

RESPONSABILIDAD
INTERNACIONAL

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

Ernesto J. Rey Caro
Director

Zlata Drnas de Clément
Coordinadora

Zlata Drnas de Clément
Esther Mathieu
Arturo Santiago Pagliari
Ernesto J. Rey Caro
María Cristina Rodríguez
Graciela Rosa Salas
María Alejandra Sticca
Marta Susana Sartori

Córdoba
2008

*El presente volumen es una publicación del
Instituto de Derecho Internacional Público y de Derecho de la Integración
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
Volumen III*

Responsabilidad Internacional / Ernesto J. Rey Caro ... [et.al.] coordinado por Zlata Drnas de Clément. - 1a ed.
Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009.
232 ps.; 23x16 cm.
ISBN 978-987-1123-53-7
1. Derecho Internacional. I. Ernesto J. Rey Caro II. Zlata Drnas de Clément, coord.
CDD 341 Fecha de catalogación: 25/03/09

*Copyright Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba
Artigas 74 - 5000 Córdoba
Impreso en la Argentina
Queda hecho el depósito que prevé la ley 11.723
I.S.B.N. N° 978-987-1123-53-7*

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

*AUTORIDADES
(Período 2007 - 2010)*

LUIS MOISSET DE ESPANÉS
Presidente

JUAN CARLOS PALMERO
Vicepresidente

JULIO I. ALTAMIRA GIGENA
Secretario

JORGE DE LA RÚA
Tesorero

ARMANDO S. ANDRUET (h)
Director de Publicaciones

Dirección: Gral Artigas 74- 5000 – Córdoba
Tel./Fax (0351) 4214929
E-mail: secretaria@acaderc.org.ar
Consulte novedades doctrinarias en la
Página Web: www.acaderc.org.ar
REPÚBLICA ARGENTINA

Presidentes Honorarios

Dr. PEDRO J. FRÍAS

Dr. OLSEN A. GHIRARDI

PRESENTACIÓN

Las disciplinas que profesamos brindan hoy una cada vez más atractiva problemática para ser estudiada y abren numerosas vertientes para ser exploradas por el investigador. Prueba de ello es la abundantísima bibliografía de la que disponemos sobre la variada temática del derecho internacional y del derecho de la integración, comprensiva no sólo de obras generales, sino de estudios especializados sobre múltiples subtemas y aspectos puntuales de cada institución.

Las inquietudes de los miembros del Instituto se han orientado en las sesiones del período de actividades finalizado hacia variados aspectos de la responsabilidad internacional y, aunque la dedicación ha sido pródiga, la sensación que ha quedado es la de haber abordado sólo una ínfima porción de esta vasta problemática.

Ello es comprensible, en razón de que el nombre de tal institución, “Responsabilidad internacional”, ya genera interrogantes sobre su significado en el de derecho de gentes, y las definiciones enunciadas dejan siempre resquicios que permiten apreciar que no han logrado abarcar todos los trazos de ésta. Qué decir cuando se pretende desentrañar su contenido, sus notas características, su aplicación en el derecho internacional. Por otra parte, con la vertiginosa evolución que experimenta la comunidad internacional que se proyecta en el ensanchamiento de los ámbitos personal, temporal, espacial y material de la disciplina, surge que es una problemática abierta, a veces, insondable, en la que todo no está dicho, en la que no existe la última palabra, en la que caben diferentes enfoques.

El concepto que nos proporcionaron los autores “clásicos”, más allá de aquellos elementos casi consustanciados con la institución, luego experimentó un proceso de revisión y de adaptación a las nuevas realidades del mundo contemporáneo, constituyendo estas mutaciones nuevos desafíos para el estudioso.

Este reto ha actuado como incentivo para la elaboración de los trabajos que se incluyen en esta entrega de los Cuadernos del Instituto los que, como se advierte, no sólo abordan aspectos “tradicionales”, sino también las nuevas proyecciones de la responsabilidad internacional, particularmente, en el campo de las organizaciones internacionales. Reiteramos una advertencia usual en estas presentaciones: la tarea ha de continuar, siempre con la esperanza de reflejarla en una nueva publicación.

Ernesto J. Rey Caro

INTRODUCCIÓN

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL. REFLEXIONES SOBRE SU EVOLUCIÓN

*Ernesto J. Rey Caro **

Pocas instituciones del derecho internacional están tan consustanciadas con la esencia de este ordenamiento jurídico como la de la responsabilidad. *“La responsabilité est un élément chef d’un système juridique -sostiene Cottureau-¹, au point qu’en son absence il faudrait sans doute s’interroger sur la nature du système que l’on étudie”*. Según Rousseau, la responsabilidad internacional es *“l’institution juridique en vertu de laquelle l’Etat auquel est imputable un acte illicite selon le droit international doit réparation à l’Etat à l’encontre duquel cet acte a été commis”²*. Es incuestionable que el valor práctico de un orden jurídico determinado depende de la eficacia de las reglas sobre la responsabilidad y su importancia como pieza esencial, es aún mayor en el orden internacional. *“La existencia de un orden jurídico internacional -sostiene Anzilotti-, demanda que los sujetos a los que se imponen deberes deben igualmente responder del incumplimiento de los mismos. Esta es, sin duda, la convicción de los Estados manifestada por una práctica constante y firme y expresada, igualmente, a veces en disposiciones precisas de los tratados”³*.

No es muy simple dar una noción o definición de responsabilidad en razón de las marcadas divergencias, a veces, sustanciales, sobre su función, sin perjuicio de que sea entendida como una regla o un conjunto de reglas que deben observarse. Existe entre los autores cierta coincidencia en destacar el carácter consuetudinario de las normas para hacer efectiva la responsabilidad. Sin embargo, tal concordancia desaparece a la hora de abordar la verdadera naturaleza de la o de las reglas en sí mismas. Con frecuencia, la responsabilidad es examinada y hasta definida desde perspectivas muy puntuales o particulares. Con relación a la protección diplomática, se ha dicho que la puesta en juego de y el establecimiento de la responsabilidad internacional dependen en gran medida de la organización del poder y de la efectividad del control ejercido por el Estado⁴.

El tema ha acaparado la atención de los internacionalistas desde las primeras obras generales elaboradas, usualmente, vinculándolo con el incumplimiento del Estado de sus obligaciones internacionales, o en el contexto de la inobservancia de determinados deberes, como el cumplimiento de los tratados internacionales *-pacta sunt servanda-* o los daños ocasionados a bienes o nacionales extranjeros, y también en el capítulo de la guerra, materia esta última a la que la doctrina le asignaba una particular relevancia hasta mediados del siglo pasado.

Grocio, en su célebre obra *De jure belli ac pacis*, publicada en 1625, abordó la cuestión en el Capítulo XVII, dedicado al daño causado injustamente y la obligación resultante. Allí, inicialmente afirma *“D’une telle faute, s’il y a eu un dommage causé, naît naturellement une obligation, qui a pour objet de le réparer”⁵*.

Vattel, refiriéndose a los tratados, sostiene que ellos son sólo vanas palabras si las naciones no las consideran como obligaciones respetables, como reglas inviolables para los soberanos, y sagradas para toda la tierra. *“Aquel que viola sus tratados -reitera- viola al mismo tiempo el derecho de gentes porque desprecia la fe de los tratados, aquella fe que la ley de las naciones declara sagrada [...] Doblemente culpable hace también injuria a su aliado, hace injuria a todas las naciones y ofende al género humano”⁶*. Fiore, aborda el tema en el capítulo dedicado a la responsabilidad de los Estados por los daños ocasionados a los extranjeros. En su parecer, el derecho internacional considera como hechos ilícitos o como lesiones, los ataques inmotivados contra los derechos fundamentales de las personas que están bajo su tutela, particularmente contra la libertad, contra su honor y contra su propiedad. *“Toda lesión de esta naturaleza -dice-*

obliga al autor a repararla, porque las leyes eternas de la justicia exigen que el orden social sea restablecido siempre que se vea violado por una iniquidad cualquiera”, y a continuación se pregunta: “¿cuál es la naturaleza de la responsabilidad del Estado?; ¿cuáles son las reglas según las que debe ser exigida dicha responsabilidad?; ¿cómo debe determinarse la cuantía y la extensión de la misma?”. Termina reconociendo que estas cuestiones son en extremo delicadas y de difícil solución ⁷. Estas últimas reflexiones ponen de manifiesto las dificultades que ofrece la temática y la diversidad de perspectivas con que podía ser examinada, y nos estamos refiriendo a una época de vigencia del llamado derecho internacional “clásico”, cuando todavía no se habían operado las grandes transformaciones en la comunidad internacional que habrían de agregar nuevos enfoques de la problemática de la responsabilidad internacional. Por su parte, Bluntschli, al tratar la violación del derecho internacional y los medios de reprimirla, ya señala que el poder del derecho se manifiesta, en el derecho internacional también, en el hecho de que nuevos derechos nacen de la violación misma del derecho ⁸. Curiosamente, ninguno de los autores citados, ensaya una definición de la institución en consideración.

En realidad, la expresión “responsabilidad internacional del Estado”, comienza a difundirse a partir de fines del siglo XIX, pero la consideración del tema, en forma orgánica y con una visión integral de los diversos aspectos comprendidos en la problemática, recién aparece en el siglo pasado y, generalmente, asociada a un acto u omisión o hecho que se consideraran ilícitos desde la perspectiva internacional. Como se ha dicho, el tema es de la mayor importancia por cuanto en lo político, vino a reemplazar a las vías de hecho que por mucho tiempo se utilizaron para resolver las cuestiones surgidas cuando un Estado se consideraba lesionado, y en lo jurídico porque aquella noción encierra la parte medular del derecho internacional, más allá de que fuera una materia insuficientemente dilucidada. “Cada vez que un Estado quiere hacer efectiva la responsabilidad -señala Podestá Costa- aparecen en juego normas fundamentales del derecho y de la convivencia internacional, como son la soberanía y la independencia de los Estados” ⁹.

El estudio de la responsabilidad internacional se fue enriquecido con las transformaciones experimentadas en el derecho de gentes, particularmente con la aparición de las organizaciones internacionales y de otros sujetos, y por la dimensión que asume la responsabilidad del individuo frente a determinadas violaciones del derecho internacional. Por otra parte, la responsabilidad por los hechos no prohibidos por el ordenamiento jurídico internacional, la responsabilidad por riesgo, rara vez mereció la atención de los autores. Asimismo, en la concepción clásica las relaciones de responsabilidad, se manifestaban como relaciones de Estado a Estado.

Con mucho acierto, Pérez González, en un capítulo de una obra ahora colectiva, ha sintetizado las premisas sobre las que se asentó tradicionalmente la reglamentación jurídica del hecho internacionalmente ilícito y sus consecuencias. Destaca, en primer lugar, que el origen de la responsabilidad internacional lo constituyó el hecho internacionalmente ilícito que infringía el ordenamiento jurídico internacional, no teniendo lugar una responsabilidad derivada de acciones que en principio no prohibidas pudieran ocasionar daños susceptibles de ser invocados en el plano jurídico internacional. En segundo lugar, que la relación surgida como consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito es una relación de Estado a Estado, no concibiéndose en la relación de responsabilidad otros sujetos, activos o pasivos. En tercer término, que tal relación es por regla general una relación bilateral, directa entre el Estado titular de un derecho subjetivo afectado por el hecho ilícito y el Estado al que se le atribuye este hecho, no siendo posible una acción -reclamación- fundada en la titularidad de intereses no elevados formalmente a derechos subjetivos. Por último, las consecuencias de todo hecho que origina la responsabilidad internacional así configurada, se traducen en una obligación de reparar, a cargo del Estado al que se le atribuye el hecho ¹⁰.

En la conferencias de La Haya de 1889 y 1907, la materia estuvo en el temario aunque asociada particularmente al uso de la fuerza ante el incumplimiento, por parte de ciertos Estados, de obligaciones de carácter económico, cuestión ésta que estudiaron brillantes internacionalistas argentinos y cuya postura dieron origen a las llamadas doctrinas “Calvo”, “Drago” y de la “comunidad de fortuna”, todas de gran repercusión internacional. En la

Segunda Conferencia Internacional Americana, celebrada en México en 1902, se elaboraron sendos instrumentos referidos a la responsabilidad internacional del Estado, uno relacionado con los derechos de los extranjeros y el otro sobre reclamaciones por daños y perjuicios pecuniarios, convenciones que no fueron ratificadas por muchos Estados o bien tuvieron una vigencia limitada al ser reemplazadas por otros convenios como el referido a Reclamaciones Pecuniarias suscrito en la Tercera Conferencia celebrada en Río de Janeiro en 1906 y sobre la misma materia adoptado en la Cuarta Conferencia, de Buenos Aires, en 1910 ¹¹. Igualmente, el tema estuvo vinculado con acuerdos sobre solución de controversias, especialmente sobre arbitraje obligatorio ¹².

La responsabilidad del Estado también figuró en la agenda de la VII Conferencia Panamericana, reunida en Montevideo, en 1933, pero su estudio se consideró prematuro, difiriéndose su tratamiento al ámbito de los organismos de codificación instituidos en el sistema interamericano. Sin embargo, el tema no volvió a ser tratado.

En el seno de la Sociedad de las Naciones se encaró la codificación de ciertas materias del derecho de gentes. Convocada la Conferencia de La Haya en 1930, uno de los temas seleccionados fue el sometido a nuestra consideración. Pese a la meritoria labor preparatoria que incluyó un cuestionario que se distribuyó entre los gobiernos y la redacción de unas “bases de discusión”, los esfuerzos realizados fracasaron ante las discrepancias irreductibles que se originaron entre los representantes estatales, tanto en cuanto el carácter absoluto de la responsabilidad como en la definición de las “obligaciones internacionales”, entre otras cuestiones ¹³.

Las mencionadas “bases”, elaboradas sobre las respuestas de los Estados, ofrecieron una visión bastante exhaustiva de los problemas que encerraba la materia: un Estado no puede sustraerse a su responsabilidad internacional invocando las disposiciones de su derecho interno; el fundamento de la responsabilidad internacional se apoya en el hecho de que el Estado participa de la comunidad internacional en la que existen derechos y obligaciones recíprocos; la responsabilidad internacional existe si el perjuicio sufrido por un extranjero deriva de un acto legislativo incompatible con las obligaciones legislativas necesarias para la ejecución de dichas obligaciones; también habrá responsabilidad si por un acto legislativo el Estado repudia sus deudas o pretende anularlas, o cuando sin repudiarlas, suspende o modifica el servicio de deudas, total o parcialmente, a no ser que se viera obligado a hacerlo por necesidades económicas.

Asimismo, el Estado es responsable si un extranjero sufre perjuicios por las siguientes razones: a) habersele rechazado el acceso a los tribunales para la defensa de sus derechos; b) si la decisión judicial definitiva es incompatible con las obligaciones emanadas de un tratado o de otras obligaciones internacionales del Estado; c) si hubo retardo abusivo por parte de los tribunales; d) si el contenido de la decisión se inspira manifiestamente en malevolencia respecto a los extranjeros como tales o como nacionales de un Estado determinado; e) si el procedimiento y la sentencia tienen defectos que implican que los tribunales que la pronunciaron no ofrecen dar garantías para asegurar una buena justicia.

Igualmente, las respuestas de los Estados mostraron otras cuestiones, como que se produce la responsabilidad cuando un acto de omisión del Poder Ejecutivo resultara incompatible con las obligaciones internacionales del Estado emanadas de tratados u otros títulos, o de concesiones otorgadas por el Estado o de un contrato por él celebrado, salvo necesidades financieras; que el Estado incurre en responsabilidad si el Poder Ejecutivo no realiza las diligencias que pueden esperarse de un Estado civilizado y el carácter público reconocido que reviste un extranjero impone el deber de vigilancia; que el Estado responde por la detención abusiva de un extranjero, entendiéndose como abusiva la detención ilegal, la prisión preventiva inútil o debidamente prolongada, la prisión sin motivos suficientes o en condiciones que causaren sufrimientos innecesarios: que el Estado es responsable por los actos u omisiones de los funcionarios que actúen dentro de sus atribuciones, pero son contrarios a las obligaciones internacionales del Estado, o cuando obraran fuera de sus competencias, valiéndose de su calidad oficial, si sus actos fueran contrarios a las obligaciones internacionales del Estado; que son imputables al Estado y comprometen su responsabilidad los actos de los funcionarios en el exterior -agentes

diplomáticos o consulares- cuando obraren dentro de los límites aparentes de su función; los actos particulares de los funcionarios no implican directamente la responsabilidad del Estado; que el Estado responde igualmente por los actos de las provincias, comunas o instituciones autónomas que ejerzan funciones públicas de orden legislativo o administrativo, cuando fueren contrarias a las obligaciones internacionales del Estado, que el Estado responde por los actos lesivos de los particulares si no da a los extranjeros perjudicados la protección adecuada, o si omite la diligencia debida para descubrir y castigar al autor, sobre todo si el acto fue dirigido contra un extranjero en su calidad de tal, o cuando la víctima no haya adoptado una actitud provocadora; que el Estado no responde por los perjuicios ocasionados a la persona o bienes de un extranjero por la fuerza armada o la autoridad del Estado que reprimen una insurrección, motín u otro desorden; el Estado es responsable por los daños causados a los extranjeros cuando es encargado de conducir las relaciones exteriores de otra entidad pública; que no hay responsabilidad cuando un Estado obre en legítima defensa contra un peligro que representa el extranjero damnificado, o cuando el daño fuera causado en ejercicio de represalias contra el Estado al cual pertenezca el extranjero o cuando éste por contrato haya aceptado la competencia exclusiva de los tribunales locales; que sólo se puede reclamar a favor de una persona que sea nacional del Estado reclamante y haya permanecido como nacional suyo hasta la decisión definitiva, o de sus derechohabientes que sean nacionales; que la reparación de los daños al extranjero debe ser acompañada de excusas del Estado al Estado de quien depende el damnificado y con castigo de los culpables.

También se destacaba que de las respuestas surgía un consenso en torno a que si el diferendo no podía ser solucionado amigablemente por las partes, debía someterse el diferendo a la Corte Permanente de Justicia Internacional.

Se señalaron muchas cuestiones en las que se manifestaron opiniones contrapuestas. La Comisión de la Conferencia de Codificación elaboró un proyecto de artículos, que resultó de gran utilidad como antecedente para la tarea de codificación de la materia, más allá del fracaso con que concluyeron las sesiones de la Conferencia.

No obstante, el catálogo de cuestiones relacionadas precedentemente coincide en parte con la nómina de aspectos de la responsabilidad internacional que se consideraron cuando la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas emprendió su tarea codificadora. Cabe señalar que muchas de las respuestas a cuestiones puntuales deben ser evaluadas de conformidad con las concepciones vigentes y realidades de la comunidad internacional de los años 30 del siglo pasado.

Diversos aspectos de la responsabilidad internacional fueron abordados en numerosos laudos arbitrales dictados desde la segunda mitad del siglo XIX y en las primeras décadas del siglo pasado, habiendo contribuido tal jurisprudencia al desarrollo de la materia, sin perjuicio de haber puesto de manifiesto diferentes puntos de vista y soluciones dispares. Gran parte de estos pronunciamientos se fundaron en el derecho internacional consuetudinario o en normas convencionales.

La Corte Permanente de Justicia Internacional abordó también el tema en varios fallos. Este Tribunal como su sucesor, la Corte Internacional de Justicia, cuando ha tenido que pronunciarse sobre los actos ilícitos internacionales usualmente orientó su terminología más que a la naturaleza y elementos del acto, a sus consecuencias, esto es, a la responsabilidad internacional. *“Pero no por ello -sostiene Pastor Ridruejo- ha dejado de construir más o menos conscientemente una propia teoría del acto ilícito, en la que nos aparece éste como aquél que infringe una regla de derecho internacional y generador por tanto de responsabilidad. La regla infringida puede consistir en un principio general del derecho, en una costumbre, o en una estipulación convencional”*¹⁴. El jurista español señala diversos casos en que ambos tribunales internacionales tuvieron que pronunciarse sobre la responsabilidad internacional derivada de la infracción de principios generales del derecho, del incumplimiento de reglas consuetudinarias o de infracciones de estipulaciones convencionales, y muchas otras cuestiones vinculadas con la temática como la reparación del daño, la determinación de la cuantía de la reparación, y otras sanciones¹⁵.

La reseña realizada de la manera con que la doctrina abordó la cuestión de la responsabilidad internacional y de los nuevos acontecimientos que modificaron la estructura de la comunidad internacional, particularmente a partir de la década del 40 del siglo pasado, explica los vaivenes y dudas que surgieron cuando se inició el proceso de codificación encomendado a la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. En 1956 comenzó con la responsabilidad por daños causados a extranjeros. Luego, en 1962, la Comisión estimó que debía abordarse el estudio de las reglas generales de la responsabilidad de los Estados a la luz de las transformaciones experimentadas en el derecho internacional. Fruto de los debates que duraron casi cuarenta años, se aprobó un proyecto de artículos sobre “La responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, que aún no se ha plasmado en un acuerdo o tratado, como aconteció en otras materias sometidas a estudio de la C.D.I. Paralelamente con la consideración de este aspecto de la responsabilidad, la C.D.I. comenzó el estudio de la responsabilidad “objetiva” o por riesgo, incorporando en 1978 el tema de la “responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional”. En 1997 se consideró que debía dividirse la consideración de los dos grandes elementos del tema, la prevención y la responsabilidad. Se comenzó con la primera, elaborándose en el 2001 un texto definitivo de proyecto de artículos sobre “Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas”, y a partir del 2002 se trabajó sobre un proyecto de artículos titulado “Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas”. Por otra parte en el mismo año 2002 se incorporó en la agenda de la C.D.I., el tratamiento del tema de la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales. Seguramente, después se irán incorporando en los trabajos de la C.D.I., otros aspectos de esta problemática, en extremo multifacética y que ha mostrado *ab initio* una gran complejidad. Cabe destacar, que el tema de la responsabilidad internacional también ha sido considerado y seguramente será estudiado en vinculación con otros temas sometidos o que se incorporen en el futuro en la agenda de la C.D.I..

El meritorio trabajo de la C.D.I., que no es del caso analizar en estas breves reflexiones, ha constituido la columna vertebral del tratamiento de la problemática vinculada con la responsabilidad internacional en las obras y trabajos elaborados por numerosísimos estudiosos a partir de la segunda mitad del siglo XX. La bibliografía disponible es más que abundante. Sin embargo, pareciera que todavía existe una marcada reticencia de los Estados para volcar toda esta labor en instrumentos convencionales.

NOTAS

* Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; profesor emérito de la Universidad Nacional de Córdoba; director del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y director del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de dicha Academia.

¹ COTTEREAU, “Système juridique et notion de responsabilité”, en *La responsabilité dans le système international*, Société Française pour le Droit International, París, 1991, p. 3.

² ROUSSEAU, *Droit international public*, París, 1983, tome V, p. 6.

³ ANZILOTTI, *Curso de derecho internacional* (trad. de López Oliván), Reus, Madrid, 1935, p. 407.

⁴ VISSCHER, Charles de, *Teorías y realidades en derecho internacional público*, Barcelona, 1962, p. 307 y ss..

⁵ GROCIO, *Le droit de la guerre et de la paix* (traduit par P. Pradier-Fodéré), Presses Universitaires de France, París, 1999, ps. 415-416.

⁶ Vattel, *Derecho de gentes o principios de la ley natural* (trad. de Manuel Pascual Hernández), Madrid, 1834, t. I, ps. 448-449.

⁷ FIORE, *Tratado de derecho internacional* (trad. de Alejo García Moreno), Madrid, 1894, t. II, ps. 58-59.

⁸ BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, París, 1886, ps. 271-272.

⁹ PODESTÁ COSTA, *Derecho internacional público*, T.E.A., Buenos Aires, 1955, t. I, p. 409.

¹⁰ DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, 16ª ed., Madrid, 2007, p. 820.

¹¹ Conf. *Tratados y convenciones interamericanos*, serie sobre Tratados N° 9, O.E.A., Secretaría General, 1980, ps. 3, 10, 13 y 19.

¹² *Ibidem*, p. 11.

¹³ GUERRERO, J., *La codification du droit international*, París, 1930, ps. 87-148 (cit. por ROUSSEAU, Charles, op. cit., p. 7).

¹⁴ Conf. PASTOR RIDRUEJO, *La jurisprudencia del Tribunal Internacional de La Haya. (Sistematización y comentarios)*, Madrid, 1962, p. 407.

¹⁵ *Ibidem*, ps. 408-435.

**ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL
CONCEPTO “ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL”
(OI) EN EL PROYECTO DE LA C.D.I. SOBRE
RESPONSABILIDAD POR HECHO ILÍCITO DE LAS OI**

*Zlata Drnas de Clément **

Sumario: I. Concepto de OI. II. Elementos constitutivos de las OI. II.a. Surgimiento por un acuerdo internacional. II.b. Conformación por Estados. II.c. Voluntad propia separada de los Estados miembros. II.d. Organos facultados para gestionar los intereses colectivos y alcanzar los objetivos comunes. III. Reflexiones finales.

La tradicional y simplificada conceptualización de la Organización Internacional (OI) que hallamos en las convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y 1986 ¹ como “organizaciones intergubernamentales”, ha sido expandida en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (C.D.I.) de las Naciones Unidas en materia de *Responsabilidad de las organizaciones internacionales* ², para abarcar en su conformación a más de Estados, a otras entidades. Cabe preguntarse si esa conceptualización amplia es adecuada a los fines de la regulación de la responsabilidad de la OI por hechos internacionalmente ilícitos ³.

I. Concepto de OI

La *conceptualización tradicional* de la OI ha sido lacónica. Así, el art. 2.1.i) de las convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (entre Estados) y 1986 (entre Estados y OI u OI entre sí) define a la OI de la siguiente manera: “*Se entiende por ‘organización internacional’ una organización intergubernamental*”.

Se ha criticado esta noción por considerarla no suficientemente clara ni representativa de la realidad. La falta de claridad se ha adjudicado al hecho de que la expresión “organización intergubernamental” no pone de relieve si la intergubernamentalidad se refiere a los entes que adoptan el acuerdo constitutivo como tal o a la entidad que surge del tratado. La falta de realidad, se ha atribuido atento a que varias OI de naturaleza política pública internacional tienen entre sus miembros, a más de Estados, otras entidades, v.gr., otras OI, entes subnacionales, corporaciones, personas jurídicas públicas y privadas, etc..

Es de observar que el art. 3º de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y OI y entre OI entre sí de 1986 establece:

Artículo 3º. Acuerdos internacionales no comprendidos en el ámbito de la presente Convención

El hecho de que la presente Convención no se aplique:

i) ni a los acuerdos internacionales en los que fueren partes uno o varios Estados, una o varias organizaciones internacionales y uno o varios sujetos de derecho internacional que no sean Estados ni organizaciones;

ii) ni a los acuerdos internacionales en los que fueren partes una o varias organizaciones internacionales y uno o varios sujetos de derecho internacional que no sean Estados ni organizaciones;

iii) ni a los acuerdos internacionales no celebrados por escrito entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales, o entre organizaciones internacionales;

iv) ni a los acuerdos internacionales entre sujetos de derecho internacional que no sean Estados ni organizaciones internacionales;

No afectará:

a) al valor jurídico de tales acuerdos;

b) a la aplicación a los mismos de cualquiera de las normas enunciadas en la presente Convención a que estuvieren sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de esta Convención;

c) a la aplicación de la Convención a las relaciones entre Estados y organizaciones internacionales o a las relaciones de las organizaciones entre sí, cuando estas relaciones se rijan por acuerdos internacionales en los que **fueren asimismo partes otros sujetos de derecho internacional**. (los resaltados nos pertenecen).

El común denominador de esas exclusiones por razón del sujeto -tal como se puede observar- lo constituye la presencia de entidades distintas a los Estados o a las OI (conformadas a su vez por Estados). Es decir, circunscribe a los tratados internacionales a los celebrados entre Estados, Estados y OI u OI entre sí. Ello resulta explicable en tanto el Estado, como sujeto originario, primario, pleno del derecho internacional, con competencias generales, es el único ente con capacidad para delegar parte de sus competencias en OI. Nadie podría crear un ente secundario, derivado, invistiéndolo de facultades que no posee. Bien se suele señalar que las OI intergubernamentales tienen las facultades, competencias especiales que le han sido adjudicadas y le son propias, en tanto las OI no gubernamentales cada día deben ganar en el plano internacional su espacio y su peso en calidad “actores” internacionales, atento a que no son sujetos de derecho internacional ⁴.

