

LA INCONCLUSA PUJA ENTRE OBJETIVISTAS Y SUBJETIVISTAS EN LOS PROYECTOS SOBRE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL*

Zlata Drnas de Clément**

PALABRAS PRELIMINARES

Los proyectos de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (CDI) en materia de responsabilidad internacional son reflejo de la larga controversia doctrinaria entre objetivistas y subjetivistas, entre iusnaturalistas y positivistas, entre universalistas y soberanistas. Ello, a tal punto que, siendo el tema de la responsabilidad internacional uno de los más antiguos tópicos de trabajo de la CDI, tras casi sesenta años de tratamiento¹, continúa sin cerrar y con remarcables incoherencias. A nuestro criterio esas incompatibilidades y la imposibilidad de cerrar el tema son consecuencia del inconciliable posicionamiento de objetivistas y subjetivistas y la adopción de proyectos de artículos que han intentado dar satisfacción a ambas dimensiones de percepción. A los fines de clarificar las bases de esa afirmación, en primer término, someramente, nos referiremos a las características de las teorías objetivistas y las subjetivistas en materia de responsabilidad internacional² (I), para luego considerar la presencia de esas posiciones enfrentadas en algunos tópicos sensibles de los proyectos de la CDI (II).

I.- CARACTERÍSTICAS DE LAS TEORÍAS OBJETIVISTAS Y SUBJETIVISTAS DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

En líneas generales, las *teorías objetivistas* de la responsabilidad internacional (fuertemente vinculadas al iusnaturalismo, si bien no indentificadas) se caracterizan por: *diferenciar las violaciones al derecho internacional según su gravedad (delitos y crímenes/violaciones de obligaciones interestatales y violaciones de obligaciones esenciales para la supervivencia de la comunidad internacional en su conjunto³); *entender que la responsabilidad internacional no sólo surge de normas convencionales o consensuadas y reconocer la existencia de “principios superiores” ajenos a la voluntad de los Estados;

*Trabajo publicado en ÁLVAREZ LONDOÑO, L.F. *et al. El derecho internacional entre lo jurídico y lo político. Homenaje al Profesor Rafael Nieto Navia*, Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá-Colombia, 2009, pp. 21-45.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Catedrática de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba-Argentina, Profesora Emérita de la Universidad Católica de Córdoba-Argentina, Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-Argentina, Miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional.

¹ Más adelante clarificaremos las razones de esta ponderación temporal.

² Tal como ha de observarse *infra*, nos referimos al objetivismo y subjetivismo en sentido diferente al de los elementos del ilícito (elemento objetivo: violación de una norma internacional; elemento subjetivo: atribución de la violación a uno o más Estados u otro sujeto o sujetos del Derecho internacional, de conformidad a ese derecho) o de la responsabilidad objetiva o subjetiva.

³ Normas imperativas de derecho internacional general o normas de *ius cogens*.

*considerar legitimados a todos los sujetos de la comunidad internacional para reclamar en caso de violaciones a normas imperativas de derecho internacional; *sostener que la sola violación de norma de derecho internacional genera responsabilidad internacional⁴; *distinguir la responsabilidad “civil” del Estado de la “criminal”, “penal”; *admitir que el Estado puede ser responsable por actos de los particulares en caso de falta de diligencia debida.

Por su parte, las *teorías subjetivistas* (positivistas, soberanistas) se distinguen por: *no diferenciar las violaciones al DI según su gravedad; *considerar que la responsabilidad internacional sólo puede surgir a consecuencia de violaciones a obligaciones asumidas por dos o más Estados, particularmente por vía convencional; *estimar que sólo está legitimado a reclamar quien ha sufrido un daño como consecuencia de la violación, quien tiene un verdadero derecho subjetivo propio afectado; *admitir la responsabilidad civil y no admitir la responsabilidad penal internacional de los Estados, como tampoco la responsabilidad del Estado por acto de los particulares a menos que el propio Estado acepte y admita el acto como propio.

Entre la larga serie de doctrinarios que han sostenido una *posición objetivista* destacamos, sólo a título ejemplificativo, a Grocio, Bynkershoek, Bluntschli, Heffter, Kauffman, Ago, Virally, los que han acentuado una o más características de las señaladas precedentemente.

Hugo Grocio, en su obra *De Jure Belli ac Pacis* (1625)⁵, expresó con criterio objetivista: “los monarcas tienen el derecho a exigir castigo no sólo con relación a los perjuicios sufridos por ellos o sus súbditos, sino también en base a los perjuicios que no los afectan directamente pero que violan en exceso las leyes de la naturaleza o de las naciones con relación a cualquier persona en cualquier lugar”. En la misma obra, haciendo referencia a los males y desastres de la guerra, parafraseó a Cicerón y señaló que “si un esclavo comete asesinato con el conocimiento de su amo, el que pudo evitarlo, el amo se vuelve responsable como si el acto hubiese sido cometido con su concurrencia”⁶. Más adelante agregó que “el Estado que protege al criminal del castigo que le cabe es responsable del crimen conforme a la ley de la naturaleza”⁷. En el Libro siguiente expresó que “si los sujetos cometen un acto de hostilidad sin la autorización o encomienda del Estado, el Estado podrá ser responsable del mismo si fue evidente que tuvo conocimiento del mismo, tuvo posibilidades de impedirlo o poder para castigarlo y no lo ha hecho”⁸.

⁴ La atribución no es más que parte necesaria del hecho de una violación, en tanto es imposible que se produzca esa violación sin que exista un ente comitente, base de la relación de responsabilidad..

⁵ Libro II, Cap. 2.

⁶ Libro II, Cap. 20..

⁷ Libro II. Cap. 20.

⁸ Libro III, Cap. 20, XXX. V. asimismo, NOLTE, G. “From Dionisio Anzilotti to Roberto Ago: The Classical International Law of State Responsibility and the Traditional Primacy of a Bilateral Conception of Inter-state Relations”, *European Journal of International Law (EJIL)*, Vol. 13-5 (2002), pp. 1083-1098, trabajo de que tomamos algunas consideraciones históricas.

Bynkershoek, en *De Foro Legatorum Liber Singularis* (1744)⁹, -si bien, considerado positivista en tanto entendía que las obligaciones nacían sólo de acuerdos entre Estados involucrados y rechazaba la existencia de “principios superiores”- en vinculación con las represalias aplicadas por Inglaterra contra los Países Bajos en favor de la Soberana Orden de Malta, manifestó que si las represalias estaban admitidas en protección de los nacionales por qué no habían de serlo en beneficio de terceros.

