Responsabilidad por los Actos Administrativos

Estos órganos son los que con mayor frecuencia por motivo de sus funciones violan el ordenamiento internacional. Con respecto a ellos también se presenta la hipótesis de ejercicio fuera de la competencia.

El Estado es responsable de la conducta de todos sus agentes públicos sin que quepa hacer distinciones según el cargo que ocupan en la jerarquía administrativa. En cambio en el proyecto de Harvard de 1929 se hacía distinción entre los actos de autoridades superiores, de los cuales surgía la responsabilidad por el agotamiento de los recursos locales, y los actos de los funcionarios subalternos, respecto de los cuales la responsabilidad podía surgir por no haber el Estado aplicado a éste una sanción disciplinaria<sup>28</sup>. Sin embargo esta distinción carece de importancia, y ya no se hace en el nuevo anteproyecto, cuyo art. 16 en su punto 2 expresa: "Los términos funcionarios de un Estado y empleados de un Estado, como es usado en esta Convención, incluyen ambos a funcionarios civiles o a empleados del Estado y todos los miembros de las Fuerzas Armadas o de las organizaciones para-militares".

En el caso Massey, que se planteó entre E.U.A. y México, el árbitro decidió: "Cuando un acto impropio de un funcionario, cualquiera que sea su jerarquía según la ley nacional, da lugar a que una nación falte en el cumplimiento de sus obligaciones según el Derecho internacional, la nación debe asumir la responsabilidad de los actos indebidos de sus servidores"<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> C. JOHN COLOMBOS, *op. cit.*, pág. 436.

<sup>27</sup> SEIDL SEIDL-HOHENVELDERN, *op. cit.*, pág. 129.

<sup>28</sup> *Ibidem*, nota 23, pág. 225.

<sup>29</sup> O. E. A., "Contribuciones de los Estados Americanos", pág. 102.

### **Responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos judiciales.**

Las decisiones judiciales son susceptibles de comprometer la responsabilidad internacional del Estado, pues puede cometerse un acto ilícito internacional en el juzgamiento de una situación particular, en la cual intervengan elementos internacionales.

Su ilicitud puede consistir en la aplicación de una disposición interna contraria a las obligaciones internacionales del Estado<sup>20</sup>. Por ejemplo, la asamblea aplica a una ley modificatoria de una materia regida por un tratado aún en vigor. El Juez Nacional se encuentra en una situación difícil; está obligado por su Derecho Interno, pero por otra parte, debe tener en cuenta al ordenamiento internacional<sup>21</sup>, tratando que su decisión esté de acuerdo con éste, siempre que pueda presumir de que el Estado no trata de violar el Derecho Internacional. Verdross destaca que "la evolución jurídica más reciente se inclina a considerar que los órganos estatales quedan directamente obligados por el Derecho Internacional a negarse a obedecer excepcionalmente a una ley de su propio Estado si el órgano en cuestión al aplicarla, incurriera en un delito internacional"<sup>22</sup>.

El órgano judicial puede también generar responsabilidad por la no aplicación de un principio de Derecho Internacional que rige en caso que se juzga, aún en el caso de que éste no haya sido adoptado expresamente por una ley de su país, por aplicación del sistema de ejecución interna general de las normas jurídicas internacionales universalmente reconocidas<sup>23</sup>.

No se considera en cambio responsable al Estado, por el error judicial en la aplicación de su Derecho Interno, siempre que el fallo dictado por los jueces de la causa sea fundado y serio, aunque sea errada su fundamentación legal en el caso concreto. La Corte Permanente de Justicia Internacional, en el caso "Lotus" expresó: "El hecho de que las autoridades judiciales hayan cometido un error en la elección de las disposiciones legales aplicables al caso y compatibles con el Derecho Internacional, afecta únicamente al Derecho Interno y sólo puede interesar

<sup>20</sup> RICHIE PERRY, "La Juge Interne Français danser les règles de Droit International Public", *rev. Marguerite Angier, Revue Juridica de Buenos Aires* (1962, I-II), pág. 33. Señala que "el juez francés no puede suspender para sí simplemente desde de otras autoridades constitucionales, ya sea el gobierno o parlamento. Su actividad contraria al Derecho Internacional lleva consigo la responsabilidad internacional del Estado".