Son pocos los entes que, sin ser Estados ni OI, han sido considerados por el derecho internacional sujetos de derecho internacional en el plano público. Tal el caso de la Santa Sede, la Soberana Orden de Malta, el Commonwealth, la Cruz Roja Internacional, las entidades reconocidas como beligerantes (Movimientos de Liberación Nacional) ⁵.

Largamente ha discutido la doctrina el concepto de personalidad o subjetividad internacional. Hans Kelsen la definió como persona cuya conducta es regulada directamente por normas internacionales ⁶. Constantin Eustathiades consideró que puede ser considerado sujeto el titular de un derecho de tal naturaleza que puede hacer valer internacionalmente y titular de un deber por el que puede ser reclamado internacionalmente ⁷. Julio Barberis ha manifestado que sujeto es todo ente para quien la norma prevé una conducta como contenido de un derecho o de una obligación jurídica ⁸. Antonio Truyol Serra recuerda que se considera sujeto a todo aquél que, de conformidad a las normas del derecho internacional, es apto para ser titular de derechos internacionales, para ser sometido a obligaciones internacionales, para tener acceso a los procedimientos internacionales ⁹. Jean Charpentier ha definido al sujeto internacional de modo más dinámico, como entidad investida por el derecho internacional general de una capacidad de iniciativa susceptible para establecer o modificar el orden jurídico internacional ¹⁰.

Si tenemos en cuenta que el sujeto por excelencia, natural, originario del derecho internacional, con competencias generales, plenas, es el Estado, sociedad política independiente (en el sentido moderno, tal como se ha consolidado en Europa occidental a partir del siglo XV), las conceptualizaciones precedentes llevan a observar que existen diferencias entre la titularidad de derechos y deberes y la subjetividad o personalidad internacionales. La titularidad implica poseer derechos y obligaciones propias y con ello la capacidad para reclamar y ser reclamado internacionalmente, en tanto la subjetividad va más allá de la titularidad (si bien la cubre): importa la capacidad para crear, modificar derechos en el plano internacional de conformidad al derecho internacional general ¹¹.

La mayoría de los doctrinarios ha resaltado la dificultad de una conceptualización abarcativa de las infinitas diferencias en materia de estructura, fines y competencias de las distintas OI -las que por otra parte, están en permanente evolución-.

Sin embargo, también se ha insistido en la posibilidad de formular aproximaciones globales válidas para todas, particularmente, desde la óptica del derecho internacional público y, más aún, desde los principios de la responsabilidad internacional por ilícito.

Sobrino Heredia, con visión global, ha definido a las OI como “*asociaciones voluntarias de Estados establecidas por acuerdo internacional, dotadas de órganos permanentes, propios e*

*independientes, encargados de gestionar unos intereses colectivos y capaces de expresar una voluntad jurídica distinta de la de sus miembros”*¹².

Reinisch ha señalado que a la fecha no hay una definición de OI de aceptación general. Ha recordado que la propia C.D.I. en el proyecto -hoy abandonado- en materia de relaciones entre Estados y organizaciones internacionales, ha omitido la definición de OI por la dificultad en hallar consenso. Sin embargo, ha destacado que, por el contrario, hay un amplio consenso en torno a los elementos constituyentes de una organización de ese tipo¹³.

En *conceptualización subjetiva ampliada*, el relator especial, en el proyecto de la C.D.I., en materia de Responsabilidad de las OI, Giorgio Gaja, en su primer informe (A/CN.4/532), definió a las OI en el art. 2º del proyecto de artículos de la siguiente manera:

“Art. 2º. Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de artículos, se entiende por ‘organización internacional’ una organización, que incluye Estados entre sus miembros, en la medida en que ejerce en su propio nombre ciertas funciones de gobierno”.

Es decir, la OI puede estar conformada por distintos entes (incluso, no gubernamentales) pero, entre ellos, “debe” haber Estados. Requiere que la OI tenga poder de gobierno (potestad) de modo autónomo al menos en algún ámbito de acción.

El Grupo de Trabajo constituido por la C.D.I., en su 54 período de sesiones (2002) bajo la presidencia del propio relator especial, Giorgio Gaja, propuso un concepto distinto:

“A los efectos del presente proyecto de artículos, se entiende por ‘organización internacional’ una organización instituida por un tratado u otro instrumento de derecho internacional y dotada de personalidad jurídica internacional propia [distinta de la de sus miembros]. Además de Estados, una organización internacional puede contar entre sus miembros entidades distintas de los Estados”.

Esta conceptualización es más amplia y descriptiva que la anterior en tanto enuncia elementos de las OI: ser creada por tratado internacional u otro instrumento de derecho internacional, poseer personalidad jurídica internacional, contar entre sus miembros a Estados, si bien puede poseer entidades distintas a ellos.

El art. 2º, aprobado en primera lectura (mantenido hasta la fecha), expresa:

“A los efectos del presente proyecto de artículos, se entiende por ‘organización internacional’ una organización instituida por un tratado u otro instrumento regido por el derecho internacional y dotada de personalidad jurídica internacional propia. Las organizaciones internacionales pueden contar entre sus miembros, además de Estados, otras entidades”.

Como puede observarse sólo cambia la expresión “instrumento de derecho internacional” por “regido por el derecho internacional”. La definición busca ser precisa si bien general -tal como señala el Informe del relator- no pretende ser una definición “para todos los efectos”, sino sólo a las resultas del tema central: la responsabilidad de las OI. Es por ello que nos cuestionamos si la conceptualización del proyecto es adecuada al tópico de labor de la C.D.I..

Cabe cuestionarse sobre si la conceptualización de la OI dada por la C.D.I., guarda coherencia y es funcional al art. 57 del proyecto de la C.D.I. sobre responsabilidad de los Estados por hecho ilícitos (2001) que expresa:

“Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad, en virtud del derecho internacional, de una organización internacional o de un Estado por el comportamiento de una organización internacional”.

El artículo es una cláusula de salvaguardia que excluye del proyecto dos cuestiones conexas (responsabilidad de una OI o de un Estado por el comportamiento de una OI).

Es de observar que las precisiones en materia conceptual con relación a las OI, en general, se han basado directa o indirectamente en los elementos constitutivos de las OI.

II. Elementos constitutivos de las OI

El Instituto de Derecho Internacional en el proyecto sobre “Las consecuencias jurídicas para los Estados miembros por el no cumplimiento por parte de las OI de sus obligaciones frente a terceros”, en su art. 2º b) expresa: “*La existencia de una voluntad distinta, como también la capacidad para celebrar acuerdos, para poseer bienes propios y para reclamar y ser reclamado en el plano internacional, son evidencia de la existencia de una organización jurídica internacional*”¹⁴.

Entre los elementos que señala Reinisch para que se esté en presencia de una OI, figuran:

- entidad conformada predominantemente por Estados;
- entidad creada por acuerdo internacional;
- entidad con órganos propios;
- entidad facultada para actuar en cumplimiento de objetivos comunes (públicos)¹⁵.

Higgins ha señalado que los indicios clásicos de que estamos en presencia de una OI son:

- capacidad para contratar;
- capacidad para demandar y ser demandado;
- capacidad para contar con bienes propios;

- voluntad propia, es decir, capacidad para tomar decisiones vinculantes para sus miembros, aun cuando algunos de esos miembros no hubiesen favorecido esa decisión¹⁶.

Debemos recordar que la Corte Internacional de Justicia (C.I.J.) en su Opinión Consultiva del 11 de abril de 1949 en el Asunto relativo a la *Reparación de daños sufridos al Servicio de las Naciones Unidas* ha destacado un elemento esencial, primario, que no surge explícitamente de las aproximaciones conceptuales señaladas precedentemente: el hecho de contar la OI con la facultad (derecho-deber) de recordar, reclamar a sus miembros determinadas obligaciones asumidas como miembros de la OI. Así, la referida Opinión Consultiva expresa:

*“Pero, en la esfera internacional, ¿tiene la organización una naturaleza tal que implique la capacidad de presentar una reclamación internacional? Para responder a esa cuestión, es necesario preguntarse en primer lugar si la Carta ha dado a la Organización una condición tal como para que posea con relación a sus miembros de derechos por los que está facultada a exigirles respeto. En otras palabras, ¿tiene la Organización personalidad internacional? Esta última expresión es una expresión doctrinal que a veces ha dado lugar a controversia. Pero aquí será empleada para indicar que una Organización tiene esa personalidad si es una entidad capaz de ser beneficiaria de obligaciones que les caben a sus miembros”*¹⁷ (los resaltados nos pertenecen).

Si resumimos los requerimientos señalados en las convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y 1986, el proyecto de la C.D.I. sobre responsabilidad de las OI y los doctrinarios citados, podemos señalar que los elementos que deben estar presentes para que exista una OI son: a) surgimiento por un acuerdo internacional; b) conformación por Estados; c) voluntad propia separada de los Estados miembros; d) órganos facultados para gestionar los intereses colectivos y alcanzar los objetivos comunes; e) capacidad para tener bienes propios; f) titularidad para reclamar y ser reclamado; g) capacidad para exigir a sus miembros comportamientos. Si bien, es de observar que varios de esos elementos se hallan subsumidos en otros. Por ejemplo, los tres últimos señalados forman parte, en sentido amplio del elemento “voluntad propia separada de los Estados miembros”. Ello, atento a que la autonomía financiera de la OI hace a la posibilidad de la realización de sus competencias y al cumplimiento de sus objetivos. Consciente de ello, la Comunidad Europea, ya en 1970, sustituyó las contribuciones financieras de los Estados por recursos propios de la Organización^{18 19}. Además, visto lo señalado precedentemente con relación al pronunciamiento de la C.I.J. en su Opinión Consultiva en el Asunto relativo a la *Reparación de Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas* en materia de capacidad de la OI para exigir comportamientos a sus miembros y que tal pronunciamiento se efectuó ante la solicitud de opinión consultiva para determinar si las Naciones Unidas tenían o no capacidad para presentar una reclamación internacional contra un Estado, resulta evidente la concatenación de los tres elementos.

II.a. Surgimiento por un acuerdo internacional

El acuerdo internacional constitutivo de una OI, si es expreso, facilita la demarcación de las facultades y obligaciones de una OI. Es de recordar que la Opinión Consultiva de la C.I.J., en el asunto relativo a la *Interpretación del Acuerdo del 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto*, señaló:

*“La organización internacional es sujeto de derecho internacional y, como tal, debe cumplir todas las obligaciones que le impongan las normas generales de derecho internacional, su instrumento constitutivo o los acuerdos internacionales de que sea parte”*²⁰.

La C.D.I. ha observado que, si bien la mayoría de las OI es constituida por acuerdos internacionales, algunas formas de cooperación se han establecido sin tratado. Recordó al respecto al Consejo Nórdico en sus etapas iniciales; a la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), designada antes de 1995 “Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa”; a la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP), grupo de Estados que a partir de 1949 comenzó a intercambiar información, luego a coordinar posiciones y que recién se constituyó como organización en la Conferencia de Bagdad de 1960 mediante dos resoluciones, siendo reconocida en 1962 por la ONU mediante una resolución de la Asamblea General.

A pesar de ello, entendemos que la referencia del proyecto de la C.D.I. sobre responsabilidad de las OI, en su art. 2º, a “otro instrumento regido por el derecho internacional”, resulta innecesaria en tanto bien es sabido que, en sentido *lato*, todo entendimiento entre Estados (incluso verbal) es un “acuerdo” con capacidad de generar efectos jurídicos. Baste con recordar, lo dispuesto por la C.I.J., en el asunto relativo a la *Delimitación marítima y a cuestiones territoriales (Qatar c/ Bahrein)*. En sentencia del 1 de julio de 1994 ha señalado que “un acuerdo internacional puede adoptar formas variadas y presentarse bajo distintas denominaciones” (párr. 23). Estableció que los simples intercambios de cartas entre el Rey de Arabia Saudita y el Emir de Qatar, al igual que las “Minutas” de los ministros de Relaciones Exteriores de los dos países constituían acuerdos internacionales constitutivos de derechos y deberes para las Partes.

Además, las convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y 1986 han señalado en su art. 3º que, si bien, las convenciones no se aplican a los acuerdos internacionales no celebrados por escrito, ello no afectaba su validez jurídica²¹.

II.b. Conformación por Estados

El proyecto de la C.D.I., en materia de responsabilidad de las OI establece, tal como lo señaláramos precedentemente que en una OI, aun cuando haya otro tipo de miembros “debe” haber Estados. La expresión del art. 2º *in fine* del referido proyecto: “Las OI *pueden* contar entre sus miembros, *a más* de Estados otras entidades” (el destacado nos pertenece). La expresión no luce muy feliz ya que da lugar a interpretar que una OI “puede” contar con otras entidades y “puede” contar con Estados, lo que no es correcto ya que si no cuenta con Estados no puede existir, en tanto son los Estados -sujetos naturales del derecho internacional- los únicos con capacidad para crear mediante acuerdo por su propia voluntad ese tipo de entes.

Cada vez es más frecuente que las OI cuenten entre sus miembros con otras OI. -si bien esto no es una manifestación actual-, es decir, que una OI forme parte en calidad de miembro de otra OI²², no deja de tener en su base la interestatalidad a través de los miembros de esa OI. Recuérdese que en ciertas convenciones la OI tiene voto pero no puede votar si todos sus miembros lo han hecho²³.

Jenks había efectuado una distinción entre “interestatalidad” e “intergubernamentalidad”, entendiendo que en el primer caso quedaba comprometido el Estado en sentido institucional, en cambio, en el segundo, quedaba comprometido solamente un órgano del Estado. Al respecto,

bien ha señalado Zemanek que esa distinción carece de sentido dado que los actos de los órganos del Estado comprometen a éste y en nada cambian las obligaciones y responsabilidades internacionales emergentes de esos actos²⁴.

Aun cuando la OI tenga como miembros de determinada categoría a entidades distintas de los Estados, al ser los Estados los únicos entes territoriales, con poder soberano, todo otro actor que los acompañe dentro de una OI actúa en condición de sumisión a ese poder político soberano por lo que mal puede tener una voluntad propia, plenamente autónoma o equiparable a la de los Estados dentro de la Organización en materia de responsabilidad tanto *ad intra* como *ad extra* de esa Organización.

La redacción de la C.D.I. buscó dar acogida a OI que entre sus miembros tienen entidades de distinta textura política (no sólo otras OI, sino entes de variada calidad política). Por ejemplo, en la Organización Mundial de Turismo (OMT), existe un complejo sistema de miembros: efectivos, asociados y afiliados. Simplificando el entramado del Estatuto, podemos resumir superficialmente los tipos de miembros que integran la entidad:

i) *Miembros efectivos, de pleno derecho*: los Estados soberanos.

ii) *Miembros asociados*: los territorios o grupos de territorios no responsables de la dirección de sus relaciones exteriores. Estos, para actuar como miembros efectivos deben recibir la aprobación previa del Estado miembro que asume la responsabilidad de sus relaciones exteriores, el cual deberá declarar en su propio nombre, que dichos territorios o grupos de territorios adoptan los estatutos de la Organización y aceptan sus obligaciones de miembros. A pesar de ello, esos miembros asociados no son miembros plenos, en tanto en algunos órganos (por ejemplo, Asamblea, Consejo) pueden participar, pero sin derecho a voto.

iii) *Miembros afiliados*: entidades internacionales, intergubernamentales y no gubernamentales, ocupadas de intereses especializados en turismo y asociaciones comerciales cuyas actividades están relacionadas con los objetivos de la Organización o que son de su competencia. Tal como lo señaláramos, al igual que en el caso de los miembros asociados, tienen derecho a participar en ciertos órganos pero carecen del derecho al voto²⁵.

En resumen, el verdadero miembro a la hora de la toma de decisiones y el manejo efectivo de los órganos autónomos de la OI, es el Estado soberano. Esta percepción nuestra resulta confirmada en el Informe 2002 de la C.D.I., el que al comentar el art. 2º del proyecto, señala que “la responsabilidad de los miembros que no son Estados no necesita ser examinada directamente, pero podría tenerse en cuenta en la medida en que afecta a la responsabilidad de los Estados miembros”. Cabe preguntarse, ¿acaso la C.D.I. se dedicará a la regulación de la responsabilidad de la responsabilidad? Difícilmente podría hacerlo en este caso desde el plano del derecho internacional público. Tal vez, ello ha sido expresado desde el relativismo que reniega de las distinciones entre lo público-privado.

El comentario al art. 2º señala que el término “intergubernamental” es “inadecuado” en tanto varias OI “importantes” “han sido creadas por órganos del Estado distintos al gobierno, o por esos órganos junto con el gobierno, y porque los Estados no siempre están representados por el gobierno en el ámbito de la organización”. Cabe recordar al respecto lo establecido en los arts. 4º, 5º, 7º, 9º, 11 del proyecto de la C.D.I. en materia de *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, aprobado en el 2001, que contradice esa apreciación de la C.D.I.:

Art. 4.1. “Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado (...)”.

Art. 5º. “Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4º, pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad”.

Art. 7º. “El comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho

internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones.

Art. 9167. “Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas ejerce de hecho atribuciones del poder público en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias tales que requieren el ejercicio de esas atribuciones”.

Art. 11. “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”²⁶.

Todos los comportamientos previstos y señalados precedentemente hacen que el accionar de un grupo en atribuciones de poder público sean atribuibles al Estado, actúe o no en el ámbito de una OI.

El referido comentario al artículo señala que la definición del art. 2º no abarca a las organizaciones creadas por medio de instrumentos regidos por el derecho interno de un Estado, aun cuando entre sus miembros haya Estados. Ese es el caso de la Unión Mundial para la Naturaleza (UICN), que cuenta entre sus miembros a 84 Estados y 25 agencias gubernamentales. Ese tipo de organización puede pasar a considerarse internacional si luego adopta un tratado u otro instrumento regido por el derecho internacional²⁷. Tal el caso del Consejo Nórdico, e incluso, el de la Cruz Roja Internacional^{28 29}.

II.c. Voluntad propia separada de los Estados miembros

Tal como lo señaláramos, algunos internacionalistas entienden que basta que una OI posea una obligación en virtud del derecho internacional para que tenga personalidad internacional³⁰. La mayoría, estima que hacen falta otros requisitos, entre ellos, una personalidad jurídica propia, objetiva, separada de los Estados que la conforman³¹. Por ello, muchos consideran que no es necesario a la hora de las reclamaciones de responsabilidad que el Estado lesionado haya reconocido a la OI³². Juega en esto un rol especial el “principio de especialidad” de las OI ya que son entes derivados, funcionales con capacidades que responden a las competencias que les son asignadas en sus cartas constitutivas. Debe tenerse presente que la C.I.J., en su Opinión Consultiva en el asunto de la *Licitud de la utilización de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado*, expresó:

“Las organizaciones internacionales se rigen por el ‘principio de especialidad’, es decir, están dotadas por los Estados que las crean de competencias de atribución cuyos límites dependen de los intereses comunes cuya promoción esos Estados les han encomendado”.

La OI para poder contar con voluntad propia separada de los Estados miembros debe contar con una estructura y sistema funcional que le permita disponer *per se* en ejercicio de capacidades de gobierno.

El comentario al art. 2º efectuado por la C.D.I. (2003) hace presente que la personalidad jurídica de la organización, tiene que ser “independiente de la de sus Estados miembros” atento a que el art. 2º del proyecto bajo análisis exige que la personalidad jurídica sea “propia” de la organización, término que la Comisión entiende que es sinónimo de la expresión “distinta de la de sus Estados miembros”, personalidad oponible a terceros. Sin embargo, la C.D.I. ha hecho presente que el hecho de que la Organización posea una personalidad jurídica independiente no excluye la posibilidad de que un comportamiento sea atribuido a la vez a la organización y a uno o varios de sus miembros o a todos sus miembros³³. Higgins con relación a esta cuestión ha señalado que las OI que no tienen personalidad independiente, no por ello dejan de ser actores internacionales, si bien la responsabilidad por los hechos de la Organización ha de recaer sobre los Estados Partes. Asimismo, ha resaltado la importancia de determinar si la OI tiene personalidad jurídica, lo que no constituye cuestión de reconocimiento sino de realidad objetiva

La personalidad objetiva no depende de lo que los contratantes en el tratado constitutivo afirmen de su organización. Por ejemplo, el hecho de que el Protocolo de Ouro Preto del sistema Mercosur en su art. 34 disponga: “El Mercosur tendrá personalidad jurídica de derecho internacional”, no tiene la virtud de hacerla surgir. Tal como lo señalara la Corte de Casación italiana en el asunto *Istituto Universitario Europeo c/ Piette* (Sent. N° 149, 18/3/99) una disposición de ese tipo “sólo significa que la Organización adquiere la personalidad jurídica en el derecho interno de los Estados contratantes”³⁵, es decir, impone a los Estados miembros la obligación de reconocer la personalidad de esa organización en su derecho interno. No por nada en el sistema del Mercosur se sigue hablando de Estados Partes en lugar de Estados miembros.

II.d. Organos facultados para gestionar los intereses colectivos y alcanzar los objetivos comunes

Si bien, no es la única vía por la que una OI puede poner de manifiesto su personalidad jurídica internacional, la capacidad autónoma de los órganos (al menos algunos) frente a los Estados miembros resulta determinante para la existencia de una personalidad objetiva de una organización.

Los órganos de una OI adoptan en el marco de sus competencias, en carácter de voluntad de la Organización, distintos actos resolutivos o dispositivos. Si bien, esos actos se adoptan por la suma de las voluntades de los Estados miembros, una vez alcanzadas las mayorías estatutarias se transforman en un acto de voluntad de la Organización. La capacidad de las OI para adoptar decisiones, resoluciones u otros actos jurídicos resulta determinante de su personalidad y autonomía³⁶. El hecho de que los tipos de OI en su mayoría hayan transitado desde el requerimiento de la unanimidad al de determinadas mayorías para la adopción de ciertas disposiciones, no quita su valor normativo para los miembros³⁷, más allá de los inconvenientes políticos que puedan suscitarse en la aplicación de esas normas. Si todos los órganos de decisión son intergubernamentales con exigencia de unanimidad para la adopción de decisiones o resoluciones vinculantes, no existe la personalidad autónoma de la OI, ni -en consecuencia- la subjetividad internacional de ésta³⁸.

El proyecto de la C.D.I. en materia de tratados entre Estados y OI u OI entre sí ha incluido un inciso, el que por razones obvias, no se halla en el proyecto de 1969: el inc. j de su art. 2º, el que hace referencia a las “reglas de la Organización”. Durante la Conferencia convocada para adoptar la Convención se hizo hincapié en la diferencia entre “derecho interno” de los Estados y las “reglas de una OI”. Asimismo, se consideró que no todas las decisiones y resoluciones dan origen a “reglas”.

El bloque socialista en la Conferencia que adoptó la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados criticó la expresión “decisiones y resoluciones” y solicitó que fuera reemplazada por “instrumentos con fuerza obligatoria que se basen en ellos” (“instrumentos constitutivos”). La Conferencia receptó en buena medida esa propuesta prefiriendo la expresión “adoptadas de conformidad (...)”. Con ello el texto que se adoptó expresa:

“Art. 2.1.j) Se entiende por ‘reglas de la Organización’ en particular los instrumentos constitutivos de la organización, sus decisiones y resoluciones adoptadas de conformidad con éstos y su práctica establecida”.

La Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (1975), también define a las OI como “organizaciones intergubernamentales”, pero en su art. 2.1.34 establece:

“Se entiende por ‘reglas de la Organización’ en particular los instrumentos constitutivos de la Organización, sus decisiones y resoluciones pertinentes y su práctica establecida”³⁹.

Se ha señalado que las “reglas de una OI” pueden equipararse al “derecho interno” de los Estados. Sin embargo, desde otro punto de vista, no resulta correcto identificar esas normas con reglas internas de los Estados, en tanto ellas, también pertenecen al derecho internacional, dado que son normas derivadas de un tratado internacional constitutivo de la OI, dependiendo de él la

existencia misma de la OI como sujeto internacional y la calidad y valor normativo de sus decisiones/resoluciones, más allá de que la práctica pueda ampliarlos o restringirlos.

La C.D.I. no ha definido si el proyecto de artículos se aplicará -y en su caso en qué medida- a las violaciones del “derecho interno de las organizaciones internacionales”. Por nuestra parte, entendemos que el “derecho interno de la Organización” no puede identificarse con “reglas de la organización”, particularmente si se toman en cuenta disposiciones tales como las del art. 2.6 de la Carta de Naciones Unidas. Aun sin ir a disposiciones tan extremas, no pueden identificarse disposiciones que afectan sólo a los miembros en el carácter de integrantes de la OI con las reglas que afectan a terceros.

La estructura orgánica de las OI responde a las funciones que le han sido encomendadas. Si la entidad no puede adoptar decisiones normativas u operacionales por sí, estando subordinada para adoptar cualquier decisión a la suma del total de los Estados Partes no puede considerarse que tenga órganos facultados para gestionar los intereses colectivos ni organizarse en pos del logro de objetivos comunes. Tal el caso del Mercosur, ámbito en el que es imprescindible para adoptar cualquier norma contar con la presencia y el voto afirmativo de todos los Estados Partes. En esa situación, los individuos que actúan en los distintos órganos del sistema son funcionarios de los Estados Partes y no de la Organización.

Cabe preguntarse qué rol le cabe al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas por eventuales hechos ilícitos fruto de decisiones del órgano, particularmente, cuando el veto de un solo miembro permanente pudo haber impedido el hecho. En tal sentido recordamos la opinión individual del juez Lauterpacht en el asunto relativo a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio* (Ordenanza del 13 de septiembre de 1993):

“102. (...) Si Bosnia-Herzegovina no tuvo los medios de defenderse con fuerza suficiente contra los serbios ni de impedir en forma eficaz la aplicación de la política serbia de limpieza étnica, ello es, al menos en parte, imputable directamente al hecho del embargo [Res. 713/1991 del Consejo de Seguridad], que ha limitado la posibilidad de Bosnia-Herzegovina de acceder a armas y equipamiento militar (...) La resolución del Consejo de Seguridad ha venido a actuar así (...) en contra de una norma de ‘ius cogens’”.

Se ha hecho referencia a la responsabilidad de las Naciones Unidas por el comportamiento de las fuerzas de mantenimiento de la paz en tanto el Consejo si bien carece de un ejército internacional, tiene competencia sobre los mandos nacionales. Se ha puesto especial acento en la responsabilidad financiera por los daños causados por las Fuerzas Armadas al servicio de las Naciones Unidas.

El art. 139.2 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar ha establecido la responsabilidad separada de Estados y organizaciones internacionales, a menos que actúen en conjunto, caso en el que serán conjunta y solidariamente responsables.

En el marco de la OTAN, con relación a las Fuerzas de Estabilización (SFOR) y las Fuerzas de Aplicación del Acuerdo de Paz (IFOR), se determinó que ambas fuerzas tienen responsabilidad separada. Sin embargo, los Estados que las envían han aceptado correr con los daños y perjuicios emergentes de esas actividades, si bien, han resaltado que ello no implica reconocimiento de responsabilidad en derecho ⁴⁰.

III. Reflexiones finales

Cabe preguntarse sobre la utilidad de alcanzar un convenio o una declaración en materia de responsabilidad de las OI si no se cuenta con un ámbito jurisdiccional estable en el cual las OI puedan ser demandadas o demandantes en caso de ilícitos internacionales. Surge, además, una complicación adicional, en caso de ser responsable un Estado por hechos ilícitos de una Organización: la cuestión podría llevarse a medios de solución de controversias diferente al de la demanda contra la OI, eventualmente responsable de modo solidario con el Estado. Bien

destaca Wellens: la pobreza de vías disponibles en el sistema actual para reclamar contra una OI como también las dificultades procesales con que se enfrentan los reclamantes ^{41 42}.

El hecho de que se haya adoptado una definición amplia de OI, abarcativa de miembros de distinta textura, gubernamentales y no gubernamentales, complica aún más la posibilidad de diseñar un sistema efectivo de responsabilidad. La canalización de la responsabilidad de los entes no estatales a través de los sujetos de derecho internacional público al que pertenecen subsana esa debilidad pero, a su vez, lleva a cuestionar la razón por la que se prefiere una conceptualización amplia cuando a la hora de la responsabilidad en el plano público, sólo se puede atribuir responsabilidad por ilícito internacional a las OI en cuanto cuentan con Estados entre sus miembros, distribuyéndose la responsabilidad sólo entre dos tipos de entes: Estados y OI constituidas por Estados.

NOTAS

* Catedrática de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora emérita de la Universidad Católica de Córdoba. Miembro de número y coordinadora del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹ A más de todos los convenios adoptados en el ámbito de las Naciones Unidas.