Bluntschli, en *Das Moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt* (1874)¹⁰, distinguió las violaciones ordinarias de Derecho internacional de aquéllas que socavan los cimientos del orden jurídico, “atentatorios de los derechos generales de la humanidad o de los principios necesarios del derecho internacional”.

Heffter, en *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart* (1882)¹¹, consideró que las violaciones particularmente graves al Derecho internacional afectan a todas las naciones, dándoles derecho a adoptar contramedidas.

Kaufmann, en “*Traité international et la loi interne*” (1958)¹², señaló que “existe un enorme número de reglas de derecho no escritas, reglas que no devienen de ninguna voluntad humana sino que tienen su fuente en la razón objetiva superior a todas las voluntades y razones subjetivas de los hombres”.

Ago, en “*Le délit international*” (1939)¹³ criticó a los positivistas y a Anzilotti por entender que su posición suponía que la comunidad internacional no existía. Estableció la distinción entre violaciones de conformidad a si daban lugar a reparación, a sanción o a ambas¹⁴.

Virally, en “*Reflexions sur le ‘jus cogens’*” (1966)¹⁵, destacó que, sin ciertas bases imperativas no habría posibilidad alguna de llevar adelante las relaciones internacionales, ni existiría el Derecho internacional.

Entre quienes han sostenido una *posición subjetivista*, destacamos a Vattel, Anzilotti, Lauterpacht, Rosenstock, Crawford.

De Vattel, en su obra *El Derecho de Gentes o los Principios de la Ley Natural* (1758)¹⁶, si bien hizo referencia a los males y desastres de la guerra destacando la responsabilidad de los que inician una guerra injusta no sólo frente al enemigo, sino también, frente a su propio pueblo y frente a la humanidad, marcó el primer paso de su tiempo hacia el subjetivismo, al expresar que “tomar represalias contra una nación en beneficio de nacionales de terceros países significaría jugar el rol de juez entre el Estado

⁹ Cap. XXII, para. 554.

¹⁰ P. 265, para. 471.

¹¹ F.H. Geffcken ed., p. 222, para. 104.

¹² *Rivista de Diritto Internazionale*, 1958, p. 371.

¹³ *Recueil des Cours (RdC)*, Vol. 68, 1939-II, pp. 419–554.

¹⁴ V. *infra* la posición inicial de García Amador, sustancialmente acorde con la enunciada por Ago.

¹⁵ *Annuaire Français de Droit International (AFDI)*, 1966, XII, p. 5 y ss.

¹⁶ Vol. I, p. 348.

contra el que se toman las medidas y esos extranjeros, lo que ningún soberano tiene derecho a hacer”.

Anzilotti, en su *Teoría General de la Responsabilidad del Estado en el Derecho Internacional* (1902)¹⁷, sostuvo que la igualdad soberana de los Estados excluye la invocación por parte de un Estado de la responsabilidad de otro Estado por violaciones a los derechos de un tercer Estado (o de la comunidad de Estados como un todo). En “La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers” (1906)¹⁸, entendió que sólo la violación de un verdadero derecho subjetivo de otro Estado y no un mero interés podía generar responsabilidad, dando lugar esa violación, primariamente, a reclamaciones de reparación, cuestión ajena a las contramedidas u otros modos permitidos de intervención.

Lauterpacht, en “Règles générales du droit de la paix” (1937)¹⁹, sostuvo que la doctrina dominante entiende que los Estados no pueden ser penados a causa de su condición de soberanos, cabiendo por un ilícito sólo reparación -si bien con posterioridad modificó su posición por lo que fue largamente criticado²⁰ -.

Los doctrinarios subjetivistas, tras la constitución del Tribunal Militar de Nuremberg y la etapa de descolonización²¹ flexibilizaron su posición, señalando que la percepción multilateral y multidimensional de la responsabilidad podría ser admitida en una sociedad estructurada, si bien, sólo por vía de un acuerdo multilateral.

Rosenstock, en “An international criminal responsibility of States?” (1997)²², no admitió la posibilidad de aplicar sanciones punitivas por considerar que ello sería violatorio del principio “impossible est quod societas delinquat”. Además, consideró que la penalización de ciertas conductas sólo cabe en el marco de un sistema judicial con garantías procesales, defensa y pruebas.

Crawford, Peel y Olleson, en “The ILC’s Articles on Responsibility if States for Internationally Wrongful Acts: Completion of the second reading” (2001)²³, consideraron que varias cuestiones-clave no pudieron ser resueltas en el Proyecto de 2001 de la CDI en materia de responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos, entre ellas, citaron a las más sensibles cuestiones en el enfrentamiento entre objetivistas y subjetivistas, como son: la distinción entre daño, injuria, pérdida y sus consecuencias; el mantenimiento o no de la distinción entre violaciones al derecho internacional (“violaciones graves de obligaciones

¹⁷ P. 88.

¹⁸ *Revue Générale de Droit International Public (RGDIP)*, 1906-13, pp. 5–309.

¹⁹ *RdC*, Vol. 62, 1937-IV, pp. 99–422.

²⁰ *Private Law Sources and Analogies of International Law*, 1927, p. 51 y ss.

²¹ Tuvo gran peso -si bien en plano distinto al de la responsabilidad- la adopción de los artículos 53 y 64 (nulidad y terminación de los tratados por violación de una norma imperativa de derecho internacional-*ius cogens*) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969); también lo ha tenido la serie de fallos internacionales que reconoció la existencia de obligaciones *erga omnes* y de *ius cogens*.

²² *International Law on the Eve of the XXI Century*, United Nations, Nueva York, 1997, p. 265.

²³ *EJIL*, 2001-12, pp. 963-991.

emanadas de normas imperativas de derecho internacional general”²⁴); la contemplación de situación diferenciada a la hora de adoptar contramedidas y la legitimación para invocar la responsabilidad en caso de violaciones de normas de *ius cogens*.

II- OBJETIVISMO Y SUBJETIVISMO EN LOS PROYECTOS DE LA CDI SOBRE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

La Comisión de Derecho Internacional ha considerado en numerosos proyectos las consecuencias de los hechos ilícitos o de los hechos dañosos. Sin embargo, nos limitaremos a considerar sólo los proyectos en los que, con visión general, la CDI consideró el tema de la responsabilidad internacional. Así, nos referiremos a los proyectos sobre responsabilidad de los Estados, responsabilidad de los individuos y responsabilidad de las Organizaciones Internacionales por hechos internacionalmente ilícitos (1) y a los proyectos elaborados en el marco de la responsabilidad por actos no prohibidos por el Derecho internacional (2).