<sup>21</sup> Ver ROGER PERRY, *idées*, *com anterior*, pág. 47 y s.

<sup>22</sup> ALFRED VERDROSS, *op. cit.*, pág. 64.

<sup>23</sup> ALFRED VERDROSS, *op. cit.*, pág. 68.

al Derecho Internacional en tanto implique una infracción de una norma convencional o la posibilidad de una denegación de justicia”<sup>24</sup>.

Debe el Estado asegurar a los extranjeros una administración de justicia ordenada, y es responsable en el caso de que se haga una aplicación diferenciada de los principios procesales reconocidos internacionalmente, impidiendo, por ejemplo al extranjero, el acceso a la vía judicial, o demorando una sentencia indebidamente.

El Derecho Internacional, entiende también que un acto judicial es antijurídico, cuando consiste en lo que Verdross llama “una violación calificada del Derecho Interno”<sup>25</sup>, por implicar la sentencia a una injusticia manifiesta, por su arbitrariedad, o cuando se causa un daño a un extranjero bajo la apariencia de la aplicación de la ley.

A este respecto, el Proyecto del Institut de Droit International de 1927, expresa en su art. 6: “El Estado es asimismo responsable si el procedimiento o la sentencia constituyen una injusticia notoria. . .”<sup>26</sup>. El primer proyecto de Harvard, en su art. 9, también habla de “sentencia notoriamente injusta”, y el actual en el art. 8 inc. a) y b) las considera ilícitas: “Si es una clara y discriminatoria violación del derecho de ese Estado, o si se aparta irrazonablemente de los principios de justicia reconocidos por los principales sistemas legales del mundo”; según esta última posibilidad, aún cuando no se haya infringido el Derecho Interno, el Estado incurre en responsabilidad si el acto u omisión supone el desconocimiento de una norma generalmente aceptada en la administración de justicia.

Toda violación del ordenamiento internacional por el orden judicial, se suele comprender bajo la expresión “denegación de justicia”<sup>27</sup>, pero tal interpretación despoja a la expresión de valor técnico, pues ya hemos visto que se dan distintos supuestos de actos ilícitos cometidos por el poder judicial. Verdross destaca, que la sentencia del caso *Chattin* da a la expresión un contenido preciso: “There must be an injustice antecedent to the denial and the denial after it”<sup>28</sup>. Es decir, que habiéndose producido un acto ilícito internacional un tribunal se niegue a atender como corresponde una demanda de reparación del daño por el perjudicado.

#### **Responsabilidad por actos lícitos particulares y por disturbios internos.**

La responsabilidad del Estado no surge del acto ilícito de las personas privadas, sino de la conducta que hayan observado sus órganos en

<sup>24</sup> Tomado de CHARLES BOUVEREAU, *Derecho Internacional Público* (2ª ed., ed. Arieu, 1961), pág. 368.

<sup>25</sup> ALFRED VERDROSS, *op. cit.*, pág. 307.

<sup>26</sup> *Ibidem*, nota 23, pág. 221.

<sup>27</sup> y <sup>28</sup> Ver ALFRED VERDROSS, *op. cit.*, pág. 283.

relación a dicho acto. Lo que se atribuye al Estado no es la conducta original que causó el daño, sino el incumplimiento de una obligación internacional que se determina de acuerdo al criterio de "devida diligencia". Esta "devida diligencia" no es definible exactamente, se analiza hoy que hacerlo con relación a las modalidades de cada caso, pero es útil en cuanto señala que el Estado no es responsable por todos los actos de los particulares, aún cuando estos hayan obrado con culpa o dolo, sino cuando sus órganos omitieron tomar las medidas de prevención y represión que lógicamente tomaría otro Estado en esas circunstancias.