² La C.D.I., en su 52º período de sesiones (2000) decidió incluir el tema “Responsabilidad de las OI” en su programa a largo plazo. En su 54º período de sesiones (2002) designó a Giorgio Gaja como relator especial en el tema. Entre sus 55º (2003) y 59º período de sesiones (2007) recibió y examinó cinco informes del relator especial (Giorgio Gaja) y aprobó provisionalmente los proyectos de los arts. 1 a 45.

³ Si bien, el título del proyecto no indica que sólo se refiera a hechos ilícitos, tal condición surge del contenido de los proyectos de artículo.

⁴ REINISCH, A., “Securing the Accountability of International Organizations”, *Global Governance*, 7-2001, p. 131 y ss.; SUZUKI, E. - NANWANI, S., “Responsibility of International Organizations: The Accountability Mechanisms of Multilateral Development Banks”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 27 (2006), p. 178 y ss..

⁵ Ello, más allá de quienes consideran al individuo o a la humanidad como sujetos. V. *infra*.

⁶ KELSEN, H., “Théorie du droit international public”, *Recueil des cours*, Collected Courses, Académie de Droit International de La Haye, vol. 84 (1953-III), ps. 66-67.

⁷ EUSTATHIADES, C. Th., “Les sujets du droit international et la responsabilité internationale: nouvelles tendances”, *Recueil des cours*, Collected Courses, Académie de Droit International de La Haye, vol. 84 (1953-III), ps. 405, 407 y ss..

⁸ BARBERIS, J.A., *Formación del derecho internacional*, Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 32; BARBERIS, J.A., “Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale”, *Recueil des cours*, Collected Courses, Académie de Droit International de La Haye, 1983-I, p. 168 ; ARMAS PFIRTER, F. - BARBERIS, J. - QUEROL, M., *Sujetos del derecho de gentes*, Abaco, Buenos Aires, 1999, p. 19.

⁹ *Dictionnaire de la terminologie de droit international*, Union Académique Internationales, 1960, p. 588, conf. TRUYOL Y SERRA, A., “Théorie du droit international public”, *Cours Général*, *Recueil des cours*, Collected Courses, Académie de Droit International de La Haye, vol. 173 (1987-IV), p. 321 y ss..

¹⁰ CHARPENTIER, J., “Autodétermination et décolonisation”, en *Le droit des peuples à disposer d’eux-mêmes. Méthodes d’analyse du droit international. Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Pedone, París, 1984, p. 130.

¹¹ Por nuestra parte, entendemos que sujetos de esa naturaleza sólo son los Estados, las OI con personalidad objetiva, los Movimientos de Liberación en tanto Estados en potencia (naciones o pueblos organizados fuera de la estructura estatal por no estar representados en el Estado-gobierno al que territorialmente pertenecen, en razón de discriminación, sumisión por la fuerza, exclusión de participación en las instituciones de gobierno) (DRNAS DE CLÉMENT, Z., *Derecho internacional público. Guía de estudio I*, Lerner, Córdoba, 2004, p. 21; DRNAS DE CLÉMENT, Z., “El derecho de libre determinación de los pueblos: colonialismo formal, neocolonialismo, colonialismo interno”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. III, 1987-1989, p. 206 y ss..

¹² SOBRINO HEREDIA, J.M., “Las organizaciones internacionales. Generalidades”, en DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M., *Organizaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 43.

¹³ REINISCH, A., *International Organizations before National Courts*, Cambridge University Press, Cambridge, Great Britain, 2000, ps. 11-15} ([http:// assets.cambridge.org/97805216](http://assets.cambridge.org/97805216)). V. con relación al proyecto de la C.D.I., el *Yearbook of International Law Commission* (1985), vol. 1, p. 284).

¹⁴ *Annuaire de l’Institut de Droit International*, 66, 1995-II, p. 465.

¹⁵ REINISCH, A., *International Organizations before (...)*, op. cit., p. 11 y ss..

¹⁶ HIGGINS, R., *Problems and Process. International Law and How We Use it*, Clarendon Press, Oxford, EE.UU., 1996, ps. 46-48.

¹⁷ El texto francés, que da fe, expresa: “*Mais, dans l’ordre international, l’organisation a-t-elle une nature qui comporte la qualité pour présenter une réclamation internationale ? Pour répondre à cette question, il faut tout d’abord déterminer si la Charte a donné à l’Organisation une condition telle qu’elle ait vis-à-vis de ses Membres des droits dont elle ait qualité pour leur demander le respect. En d’autres termes, l’organisation est-elle revêtu de la personnalité internationale ? Cette dernière expression est, sans doute, une expression de doctrine qui, parfois, a été contestée. Mais elle sera employée ici pour exprimer que l’Organisation, si elle est reconnue comme possédant cette personnalité, est une entité capable d’être bénéficiaire d’obligations incombant à ses Membres*” (C.I.J., *Recueil*, 1949, p. 12).

¹⁸ V. *Doce*, n. 1 L 94/70.

¹⁹ Es de tener en cuenta que algunos autores consideran que las Comunidades Europeas no constituyen el tipo clásico de OI (intergubernamental) que surge por acuerdo de los Estados Partes para regular sus relaciones mutuas. Ello, en tanto constituyen un orden jurídico *per se*, con poderes legislativos amplios, capacidad para asumir obligaciones internacionales directamente aplicables en los Estados miembros. Todas ellas manifestaciones de una personalidad jurídica “*hard*” (TALMON, V.S., “Responsibility of International Organization: Does the European Community Require Special Treatment?”, en RAGAZZI, M. (ed.) *International Responsibility Today*, The Netherlands, 2005, p. 406).

²⁰ C.I.J., *Recueil*, 1980, párr. 37.

²¹ V. *supra*.

²² Por ejemplo, la Sociedad de Naciones ya en 1926 se constituyó en miembro de UNIDROIT.

²³ Por ejemplo, las Comunidades Europeas son miembros de la OMC desde el 1º de enero de 1995. Los 27 Estados miembros de la UE son miembros de la OMC por derecho propio, representando así un total de 28 miembros de la OMC. Sin embargo, el art. IX. 1 dispone: “*La OMC mantendrá la práctica de adopción de decisiones por consenso seguida en el marco del GATT de 1947. Salvo disposición en contrario, cuando no se pueda llegar a una decisión por consenso la cuestión objeto de examen se decidirá mediante votación. En las reuniones de la Conferencia Ministerial y del Consejo General, cada miembro de la OMC tendrá un voto. Cuando las Comunidades Europeas ejerzan su derecho de voto, tendrán un número de votos igual al número de sus Estados miembros que sean miembros de la OMC. Las decisiones de la Conferencia Ministerial y del Consejo General se adoptarán por mayoría de los votos emitidos (...)*”. Ello implica que el número de votos con que cuentan las Comunidades Europeas y sus Estados miembros en total no excederá en ningún caso del número de los Estados miembros de las Comunidades Europeas. Ello, a pesar de que las Comunidades Europeas son un miembro de la WTO *per se*.

²⁴ ZEMANEK, K., *Das Vertragsrecht der internationalen Organisationen*, Springer Verlag, Viena, 1957, p. 6.

²⁵ Otro caso interesante por lo atípico es el de Interpol.

²⁶ Estas últimas expresiones (“reconozca” y “adopte”) resultan una condición no acorde a la costumbre internacional, si se tiene en cuenta lo señalado por la C.I.J., en el asunto relativo al *Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Teherán* (Sent. del 24 de mayo de 1980): “*la política oficial iraní de mantener la ocupación de la embajada y la retención de los rehenes*” “*transforma en acto de Estado el comportamiento de los militantes*”. La versión inglesa -que da fe-, en ese párrafo, expresa: “*74. The policy thus announced by the Ayatollah Khomeini, of maintaining the occupation of the Embassy and the detention of its inmates as hostages for the purpose of exerting pressure on the United States Government was complied with by other Iranian authorities and endorsed by them repeatedly in statements made in various contexts. The result of that policy was fundamentally to transform the legal nature of the situation created by the occupation of the Embassy and the detention of its diplomatic and consular staff as hostages. The approval given to these facts by the Ayatollah Khomeini and other organs of the Iranian State, and the decision to perpetuate them, translated continuing occupation of the Embassy and detention of the hostages into acts of that State. The militants, authors of the invasion and jailers of the hostages, had now become agents of the Iranian State for whose acts the State itself was internationally responsible (...)*” (C.I.J., *Recueil*, 1980, párr. 74). Es decir, basta no haber actuado para que esa tolerancia involucre la responsabilidad del Estado. Las expresiones “reconocer”, “aceptar”, importan acción positiva del Estado que va más allá de los requerimientos señalados por la Corte en la sentencia de referencia.

²⁷ Debemos recordar que un tratado internacional es el celebrado entre Estados o entre Estados y OI o OI intergubernamentales.

²⁸ Verdross ha dado el mayor peso para el carácter internacional de la Cruz Roja Internacional al hecho de que “*cumple un cometido de la comunidad de los Estados*” (VERDROSS, V.A., *Derecho internacional público*, Aguilar, Madrid, 1976, p. 198).

²⁹ Entendemos que es distinto el caso de la Fundación del Instituto del Mundo Árabe creada en 1980 conforme al derecho francés, por acuerdo entre países árabes de una parte y el gobierno de Francia por la otra con el objeto de difundir el conocimiento sobre el mundo árabe en Francia y Europa.

³⁰ Arangio-Ruiz ha resaltado la Opinión Individual del juez Alvarez en la Opinión Consultiva de la C.I.J., en la cuestión relativa a *Condiciones de Admisión de un Estado para ser admitido como miembro de las Naciones Unidas* (Art. 4º de la Carta), 28 de mayo de 1948: “*(...) (U)na institución, una vez establecida, adquiere vida propia independiente de los elementos que le dieron nacimiento, debiendo desarrollarse no de conformidad a las opiniones de los que la crearon sino de acuerdo a los requerimientos de la vida internacional*” (C.I.J., *Reports*, 1947-1948, p. 6; ARANGIO-RUIZ, G., “The concept of international law and the Theory of International Organization”, *Recueil des cours*, 1972-III (1972), p. 630.

³¹ Esa personalidad puede ser fuerte o débil. Sin embargo, esas distinciones no se han hecho hasta que se comienza a hablar de responsabilidad internacional de las OI y la de los Estados miembros por hechos de la Organización. Así se hace distinción entre OI conforme el tipo de las relaciones de los Estados miembros con la Organización. Por ej.: si las acciones de la OI se llevan a cabo con la mera asistencia o bajo el control y dirección del Estado miembro. Ello determinará si ha de haber responsabilidad de la OI o conjunta, mancomunada y solidaria o subsidiaria de los Estados miembros con la OI.

³² En el caso de los bombardeos realizados por la OTAN en abril de 1999 sobre territorio de la República Federativa de Yugoslavia, se ha llevado la cuestión de la responsabilidad a los estrados de la C.I.J. (Asunto relativo a la *Legitimidad del uso de la fuerza* y a los del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (caso *Banković*). En lo que hace a la primera situación, Yugoslavia (Serbia-Montenegro) accionó contra 10 Estados miembros de la OTAN (Alemania, Bélgica, Canadá, Francia, EE.UU., España, Holanda, Portugal, Reino Unido, Italia). En dos casos, la Corte mediante ordenanzas del 2 de junio de 1999 rechazó las demandas yugoslavas por no haber aceptado esos Estados la jurisdicción de la Corte y en los ocho casos restantes aún se espera resolución sobre el fondo de la cuestión. Algunos doctrinarios entienden que la responsabilidad cabe sólo a la OTAN y no a los Estados Partes (v.gr., Pellet, A. - Stein, T., si bien este último excluye la responsabilidad de la Organización con relación a Yugoslavia en base a que esta última no reconocía la existencia de la organización como sujeto); otros (v.gr., Verhoeven, J.- Cohen-Jonathan, G.) consideran que la responsabilidad les cabe a los Estados participantes en la acción militar atento al peso de la autonomía de los Estados en el sistema de la Organización. En el caso *Banković* ante el TEDH, los hermanos Banković y otros accionaron contra los Estados que actuaron como fuerzas de la OTAN en las acciones militares. La Gran Sala del TEDH, en decisión del 12 de diciembre de 2001, declaró inadmisibile la demanda *i.a.* por falta de jurisdicción: “*The Convention was a multi-lateral treaty operating, subject to Article 56 (territorial application) of the Convention, in an essentially regional context and notably in the legal space of the Contracting States. The FRY clearly did not fall within this legal space. The Convention was not designed to be applied throughout the world, even in respect of the conduct of Contracting States*”.

³³ El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso C-316/91, “Parlamento c/ Consejo”, con relación al IV Convenio Lomé, en Sent. del 2/3/94, estableció: “Salvo excepciones expresamente previstas por el Convenio, la Comunidad y sus Estados miembros, en su calidad de contratantes con los Estados ACP, son conjuntamente responsables frente a estos últimos por el incumplimiento de cualquier obligación que resulte de los compromisos contraídos” (*EC Reports 1994*, ps. 661-662). Asimismo, la C.I.J., en su Opinión Consultiva sobre la *Aplicabilidad del art. VI, secc. 22 de la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas*, señaló que en el caso de: “(...) daños ocasionados como resultado de actos realizados por las Naciones Unidas o por agentes de éstas que actúen a título oficial, podrá hacerse a las Naciones Unidas responsable de los daños resultantes de dichos actos” (C.I.J., *Recueil*, 1999, p. 177 y ss.). El primer caso en que las Naciones Unidas reconocieron su responsabilidad por el comportamiento de contingentes nacionales ha sido el de los daños causados por el personal de la Operación de las Naciones Unidas en Congo (ONUC) (V. A/CN.4/541, p. 18).

³⁴ HIGGINS, P., *Problems and Process* (...) op. cit., p. 48.

³⁵ *Giustizia civile*, vol. 46 (1999), I, p. 1313, conf. Informe de la C.D.I., 2003, p. 25.

³⁶ V. *infra*.

³⁷ Sólo en casos excepcionales, para terceros.

³⁸ V. *infra* referencia a Mercosur.

³⁹ Suiza, Austria y la representación de la ONU observaron la expresión “pertinente” por considerarla indeterminada y un obstáculo para el desarrollo de la práctica, sin embargo, esa posición no alcanzó aceptación suficiente (DE LA GUARDIA, V.E., *Derecho de los tratados internacionales*, Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 377-378).

⁴⁰ V. *Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales. Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos y las organizaciones internacionales*, A/CN.4/556.

⁴¹ WELLENS, K., *Remedies against international organizations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 11 y ss. En similar sentido se pronuncia DOMINICÉ, Ch., “O.N.U. et autres organisations internationales. Observations sur le contentieux des organisations internationales avec des personnes privées” (*AFDI*, XLV, 1999, ps. 623-624).

⁴² Las múltiples relaciones que pueden surgir, v.gr., una OI contra otra OI, una OI contra una OI miembro, una OI contra un tercer Estado, una OI contra un Estado miembro, una OI contra miembros no estatales, públicos o privados, una OI contra funcionarios, agentes o empleados, una OI contra terceros entes públicos o privados, a más todas estas situaciones en sentido subjetivo a la inversa.

RESPONSABILIDAD Y DERECHOS HUMANOS.
**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CASO “LA CANTUTA
VS. PERÚ”**

(Sentencia del 29 de noviembre de 2006)

*Esther Mathieu **

Clásicamente se ha afirmado en derecho internacional, la obligación de reparar, como consecuencia de la responsabilidad internacional por un hecho internacionalmente ilícito.

El proyecto del 2001, de codificación sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, determina que la responsabilidad del Estado originada en un hecho internacionalmente ilícito, produce un serie de efectos jurídicos inmediatos, a saber: 1) deber del Estado de continuar cumpliendo la obligación violada; 2) poner fin a la violación; 3) ofrecer garantías y seguridades de no repetición, y 4) reparar íntegramente el perjuicio causado.

El carácter bilateral de la responsabilidad ha sufrido algunas modificaciones hacia una multilateralización de los sujetos afectados.

Cuando se comete una violación grave de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general, como lo denomina el proyecto 2001, antes crimen internacional, afecta a la comunidad internacional en su conjunto y su comisión trasciende la relación bilateral entre el autor y la víctima.

Las obligaciones *erga omnes* se caracterizan porque son obligaciones asumidas respecto a toda la comunidad internacional, que protegen intereses o valores esenciales de ésta y todos los Estados tienen un interés jurídico en su cumplimiento.

La Comisión de Derecho Internacional había definido el crimen internacional como un hecho internacionalmente ilícito, resultante de una violación por un Estado de una obligación tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto.

Con la incorporación de la problemática de los derechos humanos al ordenamiento jurídico internacional, específicamente en el sistema interamericano, Pacto de San José de Costa Rica, se crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que tiene como función, la interpretación de las normas convencionales, la aplicación de la Convención, con facultades para adoptar medidas provisionales urgentes, resolver los casos que le fuesen planteados, garantizar el goce de los derechos reconocidos a la persona humana y disponer las reparaciones que estime corresponder.

En el caso de La Cantuta, institución pública de educación superior, a la cual asisten personas del interior del país y de bajos o escasos recursos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con los arts. 62.3 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dicta sentencia el 29 de noviembre de 2006.

La Corte considera probados los siguientes hechos en el caso, que: 1) existían prácticas sistemáticas y generalizadas de detenciones ilegales y arbitrarias, torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas. 2) El procedimiento consistía generalmente en la identificación de la víctima y, luego, en la detención de la misma en su domicilio, en un lugar público, en puestos de control en los caminos, en redadas o cuando la víctima se acercaba a una entidad pública. El denominador común en todo el proceso era “la negación del hecho mismo de la detención y el no brindar información alguna de lo que sucedía con el detenido”. Ello exigía el empleo de recursos y medios del Estado, como por ejemplo: vehículos motorizados, combustible, instalaciones para recibir al detenido y mantenerlo oculto para impedir o dificultar su ubicación. 3) Desde 1991, la Universidad estuvo bajo custodia de un destacamento militar ubicado dentro del campus universitario y los estudiantes habían venido denunciando diversos atropellos por parte de los efectivos militares acantonados en el campus. 4) El julio de 1992, en horas de la madrugada, miembros del Ejército peruano y agentes del “Grupo Colina” ingresaron al campus universitario irrumpiendo en las residencias de profesores y estudiantes y se llevaron a nueve estudiantes y a un profesor con rumbo desconocido. Dos permanecieron desaparecidos

hasta el descubrimiento, en julio y noviembre de 1993, de sus restos mortales en fosas clandestinas y los otros continúan desaparecidos. 5) El “Grupo Colina” operaba con conocimiento de la Presidencia de la República y del Comando del Ejército. 6) Las investigaciones y procesos que se realizaron fueron dos en el fuero penal y dos en el fuero militar, absorbiendo las segundas a las primeras. Posteriormente, con la caída del régimen del ex presidente Alberto Fujimori, fueron iniciadas nuevas investigaciones en la jurisdicción penal ordinaria. 7) El dictado de leyes de amnistía al personal militar, policial o civil involucrado en las violaciones de derechos humanos cometidas desde mayo de 1980 hasta la fecha de promulgación de la ley.

Sigue la Corte manifestando que el Estado incumplió durante 14 años con su obligación de investigar efectiva y adecuadamente el secuestro, ejecución extrajudicial y desaparición forzada de las víctimas. Al ser excluido el fuero común por el militar que estaba subordinado jerárquicamente al Poder Ejecutivo, se impedía el juzgamiento objetivo e imparcial.

La Corte precisó que el principio *non bis in idem* no resulta aplicable cuando el procedimiento culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución de los responsables de una violación a los derechos humanos o cuando el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente.

Asimismo, la Corte consideró que las leyes de amnistía: “son incompatibles con la Convención Americana y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos”. La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado Parte en la Convención constituye per se una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado. Un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados.

Los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. El Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Las leyes de autoamnistía son *ab initio* incompatibles con la Convención, por ser “una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado Parte.

Una sentencia, aunque se ajuste al derecho interno, puede ser contraria al derecho internacional. El tribunal interviniente ha aplicado derecho interno vigente pero si viola el derecho internacional existe una falta imputable al Estado por omisión, lo que genera responsabilidad internacional.

Un Estado nunca puede eximirse de responsabilidad invocando disposiciones de su derecho interno ya que éstas no prevalecen sobre las normas internacionales (Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969).

En el caso, la Corte hace efectiva la responsabilidad del Estado por la violación de los arts. 4.1 (Derecho a la vida), 5.1 y 5.2 (Derecho a la integridad personal) y 7° (Derecho a la libertad

personal) de la Convención, en relación con el art. 1.1 (Obligación de respetar los derechos) de ésta en perjuicio de las víctimas. Además, el Estado violó los derechos consagrados en los arts. 5.1, 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de ésta, en perjuicio de los familiares de esas personas. Es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente.

La Corte ha basado su fallo en el art. 63.1 de la Convención Americana, según el cual: “... cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuere procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada...”.

Este artículo acoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. La obligación de reparar se regula por el derecho internacional y no puede ser modificada o incumplida por el Estado invocando para ello disposiciones de su derecho interno.

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución, la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser posible cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados, a ello se añade las medidas de carácter positivo que el Estado debe adoptar para asegurar que no se repitan hechos lesivos.

El concepto “reparación” se aplica, en sentido amplio, para referirse a las medidas que el Estado autor del ilícito debe adoptar para cancelar las consecuencias de su obrar contrario a derecho.

La reparación por equivalencia es la forma más frecuente en la práctica internacional; normalmente adquiere la forma de una indemnización pero nada impide que se adopten otras formas de reparar.

Los daños indemnizables son todos los causados por el hecho internacionalmente ilícito y obliga a reparar íntegramente el perjuicio, abarcando los daños materiales y los morales, incluyendo el otorgamiento de garantías apropiadas contra la no repetición del ilícito.

Las formas de reparación son: 1) *la restitución*: que consiste en restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que sea materialmente posible y no entrañe una carga desproporcionada; 2) *indemnización*: si el daño no ha podido ser reparado por la restitución, esta indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante, si se comprueba. Sobre toda suma adeudada, se deben pagar intereses para asegurar una reparación integral; 3) *satisfacción*: que puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada que no sea desproporcionada.

Respecto de la obligación de reparar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en este caso concreto, consideró como “parte lesionada” a los familiares de las víctimas, en su propio carácter de víctimas de la violación a los derechos consagrados en los arts. 5.1, 8.1 y 25 de la Convención Americana. Serán acreedores de las reparaciones que el tribunal fije por concepto de daño inmaterial y/o material, en su propio carácter de víctimas de las violaciones a la Convención declaradas, así como de aquellas reparaciones que fije la Corte en su carácter de derechohabientes.

En lo que respecta al daño material, supone la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos, la Corte se limita a fijar una compensación por daños materiales correspondientes a consecuencias de carácter pecuniario efectuados por los familiares.

El daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia. Dado que no es posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, sólo puede ser objeto de compensación, para los fines de la reparación integral a la víctima, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad, así como mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan como efecto el reconocimiento de la dignidad de la víctima y evitar que vuelvan a ocurrir violaciones a los derechos humanos. La jurisprudencia internacional ha establecido reiteradamente que la sentencia constituye *per se* una forma de reparación. No obstante, la Corte estima necesario ordenar en equidad el pago compensación del daño inmaterial ocasionado por los sufrimientos de los familiares de las 10 víctimas desaparecidas o ejecutadas, quienes son a su vez, víctimas de la violación del derecho a la integridad personal.

Entre las otras formas de reparación que estableció la Corte, se mencionan:

a) Obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones del presente caso, e identificar, juzgar y sancionar a los responsables ya que estos hechos constituyen crímenes contra la humanidad que no pueden quedar impunes, son imprescriptibles y no pueden quedar comprendidos dentro de una amnistía. A ese efecto, el Estado debe remover los obstáculos de facto y de *jure* que mantengan la impunidad y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y los procedimientos respectivos para así, evitar la repetición de hechos tan graves y continuará adoptando todas las medidas necesarias de cualquier carácter, asegurando a los familiares de las víctimas el pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de las investigaciones y procesos, sus resultados serán públicamente divulgados por el Estado.

b) Búsqueda y sepultura de los restos de las víctimas desaparecidas. El derecho de los familiares a conocer dónde se encuentran los restos mortales constituye una medida de reparación y una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de las víctimas

c) Acto público de reconocimiento de responsabilidad. La Corte ha valorado los términos del reconocimiento y allanamiento realizados por el Estado del Perú pero debe preservarse la memoria de las víctimas y en desagravio a los familiares, deberá realizar un acto en presencia de los familiares dentro de un plazo de seis meses contados a partir de la notificación de la presente sentencia. Por otro lado, en el monumento denominado “El ojo que llora”, dentro del plazo de un año, las 10 personas declaradas como víctimas ejecutadas o de desaparición forzada deben encontrarse representadas.

d) Publicación de la sentencia. Como medida de satisfacción el Estado debe publicar en el diario oficial y en otro de amplia circulación nacional, los párrafos relativo al allanamiento parcial y los hechos probados en la sentencia.

e) Tratamiento físico y psicológico para los familiares de las personas ejecutadas o víctimas de desaparición forzada. Es obligación del Estado proveer, sin cargo alguno y por medio de los servicios nacionales de salud, el tratamiento adecuado que requieran y por el tiempo que sea necesario, incluida la provisión de medicamentos.

f) Educación en derechos humanos, a los miembros de los servicios de inteligencia, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional y a los fiscales y jueces, incluidos aquéllos del fuero penal militar. Dentro de los programas a implementar deberán hacerse mención especial a la sentencia y a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

g) Costas y gastos. Modalidad de cumplimiento. El Estado deberá efectuar el pago de las indemnizaciones por concepto de daño material e inmaterial, así como el reintegro de costas y gastos, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente sentencia. En cuanto a la publicación de la sentencia, así como al acto público de reconocimiento de responsabilidad y desagravio, el Estado dispone de un plazo de seis meses. En cuanto al tratamiento adecuado debido a los familiares de las víctimas desaparecidas, éste deberá

brindarse a partir de la notificación y por el tiempo que sea necesario. A su vez, el Perú deberá realizar inmediatamente las debidas diligencias para completar en un plazo razonable, las investigaciones abiertas y los procesos penales incoados en la jurisdicción penal ordinaria, así como activar, los que sean necesarios, para determinar las correspondientes responsabilidades penales de todos los autores de los hechos cometidos en perjuicio de las víctimas. El Estado deberá en un plazo razonable. En caso de que el Estado incurriera en mora, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada, correspondiente al interés bancario moratorio en el Perú.

La Corte se reserva la facultad de supervisar el cumplimiento íntegro de la sentencia. El caso se dará por concluido una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en el fallo. Dentro del plazo de un año, el Perú deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a ella.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido especialmente dinámica y evolutiva en el renglón de las reparaciones. Entre las medidas de satisfacción que la Corte ha dispuesto en el marco de las reparaciones figura, en forma ya sistemática, el reconocimiento de la responsabilidad internacional por parte del Estado. La sentencia de la Corte certifica que existe esa responsabilidad, como consecuencia de un hecho ilícito atribuible al Estado.

En el ámbito de estas satisfacciones puede figurar alguna expresión pública adicional. En términos generales, la petición de perdón a raíz de una falta grave reviste un valor ético específico para quien la formula y para quien la recibe.

Ante la violación de los derechos humanos, todos los Estados pueden invocar la responsabilidad por estas violaciones, solicitando las medidas que sean necesarias, con la obligación de cooperar para poner fin a la violación, de distintas formas, por ejemplo, no reconocer como lícita la situación originada o no prestar ayuda para mantener esa situación.

La jurisprudencia y la doctrina están conformes en afirmar que la violación de una obligación es grave, si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación del Estado responsable, es decir, violación cierta, evidente, permanente, invariable, metódica u ordenada, sin necesidad de que se den los dos supuestos, puede ser flagrante o puede ser sistemática, para configurar la ilicitud y generar la responsabilidad agravada.

Entre los casos de responsabilidad sin pronunciamiento de la Corte podemos mencionar, el efectuado por el gobierno de la República de Colombia en una audiencia pública realizada el 10 de marzo de 2005, en el caso *Wilson Gutiérrez Soler*.

Colombia reconoció su responsabilidad internacional por la violación de los derechos a la integridad personal, libertad personal, garantías judiciales y protección judicial de la Convención Americana debido a la detención ilegal, tortura y violación de las garantías judiciales de Wilson Gutiérrez Soler y los daños sufridos por la víctima y los miembros de su familia.

Y el reconocimiento parcial de responsabilidad efectuado, el 8 de marzo de 2005, en el caso de la masacre de Mapiripán, responsabilidad internacional por las violaciones al derecho a la vida, integridad personal y libertad personal consagrados en la Convención, en perjuicio de 49 víctimas y sus familiares por una serie de graves actos de violencia y destrucción contra la población civil ocurridos en la zona del municipio de Mapiripán en 1997.