1. Responsabilidad por ilícito en su variado perfil

Se suele afirmar que el estudio por parte de la CDI del tema de la ***responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos*** se inicia como consecuencia de la Res. 799/VIII de la AGNU de 7 de diciembre de 1953, que encomienda a la Comisión de Derecho Internacional el estudio de la codificación de los principios de derecho que rigen la responsabilidad de los Estados.

Por nuestra parte, entendemos que ese tema comenzó a tratarse con anterioridad, siendo el más antiguo entre los tratados por la CDI, ya que la ***responsabilidad penal del individuo***, según nuestro criterio, tal como lo señaláramos en trabajos anteriores²⁵, es una consecuencia particular de la violación de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) por parte del Estado, según la cual se impone sanción internacional al Estado en la persona de sus individuos-agentes, criminales que violaron normas imperativas de derecho internacional.

Debe tenerse presente que el Acuerdo de 8 de agosto de 1945 que constituyó el Tribunal Internacional de Nuremberg (“*en defensa del interés de todas las Naciones Unidas*”), en el Art. 6 de su Anexo, sancionaba a quienes habían cometido los delitos

²⁴ Obsérvese que del título se deduce que existen violaciones de *jus cogens* simples y graves y que las normas imperativas de derecho internacional general no tienen una naturaleza especial sino son sólo “ciertas obligaciones”, como lo expresan Crawford, Peel y Olleson en el artículo referido en nota anterior (p. 965).

²⁵ *I.a.* “Responsabilidad internacional de los Estados por violaciones a normas imperativas de derecho internacional general”, en LLANOS MANSILLA, H. *et al.* (Ed.), *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Santiago Benadava*, Santiago de Chile, 2008; “Sentido y Alcance de la Determinación por parte del Consejo de Seguridad de una Amenaza a la paz, Quebrantamiento de la paz o Acto de agresión”, *XXX Curso de Derecho Internacional* (2003), Vol. 23, Comité Jurídico Interamericano, OEA, 2004, pp. 77 y ss.; “Las Normas Imperativas de Derecho Internacional General (*ius cogens*). Dimensión sustancial”, *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, DRNAS, Z. (Coord.), Drnas-Lerner (Eds.), Córdoba, 2002, pp. 647 y ss.; “Principio de Complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Incoherencias Sistémicas”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. XI (2001-2002), Asociación Argentina de Derecho Internacional, Córdoba, pp. 51 y ss.

tipificados como individuos o como miembros de órganos u organismos del Estado alemán nazi, contemplando actos atribuibles al individuo y también al Estado²⁶. Asimismo, el *Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio* (1948) de conformidad a sus artículos 5, 6, 8 y 9 prevé la doble sanción (Estado e individuo) por el mismo hecho²⁷.

Por ejemplo, en el caso de la escisión de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, la *Resolución 1244 del Consejo de Seguridad*, de 10 de junio de 1999, adoptada tras el cese de los bombardeos de la OTAN, anexó como parte integrante de la misma a la *Declaración de los Presidentes y Ministros de Relaciones Exteriores del Grupo de los 8*, correspondiente a la reunión de 6 de mayo de 1999, celebrada en Petersberg, la que aprobó los objetivos de guerra de la OTAN. El punto 10 del Anexo 2 de la citada resolución hizo referencia a la "suspensión" de la acción militar (acción de tipo sancionatorio-disuasivo), y dejó latente la posibilidad de continuar con las medidas fuerza si Yugoslavia no daba cumplimiento a los principios políticos consensuados en la declaración de Petersberg. Similar uso de la fuerza operó en 1995 cuando la OTAN bombardeó bases serbio bosnias, como presión-sanción que llevó a los acuerdos de Dayton de 1995.

Bosnia-Herzegovina como Croacia han demandado ante la *Corte Internacional de Justicia (CIJ)* a la República Federativa de Yugoslavia (sucesora del gobierno de la RFSY) -denominada luego Serbia-Montenegro y más tarde Serbia- por violación al *Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio* (1948), lo que no ha impedido que las personas que cometieron esos actos fueran juzgados ante el Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia. Además, la CIJ, en la sentencia de 26 de febrero de 2007, párrafo. 179, expresa: "(...) habiendo considerado varios argumentos, (la Corte) afirma que las Partes Contratantes están obligadas bajo el Convenio a no cometer genocidio ni otros actos enumerados en el Art. III del Convenio, a través de sus órganos, personas o grupos cuya conducta les es atribuible. Por consiguiente, si un órgano del Estado, persona o grupo cuyos

²⁶ El Acta de Acusación ante el Tribunal Internacional de Nuremberg, acusaba a los violadores "personalmente y como miembros de (...) grupos y organizaciones del Gobierno del Reich".

²⁷ Artículo 5. *Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III* (el resaltado nos pertenece).

Artículo 6. *Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción* (el resaltado nos pertenece).

Artículo 8: *Toda Parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que éstos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III* (el resaltado nos pertenece).

Artículo 9: *Las controversias entre las Partes contratantes relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las partes en la controversia* (el resaltado nos pertenece).

V. nuestro trabajo "Sentido y Alcance (...)", op. cit.

actos legalmente sean atribuibles al Estado, comete cualquier acto de los proscriptos por el Art. III del Convenio, este Estado habrá incurrido en responsabilidad internacional”. Asimismo, la referida sentencia encuentra que Serbia *i.a.* “ha violado la obligación de prevenir genocidio” conforme el Convenio sobre la Prevención y Sanción del Genocidio y, como parte de la responsabilidad que le cabe, debe: *transferir a los individuos acusados de genocidio al Tribunal Penal Internacional de la Ex-Yugoslavia y cooperar con él, y *dar garantías de no repetición²⁸⁻²⁹.