Hugo Grocio, enunció este principio, oponiéndolo al de la "solidaridad del grupo" que hacía al Estado responsable en todos los casos.

García Amador se refiere a esta hipótesis de responsabilidad en el art. 7 de su anteproyecto. El inc. 1 de este artículo señala que la responsabilidad surge cuando: "... las autoridades han mostrado una negligencia notoria en la adopción de medidas que, atendidas las circunstancias, se toman normalmente para evitar la ocurrencia de tales hechos". En el inc. 2 del mismo artículo destaca de entre las circunstancias del hecho lesivo: su previsibilidad, y la posibilidad material que tenga el Estado de evitarlo<sup>24</sup>. El inc. 3, similar al art. 13, inc. 2, del nuevo proyecto Harvard, hace responsable al Estado por la no aprobación de quienes causaron un daño a un extranjero únicamente si de esta manera se priva a éste de la oportunidad de demandarlos para cobrarse los daños o perjuicios.

Un Estado responde por los actos ilícitos de revolucionarios únicamente en el caso de que éstos triunfen y se constituyan ellos mismos en gobierno de ese Estado.

#### **Responsabilidad indirecta del Estado.**

Esta se origina cuando un Estado asume la responsabilidad por un acto cometido por otro sujeto de Derecho Internacional. Implica la existencia entre ambos de un vínculo especial de dependencia jurídico internacional, por ejemplo, un Estado mandatario respecto de la colectividad sometida a su mandato.

En estos casos no coinciden el sujeto de la obligación y el sujeto de la responsabilidad, si bien podemos imputar al otro sujeto de Derecho Internacional la violación de la obligación; la imputación de la responsabilidad recae sobre el otro Estado.

Rousseau señala la aplicación de esta responsabilidad derivada en los casos: "Reclamaciones británicas por daños causados a súbditos ingleses en la Zona Española de Marruecos (C.P.J.I.) 1925, en el asunto

<sup>24</sup> *Ibidem*, nota 14, pág. 53.

de los Fondatos de Marruecos (C.P.J.I.) 1938, Derechos de súbditos norteamericanos en Marruecos (C.I.J.), 1950<sup>40</sup>.

### La reclamación internacional.

La responsabilidad que surge con motivo de un acto u omisión ilegal se hace efectiva mediante la reclamación internacional.

Cuando el acto ilícito ha sido dirigido contra el Estado mismo, lógicamente es éste el titular de la acción internacional. También lo es cuando resultan afectadas una persona física o jurídica de su nacionalidad, pues se entiende que el derecho lesionado es un derecho del Estado. En tal sentido, la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Mavromatis* entendió: "... Al hacerse cargo de uno de sus nacionales y recurrir a la acción diplomática o a un procedimiento 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"<sup>41</sup>.

A consecuencia de esto, aunque el particular haya hecho una reclamación interna previa, se la considera una etapa nueva y diferente, cuyo ejercicio es facultativo para el Estado.

En las sesiones de los años 1931/32 del Instituto de Derecho Internacional en las cuales se debatió el tema de la Protección diplomática, el Profesor Borchard destacó que la protección diplomática solo podía ser aceptada transitoriamente mientras el orden internacional no ofreciera al individuo damnificado medios internacionales de protección.

Existe actualmente la tendencia a otorgar directamente a los individuos un derecho de reclamación internacional, frente al Estado o ante una instancia internacional, para tratar de solucionar los defectos de la posición tradicional: su carácter facultativo para el Estado; el principio de la nacionalidad de la reclamación; que la indemnización se determine con independencia de los daños efectivamente causados al particular; y, fundamentalmente despojar a la reclamación de su contenido político.