NOTAS

* Abogada. Coordinadora del Departamento de Derecho Público y docente de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL Y PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

*Arturo Santiago Pagliari **

Sumario: I. Introducción. II. El hecho ilícito internacional. III. Naturaleza jurídica. Derecho del Estado. IV. Condiciones para el ejercicio de la protección diplomática. Nacionalidad de la reclamación. Agotamiento de los recursos internos. IV.1. La nacionalidad de la reclamación. Protección por el Estado de la nacionalidad. IV.2. Agotamiento de los recursos internos. IV.3. Excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos. V. Alcance de la protección diplomática. Consecuencias. VI. Medios para ejercerla.

El tema de la responsabilidad internacional como el de la protección diplomática se encuentran establecidos por el derecho consuetudinario general, ya que los numerosos intentos de codificación de esta materia todavía no han fructificado en una convención.

La institución de la responsabilidad internacional está directamente relacionada con el tema de la protección diplomática. En efecto, la invocación y ejercicio de esta última, sólo es viable en tanto un Estado haya cometido un hecho ilícito internacional que origine su responsabilidad. La importancia de ambos temas, responsabilidad internacional y protección diplomática, motivó que fueran especialmente seleccionados por la Comisión de Derecho Internacional para la confección de sendos proyectos de artículos que eventualmente sirvieran para conformar una convención o tratado internacional.

La preocupación internacional sobre el trato a los extranjeros y el respeto de sus derechos, explicó que cuando se comenzaron los trabajos para codificar ¹ el tema de la responsabilidad internacional, los estudios del relator designado se centrarán exclusivamente en el tema de la responsabilidad de los Estados derivada del trato a los extranjeros ², ya que durante años éste fue el motivo principal de demandas entre Estados en los tribunales internacionales ³. Sus cinco informes no tuvieron eco, principalmente, porque sus trabajos particularizaron sobre la responsabilidad de los Estados por daños causados a la persona y bienes de los extranjeros en base a normas primarias sobre la responsabilidad de las cuales se debían deducir las normas secundarias aplicables a la responsabilidad de los Estados.

Ante este panorama, la Asamblea General encarga en 1963 un nuevo estudio del tema de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, sobre las siguientes bases: La definición de las normas generales de la responsabilidad internacional del Estado (es decir, el desarrollo de las normas secundarias, eliminándose el tema de las obligaciones sustantivas) y el estudio de los nuevos desarrollos del derecho internacional sobre la materia. Roberto Ago, nombrado relator especial en 1967, presentó siete informes hasta 1980, limitando el estudio a la responsabilidad de los Estados sólo por actos ilícitos (dejando de lado la responsabilidad de las organizaciones internacionales, la de otros sujetos y la del individuo). El estudio abarcó el origen de la responsabilidad, los elementos del hecho ilícito y las causas excluyentes de la ilicitud. Tuvo el mérito de conceptualizar la responsabilidad desde un punto de vista puramente objetivo, prescindiendo del daño como elemento constitutivo del hecho ilícito. El daño queda eliminado del origen de la responsabilidad, no así de sus consecuencias. Asumiendo una posición original entre la doctrina tradicional que establecía una relación directa entre la responsabilidad y el daño y la posición de Kelsen que vinculaba a la responsabilidad con la sanción, el relator establece la versión del art. 19 del proyecto, en la que distingue entre delitos y crímenes, agregando para esta última categoría de infracciones el elemento punitivo (reparación más sanción). En 1996, se amplió este proyecto (aprobado en primera lectura, gracias a la labor realizada por los dos nuevos relatores especiales que le sucedieron a Ago, Riphagen (1981/86) y Arangio Ruiz (1987/96), con una segunda parte referida al contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional y una tercera dedicada a la solución de controversias. En la actualidad, se ha dejado de lado tal proyecto, sustituyéndolo por el aprobado en primera lectura en agosto del 2001, que consta de 59 artículos insertados en cuatro

partes: El hecho internacionalmente ilícito del Estado; Contenido de la responsabilidad internacional; Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional, y Disposiciones Generales, respectivamente.

El segundo tema, la protección diplomática, motivó que la Comisión de Derecho Internacional en su 58º período de sesiones, aprobara el texto del proyecto de artículos sobre la protección diplomática, que incorpora algunos aspectos novedosos sobre la materia. El proyecto consta de 19 artículos agrupados en cuatro partes ⁴.

I. Introducción

Si bien es cierto, que una vez admitido el extranjero en un Estado queda sujeto a su jurisdicción y, en consecuencia, a sus leyes, no lo es menos que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación de garantizar a los extranjeros un estándar mínimo en materia de derechos, estándar que se obtiene mediante la comparación de los respectivos ordenamientos nacionales en relación siempre con el ordenamiento internacional, atendiendo particularmente al trato deparado por éstos a los extranjeros. La violación de esta obligación origina la responsabilidad internacional del Estado, puesto que tal violación constituye un hecho ilícito internacional. La correspondencia a esta obligación, es el derecho que tienen los Estados de exigir ese reconocimiento y respeto de los derechos de sus nacionales y, en su caso, la reparación originada por una violación a ellos. Esta facultad, los Estados la pueden ejercer a través de la acción de amparo o protección diplomática. A esta acción dirigida por un gobierno contra otro por la causa indicada, se la domina acción de amparo o protección diplomática. Comprende todas las medidas que puede adoptar un Estado en contra de otro Estado con relación a un perjuicio a la persona o a los bienes de un nacional causado por un hecho o una omisión internacionalmente ilícitos atribuibles al segundo Estado ⁵.

Sus caracteres hacen referencia: a) al origen (hecho ilícito internacional); b) a la naturaleza jurídica (derecho del Estado); c) a las condiciones (agotamiento de los recursos internos y nacionalidad efectiva); d) a los límites (cuantía del daño sufrido por el particular) de la protección diplomática, y e) a los medios para ejercerla.

II. El hecho ilícito internacional

La protección diplomática consiste en la reclamación de un Estado contra otro con el objetivo de lograr la reparación de los daños que este último ha causado a un particular de nacionalidad del primero al cometer un hecho internacionalmente ilícito.

La invocación de la responsabilidad está basada en un hecho internacionalmente ilícito de un Estado; en tal sentido, pues, el origen de la protección diplomática es el hecho ilícito que hay que probar. La primera cuestión entonces, es determinar la existencia de un hecho internacionalmente ilícito. El proyecto de la C.D.I. sobre Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, establece que todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional. El hecho internacionalmente ilícito consiste en la violación de una obligación internacional en vigencia mediante un comportamiento (acción u omisión) atribuible a un Estado. Tanto la naturaleza de la obligación violada como el comportamiento del Estado, se rigen por el derecho internacional, no importando la calificación efectuada por el derecho interno del mismo hecho, aun cuando este último, lo considere lícito.

En los casos de protección diplomática se debe probar la atribución del hecho internacionalmente ilícito al Estado reclamado. Las conductas o comportamientos antijurídicos del Estado que originan su responsabilidad internacional se denominan, genéricamente, hechos del Estado, y engloban a la totalidad de las conductas de sus órganos, representantes, o actos de otras entidades, estados, órganos o personas, que de una manera u otra, puedan atribuirse a dicho Estado ⁶.

El requisito objetivo, la violación de una obligación internacional, se cumple cuando existe un comportamiento -hecho del Estado- que no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación; es decir, que la conducta del Estado no se ajusta a lo establecido en una obligación internacional. Todo comportamiento del Estado que no se adecue a lo prescrito por una obligación internacional, acarrea su responsabilidad. No importa a estos fines (la violación de una obligación), cuál sea el origen o naturaleza de esa obligación (consuetudinaria, convencional o de cualquier otra clase); sólo interesa que dicha obligación se encuentre vigente con relación al Estado responsable en el tiempo de cometerse el acto ilícito. Tal es el sentido que se le quiere arrogar al concepto de obligación diferenciándola de la norma internacional. En efecto, la noción de obligación es más amplia que la de norma, ya que una obligación no sólo puede tener origen en una norma, sino también en otras causas: un acto unilateral propiamente dicho, una decisión judicial o arbitral, o la resolución de una organización internacional.

¿De dónde surge la responsabilidad del Estado por el indebido trato a extranjeros al no respetar un estándar mínimo de derechos? La pregunta es importante para el caso que nos ocupa ya que de no existir tal norma no existiría una violación de una obligación internacional vigente para todos los Estados de la comunidad internacional. Dicha norma existe desde tiempo inmemorial y se encuentra vigente como una norma de derecho internacional general consuetudinario. Pero, además, cabe agregar que la violación de los derechos de los extranjeros y, por ende, el derecho de los Estados de ejercer la protección diplomática de su nacional, también puede tener su origen en una norma de derecho convencional⁷.

El proyecto de artículos sobre protección diplomática en su art. 1º no define la protección diplomática (en el sentido de que no describe los hechos ilícitos que dan origen a la responsabilidad); se limita a enumerar sus características principales, ocupándose sólo de regular las circunstancias y condiciones en que puede ejercerse. En este sentido, sigue la tendencia del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, manteniendo la distinción entre normas primarias y secundarias y, en consecuencia, trata sólo estas últimas. De conformidad, el art. 1º establece que la protección diplomática se traduce en la invocación de la responsabilidad de un Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito a una persona natural o jurídica que es un nacional suyo con miras a hacer efectiva esa responsabilidad.

III. Naturaleza jurídica. Derecho del Estado

El ejercicio de la protección diplomática, es un derecho que le corresponde al Estado de conformidad con lo establecido en el art. 2º: “Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con el presente proyecto de artículos”, lo que significa que no tiene el deber ni la obligación de hacerlo; ello sin perjuicio de quién sea en definitiva, el titular de ese derecho (su propio derecho o el del nacional perjudicado). En este sentido, el proyecto es “neutral”. La nueva tendencia se inclina por considerar que el Estado no sólo hace valer su propio derecho sino también el del nacional perjudicado. En efecto, la situación de la persona en el plano internacional ha cambiado en los últimos años radicalmente, abarcando no sólo la protección de sus derechos personales sino también de los patrimoniales. Es por ello que el art. 2º considera la protección sólo desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado (para hacerla efectiva), dejando abierta la cuestión de si el Estado ejerce la acción en virtud de su propio derecho o del de su nacional o de ambos en forma conjunta.

Si bien la institución de la protección diplomática se constituye como un derecho discrecional del que es titular el Estado y no los individuos, en el caso *La Grand* se discutió la legitimidad de un Estado de ejercer la protección diplomática en base a derechos establecidos en la Convención de Viena de 1963 (asistencia consular a nacionales), que si bien se referían a individuos, significaban derechos o facultades concedidos directamente a los Estados y no a las personas. En síntesis, EE.UU. sostuvo que los derechos reconocidos en la CV63 son sólo a los Estados; por ende, no existiendo en juego ni un derecho humano ni uno fundamental de esa naturaleza, no procedía la acción de protección diplomática. Alemania sostuvo por el contrario,

que la violación de la obligación señalada (asistencia consular) constituye no sólo una violación a los derechos del Estado sino también la de los derechos individuales que ella incluye. Para la Corte, la CV63 establece tanto derechos para las personas como para los Estados, lo que no impide el ejercicio de la protección diplomática como medio de hacer cumplir el derecho internacional⁸.

IV. Condiciones para el ejercicio de la protección diplomática. Nacionalidad de la reclamación. Agotamiento de los recursos internos

Tradicionalmente, la protección diplomática fue considerada como un derecho propio y exclusivo del Estado entendiendo que el daño causado a su nacional es un perjuicio causado al Estado mismo⁹. Requiere para su ejercicio dos presupuestos básicos: a) La nacionalidad de la reclamación, y b) El agotamiento de los recursos internos. Se discute en la doctrina si también constituye un requisito, juntamente con la nacionalidad de la reclamación y el agotamiento de los recursos internos, la conducta correcta del extranjero¹⁰, en el sentido de que el hecho ilícito del Estado no tenga como nexo causal un comportamiento ilegal del particular (una conducta contraria al ordenamiento jurídico interno del Estado supuestamente infractor, o bien, del ordenamiento internacional)¹¹. Algunos autores sostienen que esta circunstancia constituye un requisito más para la admisibilidad de la protección diplomática, citando como ejemplo que apoyaría dicha tesis por analogía con la conducta de los Estados, que entre las causas excluyentes de la ilicitud de un acto estatal se encuentran las contramedidas, que tienen como origen, justamente, un nexo causal con un hecho ilícito previo de otro Estado. “Desde esta perspectiva y en un sentido equivalente se añade, sería igual de lógico mantener la exigencia de las manos limpias del particular como condición para la atribución de la correspondiente responsabilidad internacional”¹². En alguna oportunidad, la Corte se ha referido a él como una de las condiciones que debe reunir un particular para ser protegido diplomáticamente¹³.

El proyecto sólo trata como requisitos para el ejercicio de la acción diplomática, la nacionalidad de la reclamación en su Segunda Parte (tanto de personas naturales -Capítulo II- como jurídicas -Capítulo III-), y el agotamiento de los recursos internos en su Tercera Parte, no contemplando la conducta correcta como requisito de admisibilidad de la reclamación.

IV.1. La nacionalidad de la reclamación. Protección por el Estado de la nacionalidad

La condición de que el individuo damnificado debe tener la nacionalidad del Estado reclamante, es un requisito impuesto por el derecho consuetudinario general que ha sido recogido por la C.P.J.I. en sus resoluciones. En efecto, según expresa la sentencia dictada en el *Asunto del Ferrocarril Panavezys-Saldutiskis*¹⁴: “(...) a falta de un acuerdo especial, es el vínculo de nacionalidad entre el Estado y el individuo lo que, por sí sólo, confiere al Estado el derecho de la protección diplomática...”. Evocando la sentencia aludida, la C.I.J. ha ratificado este criterio afirmando que *es el vínculo de la nacionalidad entre el Estado y el individuo el único que otorga al Estado el derecho de protección diplomática*¹⁵.

El proyecto también pone el acento en el vínculo de la nacionalidad entre el Estado y el nacional para el ejercicio de la acción diferenciando en cuanto al vínculo diversas modalidades según se trate de personas naturales o jurídicas por lo que ambos casos se tratan en capítulos diferentes. La excepción a la existencia del vínculo de la nacionalidad está contemplada en el art. 8º referido a la situación de los apátridas y refugiados¹⁶. Con respecto a éstos, la posibilidad de ejercer la protección está signada por dos requisitos: a) La residencia legal y habitual en este Estado; b) La continuidad de tal circunstancia entre la fecha en que se produjo el perjuicio y la de la presentación oficial de la reclamación. Esta excepción, que se aparta de la doctrina tradicional, corresponde al ámbito del desarrollo progresivo del derecho internacional.

El art. 4º del proyecto establece que se entiende por Estado de la nacionalidad (que es el que tiene el derecho de ejercer la acción según el art. 3º), aquél cuya nacionalidad haya

adquirido la persona de conformidad con la legislación de ese país (cualquiera sea la forma: nacimiento, filiación, naturalización, sucesión de Estados, etc.), ratificando de este modo que el tema del otorgamiento de la nacionalidad y los sistemas para efectuarla, es un derecho que pertenece, en principio, al dominio reservado del Estado. Los modos enumerados son simplemente ejemplificativos, no exhaustivos, designando los elementos de conexión más frecuentes¹⁷ de una persona con el Estado para determinar su nacionalidad. El proyecto no exige al Estado que pruebe la existencia de un vínculo efectivo entre él y su nacional, principio fundamentado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nottebohm*¹⁸. Si bien, un Estado tiene derecho a decidir cuáles son sus nacionales, tal derecho no es absoluto; por ello, la última parte del art. 4º establece, como condición para el otorgamiento de la nacionalidad, que el sistema adoptado “no se encuentre en contradicción con el derecho internacional”. Ello deja abierta la posibilidad de que un Estado impugne la nacionalidad de una persona cuando ésta haya sido adquirida en contra del derecho internacional¹⁹. En estos casos, la carga de la prueba recae sobre quién impugna la nacionalidad de la persona perjudicada.

Con referencia a la norma de la “*continuidad de la nacionalidad*”, la doctrina clásica sostenía que una vez precisados los requisitos de “nacionalidad de la reclamación” y de “nacionalidad efectiva”, era necesario dilucidar el interrogante de cuál es el momento en el que debía existir el vínculo nacional entre el Estado y la persona, para hacer visible la reclamación: a) En el que se produjo el daño; b) En el del agotamiento de los recursos locales; c) Cuando el Estado toma intervención, y d) Cuando se pronuncia la decisión. Los cambios de nacionalidad, tanto voluntarios como por cuestiones ajenas a la persona que había sufrido el daño (formación de un nuevo Estado, por ejemplo) habían sido planteados con frecuencia, lo que demostraba la importancia del tema, no sólo por cuestiones de seguridad jurídica, sino para determinar con precisión, quién era el destinatario legítimo de la compensación que el Estado demandado podía ser obligado a abonar, evitando la eventual selección de un Estado más complaciente para efectuar la reclamación. Se tomaba como punto de partida, el principio que la persona lesionada debía tener la nacionalidad del Estado reclamante a la fecha de producido el acto ilícito²⁰.

Con relación a este tema, el art. 5º del proyecto establece el principio que la persona a cuyo favor el Estado ejerce la acción, debe haber tenido su nacionalidad -de modo continuo- desde la fecha que se produjo el perjuicio hasta la fecha de presentación oficial de la reclamación. Las excepciones fijadas a esta regla son: Un cambio de nacionalidad de la persona (nacional suyo a la fecha de la reclamación pero no a la fecha del perjuicio) debido a que la anterior era de un Estado predecesor; o bien, hubiera perdido su nacionalidad anterior, adquiriendo la del Estado reclamante, por una razón no relacionada con la presentación de la reclamación. En ambos casos, bajo la condición que la adquisición (de la nacionalidad) nueva del Estado reclamante no haya sido hecha en contradicción con el derecho internacional. Las prohibiciones establecidas al ejercicio de la acción son: a) Cuando la persona hubiese sido nacional anterior del Estado reclamado a la fecha de ocasionado el perjuicio; b) Cuando la persona adquiriera la nacionalidad del Estado reclamado (o de un tercer Estado) después de la fecha de presentación de la reclamación oficial²¹.

Tradicionalmente, el tema de la nacionalidad planteaba problemas en los casos de doble o múltiple nacionalidad. Para resolverlos primaba siempre el principio de la nacionalidad efectiva del particular perjudicado. Tanto cuando el particular poseía la nacionalidad del Estado reclamante y del reclamado, como cuando era nacional de más de un Estado (con exclusión del Estado reclamado), el criterio aplicable era el de la *nacionalidad efectiva*²². Idéntica posición fue sustentada por la jurisprudencia internacional en los supuestos de adquisición de la nacionalidad por naturalización. Sin perjuicio de ello, cuando una persona tenía doble o múltiple nacionalidad, cualquiera de los Estados del cual era nacional, podía ejercer la protección diplomática, individual o conjuntamente.

El art. 6º del proyecto, al igual que el art. 4º, no exige un vínculo auténtico o efectivo entre el nacional y el Estado que ejerce la acción (principio de nacionalidad efectiva). Establece que cualquier Estado del que sea nacional una persona, tenga doble o múltiple nacionalidad, puede ejercer la acción. Cuando sean dos o más Estados de la nacionalidad, podrán ejercer conjuntamente la acción. Es decir, no se excluyen; la pueden ejercer tanto individual, como

conjuntamente. Esta disposición es congruente con las reglas que en materia de responsabilidad internacional prescriben la posibilidad de que un mismo hecho ilícito internacional puede haber sido cometido por varios Estados, como así también que, como consecuencia de un acto ilícito, pueden existir varios Estados lesionados²³.

El principio de igualdad soberana de los Estados, el cual excluye la protección diplomática en los casos de doble nacionalidad cuando el particular posee tanto la nacionalidad del Estado reclamante como del reclamado, debe ceder ante el principio de la nacionalidad efectiva cuando tal nacionalidad es la del reclamante. La nacionalidad efectiva es un principio de derecho internacional y, en caso de controversia, debe ser aplicado a tenor de lo dispuesto por el art. 31, 3, c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. “*Para determinar la nacionalidad dominante y efectiva, se deben considerar todos los factores relevantes, incluyendo la residencia habitual, centro de intereses, lazos familiares, participación en la vida pública y otras pruebas de vinculación*”²⁴.

En igual sentido, el proyecto en su art. 7º establece que un Estado de la nacionalidad no podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona frente a otro Estado del que esa persona sea también nacional, introduciendo una excepción: Cuando el Estado reclamante demuestre que su nacionalidad es “*predominante*”²⁵ con respecto a la del reclamado, tanto en la fecha en la que se produjo el perjuicio como en la fecha de la presentación de la reclamación. Este artículo confirma la regla general de que un Estado no puede ejercer la acción en los casos que el particular tenga la misma nacionalidad del Estado reclamado; la excepción como tal, obliga a quien la alega, a probar tal circunstancia excepcional, con el agregado que también debe probar la continuidad de su nacionalidad “*predominante*” desde la fecha que se produjo el perjuicio hasta la de la presentación de la reclamación. En su informe, la Comisión explica que se ha cambiado el término de nacionalidad “*efectiva*” por el de “*predominante*”, aludiendo de esta forma a la intensidad de los vínculos²⁶ que una persona mantiene con un Estado respecto a otro. Como se puede apreciar, el principio de la nacionalidad efectiva y el concepto de nacionalidad predominante son dos caras de la misma moneda.

La C.I.J. estableció en el caso *Barcelona Traction, Ligth and Power Co. Ltd.*²⁷, que cuando se trata de establecer un vínculo entre una sociedad y un Estado a los fines de la protección diplomática, el derecho internacional se fundamenta en una analogía con las reglas que establecen la nacionalidad de los individuos. En este sentido, el criterio predominante en casos de conflicto, fue el de la nacionalidad efectiva. Cabe preguntarse entonces, cuál es la pauta para determinar la nacionalidad efectiva de las personas jurídicas. En la doctrina y la jurisprudencia no existía un criterio uniforme sobre el particular; se señalaban como tal: el lugar de su constitución; el del control efectivo de la sociedad; el de su sede o asiento principal de los negocios; o la del Estado del cual eran nacionales la mayoría de sus accionistas. Cualquiera fuere el criterio adoptado, lo cierto es que las personas jurídicas no podían carecer de nacionalidad, ya que su constitución siempre derivaba de un documento cierto celebrado en un determinado lugar y donde se precisan los derechos y obligaciones de los socios y el objeto y domicilio social claramente identificados; en caso de duda, debía primar el criterio de nacionalidad efectiva, es decir, la de aquel Estado con el cual la sociedad poseía un vínculo real, permanente y genuino. De los criterios mencionados precedentemente, el confirmado por una larga práctica y por numerosos instrumentos internacionales, era el que la sociedad tenía la nacionalidad del Estado al amparo de cuyas leyes de constituyó, máxime si éste coincidía con el de su domicilio social. Sin embargo, en el asunto citado de la *Barcelona*, la Corte manifestó que en el plano particular de la protección diplomática de las personas morales, no había sido aceptado de manera general ningún criterio absoluto aplicable al nexo efectivo para la determinación de la nacionalidad. La existencia de este vínculo, debía analizarse en cada caso en particular y, de acuerdo con las circunstancias concretas.

El proyecto en su art. 7º se inclina que es el lugar de la constitución de la sociedad la que confiere a ésta la nacionalidad a los efectos de la protección: “(...) se entiende por Estado de la nacionalidad, el Estado con arreglo a cuya legislación se constituyó dicha sociedad”. La excepción a esta regla (fundada evidentemente en el concepto de nacionalidad efectiva), exige una serie de condiciones que deben considerarse como acumulativas (no alternativas), a saber:

a) La sociedad debe estar controlada por nacionales de otro Estado; b) No debe desarrollar negocios de importancia en el Estado en que se constituyó; c) Debe tener la sede de su administración como el control financiero en otro Estado. De reunirse acumulativamente estos requisitos queda configurado el derecho de ese otro Estado a ejercer la protección: “*este Estado se considerará el Estado de la nacionalidad*”. Cabe aclarar que el art. 9º no permite una multiplicidad de acciones: el Estado de la nacionalidad con derecho a ejercer la protección es, o bien, el Estado en que constituyó la sociedad, o bien, el Estado que reúne las condiciones exigidas por la excepción.

Al igual que en el caso de las personas naturales, el proyecto en su art. 10 establece el requisito de la continuidad de la nacionalidad de las personas jurídicas desde la fecha en que se produjo el perjuicio hasta la de la presentación de la reclamación. Pero un Estado deja de tener derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que adquiriera, después de la presentación de la reclamación, la nacionalidad del Estado frente al cual se presentó dicha reclamación. En efecto, el Estado demandante pierde su derecho a proseguir la reclamación, ya que en tal supuesto se estaría reclamando al Estado demandado una indemnización de su propio nacional. Igual solución se impone cuando una persona llega a ser nacional de un tercer Estado después de la presentación de la reclamación. En este sentido existen varios pronunciamientos internacionales²⁸. Sin embargo, un Estado seguirá teniendo derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que tenía su nacionalidad en la fecha en la que se produjo el perjuicio y que, como consecuencia de ese perjuicio, haya dejado de existir según la legislación del Estado en el que se constituyó. El fundamento de esta disposición del proyecto, es que si la sociedad ha dejado de existir como consecuencia de un perjuicio causado, ningún Estado tendría la posibilidad de ejercer la protección. El párrafo 3 del artículo comentado, permite al Estado de la nacionalidad de la sociedad a la fecha de cometerse el perjuicio, a ejercer la acción, aunque la sociedad haya dejado de existir, recayendo la carga probatoria, tanto del perjuicio como que éste fue el determinante a la desaparición de la sociedad, en el Estado reclamante.

En cuanto al derecho de los accionistas de la sociedad cuyos derechos se han violado a solicitar la protección diplomática al Estado del cual son nacionales, la Corte en el caso de la *Barcelona*, efectuó las siguientes precisiones: a) El derecho internacional reconoce a la sociedad anónima como una institución creada por normas de derecho interno, lo que de manera alguna significa hacer depender las normas internacionales de las del derecho interno; b) En base a esas normas reconocidas, es indiscutible la diferenciación jurídica existente entre la sociedad y sus accionistas. Es sobre una estricta distinción entre estos dos entes separados, la sociedad y el accionista, cada uno dotado de un conjunto de derechos distintos, que reposa la noción de sociedad anónima y en que se funda su estructura; c) En caso de violación de los derechos de una sociedad, la acción de protección diplomática le corresponde al Estado del cual dicha sociedad es nacional, no al Estado del cual son nacionales los accionistas; d) Aceptar la legitimidad activa para la promoción de la acción de los Estados de los que son nacionales los accionistas, sería admitir la posibilidad de acciones diplomáticas concurrentes (tantas como distinta fuera la nacionalidad de los accionistas), produciendo un clima de confusión y de inseguridad jurídica en las relaciones internacionales. La Corte, en el fallo aludido, admitió sólo dos excepciones a la regla de legitimidad del Estado del cual la sociedad es nacional, que habilitaban el ejercicio de la acción al Estado de la nacionalidad de los accionistas: a) En el caso de que la sociedad haya dejado de existir, y b) En el supuesto en que el Estado Nacional de la sociedad esté impedido legalmente de accionar en favor de ésta.

Ratificando la doctrina tradicional, el proyecto en su art. 11, establece que el Estado de la nacionalidad de los accionistas de una sociedad no tendrá derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a esos accionistas en caso de perjuicio causado a la sociedad. Las excepciones sentadas por la Corte en el fallo citado, son recogidas en el proyecto en los apartados a) y b) del artículo señalado. En efecto, la primera de las excepciones, es decir que la sociedad haya dejado de existir, va acompañada de dos requisitos: a) que tal extinción se haya producido de conformidad con la legislación del Estado en el que se constituyó, y b) Que dicha desaparición se hubiese operado por un motivo no relacionado con el perjuicio propiamente

dicho. Con referencia al primer requisito, cabe señalar que debe tratarse de una desaparición de naturaleza jurídica y no de otra índole, y tal circunstancia debe haberse producido en el Estado en que dicha sociedad se constituyó y no en el Estado en el cual ésta hubiere resultado perjudicada. Con relación al segundo requisito, “*por un motivo no relacionado con el perjuicio*”, se justifica ya que el Estado de nacionalidad de los accionistas no puede promover la acción con respecto al perjuicio causado a la sociedad (que sea su causa de desaparición), puesto que ese derecho le corresponde al Estado de la nacionalidad de la sociedad. “*El Estado de la nacionalidad de los accionistas sólo podrá ejercer la protección diplomática con respecto a los accionistas que hayan sido lesionados de resultados de los daños sufridos por la sociedad sin relación con el perjuicio que pudiere haber dado lugar a la desaparición de ésta*”²⁹. La otra excepción, que permite al Estado de nacionalidad de los accionistas ejercer la acción, se configura cuando sea el propio de Estado de constitución de la sociedad el responsable del perjuicio causado a la sociedad; tiene una limitación: que “*la constitución de la sociedad en ese Estado haya sido exigida por éste como condición previa para realizar negocios en dicho Estado*” (ap. b *in fine*). Esta excepción ya había sido fundamentada en los votos particulares de los jueces Fitzmaurice, Jessup y Tanaka en el caso de la *Barcelona Traction*, y encontró apoyo en la jurisprudencia³⁰, la doctrina y la práctica de los Estados. La excepción, en definitiva, se encuentra limitada por dos condicionantes: a) Que la sociedad, en la fecha en que se produjo el perjuicio, tenga la nacionalidad del Estado responsable de haber causado ese daño; b) Que la constitución de la sociedad de conformidad con la legislación de ese Estado hubiese sido exigida por éste como condición previa para hacer negocios con él.