La Res. 177/II de la AGNU de 21 de noviembre de 1947 (en el momento mismo de la creación de la CDI³⁰) encomendó a la Comisión que elaborara un **Proyecto de Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional (agosto de 1945) y las sentencias de ese Tribunal (Tribunal de Nuremberg)** y para que elaborara un **Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad**. Al año siguiente, por Res. 260-B III de 9 de diciembre de 1948, la AGNU pidió a la CDI que estudiara la posibilidad de la creación de un Tribunal Penal Internacional para juzgar el genocidio y otros crímenes contra la humanidad. La AG por Res. 897 (IX) de 4 de diciembre de 1954, decidió aplazar el examen del *Proyecto de Código*, por considerar que estaba íntimamente vinculado a la definición de agresión, cuestión que había encomendado a una Comisión Especial. El tema recién fue retomado en 1981, año en que la AG invitó a la CDI a ocuparse nuevamente de la cuestión. El Proyecto fue aprobado en primera lectura en 1991. Sin embargo, de conformidad a lo encomendado por la AG en su Res. 45/41 de 28 de noviembre, la CDI concluyó el Proyecto de Establecimiento de Tribunal Penal Internacional en 1994, sirviendo de base al futuro *Estatuto de Tribunal Penal Internacional*, adoptado en 1998, si bien, con importantes modificaciones. En su 48° Período de sesiones (1996), la CDI aprobó, parte en primera y parte en segunda lectura un Proyecto de artículos, designado *Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad*, centrándose en los largamente consolidados consuetudinariamente (agresión, genocidio, crimen de lesa humanidad, crimen de guerra), a pesar de que en etapas anteriores había incluido, en calidad de violaciones autónomas, a comportamientos tales como “intervención”, “reclutamiento de mercenarios”, “dominación colonial” (en general y sin especificaciones). Incluso, en el Proyecto de 1985 había incluido como “crimen” a la “agresión económica”.

Parte de este perfil, en el que la CDI ha buscado tipificar delitos-crímenes y determinar vías de sanción al individuo que cometió la grave violación, aun cuando hubiese

²⁸ El que la CIJ haya encontrado a Serbia culpable de no “prevenir el genocidio” y no le haya atribuido la responsabilidad de los hechos, pone de relieve el cambio producido en el derecho internacional en materia de prevención o diligencia debida

²⁹ Si bien, la Corte expresa en el 430 que “*un Estado no incurre en responsabilidad simplemente porque el resultado deseado no sea alcanzado, sin embargo, la responsabilidad surge si el Estado manifiestamente no ha adoptado todas las medidas para prevenir el genocidio. En esta cuestión la noción de ‘diligencia debida’ que exige una acción en concreto, es de importancia crítica*”. Cabe preguntarse cuál entendía la Corte era el resultado deseado por el Estado demandado atento a que Mladić al momento de los hechos no había dejado de ser General del ejército Yugoslavo (serbio/montenegrino), como tampoco al momento de la sentencia de la Corte había sido procesado por Serbia-Montenegro. Llama la atención que la Corte no haya considerado la cuestión, como tampoco la situación del origen de los dineros públicos ni de las armas de las fuerzas armadas de la República de Srpska.

³⁰ La primera sesión de la CDI se llevo a cabo en 1949.

obrado como agente del Estado, implica una sanción al Estado que no ha castigado a satisfacción al criminal ya que lo sustrae a su jurisdicción-protección para juzgarlo ante tribunales internacionales o vía jurisdicción universal. Confirma esta percepción el que la CDI se halle trabajando desde 2005 en el Proyecto titulado ***La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare)*** (Relator Zdzislaw Galicki). El origen de la obligación está en normas consuetudinarias, principios generales, a más de una decena de tratados³¹, estando íntimamente vinculado a la jurisdicción universal³².

Tal como lo señaláramos, la AG NU por Res. 799 (VIII), de 7 de diciembre de 1953, solicitó a la CDI que procediera a la **codificación de los principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad de los Estados por ilícitos**. La CDI comenzó en 1955 sus labores en el tema, designando a través de varias décadas de trabajo diversos relatores (García Amador, Ago, Riphagen, Arangio Ruiz, Crawford). García Amador trabajó sobre la base del proyecto de la Sociedad de Naciones en materia de responsabilidad por daños a personas y bienes de extranjeros³³. En los debates de la AG NU de los años 1960 a 1962 la URSS y otros países socialistas y del Tercer Mundo observaron al Proyecto de García Amador la falta de previsiones especiales para violaciones graves que impactaban sobre los fundamentos mismos del derecho de gentes, como la agresión. Recogiendo esa crítica, el segundo relator (Roberto Ago) consideró viable un tratamiento dual que distinguiera las violaciones que afectaban a la comunidad en su conjunto de las otras violaciones³⁴. En 1976, la CDI incorporó la distinción entre delitos y crímenes internacionales en el Art. 19 del Proyecto sobre Responsabilidad de los Estados. En los Comentarios al Art. 19 (28º Período de sesiones-1976), el Relator hizo presente, en el punto 15, que “(l)a necesidad de distinguir, dentro de la categoría general de hechos internacionalmente ilícitos de los Estados, a una categoría aparte que abarque los casos de

³¹ Entre esos convenios se cuentan *i.a.*: La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (Nueva York, 26 de noviembre de 1968); la Convención para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (La Haya, 16 de diciembre de 1970); el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil (Montreal, 23 de setiembre de 1971); la Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo (Washington, 2 de febrero de 1971); la Convención para la Prevención y Castigo de Crímenes contra las Personas Internacionalmente protegidas (Nueva York, 14 de diciembre de 1973); la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes (Nueva York, 17 de diciembre de 1979); la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 26 de junio de 1984); la Convención para la Supresión de actos Delictivos contra la Seguridad de la Aviación Civil Marítima (Roma, 10 de marzo de 1988); Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 8 de enero de 2001); Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York, 23 de septiembre de 2003); etc.

³² V Informe 2008 de la CDI, en particular el Capítulo IX, numeral 327, el que expresa: “*Se sugirió que, en su informe siguiente, el Relator Especial siguiera ocupándose de cuestiones sustantivas generales y propusiera artículos concretos relativos a la obligación de extraditar o juzgar, como la cuestión de su fuente (derecho consuetudinario, principio general del derecho), su relación con la jurisdicción universal, los delitos sobre los que versaría la obligación (en particular, los crímenes graves según el derecho internacional) y la llamada "triple opción". Se expresó la opinión de que el Relator Especial, tras haber aportado pruebas del carácter consuetudinario de la obligación, debía proseguir el estudio de esas cuestiones sustantivas. Posteriormente, el Relator Especial podría examinar las cuestiones de procedimiento, como las posibles razones para denegar la extradición, las garantías en caso de extradición o cómo responder a solicitudes simultáneas de extradición (...)*” (www.un.org).