Así el nuevo proyecto Harvard faculta en su artículo 22, a que el reclamante presente su reclamación al Estado responsable o directamente a un Tribunal Internacional si tal Estado ha conferido a éste jurisdicción sobre tal reclamación. El inc. 3 de este art. expresa: "Sujeto al art. 25, el reclamante no podrá evitar de presentar directamente su reclamación al Estado responsable o al Tribunal Internacional si el Estado del cual él es nacional rehusa presentar su reclamación o no haya Estado que pueda ser titular de tal reclamación". El art. 23 concilia los intereses del Es-

<sup>40</sup> CHARLES ROUSSEAU, *op. cit.*, pág. 349.

<sup>41</sup> Tomado de F. V. GARCÍA AMADOR, *ibidem*, nota 23, pág. 189.

tado con los de su nacional en cuanto faculta a aquél a presentar la reclamación, aún en el caso de que la haya presentado previamente el individuo, suspendiéndose el derecho de éste mientras el Estado soscarga la reclamación<sup>42</sup>.

El proyecto de García Amador en su art. 21 faculta al individuo a: "...establecer la reclamación internacional para obtener la reparación del daño que se le ha causado ante el organismo a que se haya conferido competencia a ese efecto por convenio entre el Estado demandado y el Estado de la nacionalidad, o entre el primero y el propio extranjero". El art. 22 establece que el Estado podrá cuablar la reclamación en el caso por actos contrarios al Derecho Internacional cometidos por otro Estado, demandado concienta la subrogación del individuo por el Estado, o en caso de que el daño u omisión trasciendan el daño causado al extranjero afectando un interés general del Estado<sup>43</sup>.

Ambos proyectos son "lege ferenda", tratan de crear nuevas bases para la responsabilidad internacional; se justifica en los casos de controversias por derechos patrimoniales de particulares en los cuales las razones que justifican su ejercicio se reducen a un mínimo, pero es dudoso que puedan comover la idea tradicional de la protección diplomática, pues es difícil distinguir en un caso internacional la separación entre el interés individual y el interés general del Estado.

Hans Kelsen observa que: "El D. Internacional sólo en casos excepcionales obliga o faculta directamente a los particulares. Si tales casos se convirtieran en regla general, la línea divisoria entre el D. Internacional y el nacional desaparecería"<sup>44</sup>.

#### La protección diplomática.

Consiste en el ejercicio de la reclamación internacional por el Estado, en los casos en que el hecho ilícito internacional no ha sido dirigido contra él, sino contra la persona o bienes de sus nacionales. "En un derecho del Estado que se origina en el deber de proteger a sus nacionales"<sup>45</sup>. La Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Mavromatis* expresó: "Es un principio elemental del Derecho Internacional que el Estado tiene el derecho de proteger a sus nacionales cuando se les ocasiona daños por actos contrarios al Derecho Internacional cometidos por otro Estado, del cual no han podido obtener satisfacción por las vías ordinarias"<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> *Ibidem*, nota 2, pág. 378.

<sup>43</sup> *Ibidem*, nota 14, pág. 189.

<sup>44</sup> HANS KELSEN, op. cit., pág. 414.

<sup>45</sup> Ver M. AGUILAR NAVARRO, "La responsabilidad internacional y los trabajos del Instituto de Derecho Internacional", *Revista Española de Derecho Internacional* (Vol. IX, núm. 3, 1954), pág. 526.

Generalmente se causan tales daños cuando el extranjero reside en el territorio del Estado demandado, es decir, sujeto a su soberanía y jurisdicción. Hay dos criterios para determinar la legalidad de los actos que ejerce el Estado respecto de los extranjeros en estas circunstancias, el del "International standard of justice" y el de "igualdad entre nacionales y extranjeros".

Según el primero el Estado incurre en responsabilidad si no trata a los extranjeros conforme a las normas aceptadas por la comunidad internacional. El segundo en cambio, declina la responsabilidad cuando los extranjeros disfrutan de la misma situación jurídica que los nacionales. Este último es sostenido por los países latinoamericanos para impedir un abuso de la protección diplomática.