En el caso de la *Barcelona*, la Corte estableció que en base a normas reconocidas, era indiscutible la diferenciación jurídica existente entre la sociedad y sus accionistas. Es sobre una estricta distinción entre estos dos entes separados, la sociedad y el accionista, cada uno dotado de un conjunto de derechos distintos, que reposa la noción de sociedad anónima y en que se funda su estructura; asimismo, reconoció que el derecho interno de los Estados confiere a los accionistas derechos distintos a los de la propia sociedad (derecho tales como a dividendos, asistencia y votación en las juntas, a parte del haber social existente en la fecha de liquidación de la sociedad, etc.). En tales casos de violación de los derechos propios de los accionistas, éstos tienen un derecho de accionar independiente del de la sociedad.

El proyecto en su art. 12, acepta esta tendencia estableciendo que en la medida en que un hecho internacionalmente ilícito de un Estado cause un perjuicio directo a los derechos de los accionistas como tales, el Estado de la nacionalidad de cualquiera de esos accionistas tendrá derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a sus nacionales. Subraya este artículo que tal hecho ilícito debe causar “*un perjuicio directo a los derechos de los accionistas y que esos derechos son ‘distintos a los derechos de la propia sociedad’*”, es decir, se inclina por una interpretación restrictiva que, en la mayoría de los casos en cuanto su aplicación, deberá decidirse por las normas del derecho interno del Estado de constitución de la sociedad.

El art. 13 del proyecto hace extensivo las normas sobre protección diplomática a otras personas jurídicas que no sean sociedades. El fundamento de esta disposición radica en el hecho de que las sociedades tienen caracteres especiales, entre otros, participan en el comercio exterior y en las inversiones extranjeras y, justamente este último propósito, es el que da motivo y fundamento para su protección diplomática. Pero, no se puede negar la existencia de otros entes jurídicos, tales como universidades, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, etc., que en su caso, puedan ser objeto de un hecho internacionalmente ilícito. Es por ello que el proyecto hace extensivo los principios de la protección diplomática adoptados para las sociedades a otras personas jurídicas. En tal sentido, es que la disposición del art. 13 establece que los principios que rigen el Estado de la nacionalidad de las sociedades, se aplicarán a la protección de otras personas jurídicas que no sean tales.

IV.2. Agotamiento de los recursos internos

El proyecto en su art. 14 1. establece que “*Un Estado no podrá presentar una reclamación internacional en razón de un perjuicio causado a uno de sus nacionales o a una de las personas*

a que se refiere el proyecto de artículo 8° antes de que la persona perjudicada haya agotado los recursos internos, salvo lo dispuesto en el proyecto de artículo 15”.

La norma que exige el agotamiento de los recursos internos antes de que se inicie un proceso internacional, es una norma bien establecida de derecho internacional consuetudinario, norma que debe ser observada en los casos en que un Estado hace suya la causa de un nacional cuyos derechos hayan sido lesionados por otro Estado en violación del derecho internacional³¹. La C.I.J., en el caso *Interhandel*³² fundamentó la exigencia del agotamiento de los recursos internos en el respeto necesario a la soberanía de los Estados, que se logra dando prioridad a los tribunales locales, otorgándoles la posibilidad de hacer justicia de acuerdo con su propio sistema jurídico, es decir, posibilitando al Estado infractor la oportunidad de reparar por sus propios medios, la obligación violada. El incumplimiento de este requisito, significaría que “... *el extranjero sería un individuo privilegiado para quien no existirían ni el derecho interno ni los tribunales locales, y quien interpondría inmediatamente la influencia política del Estado de su nacionalidad...Una prematura intervención diplomática de esta clase constituiría una afrenta a la independencia del soberano local y a la autoridad de sus leyes y tribunales, por sobre todas las personas sometidas a aquél*”³³. Tiene íntima relación con el fundamento de la regla, si ésta tiene carácter sustancial o meramente procesal. En efecto, si la regla es de carácter sustantivo, el ilícito internacional se produciría una vez agotados los recursos internos y no en el momento de la conducta que supuestamente causó la lesión a los derechos del particular, ya que por medio de los recursos el Estado tendría la posibilidad de remediar su conducta supuestamente lesiva. El hecho ilícito (violación de la obligación internacional relativa al trato que se debe otorgar a particulares extranjeros) solamente se consumaría si los particulares afectados han agotado los recursos internos que tienen a su disposición sin obtener el trato previsto por la obligación³⁴.

El agotamiento de los recursos internos disponibles y efectivos, hace referencia a la utilización de todos los medios verosíblemente eficaces y suficientes para lograr la reparación de sus derechos; es decir, aquellos recursos jurídicamente aptos que existan en las normas del derecho interno del Estado para obtener el resarcimiento adecuado. El particular debe probar que ha recurrido a la totalidad del sistema de protección jurídica establecido en el derecho interno, agotando tanto las vías ordinarias como extraordinarias, debiendo interpretarse tal proceder de acuerdo con las reglas generalmente reconocidas por el derecho internacional. Este requisito comprende la obligación del particular de acompañar todas las pruebas fundamentales relacionadas con el caso, como aducir todos los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya su pretensión. El ap. 2 del artículo citado señala la necesidad de agotar todos los recursos legales, comprendiendo en este término no sólo los judiciales sino también los administrativos, ya sean ordinarios o especiales. El proyecto no hace referencia a la denominada “Cláusula Calvo” por la que el extranjero renuncia anticipadamente a la eventual vía de la protección diplomática³⁵.

La condición a cumplir por el Estado para la invocación de la reclamación, es la del agotamiento de los recursos internos disponibles y efectivos por el particular damnificado con resultados negativos. Este requisito no es exigible en los casos de que exista una violación de una obligación internacional que cause un perjuicio directo a otro Estado, ya que los Estados no están sujetos a la jurisdicción de los tribunales extranjeros (principios de igualdad soberana e inmunidad de jurisdicción). “*Por el propio carácter de la regla, ésta no se aplica en los casos en que el acto ilícito haya perjudicado directamente al Estado o a uno de sus órganos como un agente diplomático,... o a una persona que disfrute de una protección internacional especial. Ello se vincula con la idea de la inmunidad jurisdiccional del Estado y sus agentes ante los tribunales extranjeros. Si aquellos están exentos de dicha jurisdicción es lógico que no estén obligados a agotar los recursos internos*”³⁶.

El ap. 3 aborda una delicada cuestión cual es la de determinar en cada caso si el hecho internacionalmente ilícito afecta primordialmente al Estado o a su nacional. En efecto, la regla del agotamiento de los recursos internos sólo es aplicable en los casos en que el Estado reclamante ha sido perjudicado en los derechos de su nacional, es decir, indirectamente, ya que si ha sido perjudicado directamente, tal regla no es aplicable por cuanto, en ese caso, el Estado tiene un derecho propio para presentar una reclamación internacional. En la práctica muchas

veces se confunden ambos casos ya que el hecho ilícito internacional puede perjudicar tanto directamente a un derecho del Estado, como a uno de un particular ³⁷. El ap. 3 establece el criterio de la “*preponderancia*”. Se deberán agotar los recursos internos cuando una reclamación internacional se funde “*predominantemente*” en un perjuicio causado a un nacional y, en tal sentido, los recursos internos deberán agotarse no sólo con respecto a la reclamación internacional, sino también con una petición de sentencia declarativa que se base “*predominantemente*” en un daño causado a un nacional.

IV.3. Excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos

Las excepciones del requisito del agotamiento de los recursos internos que torna viable la acción de protección diplomática, están íntimamente vinculadas al de la responsabilidad internacional del Estado por los actos de sus órganos, particularmente a los del Poder Judicial. Históricamente se consideró, que dada la independencia del Poder Judicial con respecto a los otros poderes del Estado, los actos judiciales no podían engendrar responsabilidad internacional del Estado, ya que ésta se identificaba generalmente con los actos del Poder Ejecutivo. Esta postura ha sido superada ya que la responsabilidad no solamente se origina por actos del Ejecutivo, sino también comprende los actos legislativos y judiciales de los órganos del Estado.

La regla del agotamiento de los recursos internos tiene una íntima vinculación con la denegación de justicia. El derecho internacional responsabiliza al Estado, no por una injusticia aislada, sino por carecer de un mecanismo local idóneo para corregirla. El contenido de la obligación de otorgar justicia, no sólo significa de que existan instancias judiciales adecuadas, sino el deber de los Estados de contar con un sistema judicial efectivo ³⁸. Por ello, de no agotarse y activarse todos los sistemas judiciales nacionales, no puede valorarse su eficacia. “*Y esta eficacia no puede ser evaluada por los propios tribunales nacionales ya que ellos se encuentran imposibilitados para hacerlo en tanto y en cuanto son parte indispensable de la violación de la obligación violada por el Estado. Para percibirla es necesario hacerla desde afuera, en su totalidad*” ³⁹.

La doctrina tradicional señalaba que la exigencia del agotamiento de los recursos internos no era absoluta. En efecto, dicha regla tenía excepciones: a) Por vía convencional, es decir, cuando existía un acuerdo internacional entre el Estado autor de la infracción y el Estado reclamante por el que expresamente se dejaba establecida la facultad de reclamar directamente sin necesidad de agotar los recursos internos ⁴⁰; b) Por defectos en la administración de justicia del Estado infractor, como serían los casos de retardada justicia o denegación de justicia ⁴¹; c) Por último, las restantes excepciones estaban dadas por la naturaleza y carácter de los recursos a interponer en el sentido de que se encontraran disponibles y fueran efectivos ⁴².

Las excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos previstos por el derecho internacional tradicional, han sido contempladas en el proyecto de la C.D.I., en el art. 15 en sus apartados a) (indisponibilidad de recursos internos que provean una reparación razonable o que ofrezcan alguna posibilidad de obtener la reparación); b) (retardo de justicia); d) (impedimento de agotar los recursos) y e) (renuncia del Estado reclamado al agotamiento de los recursos). Pero crea una nueva excepción: la inexistencia en la fecha de producido el perjuicio de un vínculo pertinente entre la persona perjudicada y el Estado cuya responsabilidad se invoca (apartado c).

Los apartados a) y b) tipifican casos generales que se pueden englobar en la denominación general de denegación de justicia. Ejemplos de ello son: negativa a juzgar, retraso injustificado, arrogación ilegítima de jurisdicción, violaciones al proceso, discriminación, corrupción, arbitrariedad, aplicación retroactiva de las leyes.

El apartado a) se inclina por la regla de la “razonabilidad” de la eficacia de los recursos internos, dejando de lado expresiones como las de “ineficacia” o “inutilidad” que habían sido utilizados en distintos casos por la jurisprudencia internacional. El dispositivo exige para acoger la excepción de que “*no haya razonablemente disponibles recursos internos que provean una reparación efectiva o los recursos internos no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de*

obtener esa reparación”, refiriéndose a casos tales como la incompetencia de los tribunales internos, o cuando en la legislación nacional los actos del extranjero no se encuentren sujetos a control jurisdiccional, o cuando los tribunales internos carecen de independencia o bien cuando la jurisprudencia de los tribunales en forma constante y uniforme sea contraria a los derechos del extranjero ⁴³.

El apartado b) hace referencia a los que tradicionalmente se denominaba retardada justicia; en el proyecto esta excepción se configura cuando en la tramitación del recurso exista *“dilación indebida”* atribuible al Estado cuya responsabilidad se invoca. Es difícil precisar el contenido objetivo del significado de dilación indebida (o excesiva), aunque se encuentra confirmada en los intentos anteriores de codificación, los instrumentos que versan sobre derechos humanos y la práctica y jurisprudencia internacional.

El apartado d) trata el supuesto de que la persona perjudicada esté *“manifiestamente impedida”* de ejercer los recursos internos. Según la C.D.I., esta excepción corresponde a la esfera del desarrollo progresivo, debiendo interpretarse restrictivamente, recayendo la carga de la prueba de tal impedimento en el particular perjudicado ⁴⁴.

El apartado e) trata el caso de renuncia por parte del Estado reclamado al requisito del agotamiento de los recursos internos. Esta renuncia puede revestir distintas formas ⁴⁵ e incluso puede ser tácita ⁴⁶.

Una excepción novedosa -ya que ni la práctica ni la jurisprudencia la han establecido claramente-, es la reglamentada en el apartado c) del proyecto que establece que no será necesario agotar los recursos internos cuando *“no existía en la fecha en la que se produjo el perjuicio vínculo pertinente entre la persona perjudicada y el Estado cuya responsabilidad se invoca”*. Es el caso concreto de que un particular resulte dañado por la actuación de un Estado fuera de su territorio, o en circunstancias en que la persona no tenga conexión con dicho territorio, es decir que no es necesario el agotamiento de los recursos internos por la inexistencia de un vínculo voluntario ⁴⁷ o conexión territorial entre la persona perjudicada y el Estado reclamado. En estos casos, si bien existen recursos internos fiables, al particular se le hace verdaderamente difícil su utilización ya que en ningún momento se ha encontrado en la jurisdicción del Estado demandado, careciendo en consecuencia de un vínculo territorial con él. Son casos típicos, citados por la Comisión, los de particulares que han sufrido en sus bienes daños ambientales causados por la contaminación o la caída de objetos espaciales o cuando se encontrara a bordo de una aeronave derribada cuando sobrevolaba el territorio de otro Estado, etc..

Un caso especial que trata el proyecto es la protección de la tripulación de un buque. La C.D.I. sostiene que la tesis de que el Estado del pabellón tiene derecho a exigir reparación a favor de los miembros de la tripulación del buque que no tengan su nacionalidad, ha encontrado apoyo en la práctica de los Estados, la jurisprudencia ⁴⁸ y la doctrina, como así también existen razones de orden práctico para acogerla. Entre estas últimas, cabe mencionar la composición cambiante y plurinacional de las tripulaciones de los buques; si cada uno de los miembros de la tripulación que hubieran sufrido un perjuicio se encontrara obligado a solicitar la protección del Estado de su nacionalidad, ello daría lugar a dificultades injustificadas ⁴⁹. Si bien el derecho del Estado del pabellón a solicitar la reparación en favor de la tripulación se encuentra reconocido, la C.D.I. entiende que no puede calificarse ese derecho como protección diplomática, pero debe interpretarse que tampoco la ha sustituido. Tanto la protección diplomática ejercida por el Estado de la nacionalidad como el derecho del Estado del pabellón en favor de la tripulación, deben reconocerse sin otorgar prioridad ni a uno ni al otro. Tal es el fundamento del art. 18 que establece, por una parte, *“el derecho del Estado de la nacionalidad de los miembros de la tripulación de un buque a ejercer la protección diplomática”*, y por otra, *“que este derecho del Estado de la nacionalidad de la tripulación, no excluye ni afecta, “el derecho del Estado de la nacionalidad del buque a exigir reparación en favor de los miembros de la tripulación, independientemente de la nacionalidad de éstos, cuando hayan sufrido un perjuicio en relación con un daño causado al buque por un hecho internacionalmente ilícito”* ⁵⁰.

V. Alcance de la protección diplomática. Consecuencias

Las consecuencias de la responsabilidad internacional se traducen en las formas de asegurar la responsabilidad con el objetivo de restaurar a la víctima de la violación la posibilidad que tendría de no haber ocurrido ésta. Los derechos deben ser restaurados (de ser posible) o, en su caso, debe otorgarse una reparación monetaria.

Las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito respecto del Estado responsable, difieren según sea la naturaleza y contenido de la obligación violada y de las circunstancias de tal quebrantamiento, ya que, según el caso, dichas obligaciones pueden estar referidas a un Estado en particular, a varios Estados, o a la comunidad internacional en su conjunto. Distintos serán el contenido de la reparación y los modos de hacerla efectiva, según sea la naturaleza de la obligación violada, y las circunstancias del caso ⁵¹.

El proyecto del 2001 sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos, confirma la regla de que el Estado responsable no puede alegar como motivo de justificación de su conducta violatoria de una obligación internacional las disposiciones de su derecho interno ⁵².

La responsabilidad del Estado originada en un hecho internacionalmente ilícito, produce una serie de efectos jurídicos inmediatos, entre los que se destacan: el deber del Estado infractor de continuar cumpliendo la obligación violada, de poner fin a la violación de la obligación, de ofrecer garantías y seguridades de no repetición, si las circunstancias así lo requieren, y la de reparar íntegramente el perjuicio causado.

Si bien de la violación de una obligación internacional nace una relación jurídica nueva, ello no significa que desaparezca la relación jurídica anterior establecida por la obligación primaria. El cumplimiento de las obligaciones que da lugar la violación (cesación, reparación) no hace desaparecer la primitiva relación. Este principio está subyacente en el concepto de hecho ilícito continuado.

La cesación de la violación es la primera condición para eliminar las consecuencias de un hecho ilícito. Tiene por función salvaguardar la validez de la norma primaria. Si bien, generalmente, la obligación de cesación se configura en casos de hechos ilícitos continuados, también se pueden dar en infracciones esporádicas pero repetidas con respecto a la misma obligación. La cesación está relacionada con la reparación y, particularmente, con la restitución, pero se distingue de esta última que no es objeto de limitaciones en cuanto a la proporcionalidad.

Las seguridades y garantías de no repetición cumplen una función preventiva más que reparativa; se traducen en un reforzamiento positivo del cumplimiento de la obligación. Suponen, obviamente, que la obligación primaria violada continúa en vigor. Se solicitan cuando el Estado lesionado tiene motivos para estimar que el restablecimiento de la relación existente antes de la violación, no lo va a proteger de una futura violación. Si bien no forman parte estrictamente de la reparación, pueden llegar a constituir una de las modalidades de la satisfacción ⁵³. De conformidad con los pronunciamientos de la Corte en los casos *La Grand y Avena*, las seguridades y garantías de no repetición se encuentran comprendidas dentro de las consecuencias del hecho ilícito ⁵⁴. Los medios de reparación de los daños configuran una obligación de resultado o de comportamiento de carácter unilateral con relación al Estado infractor, que da origen a una nueva obligación; esta obligación se traduce en el deber de otorgar las garantías necesarias a fin de asegurar la eficacia de la reparación. Por ello, las garantías de no repetición, deberían asumir la forma de un compromiso concreto, ya que de aplicarse o interpretarse en forma abstracta, serían ineficaces. Para lograr la eficacia requerida, deberían traducirse en garantías concretas; o bien, en medidas contra el órgano autor de la violación o en la derogación de la legislación específica del Estado responsable que se encuentra en contradicción con la obligación internacional.

La responsabilidad internacional comporta el deber de reparar los perjuicios ocasionados por la comisión de un hecho ilícito. Este principio es aceptado en forma pacífica por la doctrina y la jurisprudencia. La reparación debe ser íntegra, entendiéndose por tal que el resarcimiento

debe borrar las consecuencias producidas por el hecho ilícito, es decir que la reparación debe restablecer, en la medida de lo posible, la situación que hubiere existido si no se hubiere cometido el hecho ilícito. Por ello, la obligación de “reparar íntegramente” el “perjuicio” causado, comprende todo daño causado por el hecho ilícito, tanto material como moral.

El Estado lesionado puede reclamar al Estado responsable la reparación de distintas maneras, que siguiendo el principio de la reparación íntegra, pueden adoptar la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada. Constituye un derecho del reclamante, optar por alguna de las formas de restitución, ya sea en forma exclusiva una de ellas, o bien, complementando una forma con otra. Asimismo, una restitución, como una indemnización puede y, en muchos casos debe, comprender una satisfacción.

La restitución es el procedimiento por el cual se restablece la situación al estado anterior de la comisión del hecho ilícito ⁵⁵. Constituye la primera forma de reparación o, en otras palabras, la manera más adecuada de eliminar las consecuencias del ilícito. Esta obligación no es ilimitada; procede en la medida que no sea imposible o desproporcionada ⁵⁶. En efecto, restablecer la situación anterior al hecho ilícito puede resultar, en ciertas circunstancias, excesivo. Ello parece indicar la necesidad de ser cautos en la afirmación de que la restitución prevalece en forma absoluta sobre las demás modalidades de reparación. Debe tenerse presente que el derecho internacional únicamente obliga a que la reparación del ilícito cometido sea adecuada, es decir, de acuerdo con las circunstancias concretas y la naturaleza y alcance de la obligación violada.

Si el daño causado por el hecho internacionalmente ilícito no ha sido reparado por la restitución, o sólo lo ha sido parcialmente, el Estado responsable tiene la obligación de indemnizar, indemnización, que siguiendo la regla de la integridad, debe cubrir todo daño susceptible de evaluación financiera incluido el lucro cesante. La indemnización es la forma más usual en la práctica internacional como medio de reparación. La función de la indemnización es remediar las pérdidas efectivamente sufridas por el hecho ilícito; tiene naturaleza indemnizatoria, no punitiva. Comprende todo daño susceptible de evaluación financiera, es decir todo daño ⁵⁷ que pueda ser evaluado pecuniariamente. La evaluación financiera abarca no sólo el daño sufrido por el Estado mismo, sino también los perjuicios sufridos por los nacionales de ese Estado, sean personas físicas o jurídicas, en cuyo nombre el Estado puede presentar una reclamación en el marco de la protección diplomática ⁵⁸.

La satisfacción, en principio, es una forma de reparación subsidiaria y excepcional y su relación con el principio de la reparación íntegra se pone de relieve al expresar la disposición que ella es conducente sólo en la medida en que el perjuicio ocasionado por el acto ilícito internacional no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización. La satisfacción, en consecuencia, procede cuando los perjuicios causados por la violación no puedan evaluarse financieramente y, de todos modos, la infracción de la obligación constituya una ofensa para el Estado. Este medio, destinado a reparar un “perjuicio no material”, se encuentra bien establecido en el derecho internacional. La satisfacción reviste la forma de un reconocimiento de la violación de la obligación internacional por el Estado responsable, y se materializa mediante una expresión de pesar, disculpa formal, o mediante cualquier otro acto que exprese su excusa por el hecho cometido. Son distintas las formas que puede revestir la satisfacción (una investigación, medidas disciplinarias o penales, etc.), incluso las seguridades de no repetición analizadas anteriormente. Una de las modalidades más comunes de satisfacción es la declaración de ilicitud del hecho por una corte o tribunal competente. Otra forma que adopta es la disculpa efectuada formalmente por los órganos competentes del Estado infractor, muy frecuente en la práctica diplomática. La exigencia de este medio y las formas de solicitar su cumplimiento, registran dos limitaciones: a) Que no sea desproporcionado con relación al perjuicio efectivamente ocasionado por el acto ilícito; b) Que no revista una forma humillante para el Estado responsable.

En el campo de la protección diplomática es un principio arraigado en la práctica internacional que los Estados pueden reclamar una indemnización por el daño sufrido personalmente por sus agentes o nacionales, además del perjuicio directo que él mismo haya

sufrido como consecuencia del mismo hecho. Diversos han sido los criterios para fijar la indemnización y los rubros comprendidos, en estos casos: privación de la libertad, muerte, daños materiales, daños morales, etc. En los casos de tribunales de Derechos Humanos (Tribunal Europeo, Corte Interamericana), la indemnización por daños personales abarca tanto las pérdidas materiales, como los daños no patrimoniales, fundándose todos los casos, en los principios del derecho internacional general relativos a la reparación. Las demandas de indemnización por daños causados a nacionales de los Estados tienen extensos antecedentes y los pronunciamientos de los tribunales intervinientes proporcionan pautas acerca de los principios para determinar la cuantía de las indemnizaciones y los rubros que comprenden ⁵⁹.

El art. 19, último del proyecto sobre protección diplomática, denominado “*práctica recomendada*”, establece una serie de conductas que los Estados “*deberían*” observar en el ejercicio y como resultado de la protección diplomática. La propia Comisión reconoce que una disposición de esta naturaleza -de carácter recomendatorio, no imperativo- no es frecuente ni usual en materia de tratados. El apartado a) del artículo citado, dispone que un Estado debería considerar el ejercer la protección “*especialmente*” cuando se haya producido un perjuicio “*grave*” a su nacional. Este consejo evidentemente sólo puede tener un carácter meramente recomendatorio, ya que es conocida la naturaleza discrecional del derecho del Estado a ejercer la protección diplomática. La acción de protección diplomática es una acción que corresponde al Estado y no al particular, quien asume como propia la causa del particular lesionado. El Estado puede promover la acción por indicación de su nacional afectado o por decisión propia. Incluso, una vez promovida, la puede desistir en cualquier momento; en cambio, en el mismo supuesto, el particular no puede desistirla ni renunciarla ⁶⁰, ya que él no es su titular, sino el Estado. Los tribunales han dejado expresamente establecido que una vez promovida la acción de amparo diplomático -por violación de derechos convencionales o que surjan del derecho internacional- nace una nueva relación entre Estados que, aunque se encuentra ligado al daño sufrido por el particular, tiene un carácter radicalmente diferente ⁶¹.

Otras de las prácticas recomendadas por el artículo comentado (en su apartado b), es “*tener en cuenta, siempre que sea factible, la opinión de las personas perjudicadas en cuanto al recurso a la protección diplomática y a la reparación que deba tratarse de obtener*”. En la práctica, tal actitud en relación con el particular, los Estados generalmente la observan. Así también, toman en cuenta a los fines de la promoción de la acción, la conducta del particular afectado. En efecto, la conducta correcta del particular en el caso concreto, puede influir ciertamente en la decisión discrecional del Estado de su nacionalidad en adoptar el reclamo como propio, o bien, en su caso, y éste es el supuesto más acertado, en evaluar la conducta correcta como un factor a tener en cuenta como causa para limitar la responsabilidad del Estado infractor ⁶² y el monto o cuantía de la reparación ⁶³. Estas evaluaciones fueron las que en cierta forma motivaron la redacción del art. 39 del proyecto de codificación sobre responsabilidad internacional del Estado por actos ilícitos del 2001 en cuanto que “*para determinar la reparación se tendrá en cuenta la contribución al perjuicio resultante de la acción u omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado o de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación*” ⁶⁴. Esta disposición, a nuestro entender, abarca todo el espectro de la situación que estamos analizando: a) Al referirse “*a toda persona en relación con la cual se exija la reparación*”, alude a la posibilidad del particular extranjero dañado; b) Cuando se hace indicación de la necesidad de evaluar el comportamiento “*intencional y negligente*”, comprende el análisis de la posible actitud incorrecta o arriesgada del particular, en sus distintas manifestaciones: voluntaria, premeditada, dolosa, culposa, antijurídica o simplemente atrevida o peligrosa; c) Por último, queda claro según la primera parte del art. 39, que dicho comportamiento se debe tomar en cuenta en la medida en que haya contribuido al perjuicio originado por el hecho ilícito, a los fines de “*determinar la reparación*”, es decir, la fijación del monto o cuantía del resarcimiento. Las circunstancias de que el Estado lesionado o una persona en relación a él hayan contribuido al perjuicio resultante de la violación, son pautas a considerar relacionadas con la evaluación de reparación (forma y cuantía) que se determine con motivo de la violación. Han sido reconocidas ampliamente por la doctrina y la práctica de los Estados. Si bien se plantea generalmente en los casos de indemnización, también puede sucederse en los casos de restitución ⁶⁵. La disposición posee una limitación: que tal contribución al perjuicio

haya sido *intencional o negligente*. No se encuentra calificada en ninguno de los dos supuestos la intensidad o gravedad del modo de obrar, pero evidentemente está relacionada con las circunstancias del caso y la efectiva prueba de que los agentes han obrado de esa manera. Ello demuestra que la contribución al perjuicio está emparentada con la doctrina de las manos limpias, como un factor de atenuación, no de exclusión de responsabilidad.