³³ A pesar de ello y como un “asunto crucial”, se cuestionó sobre la posibilidad de aplicar al Estado sanciones punitivas.

³⁴ *CDI Anuario*, 1969, Vol. 1, p. 257.

ilicitud excepcionalmente graves, se hizo sentir (...) más evidentemente al finalizar la Segunda Guerra Mundial (...). En el punto 16, señaló que “(t)res circunstancias parecen tener, a juicio de la Comisión, una importancia considerable como prueba directa o indirecta de ese convencimiento: a) la distinción, consagrada recientemente en el marco de las normas de derecho internacional, de una categoría especial de normas calificadas de “imperativas” o de *jus cogens*; b) el establecimiento del principio en virtud del cual el individuo-órgano que con su comportamiento ha violado obligaciones internacionales de un determinado contenido debe ser considerado personalmente punible, a pesar de haber actuado en calidad de órgano del Estado (...); c) el hecho de que la Carta de las NU atribuya consecuencias que se determinan especialmente a la violación de ciertas obligaciones internacionales (...). En el punto 59 del Comentario explicó que había optado por la denominación “crimen internacional” por haberse convertido en una expresión de uso corriente en la práctica de los Estados, en las obras científicas contemporáneas, en resoluciones de la Sociedad de Naciones y de las NU, como así también en instrumentos internacionales relevantes. En ese mismo punto subrayó la necesidad de no confundir “crimen internacional” (atribuible al Estado) con crimen *de* derecho internacional (imputable al individuo que cometió el hecho)³⁵. La primera parte del proyecto (origen de la responsabilidad internacional) fue aprobada en primera lectura en 1980. La segunda parte (contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional) y la tercera (solución de controversias y modalidades de hacer efectiva la responsabilidad), fueron aprobadas en 1996, permaneciendo la “distinción entre delitos y crímenes internacionales”.

En 1997 fue designado relator Crawford. Trató de conciliar las posiciones de objetivistas y subjetivistas, aun cuando él perteneciera a los segundos. Su primera meta fue suprimir la distinción entre delitos y crímenes (artículo 19 del Proyecto de Ago), sin embargo, terminó manteniendo la diferencia al referirse a “normas imperativas de derecho internacional general”, aun cuando las vació de contenido, conllevando incoherencias sustantivas y formales al proyecto en su integridad, especialmente a la Segunda Parte, Capítulo III (Contenido de la responsabilidad internacional del Estado - Violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general) y a la Tercera Parte (Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado). El Proyecto de la CDI de 2001, sigue conteniendo los elementos esenciales de la “revolución” de Ago, sin embargo, la revolución ha sido mutilada. Las incoherencias que la puja entre objetivistas y subjetivistas han dejado en el proyecto se manifiestan en la Res. 56/82 AGNU (adoptada sin votación pero no por consenso), la que en lugar de adoptar el Proyecto elevado por la CDI a modo de Declaración de la AG NU o convocar a Conferencia Internacional para negociar una Convención multilateral sobre la base del proyecto de la CDI -como esta última lo había sugerido-, se limitó a felicitar a la Comisión por su labor y encomendarle tratar el tema de responsabilidad por ilícito y el de responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional con *visión de conjunto*, centrándose en la obligación de prevención, eje de articulación entre el acto lícito y el ilícito, tal como lo señaláramos hace más de una

³⁵ Esta última designación se mantiene en los documentos internacionales específicos relativos a la sanción de los individuos.

década³⁶. Es de observar que la falta de diligencia debida no es una simple omisión, ya que no constituye violación de una norma concreta de hacer, sino violación de una norma general, difusa, de resultado (vg. no causar daño transfronterizo), que se concreta a nivel interno en obligaciones de comportamiento para que no se produzcan efectos negativos en el ámbito internacional, efectos que, bajo ciertas condiciones, podrían generar responsabilidad internacional³⁷.

El Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en su 53º Período de Sesiones (2001), en su artículo 58, establece que “*Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre del Estado*”. Mientras, el *Estatuto de la Corte Penal Internacional*, en su Art. 25 (4) dispone: “*Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme el derecho internacional*”.

El Proyecto de 2001 en materia de responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, tal como lo señaláramos con anterioridad, eliminó la distinción entre delitos y crímenes, sin embargo, se vio forzado a mantener la distinción entre los delitos en general y las “*violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general*”, tratadas en el Capítulo III del referido proyecto. A pesar de ello, dada la aversión de los subjetivistas a esa distinción, el Capítulo sólo consta de dos artículos vacíos de contenido: Arts. 40 y 41. El Art. 40, en el párrafo primero se limita a reiterar el título del Capítulo; el párrafo segundo sólo enuncia un elemento característico de todas las figuras conocidas y aceptadas de violación de norma imperativa: la flagrancia y la sistematicidad. Por su parte, el Art. 41, referido a las “*Consecuencias particulares de la violación grave de una obligación en virtud del presente capítulo*”, a pesar de su título, no considera en absoluto la cuestión, ya que no contempla ninguna consecuencia para el violador. Por el contrario, como si su cometido no hubiera sido el de regular sobre las consecuencias expresa: “*El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las demás consecuencias enunciadas en esta parte y de toda otra consecuencia que una violación a la que se aplique el presente capítulo pueda generar según el derecho internacional*”. Hace referencia a “*demás consecuencias*”, “*toda otra consecuencia*”, cuando no contempló alguna para el violador. Sorprendentemente, el proyecto, no se ocupa de la nueva obligación que surge para el infractor (norma secundaria) sino que establece normas primarias para terceros inocentes y, además, afectados *in stirpes*. Así, el párrafo primero establece: “*Los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación*

³⁶ DRNAS DE CLÉMENT, Z. La diligence due comme lien entre la responsabilité découlant d'un acte illicite international et la responsabilité découlant de conséquences préjudiciables d'activités non interdites par le droit international (www.acaderc.org.ar).