Se tiende actualmente a conciliar ambos principios. García Amador propone para ello que la protección diplomática pueda ejercitarse en el caso que se hayan violado "derechos humanos y libertades reconocidas internacionalmente" y los enumera en el inc. 2º del art. 1º de su anteproyecto<sup>47</sup>. Por su parte el nuevo proyecto Harvard en sus arts. 6 y 8 (2) considera ilícitos a los actos que sean una clara y discriminatoria violación del derecho del Estado, aplicando la norma del trato como al nacional o si se apartan irrazonablemente de los principios de justicia reconocidos por los principales sistemas legales del mundo.

#### **Obligación de agotar todas las posibilidades que ofrece el derecho interno.**

El Estado no puede ejercitar la protección diplomática hasta que el particular damnificado no haya agotado todos los medios legales, administrativos y judiciales que ofrece el Derecho Interno del Estado causante del daño para reparación del acto antijurídico. La Corte Internacional de Justicia decidió en el caso *Interhandel* que: *Erant licitas las excepciones preliminares de los E.U.A. a la jurisdicción de la Corte, puesto que era inadmisibile la solicitud de la Confederación Suiza, en razón de que la Interhandel no había agotado las posibilidades locales de que disponía en los tribunales de los E.U.A.*<sup>48</sup>.

Esta obligación parte del supuesto de que el extranjero que ingresa en un país, se somete al orden jurídico que en él impera, y no puede desconocerlo en el caso de surgir un conflicto jurídico con ese orden<sup>49</sup>. La opinión dominante considera a la regla como un "auténtico presupuesto procesal" que aplaza el planteamiento en términos diplomáticos

<sup>47</sup> Pabla, C. P. J. 1, núm. 12, pág. 12.

<sup>48</sup> *Ibidem*, nota 14, pág. 200.

<sup>49</sup> Naciones Unidas, "La Corte Internacional de Justicia", (24164/Dic. 1961).

<sup>50</sup> Ver BOURGAIN, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (1912).

de un acto ilícito hasta que no se haya sacado todo el provecho de los remedios locales, pero la responsabilidad en sí misma surge inmediatamente de la violación, con prescindencia de este agotamiento<sup>80</sup>.

David R. Mummery observa que el tribunal internacional no debe interpretar el principio literalmente, sino considerar las circunstancias que lo rodean, y si los remedios locales acuerdan una "reparación apropiada", y no que el reclamante se someta a ellos como un mero "ejercicio judicial"<sup>81</sup>. Así el nuevo proyecto Harvard considera en su art. 19, que no hay medios legales disponibles cuando: "a) Si no hay un recurso a través del cual se pueda obtener una substancial reparación, b) Si se impide un recurso por un acto u omisión atribuida al Estado, c) Si solamente se otorgan recursos lentos o la Justicia es irrazonablemente dilatada.

El principio que establece la obligación de agotar los recursos internos, puede ser dejado de lado en el caso de existir entre ambos Estados un tratado o compromiso de arbitraje que exima expresamente de tal requisito para el ejercicio de la reclamación.

#### **Principio de la nacionalidad de la reclamación.**

Para que pueda ejercitarse la protección diplomática es necesario también que la persona tenga la nacionalidad del Estado reclamante. Esta se determina según el derecho nacional del Estado en cuestión. Pero un tribunal internacional puede examinar la legitimidad de la adquisición de ésta.

La nacionalidad desde el punto de vista del Derecho Internacional es un estado de cosas continuado, no un hecho físico o un acto aislado, es una relación entre el Estado y el individuo que implica deberes y derechos para ambos. En el caso *Notenbohm*, la Corte Internacional de Justicia decidió que: "En el lazo de la nacionalidad entre un Estado y una persona lo único que confiere al Estado el derecho de presentar una demanda internacional en su nombre". Y más adelante agrega: "En el plano internacional la concesión de la nacionalidad tiene derecho a ser reconocida por los demás Estados sólo en el caso de representar una vinculación genuina entre el individuo y el Estado que concede la nacionalidad"<sup>82</sup>.