La última recomendación consignada en el apartado c) del art. 19, es que los Estados que ejerzan la protección “deberían” *“transferir a la persona perjudicada toda indemnización que se obtenga del Estado responsable por el perjuicio, a excepción de cualesquiera deducciones razonables”*. Tal disposición constituye simplemente una recomendación, ya que de la propia naturaleza de la protección diplomática resulta que: a) Si el Estado ejerce un derecho que le es propio, tiene la facultad o no de hacerlo valer, pero, una vez promovido, el control sobre dicha acción es absoluto; b) El pago efectuado al Estado reclamante en virtud de la acción promovida le pertenece, encontrándose en libertad de acción en cuanto al destino de la eventual reparación. Sin embargo, en sus comentarios a este apartado, la Comisión destaca que la práctica de los Estados no concuerda en forma absoluta con esta postura, ya que, generalmente, los Estados pagan los montos percibidos en las reclamaciones diplomáticas a sus nacionales. Aun en los casos de haber percibido indemnizaciones globales en virtud de reclamaciones múltiples, las sumas recibidas se distribuyen equitativamente entre los distintos requirentes. La jurisprudencia también parece haberse inclinado, en algunos fallos, a limitar la facultad discrecional de los Estados en cuanto a la disponibilidad de las sumas recibidas por reclamaciones diplomáticas, dejando entrever la posibilidad de que a los particulares afectados les cabe, eventualmente, el derecho a exigir de su Estado el monto correspondiente ⁶⁶.

VI. Medios para ejercerla

La protección diplomática, en definitiva, consiste en un mecanismo de arreglo pacífico de las controversias, por la cual, un Estado demanda la correcta aplicación del derecho internacional en la persona de sus nacionales mediante una reclamación de Estado a Estado (vía justamente de esta institución). Esa invocación de la responsabilidad puede efectuarla el Estado mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica. Esta alternativa de procedimientos para ejercerla tiene como única limitación que tales medios sean lícitos y pacíficos ⁶⁷, comprendiendo tanto los diplomáticos ⁶⁸ como los judiciales.

Los procedimientos para impulsarla comienzan generalmente como reclamaciones diplomáticas en las que el Estado lesionado requiere al Estado responsable el cese del incumplimiento de la obligación y una reparación de los daños causados a su nacional. En caso de que estas negociaciones concluyan satisfactoriamente, se transforman en un acuerdo entre los Estados. En caso contrario, el Estado perjudicado siempre conserva la facultad de demandar al Estado responsable en otras instancias internacionales ⁶⁹. Si bien la protección diplomática se basa en normas de carácter consuetudinario, también su invocación puede obedecer a la violación de normas convencionales ⁷⁰.

Por otra parte, el proyecto de artículos no afecta el derecho de los Estados, como de las personas naturales, jurídicas u otras entidades “a recurrir, de conformidad con el derecho internacional, a acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática para obtener la reparación del perjuicio sufrido como resultado de un hecho internacionalmente ilícito”, dejando en claro que en materia de protección diplomática las normas del derecho internacional consuetudinario como las que rigen la protección de los derechos humanos, son complementarias. Tal lo dispuesto por el art. 16. Nada impide el derecho de los Estados (como de las personas afectadas por un perjuicio) de entablar procedimientos distintos de la protección diplomática para obtener la reparación del daño causado por un hecho internacionalmente ilícito basadas en normas consuetudinarias o derivadas de un tratado internacional de cualquier naturaleza que sea ⁷¹.

El proyecto establece su inaplicabilidad “*en la medida en que sea incompatible con normas especiales de derecho internacional, tales como disposiciones de tratados relativas a la protección de las inversiones*” (art. 17). Esta disposición está referida a los acuerdos bilaterales sobre inversiones y al Convenio multilateral sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados ⁷². Debe observarse que el proyecto de art. 17, señala la Comisión, no se aplica sólo en la medida en que sea incompatible con el tratado respectivo, es decir, que si es conforme con él, las disposiciones sobre protección diplomática son aplicables. Por otra parte, el art. 17 no determina específicamente a los “tratados sobre inversiones”, sino a “*disposiciones*” de tratados relativas a la “*protección de las inversiones*”; se explica ya que pueden existir y existen, disposiciones en tratados de otra naturaleza (por ejemplo, tratados de amistad, comercio y navegación) que no son precisamente sobre protección de inversiones, pero que regulan aspectos de esta clase de actividades. Los tratados sobre protección de inversiones que pueden derivar en un arbitraje internacional, atenúan los requisitos de la acción diplomática (tanto en materia de nacionalidad de la reclamación como de agotamiento de los recursos internos) proporcionando un acceso directo al arbitraje internacional ⁷³.

NOTAS

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Catedrático de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

¹ Los intentos de codificación de la materia reconocían como antecedentes, uno privado del Instituto de Derecho Internacional en 1927 y otro producido por indicación de la Sociedad de las Naciones (La Haya, 1930, que incluía el tema de la responsabilidad derivado del trato de extranjeros); ambos habían fracasado.

² El primer relator especial designado por la C.D.I., para la consideración del tema, fue Francisco García Amador (1955-1961).

³ Los primeros antecedentes surgen en el siglo XIX, a raíz de conflictos entre Estados europeos y EE.UU. derivados de inversiones y tratamiento de nacionales, especialmente con Latinoamérica, muchos de los cuales fueron resueltos por tribunales arbitrales que marcaron una tendencia.

⁴ La Primera (Disposiciones Generales) comprende la definición y alcance de protección diplomática (art. 1º) y el derecho a ejercerla (art. 2º); la Segunda parte denominada Nacionalidad, comprende tres capítulos: el primero (Consideraciones generales) está referido a la protección por el Estado de la nacionalidad (art. 3º); el Capítulo II (Personas naturales) legisla sobre el Estado de nacionalidad de una persona natural (art. 4º), Continuidad de la nacionalidad (art. 5º), Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un tercer Estado (art. 6º), Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un Estado de la Nacionalidad (art. 7º) y Apátridas y refugiados (art. 8º); el Capítulo III (Personas jurídicas) reglamenta el Estado de nacionalidad de una sociedad (art. 9º), la Continuidad de la nacionalidad de una sociedad (art. 10), la Protección de los accionistas (art. 11), el Perjuicio directo a los accionistas (art. 12) y Otras personas jurídicas (art. 13). La Tercera Parte titulada: Recursos internos aborda los temas relacionados con el Agotamiento de los recursos internos (art. 14) y sus Excepciones (art. 15). Por último, la Cuarta Parte está referida a las Acciones o procedimientos distintos a la protección diplomática (art. 16), Normas especiales de derecho internacional (art. 17), Protección de la tripulación de un buque (art. 18) y Práctica recomendada (art. 19). Sólo se refiere al ejercicio de la protección diplomática por un Estado, por lo que no comprende la asistencia consular, ya que ésta es en gran parte preventiva, mientras que la protección diplomática es eminentemente reparativa o compensatoria. El proyecto no trata la denominada “protección funcional”, es decir aquella ejercida por una organización internacional a favor de sus agentes, ni tampoco la de los funcionarios internacionales del Estado (agentes diplomáticos y consulares), ya que éstos se encuentran protegidos por otros instrumentos internacionales como las convenciones de Viena de 1961 y 1963.

⁵ La acción de amparo diplomática está destinada a la protección de los nacionales de un Estado en el extranjero con el objetivo de evitar, hacer cesar o reparar el daño ocasionado al particular. En consecuencia, los fines de la protección diplomática son los siguientes: a) *Preventivo*: Evitar la consumación de la violación de un derecho que se considera inminente; b) *Suspensivo*: Hacer cesar la comisión del acto ilícito; c) *Reparativo*: Resarcir el perjuicio sufrido por el nacional sobre sus derechos o intereses. Para lograr los fines de la protección diplomática, los Estados pueden recurrir a todos los procedimientos diplomáticos o jurisdiccionales que les acuerda el derecho internacional y las convenciones entre partes.

⁶ Por ejemplo, con relación a los ataques contra la embajada de los EE.UU. en Teherán en 1979, a pesar de haber sido realizado por particulares, la Corte no exoneró de responsabilidad a Irán, estableciendo que el comportamiento del Estado iraní era incompatible con las obligaciones internacionales impuestas en la Convención de Viena de 1961, ya que tenía, como Estado receptor, la obligación de tomar medidas apropiadas para proteger la embajada. Tal obligación, no solamente deriva del tratado en cuestión, sino que también son obligaciones impuestas por el derecho internacional general (C.I.J., *Recueil*, 1980). También en los casos *La Grand y Avena*, la Corte

desestimó las pretensiones de EE.UU. en el sentido de su alegación de eximirse de su responsabilidad en virtud de que quien había tomado efectivamente las decisiones era un Estado Federal que tenía autonomía de conformidad con la Constitución. Sin embargo, la Corte se pronunció en el sentido de declarar la responsabilidad de los EE.UU. de acuerdo con lo establecido en el art. 4º, ap. 1 del proyecto sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos que considera hecho del Estado el comportamiento de todo órgano del Estado... tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.

⁷ Como en los casos *La Grand y Avena* en que el hecho ilícito internacional lo constituyó la violación por parte de EE.UU. de los arts. 5º y 36 de la CV63.

⁸ El art. 36 de la CV63 que permite la protección diplomática contiene tres elementos interrelacionados entre sí: 1) Un derecho del individuo; 2) Un derecho de la oficina consular a ser informada; 3) Una obligación del Estado receptor de informar.

⁹ C.P.J.I., *Concesiones Mavrmmoatis* en Palestina. *Reports*, 1924, Serie A, Nº 12.

¹⁰ Este requisito es conocido como la excepción o exigencia de manos limpias (*clean hands*). Es un principio reconocido y aceptado por la legislación, doctrina y jurisprudencia anglosajona y pasa al derecho internacional referido a la calificación de la conducta del particular cuya protección se solicita.

¹¹ La doctrina cita como ejemplos del primer supuesto, la participación del particular extranjero en ciertas actividades políticas o revolucionarias, o la violación parte de la legislación aduanera; casos del segundo supuesto, conducta antijurídica respecto al ordenamiento jurídico Internacional, está referido a delitos como la trata de esclavos y la piratería y, en la actualidad, el tráfico de drogas, terrorismo, etc..

¹² RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., *Lecciones de derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 1987.

¹³ En efecto, en la controversia entre la *República de Guinea c/ República Democrática del Congo* (1998) la C.I.J., estableció sobre el particular: a) Que el individuo a proteger debe tener “manos limpias”, es decir, que no debe haber violado el derecho interno del Estado autor del daño; b) Que en el caso concreto, el particular tenía las “manos limpias” en la medida en que no había dejado en el Estado territorial, ningún antecedente penal y, que su expulsión no había sido motivada por conducta ilegal alguna.

¹⁴ C.P.J.I., Serie A/B. N76 (Estonia c/ Lituania).

¹⁵ C.I.J., *Asunto Ahmadou Sadio* (Guinea c/ Congo), 1998.

¹⁶ El proyecto no define qué se entiende por apátridas ni refugiados. Ver Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, Estatuto de los Refugiados (1951), Convenio Europeo sobre Nacionalidad (1997), Convención de la OUA sobre los Refugiados en Africa (1969), Declaración de Cartagena (O.E.A., 1985).

¹⁷ Nacimiento (*ius soli*), filiación (*ius sanguinis*) y naturalización.

¹⁸ La C.D.I. consideró que la Corte no tuvo intención en dicho caso, de enunciar una norma general aplicable a todos los Estados “sino sólo una norma según la cual un Estado en la situación de Liechtenstein debía demostrar la existencia de un vínculo auténtico entre él y el señor Nottebohm para poder hacer suya la causa contra Guatemala, con la cual el señor Nottebohm tenía lazos sumamente estrechos”.

¹⁹ Los Estados pueden reconocer los ordenamientos jurídicos internos de otros Estados en materia de nacionalidad en la medida que sean compatibles tanto con los principios de derecho generalmente reconocidos en materia de nacionalidad, como por lo establecido en tratados y en el derecho consuetudinario internacional.

²⁰ Distintos supuestos y soluciones se planteaban con relación al mantenimiento del vínculo de nacionalidad en el tiempo con respecto a la legitimidad y admisión de la reclamación. Si bien no existía una manifestación unánime de la doctrina ni de la jurisprudencia, numerosos laudos de comisiones arbitrales, habían establecido el principio de que el individuo debía poseer la nacionalidad del Estado reclamante en el momento de producirse el hecho lesivo y continuar poseyéndola al momento en que el Estado ejercía la protección diplomática, esto es, el de la efectiva presentación de la reclamación. Un segundo criterio señalaba que la nacionalidad debía conservarse desde la fecha del daño hasta la de la resolución, siendo sustentado por algunos gobiernos y fallos jurisprudenciales. Se fundamentaba en que, hasta el momento de la decisión, el Tribunal puede admitir o tomar en cuenta cualquier prueba o hecho aducido para apoyar o rechazar la reclamación, y si la nacionalidad se modificaba después de la presentación y antes del laudo “(...) difícilmente sería justo obligar al gobierno demandado a pagar una compensación a un ciudadano de un país distinto al del Estado reclamante”. Cualquiera fuera el criterio adoptado, debía siempre primar el principio de nacionalidad efectiva, salvo en aquellas circunstancias en que el cambio de nacionalidad se hubiera producido por motivos ajenos a la voluntad de la persona afectada o por acuerdos entre los Estados.

²¹ La cuestión de si los herederos del nacional perjudicado que tienen la nacionalidad de un tercer Estado, cuando el deceso se produce obviamente después del perjuicio pero antes de la presentación oficial de la reclamación, pueden ser protegidos por el Estado de la nacionalidad del fallecido, ha sido resuelta de manera negativa según la opinión mayoritaria.

²² La nacionalidad efectiva, tal como expresara la C.I.J., en su sentencia del caso *Nottebohm* (1955), es un vínculo jurídico entre una persona-física o jurídica y un Estado que tiene por fundamento un hecho social de relación, una solidaridad efectiva de existencia, de interés, de sentimientos, junto a una reciprocidad de derechos y deberes. Los efectos de esta decisión de la Corte se proyectaron, sobre todo, en el derecho internacional de nacionalidad.

²³ Cuando varios Estados son responsables del mismo hecho ilícito, puede ejercerse la acción de amparo en contra de cada uno de ellos, entendiéndose que la promoción contra uno, no obsta al derecho de recurrir contra los demás Estados responsables. Asimismo, cuando varios Estados son lesionados por el mismo ilícito internacional, cada uno de ellos, conjunta, separada o alternativamente, pueden invocar la responsabilidad del Estado infractor mediante el ejercicio de la acción de protección diplomática.

²⁴ Tribunal de reclamaciones Irán-EE.UU. Casos de personas con doble nacionalidad, 1984, (ILM 1984, 489).

²⁵ Término utilizado por la Comisión de Conciliación (Italia-Estados Unidos), en el asunto *Mergé* que se considera el punto de partida para el desarrollo de la actual norma consuetudinaria. J.L.R. vol. 22 (1955).

²⁶ Los factores que los tribunales deberán ponderar según las circunstancias de cada caso son: residencia habitual, lapso de permanencia en un país, fecha de la naturalización en su caso, lugar de la vida familiar, lazos familiares, participación en la vida pública y social, conocimiento del idioma, seguridad social, prestación del servicio militar, etc..

²⁷ C.I.J., *Reports* (1970) (Bélgica c/ España).

²⁸ Uno de los más recientes, es el caso *Loewen Group inc. c/ Estados Unidos* en el que un tribunal arbitral del CIADI resolvió que debe haber una continuidad de la identidad nacional desde la fecha de los hechos que dieron lugar a la reclamación hasta la fecha de la resolución de la reclamación inclusive (ICSID, *Reports*, vol. 7 (2005).

²⁹ Comentarios de la C.D.I. al art. 11, ap. a) del proyecto. Informe de la C.D.I., 58° período de sesiones. AG, 61° período de sesiones, Sent. N° 10 (A/61/10).

³⁰ Entre los casos que cita la C.D.I., se encuentra el asunto de la *Electrónica Sicula (ELSI)* (C.I.J., *Reports*, 1989) en el que una sala de la Corte Internacional de Justicia permitió a los Estados Unidos presentar una reclamación contra Italia por los daños sufridos por una sociedad italiana, la totalidad de cuyas acciones era de propiedad de dos sociedades estadounidenses.

³¹ C.I.J., asunto *Interhandel*, ya citado.

³² C.I.J., *Reports* (1957) (Suiza c/ EE.UU.).

³³ SORENSEN, Max, *Manual de derecho internacional público*, Fondo de Cultura Económica, 1973.

³⁴ Tal fue el criterio adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su proyecto de codificación (1980/1996) sobre la responsabilidad de los Estados en su art. 22. Sin embargo, la Comisión cambió de postura al redactar el nuevo proyecto (2001) sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, eliminando el mencionado art. 22, e incorporando la regla del agotamiento de los recursos internos como una condición de admisibilidad de la reclamación. En efecto, en su art. 44 establece que “la responsabilidad del Estado no podrá ser invocada... b) Si la reclamación está sujeta a la norma del agotamiento de los recursos internos, y no se han agotado todas las vías de recursos internas disponibles y efectivas”.

³⁵ La cláusula Calvo es una estipulación incluida en un contrato -generalmente referido a obras públicas, concesiones, etc.-, celebrado entre un Estado y una persona física o jurídica extranjera, según la cual, el particular conviene en no acudir al gobierno del que es nacional para que lo proteja en caso de plantearse algún conflicto a raíz de ese contrato. Su denominación deriva de la doctrina que el tratadista Carlos Calvo enunciara en virtud de los abusos cometidos por las intervenciones de los Estados extranjeros en Latinoamérica, a fin de poner límites al ejercicio indiscriminado de la protección diplomática. Esta expresión puede asumir distintas formas, siendo la de mayor interés aquella que somete todas las controversias derivadas del contrato a un arbitraje privado entre el individuo y el Estado, con renuncia a la protección diplomática. Sea cual fuere la forma que se le dé, la cláusula Calvo se refiere solamente a las controversias que prevengan del incumplimiento o de la interpretación del contrato en que ella figura, no a cuestiones originadas a raíz de otras actividades realizadas por ese mismo extranjero en el país.

³⁶ PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 4.

³⁷ En las discusiones de la Comisión se citaron varios casos de reclamaciones mixtas (daños directos al Estado e indirectas a particulares), a saber: *asunto relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* (C.I.J., *Reports*, 1980); *caso Interhandel* (C.I.J., *Reports*, 1980) en el que Suiza alegó haber sido lesionada directamente por la violación de un tratado y también indirectamente por el perjuicio causado a una sociedad Suiza; *asunto relativo a la Orden de detención 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo c/ Bélgica) (C.I.J., *Reports*, 2002); *asunto Avena* (C.I.J., *Reports*, 2004).

³⁸ PAULSSON, Jan, *Denial of justice in international law*, Cambridge University Press, 2005.

³⁹ PAULSSON, ob. cit., p.4.

⁴⁰ La doctrina cita en tal sentido varios casos, entre ellos, el Convenio sobre responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (1972); el Convenio por el que se establece una comisión especial de reclamaciones entre España y México (1925), etc..

⁴¹ El primero hace referencia a las demoras injustificables de los tribunales locales a impartir justicia o cuando no se dicte la resolución acerca de la reclamación planteada en un plazo razonable. La denegación de justicia, se da cuando directamente se impide o se rechaza el acceso del reclamo, impidiendo su tramitación ante la administración de justicia local. Este supuesto comprendería los casos de incompetencia de los tribunales locales para tramitar esta clase de asuntos

⁴² No se pueden agotar recursos inexistentes, o en el caso de existir, que sean puramente formales como por ejemplo “(...) cuando es evidente desde un principio que el derecho que el juez deberá aplicar no puede sino llevar a desestimar el recurso: hipótesis de un recurso contra una medida conforme a una ley que no admite invalidación; de un juez obligatoriamente constreñido por una sentencia precedente que rechazó un recurso análogo o por una jurisprudencia desfavorable ya arraigada; de parcialidad probada de los jueces, etc.”, RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro, op. cit. La Corte en el caso ya citado de *Ahmadou Sadio Diallo* (1998), amplió las excepciones a la regla, cuando el particular damnificado ha sido objeto de una detención arbitraria y su expulsión inmediata, le han impedido activar los recursos internos del Estado; recordó para fundamentar la excepción, una frase del profesor Anzilotti: “*Un reclamante, en un Estado extranjero, no está obligado a agotar la justicia cuando no hay justicia que agotar*”.

⁴³ Un caso interesante de la excepción de la regla del agotamiento de los recursos internos en aquellos casos en que éstos resulten inútiles o insuficientes para reparar el daño sufrido es la existencia de la regla de *procedural default* objetada por los reclamantes en los casos *La Grand* y *Avena* citados, que impide alegar en instancias superiores derechos individuales que no hubieren presentado en primera instancia. La doctrina del *Procedural default* para la Corte no constituye un impedimento insalvable para la aplicación de la CV63, ya que consideró que EE.UU. puede aplicar otras medidas destinadas a la revisión de las sentencias. Lo que la Corte no puede es obligar a un Estado a cambiar su legislación interna.

⁴⁴ Ejemplos de un ostensible impedimento podrán ser: el impedimento a la persona perjudicada a ingresar al territorio del Estado infractor para ejercer los recursos; la denegación de justicia; la imposición desmesurada de tasas de justicia o costos procesales; etc..

⁴⁵ Puede constar en un tratado o bien en un contrato entre el nacional y el Estado reclamado, incluso celebrados con posterioridad a que se haya originado la controversia o causado el perjuicio.

⁴⁶ Puede inferirse de un comportamiento del Estado en el sentido que demuestre su clara intención de renunciar a este requisito, aplicándose la teoría de los actos propios y el *estoppel*.

⁴⁷ La C.D.I. cita, entre otros, el caso de la *Fundición Trail* (1935, UNRIAA, vol. III) relativo a una contaminación transfronteriza en que no había un vínculo voluntario ni una conexión territorial (en este caso, Canadá no insistió en la aplicación del requisito del agotamiento de los recursos internos), como sustento de la excepción por la inexistencia de un vínculo voluntario de aceptación de la jurisdicción entre las partes.

⁴⁸ Cita como ejemplo, los laudos arbitrales internacionales de *McCready (Estados Unidos c/ México)* (MOORE, J.B., *Internacional arbitrations*, vol. 3); el asunto *I'm Alone (Canadá c/ Estados Unidos)* (A.J.I.L., vol. 29 (1935)). En el asunto del buque "*Saiga*" (Nº 2) (*San Vicente y las Granadinas c/ Guinea*), el Tribunal Internacional del Derecho del Mar sostuvo el derecho del Estado del pabellón a exigir reparación en favor de los miembros extranjeros de la tripulación (sentencia, I.T.L.O.S., *Reports*, 1999).

⁴⁹ Tribunal Internacional del Derecho del Mar, caso *Saiga*, cit..

⁵⁰ Aunque no se pueda considerar con precisión que se trata de acción de protección diplomática por la inexistencia del vínculo de nacionalidad entre el Estado del pabellón y los miembros de su tripulación, existe una gran similitud entre esta acción y la protección diplomática.

⁵¹ Son diferentes los modos de invocación de la responsabilidad cuando se violan obligaciones individuales, con relación a un grupo de Estados con el objeto de proteger un interés colectivo de éstos, u obligaciones derivadas de normas de derecho internacional con relación a la comunidad internacional. En las obligaciones individuales, el Estado directamente lesionado es el legitimado para reclamar la responsabilidad. En el caso de obligaciones con relación a un grupo de Estados que protege un interés colectivo de éstos, cualquiera de los Estados de dicho grupo se encuentran legitimados para interponer la reclamación. En el supuesto de violación de obligaciones *erga omnes*, se encuentra legitimado cualquier Estado de la comunidad internacional. También debe considerarse a estos efectos, la responsabilidad individual o colectiva de los responsables y la eventual pluralidad de Estados lesionados.

⁵² Art. 32, en concordancia con el art. 3º en cuanto a la calificación del hecho ilícito. Este principio, también receptado en la CV69 (art. 27), se encuentra ampliamente confirmado por la práctica de los Estados y por la jurisprudencia internacional.

⁵³ Las seguridades y garantías de no repetición pueden traducirse en una "satisfacción" (por ej., la revocación de un acto legislativo). Estas garantías pueden ser solicitadas por un Estado distinto al Estado lesionado. En cuanto a la clase de garantías que pueden solicitarse la práctica internacional no es uniforme; el Estado lesionado las puede solicitar sin especificar la forma, pero también puede pedir medidas concretas. En definitiva, su solicitud y aplicación dependen de las circunstancias del caso, la naturaleza de la obligación y la violación misma.

⁵⁴ La cuestión de si las seguridades de no repetición pueden ser una consecuencia de un hecho ilícito fue debatida en el caso *La Grand*. Las solicitó Alemania para el cumplimiento futuro de la CV63. Los EE.UU. sostuvieron que no estaban previstas en la Convención, carecían de precedentes y que la Corte no era competente para exigirlos. Sobre este último punto -competencia- la Corte lo desestimó, pero sobre la cuestión de fondo no hizo lugar a la solicitud de Alemania, por considerar que el compromiso asumido por EE.UU. de cumplir en el futuro con las disposiciones respectivas, era suficiente.

⁵⁵ La restitución puede adoptar la forma de una reintegración de territorio, personas o bienes, la revocación de un acto jurídico o una combinación de algunas de ellas.

⁵⁶ Se encuentra limitada por dos circunstancias: que sea materialmente imposible o que signifique una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de sustituirla por una indemnización.

⁵⁷ Los daños que pueden dar lugar a indemnización son de distintos tipos según el contenido y naturaleza de la obligación violada y las circunstancias de cada caso.

⁵⁸ Tales son los ejemplos derivados de la práctica judicial, Tribunal Internacional de Derecho del Mar, tribunales de reclamaciones Irán-EE.UU., los tribunales de derechos humanos y el CIADI (Centro Internacional de Arreglos de Diferencias relativas a Inversiones, Washington, 1965).

⁵⁹ En el monto de la indemnización se tiene en cuenta: a) El capital (varios métodos: valor de mercado, valor contable neto, valor de liquidación, flujo de efectivo actualizado); b) El lucro cesante; c) Los gastos accesorios.

⁶⁰ Ha motivado discusiones en la doctrina, la validez de la renuncia a la protección diplomática por parte del nacional afectado, circunstancia íntimamente vinculada a la denominada cláusula Calvo. Los autores llegan en este punto a conclusiones opuestas. Para unos, la "cláusula Calvo" es nula porque un particular no puede renunciar al derecho del Estado de proteger a sus ciudadanos en el extranjero. Es decir que para una parte de la doctrina, al ser la

protección diplomática un derecho del Estado, no tiene validez la renuncia del particular por no ser éste el titular de ese derecho. Frente a esta postura se ha alegado que a lo que renuncia el extranjero, no es al derecho de protección diplomática del Estado de su nacionalidad, sino a su propia facultad para pedir el ejercicio de ese derecho a su favor. En verdad, lo que pone en marcha la protección diplomática es generalmente la solicitud del particular al Estado de su nacionalidad, por lo que la renuncia a tal solicitud, hace difícil admitir la procedencia de la protección diplomática. Sin embargo, esta posición también es rebatible, ya que el Estado puede ejercer la acción diplomática por iniciativa propia y sin solicitud del particular. La jurisprudencia tampoco ha dado una solución uniforme al problema. Aunque generalmente los laudos se han inclinado por la validez de la cláusula, algunos fallos han limitado su operatividad para determinados supuestos. En efecto, la decisión dictada en 1926 por la Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos - México, en el asunto *North American Dredging Co (North American Dredging Co. of Texas c/ México)*, 1926 (RIAA, IV, 26). En igual sentido, *Mac Neil* (comisión de reclamaciones México-Gran Bretaña, 1931 (RIAA, V, 136), estableció que la cláusula únicamente operará respecto de las reclamaciones derivadas de las relaciones contractuales, pero no para otras violaciones del derecho internacional. En efecto, la Comisión sostuvo que la renuncia tiene efectos sólo en materias relacionadas con el contrato, no así en los casos en que se ha producido una retardada o denegación de justicia, ya que en estos supuestos no se cuestionaría la validez del contrato mismo, sino que significaría una denegación de justicia.