³⁷ V. *Annuaire de la CDI*, 1981, Vol. II, Parte I, p. 123, par.40. V. asimismo el fallo del Tribunal Arbitral en el asunto relativo a los buques *Alabama y Florida* (1872); el dictamen del Tribunal Arbitral Mixto en el Asunto de la *Fundición de Trail* (1941); las sentencias de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el asunto relativo a la *Fábrica de Chorzow* (1927), en el asunto relativo al *Trato dado a los nacionales polacos* (1932), en el asunto relativo a las *Zonas Francas* (1932); las sentencias de la CIJ en los asuntos *Canal de Corfú (Cuestión de fondo)* (1949), *Personal Diplomático y Consular en Teherán* (1980).

grave en el sentido del artículo 40”. Más aún, el artículo proyectado no se anima ni a señalar siquiera con quién deben cooperar los Estados. Ello resulta más sorprendente si se tiene en cuenta la supremacía de la Carta de Naciones Unidas y sus regulaciones en materia de paz y seguridad internacionales³⁸. El “*Texto del proyecto de artículos con sus comentarios, aprobado por la Comisión en su 53º período de sesiones*”, en el párrafo 2 del comentario al artículo de referencia (p. 310) señala que la cooperación podría darse en el marco de una “cooperación no institucionalizada”. Si se tratara de cooperación no institucionalizada, extra Carta de Naciones Unidas, nos encontraríamos en presencia de manifestaciones de legítima defensa colectiva o contramedidas³⁹. Otra norma primaria que dicta para terceros inocentes es la que expone a continuación en el mismo artículo: “Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación”. Es posible observar, sin mayores consideraciones, la dificultad que ha encontrado la CDI para mantener la distinción no deseada entre delitos en general y violación de normas imperativas de derecho internacional general.

Similar tensión entre objetivistas y subjetivistas es observable en el Proyecto de la CDI sobre ***Responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales***, ya que el mismo se basa en la estructura y contenidos sustanciales del proyecto de 2001 en materia de responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, manteniéndose sin modificaciones los artículos más sensibles irresueltos en la puja doctrinaria señalada⁴⁰.

2. Responsabilidad por las consecuencia de actos no prohibidos por el DI

El Proyecto sobre “***Responsabilidad Internacional por las Consecuencias Perjudiciales de Actos No Prohibidos por el Derecho Internacional (Prevención del Daño Transfronterizo Resultante de Actividades Peligrosas)***” ha sido aprobado en segunda lectura en 2001 por la CDI tras más de 20 años de labor.

La AG NU, por *Res. 50/45*, había solicitado a la CDI la conclusión de los trabajos sobre el tema atento a que el mismo estaba en su programa de trabajo desde 1978, habiendo actuado como Relatores Robert Q. Quentin-Baxter (1978-1984) y Julio Barboza. (1985-1996). En consecuencia, la CDI, en 1996 elevó a la AG un Proyecto de 22 artículos. De conformidad a la *Res. 51/160 de la AG NU*, la CDI estableció un Grupo de Trabajo (GT) para determinar las modalidades del nuevo tratamiento del tema, atento al debate llevado a cabo en la Sexta Comisión de la AG NU y las observaciones efectuadas al proyecto de la CDI por los gobiernos. El referido GT señaló *i.a.* que: *el ámbito y el contenido del tema seguían siendo poco claros debido a dificultades conceptuales y teóricas; *el título no

³⁸ V. nuestro trabajo “*Alcance y Sentido de la Determinación de una Amenaza a la Paz (...)”, Op. Cit.

³⁹ V. nuestro trabajo *Las Contramedidas en el Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos de 2001 y los Estados lesionados “in stirpes”* (www.acaderc.org.ar), en el que destacamos las incoherencias del Proyecto en materia de contramedidas.

⁴⁰ V. nuestros trabajos “Responsabilidad internacional de los Estados por violaciones a normas imperativas de derecho internacional general”, en *Estudios de Derecho Internacional, Libro Homenaje al Prof. Santiago Benadava*, Santiago, 2008; *Algunas consideraciones en torno al concepto de “Organización Internacional” (OI) en el Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad por hechos ilícitos de las OI* (www.acaderc.org.ar).

parecía idóneo; *la relación con la cuestión de la responsabilidad era cuestionable. De conformidad a ello, en el mismo período, la CDI decidió proseguir su labor sobre el tema responsabilidad por actos no prohibidos y tratar en primer lugar la cuestión de la prevención en una sección subtitulada "*Prevención de los Daños Transfronterizos Causados por Actividades Peligrosas*". Designó Relator del tema a Pemmaraju Sreenivasa Rao. Basándose en el informe del Grupo de Trabajo, Rao propuso la revisión de los proyectos (A/CN.4/L.556). En consecuencia, el enfoque del Proyecto sobre Responsabilidad por las consecuencia perjudiciales de actos no prohibidos centrado en la prevención del daño transfronterizo, comenzó recién en 1997.

La CDI en su 53º Período de Sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001) aprobó en segunda lectura -tal como lo señaláramos- el proyecto sobre "Prevención del Daño Transfronterizo Resultante de Actividades Peligrosas"⁴¹. En 2002 la Comisión decidió volver a incluir el tópico "Responsabilidad internacional por las consecuencias dañosas de actos no prohibidos por el Derecho internacional" y comenzar la consideración de la segunda parte del tema "Prevención de los Daños Transfronterizos Causados por Actividades Peligrosas". En 2004 la CDI aprobó en primera lectura un proyecto de ocho artículos. En 2006 (58º período de sesiones) recomendó a la AG NU que -mediante resolución- hiciera suyo el proyecto de ***Principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*** (ocho artículos relativos a las medidas *ad intra* a adoptar por un Estado para no incurrir en falta de diligencia debida/falta de prevención/ilícito en caso de producirse un daño emergente de actividades no prohibidas).

Hemos considerado correcto el centramiento de la cuestión en la "prevención", y el enunciamiento de los comportamientos exigibles al Estado en el plano interno para que, de conformidad al riesgo de daño transfronterizo que las actividades desarrolladas por los particulares bajo su jurisdicción entrañan, actúe diligentemente en el control de las mismas. De no obrar así, el Estado habría de incurrir en la responsabilidad por hecho ilícito contemplada en el artículo 11 del Proyecto sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos.

El proyecto aprobado por la CDI en 2001, en su artículo 11 establece:

Art. 11. Responsabilidad que el Estado Reconoce y Adopta como Propio.

El comportamiento que no sea atribuible al Estado en virtud de los artículos precedentes se considerará, no obstante hecho de ese Estado según el derecho internacional en el caso y en la medida en que el Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio".