El proyecto Harvard también establece en su art. 23 inc. 3 que: "Un Estado no puede presentar una reclamación a favor de una persona

<sup>80</sup> MARIANO AGUILAR NAVARRO, op. cit., pág. 530.

<sup>81</sup> "The content of the Duty to exhaust local judicial remedies", *The American Journal of International Law* (Vol. 38, 1964, num. 2), pág. 402.

<sup>82</sup> Corte Internacional de Justicia, Recueil 1953, pág. 20 y s.

que es su nacional si tal persona no tiene una genuina vinculación de sentimientos, residencia u otros intereses con ese Estado".

Es necesario además que el individuo conserve la nacionalidad del Estado reclamante hasta el momento en que se resuelve el litigio internacional. Si el individuo llega a fallecer, el derecho se transmite a sus causa-habientes, pero a condición que éstos tengan la misma nacionalidad. Así un fallo de la Comisión arbitral Británico-Mexicana desconoció el derecho de la esposa de un súbdito inglés, quien le había legado la indemnización por daños sufridos en una revolución en Méjico, pues ella, perdió la nacionalidad inglesa en virtud de un segundo matrimonio<sup>93</sup>.

El Derecho Internacional reconoce el derecho del Estado de ejercer su protección diplomática en favor de las personas jurídicas que tengan su nacionalidad, pues de lo contrario se daría el contrasentido de que mientras el Estado puede defender los intereses de sus nacionales cuando actúan como particulares, no podría hacerlo en el caso de que sus intereses nacionales revistan la forma de una persona jurídica.

Independientemente de la nacionalidad de la sociedad, cubría la protección de los accionistas que tengan una parte importante del haber social por el Estado de su nacionalidad frente al Estado cuya nacionalidad posea la Sociedad. El primer caso en que se planteó este problema fue el asunto *Delagos Bay Co*<sup>94</sup>.

También fue planteado por Bélgica ante la Corte Internacional de Justicia, en el caso de la "Barcelona Traction Light and Power Company", compañía canadiense. La demanda sostiene que las acciones de la compañía han pertenecido por más de 25 años a nacionales belgas, surgiendo de esta circunstancia el derecho de protección de Bélgica.

En el caso *Banco Nacional de Cuba s/Sabatino*, planteado ante la U. S. Court of Appeals of New York, el primero entendió que no había violación del Derecho Internacional debido a que la compañía expropiada fue constituida en Cuba. Pero el Tribunal entendió que si más del noventa por ciento de los accionistas eran ciudadanos norteamericanos, y que expresamente el decreto Cubano número 851, indicaba que tomaba medidas de expropiación debido a la nacionalidad de los propietarios, si un Estado accionaba contra una persona jurídica debido a la nacionalidad de los tenedores de acciones, es inconsistente para ese

<sup>93</sup> ICMAN SEIDL-HOHENVELDERN, *op. cit.*, pág. 171.

<sup>94</sup> Ver ALEXANDRE MARKOFF, "Consideraciones sobre el derecho de Protección diplomática", *Revista Española de Derecho Internacional* (Vol. VIII, núm. 3, 1955), pág. 350. Ver también el caso "El Oro Mining and Railway Company II", ICMAN SEIDL-HOHENVELDERN, *op. cit.*, pág. 88.

mismo Estado considerar la validez de tal tratamiento solamente a través de la ficción de la persona jurídica<sup>22</sup>.

#### **Efectos de la protección diplomática.**

El ejercicio de la protección diplomática es facultativo del Estado, y el particular no puede obligar al Estado a ejercerla. En el caso *Gschwind*, en el cual este ciudadano suizo que había sido afectado por medidas británicas demandó a su país ante el Tribunal Federal Suizo, exigiendo una indemnización por el no ejercicio de la protección, alegando la existencia de una relación de representación casi contractual, el Tribunal le negó el derecho por entender que el Estado no estaba obligado a otorgar tal protección.