⁶¹ Sin embargo, parte de la doctrina y la jurisprudencia sostiene que también la persona como nacional de un Estado tiene derecho a recibir su protección; de existir este derecho a favor del particular, nacería la correspondiente obligación por parte del Estado para asistirlo. Tal parece haber sido el criterio del relator en el proyecto anterior sobre esta materia, que si bien resaltaba el derecho a ejercer la protección diplomática por parte del Estado de la nacionalidad y que éste tenía facultades discrecionales en el ejercicio de este derecho, establecía que el Estado tenía el deber jurídico de ejercer la protección diplomática en nombre de la persona perjudicada a solicitud de ésta, si el daño se debía a una violación grave de una norma *ius cogens* atribuible a otro Estado. Como se observa, se introducía una excepción a la facultad discrecional del Estado: Cuando el daño se hubiera producido por una violación grave de una norma *ius cogens*. Pero, esta excepción a su vez aceptaba excepciones que desobligaban al Estado del deber de ejercer la protección: a) Cuando la persona perjudicada pudiera presentar una reclamación ante una corte o tribunal internacional; b) Si el ejercicio de la acción pudiera poner seriamente en peligro los intereses generales del Estado y/o de su población; c) Cuando otro Estado pudiera ejercer la protección; d) Cuando la persona no tuviera su nacionalidad efectiva.

⁶² La Corte en el asunto indicado, cita como antecedentes jurisprudenciales, que el principio de las “manos limpias” fue invocado en el asunto *Ben Tillett* de 1899 que enfrentó a Gran Bretaña contra Bélgica, y fue reiterado en el asunto del buque *Virginius* en el que el juez internacional acordó aplicar circunstancias atenuantes a España puesto que los marineros ingleses y americanos ejecutados se dedicaban a un tráfico ilícito internacional.

⁶³ “*La conducta correcta del particular tiene incidencia sobre el fondo de la reclamación y sobre el monto de la reparación. Sobre el fondo de la reparación porque un acto presuntamente ilícito podría estar justificado por el comportamiento ilegal o fraudulento del particular. Y también sobre la cuantía de la reparación, porque si una parte de los daños derivan de la conducta del particular y no del acto ilícito internacional, tales daños deberían ser descontados de la reparación*” (PASTOR RIDRUEJO, ob. cit., p.4).

⁶⁴ De esta norma resulta, que aquí sí se consigna claramente que para determinar la naturaleza y cuantía de la reparación se debe tener en cuenta, no sólo el comportamiento intencional y negligente del Estado, sino también influye la calificación de la conducta de toda persona en relación con la cual se exija la reparación.

⁶⁵ En el caso *La Grand* se expuso un supuesto como el previsto en esta disposición. Alemania denunció tardíamente el incumplimiento de EE.UU. La Corte sostuvo que en caso de que Alemania hubiera solicitado una indemnización, dicho factor debía tener en cuenta.

⁶⁶ En el caso *Beaumont c/ Francia* (Asunto N° 15287/89, 1994, ECHR 40), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió que un acuerdo internacional en el que se preveía una indemnización podía generar en favor de las personas perjudicadas un derecho a indemnización exigible ante los tribunales.

⁶⁷ Discutible es el uso de la fuerza para ejercerla, teniendo en cuenta el principio que prohíbe la amenaza o el uso de la fuerza, y que en su momento dio origen a la conocida doctrina Drago (1902) que invocaba que no era admisible la utilización de la fuerza armada para el cobro de la deuda pública de los Estados. Sin embargo, en el anterior proyecto de artículos de la C.D.I. sobre la protección diplomática se admitía esta posibilidad. En efecto, sin perjuicio de afirmar el principio de que *queda prohibida la amenaza o el uso de la fuerza como medio de protección diplomática*, establecía la excepción en caso de *rescate de sus nacionales* cuando: a) El Estado *no haya conseguido* por medios pacíficos, que se *garantice la seguridad* de sus nacionales; b) El Estado responsable, *no quiera o no pueda garantizar la seguridad* de los nacionales; c) Que los nacionales estén expuestos a un *peligro inminente*. En estos casos, la fuerza utilizada deberá ser *proporcionada a las circunstancias* de la situación y, *cesará en forma inmediata al rescate* de sus nacionales.

⁶⁸ Comprende todos los procedimientos lícitos de solución de controversias de esta naturaleza como negociación, mediación, conciliación, investigación, etc..

⁶⁹ Tal lo acontecido, por ejemplo, en los casos *La Grand* y *Avena*.

⁷⁰ En los casos *La Grand* y *Avena*, los Estados reclamantes (Alemania y México, respectivamente) fundaron su reclamación en la violación por parte de EE.UU. de la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963.

⁷¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Europea sobre Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, etc..

⁷² En su comentario al artículo, la C.D.I. señala la importancia cuantitativa de esta clase de acuerdos ya que se estima que existen más de 2.000 en vigor en la actualidad. Estos tratados atenúan los requisitos de la acción diplomática (tanto en materia de nacionalidad de la reclamación como de agotamiento de los recursos internos) proporcionando un acceso directo al arbitraje internacional.

⁷³ Un ejemplo moderno de esta clase de tratados sobre inversiones, lo constituye el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de Inversiones (CIADI) que representa en la actualidad, uno de los foros de resolución de controversias más solicitado (más de cien casos resueltos y más otro centenar pendientes de resolver). Los árbitros o tribunales arbitrales son jueces de su propia competencia (aunque existe la posibilidad de que la Corte Internacional de Justicia cumpla con una función de interpretación del Convenio de Washington). Las partes involucradas son: por un lado, el inversor (sea persona física o jurídica) cuya nacionalidad sea del Estado parte, y del otro, el Estado receptor del capital extranjero.

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL EN EL PROYECTO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL SOBRE EL DERECHO DE LOS ACUÍFEROS TRANSFRONTERIZOS

María Cristina Rodríguez *

Sumario: I. Derecho de los acuíferos transfronterizos. Definiciones jurídicas y realidades hidrogeológicas. II. Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional aprobado en el 2006. II.1. Estructura y ámbito de aplicación del proyecto. II.2. Principios y obligaciones contemplados. a. Soberanía de los Estados del acuífero (art. 3°). b. Utilización equitativa y razonable (arts. 4° y 5°). c. No causar un daño sensible a otros Estados del acuífero (art. 6°). d. Obligación general de cooperar (arts. 7° y 8°). e. Protección y preservación de los ecosistemas (arts. 9°, 10, 11 y 12). f. Deber de notificación y consulta (art. 14). g. Otras obligaciones establecidas en el proyecto (arts. 15 a 19). III. Conclusión. IV. Anexo: Modelos acuíferos.

I. Derecho de los acuíferos transfronterizos. Definiciones jurídicas y realidades hidrogeológicas

A pedido de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Comisión de Derecho Internacional se abocó al estudio de un régimen jurídico general aplicable a los *recursos naturales compartidos*, petróleo, gas y aguas subterráneas transfronterizas ¹, pero, como los dos primeros son recursos no renovables que pueden ser sustituidos por otras fuentes de energía y no se ven afectados por la contaminación, prefirió comenzar el trabajo de codificación con las aguas subterráneas transfronterizas. Quizás haya sido determinante de esta elección, el contar con la experiencia adquirida durante la redacción de la “*Convención sobre el derecho de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación*” de 1997 ². Este hecho puede inferirse del primer informe (2003) ³ del relator especial, Chusei Yamada, donde recomendó emprender la tarea analizando un posible régimen para las *aguas subterráneas confinadas transfronterizas* que no estaban contempladas en este acuerdo. Además, recalcó sus diferencias con las aguas de superficie, la necesidad de recabar mayor conocimiento sobre las características de los acuíferos, su importancia como sustento de la vida humana ⁴ y su susceptibilidad a la contaminación ⁵.

El interés por elaborar un régimen específico tuvo que ver con realidades hidrogeológicas y respondió a la necesidad de amoldar la redacción de las normas jurídicas a todas las peculiaridades físicas de las aguas subterráneas ⁶. Tan es así, que un análisis de la Convención de 1997 permite advertir que aunque en el concepto de curso de agua se incluyeron a las “aguas subterráneas” ⁷ algunos acuíferos quedan fuera de su ámbito de aplicación ⁸. Más concretamente, cuando el art. 2° define curso de agua internacional como un *sistema de aguas de superficie y subterráneas* que relacionadas físicamente constituyen un *conjunto unitario y normalmente fluyen hacia una desembocadura común*, deja sin regulación a las aguas subterráneas confinadas transfronterizas ⁹.

En el comentario al art. 1° del proyecto aprobado en el 2006 se deja aclarado que los acuíferos nacionales que estén conectados de manera suficiente con los cursos de agua internacionales definidos en la Convención de 1997 serán regidos por dicho acuerdo y no por el proyecto, mientras que a todos los acuíferos transfronterizos, conectados o no con cursos de agua internacionales, se aplicará el proyecto. A juicio de la Comisión, la doble aplicación de las disposiciones de ambos regímenes no debería causar ningún conflicto, pero como no ha fundamentado tal afirmación y ante la falta de una disposición del proyecto que la valide, aún no se comprende de qué manera podrían regularse por dos acuerdos diferentes aquellos acuíferos o sistemas de acuíferos transfronterizos cuya única relación física con un curso de agua internacional fuese la recarga significativa de los primeros, salvo que, por carecer de una

desembocadura en común no fuera factible la aplicación de la Convención de 1997¹⁰. Tampoco aquellos que son parcialmente confinados.

No obstante, con relación a la definición de acuífero transfronterizo puede advertirse que el relator especial fue eligiendo términos que finalizaron por dar mayor claridad y precisión al proyecto. En primer lugar, mientras la Convención de 1997 se refiere a cursos de agua *internacionales*, para la regulación jurídica particular de las aguas subterráneas compartidas, se prefirió el vocablo *transfronterizas*¹¹. La diferencia es evidente pues, aunque el acuífero sea nacional, en el caso de los cursos de agua la internacionalidad está dada por formar parte de un sistema de aguas de superficie y subterráneas. Por el contrario, un acuífero o sistema de acuíferos es transfronterizo por su ubicación bajo la frontera entre dos o más Estados o por la relación física entre acuíferos nacionales ubicados en diferentes Estados.

En segundo lugar, fue suplantada la locución *aguas subterráneas confinadas transfronterizas* empleada en el primer informe (2003) por las expresiones *acuíferos* y *sistemas de acuíferos transfronterizos* (informe 2004). El relator especial justificó este cambio afirmando que el término *acuífero*¹² tenía mayor precisión científica y no daba lugar a ambigüedades¹³. Como consecuencia, debió modificar la definición que elaborara en el 2003, ya que ésta no consideraba como integrante del acuífero a la formación rocosa que almacena las aguas¹⁴. En los proyectos presentados en el 2004 y 2006 se tuvo en cuenta esta circunstancia, reconociéndose, además, que no todas las aguas subterráneas constituían un todo unitario y podían extraerse.

En lo que respecta a la distinción entre acuíferos confinados y no confinados sobre la base de la ausencia de relación física con las aguas superficiales -realizada en los comentarios al art. 2º del proyecto del 2006- pareciera ser una mera decisión del relator especial. Empero, aunque se aparte de la información científica que indica que un acuífero es confinado porque las aguas se almacenan bajo presión¹⁵ y no porque falta conexión física con las aguas superficiales¹⁶, juzgamos que no debiera constituir un obstáculo para la interpretación de la normativa internacional sobre la materia.

El art. 2º del “*Proyecto sobre el Derecho de los Acuíferos Transfronterizos*”, aprobado en primera lectura en el 2006, define *acuífero* de la siguiente manera: “*una formación geológica subterránea permeable portadora de agua, sustentada en una capa menos permeable y el agua contenida en la zona saturada de la formación*”.

En los comentarios a este artículo, la Comisión explica que un acuífero está constituido por la *formación geológica* (roca, grava y arena) *subterránea* (en el subsuelo) *permeable portadora de agua* (capaz de almacenar y transmitir agua y que debe contener agua en las partes saturadas como en las no saturadas¹⁷), *sustentada en una capa menos permeable* (aunque aclara que algunos acuíferos pueden tener una capa menos permeable arriba y, en este caso, las aguas almacenadas se denominan aguas confinadas porque no están únicamente sujetas a la presión atmosférica) y *el agua contenida en la zona saturada de la formación*.

El acuífero o sistema de acuíferos es *transfronterizo* (inc. c) *cuando alguna de cuyas partes se encuentren en distintos Estados*. Al respecto se plantean varias posibilidades, por ejemplo, que un solo acuífero sea transfronterizo por hallarse bajo la línea de la frontera, o bien que dos o más acuíferos nacionales están conectados a través de la frontera. En el segundo supuesto, geográficamente ninguno de los acuíferos es transfronterizo sino el sistema. Inversamente, cuando la recarga de un acuífero nacional provenga de aguas superficiales del territorio de otro Estado o de un curso de agua internacional no se considera transfronterizo.

El inc. e) establece que un acuífero transfronterizo puede ser *recargable*¹⁸ *cuando recibe un volumen significativo*¹⁹ *de recarga hidráulica contemporánea*²⁰. La *zona de recarga* (inc. f) puede ser un área de captación pluvial y la zona por la que el agua fluye hacia el acuífero por escurrimiento e infiltración del suelo. La *zona de descarga* (inc. g) es el área través de la cual el agua del acuífero fluye hacia puntos de salida que pueden ser un río, lago, océano, oasis y humedal. De acuerdo con la Comisión, las zonas de recarga y descarga están situadas fuera del acuífero aunque en conexión hidráulica²¹, posibilitando que el área de recarga se halle ubicada en el territorio de un país que no sea el del acuífero y con ello una extensión de deberes

internacionales para un Estado que no obtendría beneficio alguno. La recarga debe ser significativa, caso contrario, el acuífero es considerado confinado o fósil ²².

Por último, el proyecto contempla que puede existir un *sistema de acuíferos* cuando dos o más estén hidráulicamente conectados de manera suficiente ²³, conexión que, de acuerdo al comentario del párrafo b) del art. 2º, puede ser de manera horizontal o vertical. Por exclusión, un acuífero transfronterizo confinado no podría constituir un sistema de acuíferos, ni tampoco aquél no confinado que únicamente se recargue con las aguas superficiales o descargue en ellas.

II. Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional aprobado en el 2006

II.1. Estructura y ámbito de aplicación del proyecto

El proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos aprobado en primera lectura en el 2006 consta de cinco partes: I. Introducción; II. Principios generales, III. Protección, preservación y gestión; IV. Actividades que afecten a otros Estados; V. Disposiciones diversas.

El art. 1º fija el ámbito de aplicación: a) Utilización de los acuíferos y sistemas de acuíferos transfronterizos; b) Otras actividades que tengan o puedan tener un impacto en esos acuíferos y sistemas de acuíferos, y c) Las medidas de protección, preservación y gestión de esos acuíferos y sistemas de acuíferos.

II.2. Principios y obligaciones contemplados

Bajo el título “Principios Generales” el proyecto prevé los siguientes: soberanía de los Estados del acuífero, utilización equitativa y razonable, obligación de no causar daño sensible a otros Estados del acuífero, obligación general de cooperar. Más adelante establece obligaciones, también generales, tales como: protección y preservación de ecosistemas, prevención, reducción y control de la contaminación, vigilancia y gestión. Por último, de manera residual contempla los deberes de control, consulta y negociación con relación a actividades que puedan afectar a otros Estados, de promoción de la cooperación en general, de actuación en situaciones de emergencia y de protección en tiempo de conflicto armado.

Los principios y obligaciones incorporados en este proyecto no distan demasiado de aquellos establecidos en la Convención de 1997 ya que las diferencias surgen de los comentarios a los artículos más que de los términos en los que están redactados. Algunas normas recogen la práctica de los Estados expresada en un número reducido de acuerdos regionales o bilaterales sobre recursos hídricos que, dicho sea de paso, aparecen como más adecuados para asegurar la correcta convivencia internacional entre los Estados de los acuíferos. Por otro lado, aunque los artículos referidos a la utilización, a otras actividades que puedan tener un impacto sobre ellos y a las medidas de protección, preservación y gestión, reiteran reglas enunciadas en algunos de ellos, la falta de uniformidad y generalidad impide considerarlas como prueba de una costumbre internacional bien establecida ²⁴. A nuestro modo de ver, la Comisión aporta innumerables ejemplos de acuerdos y declaraciones internacionales únicamente con la finalidad de avalar la inclusión de disposiciones similares en el proyecto, pero que no siempre son pertinentes con el tema que está abordando pues no se refieren exclusivamente a acuíferos.

En lo que respecta a la manera en que han sido redactados los artículos se puede observar que las obligaciones aparecen configuradas de manera amplia, la terminología empleada puede llegar a plantear problemas interpretativos y, en muchos comentarios, el relator especial suele referirse a ciertos principios como “obligación mínima”. A ello se agrega un hecho no menos importante: en el informe del 2006 plantea la duda acerca de la factibilidad de que el proyecto

se convierta en una convención y, ante esta posibilidad, la intención de realizar cambios en una segunda lectura ²⁵.

Como consecuencia, el régimen sobre responsabilidad internacional aún no surge de manera concreta, hecho éste que no es criticable pues la Comisión deja aclarado que se trata de un proyecto de diecinueve artículos que no es definitivo. No queda entonces descartado que en nuevos preceptos se incorporen referencias específicas, de manera que no resulte incoherente establecer derechos y deberes de los Estados sin fijar cuáles son las consecuencias jurídicas resultantes del incumplimiento de las obligaciones. Pero, quizás, el principal obstáculo para la redacción de tales prescripciones lo constituya la inconclusa tarea que la misma Comisión ha emprendido sobre la responsabilidad internacional de los Estados y, por consiguiente, si el régimen aplicable a los acuíferos transfronterizos fuere previamente aprobado cabe esperar que la fórmula jurídica elegida termine fijando un tipo de responsabilidad atenuada ²⁶.

a. Soberanía de los Estados del acuífero (art. 3º)

Los estudios de la Comisión de Derecho Internacional tuvieron gran impacto en las discusiones llevadas a cabo en el seno de la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, principalmente cuando intervinieron aquellos Estados en cuyo subsuelo se encontraban aguas subterráneas. Algunas delegaciones temían que se las calificase como patrimonio de la humanidad compartido ²⁷, en tanto que otras llegaron a cuestionar al relator especial el uso de la expresión “recursos naturales compartidos” ²⁸. Al respecto Argentina manifestó una clara intención de impedir que la calificación “recurso natural compartido” fuera interpretada como recurso natural que es patrimonio común de la humanidad o que existiera un condominio entre dos o más Estados. Señaló que el recurso natural se encuentra sujeto a una gestión compartida entre los países titulares, que no había razón para apartarse del título temático “recursos naturales compartidos” y que apoyaba que el subtítulo fuera “aguas subterráneas transfronterizas” y se emplearan los términos “acuífero” y “sistema acuífero” ²⁹.

Para salvar los desacuerdos entre los Estados el proyecto recepta el principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales pues, en consonancia con las resoluciones 3281 (XXIX) de 1974 ³⁰ y 1803 (XVII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1962, el art. 3º expresa: “Cada Estado del acuífero tiene la soberanía sobre la parte de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo ubicada dentro de su territorio”. Pero agrega: “El Estado del acuífero ejercerá su soberanía de acuerdo con el presente proyecto de artículos”.

La soberanía permanente sobre los recursos naturales es considerada uno de los derechos al desarrollo y la piedra basal para la negociación, firma y ratificación de muchos acuerdos internacionales sobre medio ambiente. Las restricciones convencionales al principio apuntan a la conservación y protección de los ecosistemas, a la defensa de los derechos humanos ³¹ y al respeto de los derechos de otros países, pero, como todo régimen jurídico internacional, están influenciadas por el voluntarismo estatal. Por este motivo, el aspecto más difícil de consensuar no es el reconocimiento de la soberanía sobre los recursos naturales sino las limitaciones que los mismos Estados se fijan y cuándo y en qué medida se responsabilizarán por daños fuera de su territorio, llegándose a la redacción de convenios generales que restan fuerza a las normas consuetudinarias preexistentes.

Si bien en derecho internacional contemporáneo no se discute este principio, cuando los recursos naturales son compartidos por dos o más Estados, *la soberanía es permanente pero no exclusiva* y, como consecuencia, el ejercicio de los derechos de un Estado sobre estos recursos se halla limitado por iguales derechos de los otros Estados ³². En este sentido, el laudo recaído en el asunto del *Lago Lanoux* (1957) -extensamente citado por la doctrina- ha reconocido que ni siquiera los derechos soberanos del Estado ribereño sobre un curso de agua son absolutos en la medida que afecten los derechos de otras entidades soberanas y el del curso superior tiene, según las reglas de la buena fe, la obligación de tener en cuenta los diversos intereses afectados, de tratar de respetarlos en la medida que esto no sea incompatible con la defensa de sus propios

intereses y de demostrar que, a ese respecto, hay una preocupación auténtica por conciliar los intereses del otro ribereño con los suyos propios³³. En la medida que el proyecto del 2006 instituye que la soberanía debe ejercerse en el contexto del derecho internacional general visiblemente viene a seguir el pensamiento desarrollado por esta jurisprudencia internacional.

Asimismo, al establecer que los derechos soberanos sobre los recursos deben ejercerse conforme a los demás artículos del proyecto no es posible interpretar el principio de manera aislada. Una lectura de las distintas prescripciones permite afirmar que, bajo una orientación exclusivamente ecologista, el relator especial recoge la idea de la *responsabilidad por negligencia*, vigente desde los debates sobre el art. 21 de la “Declaración de Estocolmo sobre Medio Humano” aprobada en 1972 y reiterada en el art. 23 del “Proyecto sobre responsabilidad internacional de los Estados” de la Comisión de Derecho Internacional. Sin embargo, en materia de aguas subterráneas transfronterizas esta noción presenta un contenido aún incierto por tres razones: no es fácilmente deducible de la práctica de los Estados, no existen estándares objetivos sobre las medidas apropiadas que éstos deben adoptar y prevalece la falta de certidumbre científica acerca de las características de muchos acuíferos. Si a ello le sumamos la regla medioambiental que prescribe la “responsabilidad común pero diferenciada” el tema recibirá distinto tratamiento cuando algunos de los países del acuífero fueran desarrollados y otros en vías de desarrollo.

Por otro lado, al calificárselo como un recurso natural compartido, el uso racional y equitativo -considerado en el siguiente artículo- requiere ser respetado al extremo, tanto más cuando el acuífero no es recargable. Esto no implica que cuando un Estado no explote la parte del acuífero que se halle bajo su territorio tenga derecho a impedir que otro Estado del acuífero lo haga alegando que la utilización no es equitativa. Pero, mientras el art. 3º sólo se remite a los demás artículos del proyecto, el comentario respectivo señala que la formulación elegida es de carácter positivo, esto es, que el Estado del acuífero tiene derechos soberanos y la responsabilidad internacional nacerá, por ejemplo, por no garantizar que las actividades realizadas en su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de las zonas situadas fuera de los límites de su jurisdicción nacional.

Con relación al proyecto del 2006 la misión permanente de Argentina ante las Naciones Unidas expresó que la inclusión del art. 3º importaba despejar toda duda acerca de la soberanía sobre estos recursos naturales. En su opinión los acuíferos y sus recursos pertenecen a los Estados donde están situados y, sin perjuicio de que existan obligaciones de cooperación para su utilización racional y su preservación; “*la responsabilidad principal sobre la utilización y gestión de cada acuífero transfronterizo reside en los Estados donde se encuentra*”³⁴. Mediante esta declaración Argentina va más allá de lo señalado en el comentario aludido en el párrafo anterior, ya que la responsabilidad internacional del Estado podría surgir tanto del ejercicio excesivo de sus derechos soberanos a la utilización y gestión (abuso del derecho) como del incumplimiento de la obligación de adoptar medidas respecto a actividades vinculadas con el acuífero que hacen a la utilización y gestión por el Estado (ausencia de debida diligencia). En ambos casos, el origen de la responsabilidad es un hecho ilícito por violación de una norma internacional, general o particular en vigor, que exige determinado comportamiento a los Estados (negativo o positivo).

b. Utilización equitativa y razonable (arts. 4º y 5º)

Si bien la regla que prescribe la utilización equitativa y razonable se apoya en el principio de buena fe que rige las relaciones internacionales y ha obtenido reconocimiento en el régimen jurídico de los cursos de agua internacionales, aún no se evidencia una costumbre internacional general similar aplicable al uso de los acuíferos transfronterizos. Por el momento este deber permanece circunscrito a aquellos acuerdos regionales en los que las aguas subterráneas forman parte de un sistema (verbigracia, Convenio africano sobre la conservación de la naturaleza y los recursos naturales de 2003, Protocolo sobre sistema de cursos de agua compartidos en el sudeste africano de 1995 y Convenio sobre la protección y uso de los cursos de agua transfronterizos y los lagos internacionales Convenio de Helsinki de 1992) o a tratados bilaterales sobre acuíferos

(por ejemplo, Acuerdo sobre la protección, utilización y recarga del acuífero franco-suizo de Ginebra de 1997).

En el proyecto se abandonó el término “uso”, empleado por la Convención de 1997, reemplazándolo por la palabra “utilización”, cambio que la Comisión simplemente justifica afirmando que la segunda expresión incluye las modalidades de uso. En realidad, si tenemos en cuenta que la Convención de 1997 es aplicable a los “usos” distintos de la navegación y en el mismo comentario al art. 4º del proyecto del 2006 la Comisión expresa que la utilización del acuífero o sistema de acuíferos puede dividirse en dos categorías: el *uso* de las aguas y la *utilización* de la formación geológica; esta modificación no viene a aclarar o a mejorar ningún concepto anterior.

Hubiera sido más útil que en los comentarios hubiese profundizado aspectos más importantes, tales como las diferencias que existen entre el uso de un curso de agua y un acuífero o la manera de medir lo equitativo cuando gran parte de las aguas subterráneas estén bajo el territorio de uno de los Estados. Incluso, en el segundo supuesto si lo equitativo podría no depender del volumen de agua almacenada en el territorio de un Estado sino de la capacidad de extracción que tenga. En este sentido, el relator especial ha ignorado considerar que por existir una comunidad de intereses entre los Estados del acuífero o sistema de acuíferos debe imperar un espíritu de solidaridad que supere las diferencias entre países desarrollados y en vías de desarrollo. Asimismo tampoco ha hecho referencia alguna sobre el procedimiento a seguir para evitar que el ejercicio del derecho a la utilización no se convierta en una carrera entre los Estados que concluya con el agotamiento del recurso natural o a la forma de optimizar el uso del agua subterránea por parte de la población de cada uno ellos ³⁵.

Los arts. 4º y 5º establecen obligaciones de hacer y no hacer para los Estados del acuífero o sistema de acuíferos, cuyo correcto cumplimiento dependerá más de los estudios científicos que de la voluntad estatal. Las primeras se refieren a una *utilización compatible con la distribución equitativa* (no significa igual) y *razonable* (la utilización debe ser óptima, aunque también los Estados deben adoptar medidas para mantener el recurso a perpetuidad) *de los beneficios obtenidos entre los Estados del acuífero* (art. 4º, párr. a); *tratar de elevar al máximo los beneficios a largo plazo* derivados del uso del agua almacenada (art. 4º, párr. b); elaborar individual o conjuntamente *un plan general de aprovechamiento teniendo en cuenta las generaciones presentes y futuras* y las fuentes alternativas de agua (art. 4º, párr. c). Ni en el texto del art. 5º ni en los comentarios se explicita si son obligaciones de comportamiento o de resultado o si afectan a todos los Estados en la misma medida.

Como obligación de no hacer prevé *la no utilización del acuífero recargable hasta un grado que derive en su inutilización* (art. 4º, párr. d). Con esta prescripción se pretende que el uso de un acuífero o sistema acuífero recargable sea prolongado, dependiendo la modalidad de cumplimiento de este deber de las características de cada acuífero y de las diferentes maneras de explotarlo. Al comentar los párrafos b) y d) el relator especial afirma que limitar la explotación de las aguas a la cantidad de la recarga equivaldría a prohibir, incluso, la utilización de los acuíferos recargables ³⁶ y que la utilización no puede extenderse indefinidamente en el tiempo, no siendo necesario limitar el nivel de utilización a aquél de la recarga ³⁷. A nuestro modo de ver, esta explicación no resulta armoniosa con lo estipulado en el art. 9º, relativo a la protección y preservación de ecosistemas, ni con los factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable enumerados en el art. 5º. Quizás este razonamiento sea consecuencia de la inclusión en el art. 5º de un factor ³⁸ no enumerado en la Convención de 1997 y que le ha hecho caer en la falsa creencia de suponer que el porcentaje de recarga puede ser tomado como una variable adecuada para evaluar el uso razonable cuando, en realidad, esta circunstancia no siempre basta para asegurar la normal descarga y preservar los ecosistemas dependientes del acuífero.