Si bien, el Proyecto de la CDI no ha hecho relación directa a actos de particulares, a ellos se refiere (individuos o entidades que no han actuado en ejercicio de atribuciones del poder público). La CDI en los comentarios ha señalado que la Corte en el *Asunto Relativo al Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Teherán*, dio tratamiento especial a la situación particular, pero que los verbos "reconocer" y "adoptar" tienen un

⁴¹ A/CN.4/L.601, 3 de mayo de 2001.

significado particular que requiere que el Estado haya tenido la “intención” de aceptar la responsabilidad, de “identificar” la conducta y hacerla suya⁴².

Indudablemente, bajo las condiciones requeridas por la CDI, la reclamación por falta de diligencia debida se torna ilusoria actualmente, ya que - con la visión subjetivista que predominó en el proyecto de 2001- es necesario para determinar la responsabilidad del Estado contar con su voluntad de aceptar la responsabilidad, lo que luce improbable a la hora de enfrentarse con consecuencias indeseables. Lejos está tal posición de la de Grocio⁴³ o de la consagrada en el arbitraje de Max Huber en el *Asunto relativo a las Reclamaciones Británicas en la Zona Española de Marruecos*, en el que el árbitro señaló que la falta de responsabilidad por parte del Estado por hechos de movimientos insurreccionales no excluye el *deber general* de ejercer cierta vigilancia, cabiendo la posibilidad de que el Estado sea responsable por haber dejado de hacer lo que debía para evitar esos hechos o sus consecuencias⁴⁴. También está lejos de lo decidido por la CIJ en la sentencia de 24 de mayo de 1980, en el *Asunto relativo al Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Teherán*, en la que señaló -sin referencia alguna a situación especial como lo señala el comentario de la CDI- que "la política oficial iraní de permitir que se mantenga ocupada la embajada y la retención de los rehenes" "transformaba en acto del Estado el comportamiento de los militantes"⁴⁵. Asimismo, en el *Asunto Noyes* quedó sentado que un Estado no es responsable por actos de los particulares a menos que haya faltado a sus deberes de diligencia debida. La Comisión Arbitral, en ese caso (Estados Unidos c. Panamá), en sentencia de 22 de mayo de 1933, descartó la responsabilidad de Panamá por los daños sufridos por el ciudadano estadounidense Noyes a manos de particulares en Panamá, en tanto el Estado panameño no violó el deber general de mantener el orden, según lo requerían las circunstancias propias de una manifestación pública⁴⁶.

La CDI ha calificado a la prevención como un principio "bien establecido"⁴⁷. Efectivamente, la "responsabilidad" del Estado por acto lícito dañoso, constituye una cuestión largamente solucionada en el derecho internacional general, la doctrina y la jurisprudencia, como también lo es, lo atinente a las modalidades diferenciadas de reparación según se trate de responsabilidad por acto lícito dañoso o acto ilícito⁴⁸.

⁴² CDI, Informe 2001, Comentarios, pp. 122 y ss.

⁴³ V. *supra*.

⁴⁴ *Recueil des Sentences Arbitrales*, Vol. II, pp. 640-646.

⁴⁵ CIJ *Recueil 1980*, paras. 74 y 87.

⁴⁶ *Recueil de Sentences Arbitrales*, Vol. VI, pp. 308, 311. V. nuestro trabajo, "La Diligencia Debida como Eje de Articulación entre el Ilícito Internacional y la Responsabilidad por las Consecuencias Perjudiciales de Actos No Prohibidos por el Derecho Internacional, en REY CARO, E. J. *et al.*- *Derecho Internacional Ambiental. Nuevas Tendencias*, Estudios de Derecho Internacional., Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1998

⁴⁷ Informe de la CDI, 53º Período de Sesiones 1 de mayo a 9 de junio y 10 de julio a 18 de agosto de 2001. Comentario al Proyecto de Prevención del Daño Transfronterizo Resultante de Actividades Peligrosas, p.418-419.

⁴⁸ V. *i.a.*: la sentencia de la CPJI de 13 de septiembre de 1928, en el *Asunto Relativo a la Fábrica de Chorzów* (Alemania c. Polonia), que señala las diferentes modalidades de reparación según se trate de responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y los hechos lícitos dañosos.

Bien ha señalado el Grupo de Trabajo de la CDI, encargado de recomendar al plenario el enfoque adecuado del tema, que la prevención y la responsabilidad son dos cuestiones diferentes. Una constituye norma primaria y la otra derivada⁴⁹.

Es decir, una cosa es la regulación de las obligaciones internacionales que corresponde asumir el Estado para prevenir que se produzcan daños transfronterizos y cuya violación implica ilícito internacional y otra cosa es la regulación de las modalidades de reparación en caso de daño proveniente de acto lícito dañoso, el que se corresponde a las situaciones en que se produce daño a pesar de haberse adoptado las medidas de prevención requeridas según el caso. De no haberse obrado conforme al estándar mínimo de precaución y haberse producido un daño transfronterizo estaríamos en presencia de un hecho ilícito.

Consideramos un error que la CDI haya hecho hincapié "en la obligación de prevención (endonorma), *por oposición* a la obligación de reparar, remediar o indemnizar (perinorma)" y haya señalado que "la política *preferida* debe ser la prevención" (el resaltado nos pertenece). La concepción de "prevención" en este caso tiene una connotación distinta a la de "prevención" en el contexto de la protección del medio ambiente, si bien es parte de ella en tanto busca que a través del obrar diligente del Estado los sucesos dañosos transfronterizos no se produzcan, o que sucedidos, sus efectos sean minimizados. En el primer caso, se refiere a las obligaciones específicas de las gestiones del riesgo, las que tienen su origen en la virtualidad de los distintos comportamientos u omisiones tolerados *ad intra* de un Estado aptos para producir un daño. El grado de intervención a que está obligado el Estado depende de la magnitud de las fuerzas en juego (grado de riesgo conocido o esperado) y difícilmente puede ser regulado en todas sus manifestaciones, como tampoco cabe que internacionalmente se pretendan regular comportamientos internos cuando la norma consuetudinaria consolidada impone sólo una obligación de resultado (norma primaria, endonorma): no causar daño transfronterizo. Las obligaciones de comportamiento que ponen en evidencia la adecuada diligencia debida (medidas de prevención) se expresan también en normas primarias, endonormas y no constituyen normas derivadas, perinormas, ni normas en materia de responsabilidad. Se trata de estándares mínimos internos nacionales exigidos internacionalmente, y que consagran el deber del Estado de determinar el riesgo que entrañan ciertas actividades e imponer *ad intra* las medidas que deben adoptarse con relación a esas actividades para prevenir todo daño transfronterizo.