Dado este carácter facultativo, el particular que ha hecho inversiones en el exterior puede encontrarse en la situación que el Estado del cual él es nacional, por motivos políticos deje de protegerlo. Los acuerdos sobre Garantías de Inversiones solucionan esto, por cuanto el Estado de origen asegura al particular la reinstauración de lo invertido en el país con el cual se celebró el acuerdo.

El Estado tiene también facultades discrecionales en la determinación de lo que va a exigir como indemnización, y aún en el destino de lo que obtenga. La facultad de distribuir la indemnización es patente en los acuerdos globales (*lump sum agreements*) en los cuales el Estado demandante obtiene una indemnización única por los distintos daños causados a sus nacionales.

#### **El deber de reparar.**

En el fallo ya transcrito de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto *Cheorow*, está expuesto claramente el principio de que el Estado infractor está obligado a reparar en su totalidad el daño por él causado cualquiera sea su naturaleza y que sea consecuencia del acto ilícito. García Amador destaca en el sexto Informe que presentó a la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, que ninguno otro capítulo de la responsabilidad internacional se halla en tan franca anarquía, tanto en la práctica diplomática como en la arbitral, y en la doctrina científica. También destaca que la preparación está vinculada a la idea de castigo o pena del acto ilícito que ha causado el daño, ya sea por el carácter de las medidas de satisfacción o por el quantum de los daños y perjuicios que el Estado debe abonar<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> *The American Journal of International Law* (October 1962, Vol. 52).

<sup>23</sup> F. V. GARCÍA AMADOR, *ibidem*, nota 14.  
pág. 1028.

Las dos formas de reparar los daños causados por un acto u omisión contrario al Derecho Internacional, son la reparación propiamente dicha y la satisfacción. Así el proyecto preparado por el Institut du Droit International en 1927, expresa en resolución: "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 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"<sup>27</sup>.

Dentro del sentido amplio de la reparación se comprende tanto la indemnización como la satisfacción, pero tradicionalmente la reparación *stricto sensu*, se concibe como compensación del daño material causado y en cambio la satisfacción supone la reparación del daño moral y político causado al Estado, es decir el daño inmaterial. Para García Amador en cambio en los casos que se paga una indemnización que excede el daño causado, ésta presenta el carácter punitivo propio de la satisfacción, siendo esto consecuencia del carácter indiferenciado de la responsabilidad civil y de la penal dentro del Derecho Internacional<sup>28</sup>.

La reparación *stricto sensu* puede consistir en una simple restitución, que tienda a borrar todas las consecuencias del acto ilícito, y restablezca la situación anterior a éste; o revertir el carácter de una indemnización de daños y perjuicios, si esto no fuera posible.

La primera forma, o "restitutio in integrum", puede ser material o jurídica, según la naturaleza del daño causado. Ejemplo de lo primero puede ser la devolución de un bien expropiado; de la restitución jurídica, la abrogación de una medida legislativa o judicial.

Cuando la "restitutio in integrum" resulta imposible o es insuficiente corresponde la indemnización; ésta comprende el daño emergente del acto ilícito y también el lucro cesante que estén en conexión causal con el acto ilícito.

La satisfacción comprende un gran número de medidas destinadas a restablecer el honor o prestigio del Estado dañado por el acto ilícito internacional. Dentro de las medidas de satisfacción las excusas diplomáticas son las más frecuentes en la práctica internacional. Otras son el castigo de los culpables de daños causados a extranjeros o la seguridad que dé el Estado demandado de no repetición de actos similares.

<sup>27</sup> Apéndice, *ibidem*, nota 23.

<sup>28</sup> F. V. GARCÍA AMADOR, *ibidem*, nota 14, pág. 16.