Por amplia y profunda que sea la prevención, no garantiza que el daño no vaya a producirse. Lo que asegura es que no se configure acto ilícito por falta de debida diligencia. Es decir, a pesar de haber cumplido un Estado con la obligación de prevención de modo satisfactorio, producido un daño transfronterizo, surgirá la obligación del responsable de la actividad de reparar los efectos perjudiciales producidos (responsabilidad civil por actividades lícitas riesgosas o no). De no haber cumplido el Estado con las obligaciones de prevención deberá responder por ilícito internacional.

En coherencia plena con esta percepción, el artículo 27 del Proyecto de Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, dispone que el hecho de que pueda invocarse una circunstancia que excluya la ilicitud (consentimiento,

⁴⁹ V. *infra*.

legítima defensa, contramedidas, fuerza mayor, peligro extremo, estado de necesidad) no significa que no deba indemnizarse cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión. Incluso, producido un daño involuntario, procedente de actividad no riesgosa, quien ha provocado el daño debe resarcir a la víctima inocente con indemnización equivalente al daño sufrido, en base a razones de equidad de distinto fundamento jurídico-ético, que no es oportunidad considerar. Esta obligación secundaria se mantiene en un plano de relación entre particulares que no involucra al Estado como ente público. El Estado recién se verá llamado a responder internacionalmente si no ha cumplido con sus obligaciones de diligencia debida (prevención), existentes de conformidad al derecho internacional (convencional o consuetudinario) o no ha obstaculizado-permitido obstaculizar la satisfacción efectiva en el plano privado.

En la CDI se ha considerado no necesario, ni funcional, elaborar listas de actividades que entrañen riesgo de causar daño transfronterizo, respecto de las cuales los Estados deban adoptar medidas de prevención (tal como se propusiera varias veces a la CDI durante la elaboración del proyecto⁵⁰), ya que no es posible enunciarlas a todas. Además, se ha afirmado que en poco tiempo tal lista correría el riesgo de quedar desactualizada. No obstante, ello no impide que, en Anexos, se consignen actividades prohibidas por el daño cierto que implican. Por otro lado, nada impediría que en Conferencia de los Estados Partes tales listas se actualizaran conforme al avance de los desarrollos científicos.

Es de observar, que la *Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación*, fruto en su mayor parte de las labores de la CDI entre 1970 y 1996, adoptada por Resolución de la AG NU 51/229 de 21 de mayo de 1997, cuenta con un altamente significativo bajo número de suscripciones y ratificaciones. Entendemos que ello es consecuencia de la falta de la visión sistémica de los temas de responsabilidad (tanto por acto ilícito como lícito dañoso) y la adecuada ubicación del tratamiento de la prevención-diligencia debida. Esta afirmación se sustenta en la visualización del uso de los cursos de agua como uno de los tantos aprovechamientos lícitos de un bien bajo soberanía del Estado, pero que, por los riesgos que entraña, requiere por parte del Estado de la jurisdicción la adopción de medidas de prevención. El Proyecto de la CDI relativo a *Recursos Naturales Compartidos* internacionales para fines distintos de la navegación, al igual que la convención sobre cursos de agua, se ocupa de aprovechamientos que constituyen actos no prohibidos por el Derecho internacional pero que tienen el riesgo de causar daño transfronterizo, buscando cristalizar los estándares mínimos exigidos internacionalmente para no incurrir en falta de diligencia debida a la hora de aprovechar esos bienes. Ambos proyectos debieron haber sido tratados como unidad indisoluble, juntamente con el proyecto sobre prevención de daños transfronterizos, tomando en consideración los principios generales y las normas consuetudinarias ya consolidadas en el derecho internacional.

Reflexiones finales

⁵⁰ Informe de la CDI, 53º Período de Sesiones, 23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001, p. 422.

Las incoherencias fruto de la puja entre objetivistas y subjetivistas ha llevado a la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución de 8 de enero de 2008 (*Res. 62/61 Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*) a disponer en su parte resolutive:

1. Señala nuevamente a la atención de los gobiernos los artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, sin perjuicio de la cuestión de su futura aprobación o de la adopción de otro tipo de medida, según corresponda;
2. Pide al Secretario General que invite a los gobiernos a presentar sus observaciones por escrito sobre medidas futuras relativas a los artículos;
3. Pide también al Secretario General que actualice la compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales relativas a los artículos y que invite a los gobiernos a presentar información sobre su práctica a ese respecto y le pide además que presente esos textos con suficiente antelación a su sexagésimo quinto período de sesiones

En la misma fecha, con relación a la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (*Res. 62/68. Examen de la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas y asignación de la pérdida en caso de producirse dicho daño*), en su parte resolutive establece:

- “1. Acoge con satisfacción la conclusión de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas y la asignación de la pérdida en caso de producirse dicho daño, así como la aprobación de los respectivos proyectos de artículos y de principios y los comentarios sobre esos temas; (...):
3. Señala a la atención de los gobiernos los artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas presentados por la Comisión, cuyo texto figura en el anexo de la presente resolución, sin perjuicio de las medidas que puedan adoptarse, según recomendó la Comisión con respecto a los artículos;
4. Señala una vez más a la atención de los gobiernos los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas presentados por la Comisión, cuyo texto figura en el anexo de la resolución 61/36 de la Asamblea, sin perjuicio de las medidas que puedan adoptarse, según recomendó la Comisión con respecto a los principios;
5. Invita a los gobiernos a presentar sus observaciones sobre las medidas que puedan adoptarse, especialmente sobre la forma de los respectivos artículos y principios, teniendo presentes las recomendaciones formuladas por la Comisión al respecto, en particular, sobre la elaboración de una convención basada en el proyecto de artículos, así como sobre las prácticas relacionadas con la aplicación de los artículos y principios;
6. Decide incluir en el programa provisional de su sexagésimo quinto período de sesiones el tema titulado “Examen de la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas y asignación de la pérdida en caso de producirse dicho daño”.

En resumen, tras casi sesenta años de labor en el tema de la responsabilidad, la inconciliable puja entre objetivistas y subjetivistas traba desde su base “el proyecto” más antiguo y sensible⁵¹ de la CDI. Hacemos referencia a “el proyecto”, ya que la serie de proyectos referidos *supra* sólo pueden cerrarse, encauzarse, si se tratan unitariamente y se configuran con criterio integral e interdependiente, ajenos a toda preconcepción doctrinaria.

⁵¹ Sin responsabilidad no hay derechos.