Como la regulación bilateral o regional en materia de acuíferos es casi inexistente no puede hablarse de la consolidación de una regla consuetudinaria universal que exija la utilización razonable y equitativa. Por el contrario, numerosos casos atestiguan que la práctica de los Estados en la utilización de los acuíferos no es sostenible. Verbigracia, en algunas regiones de América del Norte se ha extraído agua subterránea a un ritmo mayor que el de recarga ³⁹, provocando la disminución del nivel de los acuíferos, la intrusión de agua salada, el

hundimiento del suelo y la reducción de descargas de agua superficial a los cursos de agua y humedales ⁴⁰. Otro tanto ha ocurrido con el acuífero Guaraní, pues si bien se estima que el promedio de la recarga anual ronda entre 40 km³ y 160 km³ anuales y las reservas permanentes de agua, es decir, la que se encuentra almacenada en poros y fisuras de la roca serían entre 37.000 km³ y 45.000 km³, los estudios realizados hasta la fecha corroboran que en algunas regiones existen sobreexplotación y contaminación. Al inicio de la ejecución del “Proyecto para la Protección Ambiental y Desarrollo Sostenible del Sistema Acuífero Guaraní” (2003) se habían contabilizado cerca de mil pozos en Brasil, más de trescientos en Uruguay, siete pozos profundos en Argentina y doscientos en Paraguay. Un relevamiento realizado en el 2007 en la zona del “Proyecto Piloto Ribeirao Preto” ⁴¹ (Brasil) dio cuenta que el acuífero es explotado con más de mil pozos con una producción actual estimada de 65 mm³/año, pero en marcado crecimiento. Como consecuencia, el nivel freático disminuyó de quince a veinticinco metros y prácticamente se había eliminado la descarga natural a las corrientes superficiales, reemplazándolas casi totalmente con descargas de aguas residuales; algunos cursos de agua que antes eran efluentes ahora son afluentes, lo cual incrementa el riesgo de contaminación; la extracción excede la recarga actual del acuífero y existe la pérdida del confinamiento del agua subterránea en algunos pozos ⁴².

En cambio, la utilización del acuífero Emek Ha'arave/Wadi Araba, compartido entre Israel y Jordania puede ser razonablemente eficaz gracias al tratado de paz de 1994. Este acuerdo establece que Israel está facultado a extraer las aguas subterráneas en la cantidad y calidad especificada, pero ninguno de los dos Estados puede adoptar medidas que reduzcan apreciablemente los parámetros de calidad de las aguas y la posibilidad de incrementar los volúmenes a bombear ha sido limitada. El caso del acuífero franco-suizo de Ginebra ha sido verdaderamente revolucionario ya que, aprovechando su pequeño tamaño, fue objeto de un convenio destinado a recuperarlo de la sobreexplotación llevada a cabo desde 1960. A tal efecto en 1977 el cantón de Ginebra y la prefectura francesa de Alta Saboya acordaron normas sobre protección, utilización y recarga, instalaron un sistema artificial de recarga y limitaron temporalmente la extracción de agua hasta que la restauración fuera completada ⁴³.

Para coadyuvar al cumplimiento de estos deberes el art. 5° reproduce casi literalmente el art. 6° de la Convención de 1997, enumerando una lista no exhaustiva de factores pertinentes a tener en cuenta que deberán ser ponderados, todos y cada uno de ellos, de acuerdo a las circunstancias, considerándose, en primer lugar, las necesidades humanas vitales ⁴⁴. Es importante destacar la no inclusión del “uso histórico” ⁴⁵ como un factor a considerar por los Estados. De tenerse en cuenta podría conducir al reconocimiento de un derecho adquirido no compatible con una utilización equitativa y razonable y, con el tiempo, constituirse en una fuente de disputas entre países, por ejemplo, luego de una sucesión de Estados. En torno de los factores expresamente enunciados surgen dudas respecto de cuáles serían las necesidades de “otro tipo” a las que se refiere el inc. b) y qué debe entenderse por la expresión “utilización potencial” prevista en el inc. e). Ninguna de estas frases ha sido motivo de explicación en los comentarios, pero por lógica una utilización potencial únicamente puede fijarse a partir de los usos presentes y de la información científica disponible.

Otro punto que queda sin solucionar es el uso sustentable de un acuífero por parte de un Estado que ha ocupado ilegítimamente el territorio perteneciente a otro Estado o a un pueblo al que la comunidad internacional ha reconocido el derecho a la libre determinación. Si bien, el derecho internacional humanitario permite que el ocupante haga uso de los recursos naturales para satisfacer las necesidades de sus fuerzas armadas ello no implica que esté autorizado a explotarlos en beneficio de su población civil, tal como ocurre con el sistema acuífero de la Montaña, explotado por Israel en total violación de los derechos del pueblo palestino ⁴⁶.

Aunque no es competencia de la Comisión el tratamiento de este tema, desde el punto de vista de la responsabilidad internacional surge el interrogante de quién es la autoridad encargada de regular que la utilización sea equitativa y razonable cuando por vía constitucional o legislativa los recursos naturales pertenezcan a las provincias o estados. Basten los siguientes ejemplos: conforme al art. 124 de la Constitución Nacional de la República Argentina, corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su

territorio ⁴⁷; en México es de uso público el agua que se encuentra en tierras fiscales, pero toda agua subterránea es federal; en Estados Unidos rigen distintos sistemas jurídicos sobre aguas subterráneas (en Texas son del propietario superficiario, quien puede hacer uso de ellas bastando con no dañar al vecino; en Nuevo México son de propiedad estatal y de extracción razonable ⁴⁸; en Arizona se limita el uso conforme a la producción agrícola histórica y exige medidas de irrigación eficiente ⁴⁹).

Vemos, entonces, que a pesar que al derecho internacional no le interese la manera en que se distribuyen las distintas competencias en el orden interno no es improbable que se origine un conflicto entre normas provinciales, federales e internacionales. En el informe 2001 sobre el “Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, la Comisión ha citado jurisprudencia internacional al respecto ⁵⁰ y ha formulado interesantes razonamientos que podrían servir para dilucidar esta cuestión. Por ejemplo, en el comentario al art. 4º de este proyecto considera que “los Estados federales tienen una estructura y distribución de poderes muy variadas y que, en la mayoría de los casos, las entidades constitutivas no tienen personalidad distinta propia (por limitada que sea), ni capacidad para celebrar tratados. En los casos en que la entidad constitutiva de una federación pueda celebrar acuerdos internacionales por cuenta propia, la otra parte puede perfectamente haber convenido en limitarse a recurrir contra ella en caso de incumplimiento, en cuyo caso, la cuestión no dará lugar a la responsabilidad del Estado federal y quedará fuera del ámbito de aplicación de los presentes artículos. Otra posibilidad es que la responsabilidad del Estado federal en virtud de un tratado pueda limitarse mediante una cláusula federal incluida en el tratado” ⁵¹.

Como conclusión de nuestro análisis del principio de utilización equitativa y razonable podemos afirmar que la atribución de responsabilidad internacional queda condicionada a lo dispuesto por acuerdos específicos, a una continua información científica, a la consideración de factores determinados e indeterminados y, por regla general, a la falta de adecuación de la legislación interna a los compromisos que cada Estado haya asumido.

c. No causar un daño sensible a otros Estados del acuífero (art. 6º)

Desde el punto de vista del régimen acerca de la responsabilidad internacional de los Estados, el proyecto del 2006 no aporta nada nuevo, pues manifiestamente sigue el principio general de no dañar. Tan es así que el art. 6º prescribe que al *utilizar* el acuífero los Estados *deben adoptar todas las medidas apropiadas para prevenir que se cause un daño sensible a otros Estados* ⁵² *del acuífero*, deber que se limita a aquellos daños que pudieran ocasionarse *a través del acuífero o sistema de acuíferos*, excluyendo de esta forma a las zonas de recarga y descarga. Las actividades que pueden causar un daño sensible comprenden tanto las vinculadas a la utilización del acuífero como otras diferentes que tengan o puedan tener un impacto sobre el acuífero o sistema de acuíferos. En este sentido, no sólo se atiende a la contaminación de las aguas sino también al deterioro del acuífero.

Esta regla es una repetición del art. 7º de la Convención de 1997 y, a pesar de que en el proyecto se emplea la frase “*todas las medidas apropiadas*”, concretamente se refiere a la *obligación de obrar con la debida diligencia*, la que aparece como un deber flexible, sin un mínimo estándar en el obrar y sin solucionar aquellas cuestiones vinculadas con hechos anteriores a la entrada en vigor de un futuro acuerdo que aún no han producido daños (por ejemplo, si deberán ser removidas las sustancias peligrosas anteriormente enterradas en la zona del acuífero). Empero, entendemos que las principales falencias son: no incluir un sistema que amplíe la responsabilidad más allá de la intencionalidad y la negligencia ⁵³; no establecer con mayor claridad el umbral a partir de la cual ésta se origina ⁵⁴; y la manera de cómo serán reparados los daños que no se pudieren eliminar o mitigar o aquellos que no se hayan causado a través del acuífero o del sistema acuífero ⁵⁵.

Este artículo tampoco se ha visto ajeno a la discusión sobre la caracterización del daño ⁵⁶. En el proyecto de artículos sobre la “Responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas)” la Comisión

de Derecho Internacional entiende que *daño sensible*⁵⁷ es aquél que *no es tolerable*, pero más que detectable, sin llegar a denotar algo grave o significativo⁵⁸. El daño sensible queda, además, sujeto a un juicio de valor que realizan las generaciones presentes⁵⁹.

En el proyecto que comentamos, el relator especial indica que el daño no debe ser por naturaleza insignificante, pero que tampoco es necesario que llegue a ser considerable y que lo determinante para establecer cuando un daño es sensible (no tolerable) queda librado al umbral mínimo fijado por la ciencia⁶⁰. En este sentido, la extracción de agua del acuífero no constituiría un daño sensible siempre que sea sostenible⁶¹, en tanto que la realización de obras *fuera del acuífero* que disminuyan su recarga podría ser considerado daño no sensible a pesar de superar el umbral mínimo del efecto negativo sensible. Por eso es que la expresión *a través del acuífero o sistema acuífero* viene a marcar un límite muy preciso a las obligaciones de los Estados. A esto se suma que para atribuir responsabilidad a un Estado por no haber adoptado las medidas apropiadas deberán considerarse los factores que hacen a las características del acuífero, a las variables naturales y a las actividades de todos los Estados que lo comparten y de los Estados de las zonas de recarga y descarga (verbigracia, los parámetros hidráulicos, las lluvias y las zonas de recarga, las áreas en que es confinado y no confinado, las zonas naturales de descarga, los planes de explotación de las aguas subterráneas, la calidad del agua, los riesgos potenciales de deterioro y la vulnerabilidad a la polución).

No obstante, como el proyecto no diferencia entre acuíferos confinados y no confinados y, al ser los primeros recursos no renovables, resulta difícil concebir cómo sería un uso sostenible de éstos y, por lo tanto, pareciera más adecuado que de ser posible la utilización quede circunscripta a situaciones excepcionales. También hubiera sido conveniente atender a las características de recarga de los acuíferos no confinados, la manera cómo se transfieren las aguas en los sistemas de acuíferos y profundizar cuando la utilización por uno o dos Estados puede considerarse daño sensible respecto de aquel otro que no haga uso alguno⁶².

En el tercer párrafo, el art. 6º prevé el deber de adoptar, en consulta con el Estado afectado, *medidas apropiadas para mitigar o eliminar el daño*, por supuesto, siempre que haya sido causado a través del acuífero o sistema acuífero a otros Estados del acuífero. Los dos primeros párrafos de esta norma aluden al principio de prevención, mientras en el comentario a este párrafo, la Comisión sugiere -muy escuetamente- que las “actividades” (utilización u otras actividades diferentes) pueden representar un riesgo para el acuífero y este riesgo no puede eliminarse, eludiendo hacer referencia al criterio de precaución. En realidad, este último razonamiento no apunta a las medidas de mitigación o eliminación del daño producido, sino a la gestión del riesgo cierto que no puede evitarse, como ocurre con las actividades extremadamente peligrosas y que no, necesariamente, conducen a un daño. Una cosa es un riesgo y otra un daño⁶³. Para el primero rige el principio de precaución y las medidas son preventivas, para el segundo -conforme a este párrafo- las acciones se dirigen a atenuar el daño o a reponer al estado anterior.

Como anticipamos *ut supra*, esta norma no incluye ninguna referencia a la indemnización por los daños que pudieran causarse a pesar de la adopción de medidas apropiadas para evitarlos, cuestión que fue ampliamente debatida por los delegados de los Estados, sugiriendo algunos representantes que se incorporara el principio “quien contamina paga”⁶⁴. Si bien este principio figura en algunos instrumentos internacionales bilaterales o multilaterales regionales no siempre es considerado como integrante del derecho internacional general⁶⁵.

d. Obligación general de cooperar (arts. 7º y 8º)

Esta regla constituye la principal herramienta para el mantenimiento de la paz y seguridad internacional y condición esencial en la elaboración y cumplimiento de las normas internacionales. En materia de recursos hídricos fue reconocida por la Corte Internacional de Justicia en 1997 en el asunto *Gabcikovo-Nagymaros* cuando señaló el deber de cooperación de Eslovaquia y Hungría en la utilización conjunta del río Danubio, calificándolo de recurso natural compartido⁶⁶, y en el 2006 en la controversia *plantas de celulosa sobre el río Uruguay (solicitud de medidas provisionales)* al ponderar el articulado del Estatuto del río Uruguay de

1975 ⁶⁷. También fue contemplada en el art. 3º ⁶⁸ de la Resolución 3281 (XXIX) de 1974 -mediante la cual la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la “Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados”- como una obligación primordial para la correcta convivencia entre los Estados titulares de recursos naturales compartidos.

En el proyecto, la cooperación aparece como un *deber de los Estados del acuífero* vinculado con su utilización y preservación. Puede traducirse en medidas, individuales o conjuntas, adoptadas sobre la base de principios reconocidos en numerosos acuerdos y declaraciones internacionales: igualdad soberana, integridad territorial, desarrollo sostenible, provecho mutuo y buena fe. En materia de responsabilidad internacional, esta obligación es complementaria de los demás deberes, ya que tiene por finalidad asegurar que su cumplimiento sea más eficiente, en particular, la obligación de adoptar las medidas apropiadas para no dañar a los otros Estados del acuífero o sistema de acuíferos. También es imprescindible, porque al tratarse de un recurso natural compartido los Estados no ejercen un control exclusivo y, en pos de alcanzar un uso equitativo y razonable, muchas veces será necesario que realicen concesiones recíprocas.

La cooperación puede canalizarse a través de la creación de comisiones, autoridades o instituciones ⁶⁹, o mediante el intercambio regular de datos e información sobre el acuífero ⁷⁰, o con la concertación de acuerdos particulares. Con la finalidad de recoger nuevos datos e información y ponerlos a disposición de otros Estados del acuífero la Comisión también ha considerado la cooperación con las organizaciones internacionales competentes, mecanismo que en el ámbito del Mercosur se ha implementado a través del proyecto del Sistema del Acuífero Guaraní. Este emprendimiento, con la intervención de la Organización de Estados Americanos y dentro del marco de las actividades del Programa UNESCO/OEA ISARM ⁷¹, constituye la primera iniciativa orientada al manejo sostenible del agua ⁷².

e. Protección y preservación de los ecosistemas (arts. 9º, 10, 11 y 12)

Esta regla no fue considerada en los proyectos anteriores, aunque está expresada en la Convención de 1997 bajo el título “Protección y preservación de los ecosistemas”. En sentido amplio, esta obligación proviene del derecho internacional del medio ambiente y se dirige a todos los Estados pero, por vía del principio que afirma la responsabilidad común pero diferenciada y frente a la no exigibilidad de concertar acuerdos sobre la materia, su aplicación es suficientemente elástica.

Conforme el art. 9º del proyecto, los Estados del acuífero o sistemas de acuíferos se comprometen a *proteger y preservar los ecosistemas ubicados en el acuífero transfronterizo y aquellos ecosistemas externos dependientes del mismo*, esquema obligacional que incluye la previsión acerca de la cantidad y calidad de agua retenida y la vertida en la zona de descarga en un nivel suficiente para proteger y preservar esos ecosistemas. En otras palabras, a los Estados del acuífero o sistema de acuíferos corresponde asegurar un *caudal ecológico*. Para ello adoptarán todas las medidas apropiadas fortaleciendo aquellas dirigidas a “identificar las zonas de recarga y descarga” y a “reducir al mínimo el impacto perjudicial de los procesos de recarga y descarga” ⁷³ y cooperarán para el cumplimiento de esta obligación. En este caso, la obligación de prevención no se dirige a evitar un daño sensible sino a *reducir al mínimo los impactos perjudiciales*, lo que nos conduce hacia un deber de mayor exigencia en las zonas de recarga y descarga cuando éstas se hallen en el territorio de los Estados del acuífero. Por ello es que en el comentario al inc. b) del art. 1º el relator especial aclara que el término “impacto” tiene mayor alcance que “daño” o “perjuicio”, que son conceptos más específicos, debiéndose entender como efecto desfavorable fuerte o potente, quedando sin resolver el umbral de dicho impacto.

Si bien estos dos preceptos se refieren a obligaciones de los Estados del acuífero o sistema de acuíferos, el segundo párrafo del art. 10 extiende el *deber de cooperación para proteger el acuífero* a aquellos Estados en cuyo territorio se halle, en todo o en parte, una zona de recarga y descarga y que no sean Estados del acuífero. Al respecto caben dos acotaciones: a) la obligación de protección termina diluyéndose para convertirse en un deber de cooperación para proteger el acuífero, y b) un Estado que no sea del acuífero estará obligado a cooperar sólo cuando se

convierta en parte del futuro acuerdo, salvo que, no siéndolo, acepte expresamente este compromiso de otro modo (art. 34 y ss. de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969).

El proyecto diferencia entre un Estado de una zona de recarga y otro de una zona de descarga. En la medida que se busque evitar la contaminación parecería más atendible el control de las actividades que se realicen en el sector donde recibe agua y, salvo que un elemento contaminante pueda viajar hacia el acuífero desde la zona de descarga (por ejemplo, cuando el nivel de la zona de descarga es superior al del acuífero y se produce intrusión de agua de mar, tal como ocurre con el sistema acuífero Nubio en la zona de depresión Qattara cercana al Mediterráneo en Egipto ⁷⁴) el mayor compromiso recaerá sobre el Estado o Estados de la zona de recarga. Otra sería la consecuencia si intencionalmente el Estado pretendiese impedir la descarga y, en tal supuesto, la responsabilidad deberá analizarse sobre la base de los principios y eximentes que rigen la responsabilidad internacional de los Estados.

Para mantener la *calidad del agua*, el art. 11 prevé la obligación de prevenir, reducir y controlar la contaminación. Expresamente reitera el *principio de prevención*, pero con el agregado que, como reconoce “*la incertidumbre acerca de la naturaleza y la extensión de los acuíferos o sistemas de acuíferos y su vulnerabilidad a la contaminación*” y prescribe que “*los Estados del acuífero adoptarán un criterio de precaución*”, también estaría incorporando el *principio de precaución* ⁷⁵. Conforme al comentario de la Comisión ⁷⁶ este último sería una “obligación mínima supletoria”, calificación que se aleja injustificadamente de la tendencia de incluir el enfoque de cautela como un deber principal en muchos acuerdos ambientales y resulta contradictoria con los términos empleados en el mismo artículo que comenta. Al respecto, la delegación argentina ante las Naciones Unidas entendió que, en razón de la insuficiencia de conocimientos que puede existir acerca de determinados acuíferos y su gran vulnerabilidad frente a los riesgos de contaminación, es de suma relevancia el criterio de precaución incluido en este precepto ⁷⁷.

En los arts. 12 y 13, el proyecto contempla las obligaciones de *vigilancia* ⁷⁸ y *gestión* ⁷⁹, las que a pesar de entrar dentro de las medidas para proteger y preservar los ecosistemas y para prevenir, reducir y controlar la contaminación del acuífero, en este caso sólo recaen individualmente sobre cada uno de los Estados del acuífero o del sistema de acuíferos y, conjuntamente, en lo que hace al intercambio de datos. Aunque las medidas de vigilancia y gestión eficaces corresponden a cada Estado, la Comisión considera que la creación de comisiones compuestas por representantes de los Estados del acuífero contribuiría a la eficacia de las decisiones que se adopten.

En cuanto a la cuestión de la reparación de los daños causados a los ecosistemas, el relator especial ha preferido dejarla sin regular, por lo que quedará sometida al régimen general sobre responsabilidad internacional y, como consecuencia, los Estados deberán recurrir a algún medio de solución de controversias internacionales. En este sentido, una mirada a la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982 nos muestra que en materia de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones de protección y preservación del medio ambiente existe un claro vacío normativo. Si bien expresa que la indemnización será pronta y adecuada u otra forma de reparación de los daños causados por la contaminación del medio marino, el art. 235 viene a limitar el compromiso de los Estados Partes a la cooperación en la aplicación del derecho internacional existente y en el ulterior desarrollo del derecho internacional relativo a la responsabilidad vinculada con la evaluación de los daños y su indemnización, con la solución de controversias conexas y a la elaboración de criterios y procedimientos para el pago de una indemnización.

f. Deber de notificación y consulta (art. 14)

Esta obligación rige tanto para los Estados del acuífero o sistema de acuíferos como para terceros Estados y comprende varias medidas: la evaluación previa de los posibles efectos de la actividad proyectada cuando existan *motivos razonables para estimar que puede causar un efecto negativo sensible a otro Estado* ⁸⁰; la notificación al Estado que podría verse afectado y, de ser necesario, la realización de consultas o negociaciones con el objeto de llegar a una

solución equitativa de la situación ⁸¹. En este último caso, el art. 14 prevé únicamente un mecanismo independiente de determinación de los hechos de carácter facultativo, alejándose de lo establecido en el art. 33 de la Convención de 1997 que fija otros modos alternativos de solución de controversias (buenos oficios, mediación, conciliación, sometimiento del diferendo ante un tribunal arbitral o ante la Corte Internacional de Justicia). No contiene ningún tipo de referencia a las consecuencias jurídicas para el Estado que autorizó la actividad causante de los efectos negativos.

La Comisión elige la expresión *efecto negativo sensible* en vez de *daño sensible* (art. 6º) sin justificar el porqué de la elección de estos términos ni tampoco dar ejemplos que aclararían esta frase, sino que limita a remitir a acuerdos o declaraciones del ámbito medioambiental que han previsto la realización de estudios previos del posible impacto ambiental, los que, en algunos casos, se prescriben como obligatorios y en otros como facultativos ⁸². No obstante, como en el comentario al art. 14 del proyecto la Comisión hace referencia a la Convención de 1997 y en el art. 12 ⁸³ este acuerdo emplea la terminología *efecto perjudicial sensible*, quizás les haya querido dar el mismo el significado y únicamente diferenciar daño de efecto desde un plano absolutamente legal ⁸⁴. Lo cierto que en ambos casos constituye una lesión o menoscabo a un interés jurídico protegido, la actividad es la causa y el resultado negativo es el efecto. Entendemos que no es una simple alteración, porque la calificación de negativo o perjudicial para el efecto va más allá de un mero cambio y exige un resultado transfronterizo que, al calificárselo como sensible, no es tolerable. Desde nuestro punto de vista, la única diferencia con el art. 6º del proyecto recae en el contenido y alcance de la obligación, pues mientras conforme con este precepto el Estado del acuífero debe adoptar medidas para evitar que ocurra un daño sensible y se dirige únicamente a los Estados del acuífero, el art. 14 exige la evaluación, notificación y consulta y se aplica a cualquier Estado.

Por lo demás, las expresiones daño sensible o efecto perjudicial significan lo mismo, hecho que se corrobora con el informe del 2001 sobre el tema “Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional” donde la Comisión emplea ambos términos al explicar qué entiende por daño transfronterizo ⁸⁵. Incluso distintos acuerdos y declaraciones internacionales utilizan ambas expresiones para referirse a hechos ciertos o potenciales, por lo que la distinción, entonces, resulta más teórica que real ⁸⁶.

A juicio de la Comisión, la obligación de evaluar previamente los posibles efectos de una actividad proyectada en su territorio es un requisito mínimo en dos sentidos: 1) el Estado *sólo está obligado* a evaluar los posibles efectos de la actividad proyectada *cuando tenga motivos razonables para prever que podrían producirse efectos negativos sensibles*; 2) el Estado *no tiene esa obligación si la evaluación no es factible*. No consideramos correcto este razonamiento, ya que cabe la posibilidad de conflicto entre esta norma y las obligaciones establecidas en disposiciones precedentes (arts. 6º, 7º, 9º, 10, 11 y 13). Adviértase que a pesar que en el comentario la Comisión expresa que el umbral del efecto negativo sensible es más bajo que el del daño sensible, en la medida que tanto uno como otro deba ser fijado por la ciencia es imprescindible un previo dictamen al respecto. Además, el apreciar cuando una actividad puede causar un efecto negativo sobre los recursos naturales y los ecosistemas compartidos no puede quedar librado a la discrecionalidad de un único Estado. Tampoco podría eximírsele de realizarla bajo pretexto de no ser factible porque, si conforme con la redacción de este artículo, el Estado tiene *motivos razonables para estimar* que una determinada actividad proyectada *puede afectar negativamente* un acuífero o sistema de acuíferos, la evaluación del impacto ambiental es una de las acciones que exige el deber de diligencia. Si el efecto negativo sensible pudiese repercutir sobre la salud humana, por ejemplo por la contaminación de las aguas de acuífero, tampoco sería admisible la no realización de un examen, ya sea por el mismo Estado o con la cooperación de los Estados que podrían verse afectados.

g. Otras obligaciones establecidas en el proyecto (arts. 15 a 19)

Bajo el título “Disposiciones diversas”, la Parte V del proyecto contiene distintas obligaciones, no menos importantes, para todos los Estados:

1. Deber de promoción de la cooperación científica y técnica con los Estados en desarrollo para la protección y gestión del acuífero o sistema de acuíferos (art. 15).

Al hablar de “promoción” esta norma no debe interpretarse en el sentido que los Estados del acuífero estén autorizados a exigir la cooperación a otros Estados y, mucho menos, que pueda serles impuesta o que derive en un control por parte de los países desarrollados. Por lo demás, salvo que esté expresamente prevista en un tratado, la cooperación en materia medioambiental constituye una práctica internacional que todavía no trasciende del espíritu de solidaridad mundial, del intercambio de datos técnicos y experiencias y de la provisión de fondos para la realización de un determinado proyecto. Otras veces se instituye mediante planes o programas que los Estados aceptan o no conforme a sus conveniencias.

2. Deber de notificación, adopción de medidas y cooperación frente a situaciones de emergencia (art. 16).

De acuerdo al comentario de la Comisión para que se active tal compromiso la emergencia, originada en causas naturales o en actos humanos, debe constituir una amenaza inminente de causar un daño grave a los Estados del acuífero o a otros Estados. El deber se limita a la notificación y a la adopción de medidas, obligación esta última que la Comisión considera de incierto cumplimiento por la existencia de válvulas de escape que permiten que un Estado pueda exonerarse en las circunstancias que excluyen la ilicitud en derecho internacional general (fuerza mayor, peligro extremo, estado de necesidad).

3. Deber de protección en tiempo de conflicto armado (art. 17).

El proyecto prevé que durante un conflicto armado, internacional o no interno, un acuífero o sistema de acuíferos deberá ser protegido conforme a lo prescripto por el derecho internacional humanitario. Entendemos que esta norma necesita ser profundizada, pues si a través de los distintos comentarios el relator especial ha venido advirtiendo sobre la vulnerabilidad de los acuíferos a la polución y la probabilidad de transformarse en inutilizables, en ocasión de un conflicto armado, las medidas de protección derivadas del derecho internacional humanitario vigente no resultan suficientes y adecuadas. Baste recordar que, salvo en lo que hace al resguardo de los bienes considerados patrimonio cultural de los pueblos y/o de la humanidad, en materia de recursos naturales los principios de este régimen no contemplan a las generaciones futuras, ni siquiera siguiendo el razonamiento de la Comisión cuando reproduce la disposición del Protocolo I ⁸⁷ o por vía de aplicación de la cláusula de Martens. Como consecuencia, las normas del derecho internacional humanitario tienen un campo de acción limitado en materia de protección de los acuíferos.

III. Conclusión

Los artículos del proyecto aprobado en el 2006 constituyen un primer avance hacia la codificación del derecho de los acuíferos transfronterizos, pero requerirán de los ajustes necesarios para que, sin alejarse demasiado de la Convención de 1997, puedan servir como una guía general de principios y obligaciones a seguir por los Estados. Sin embargo, el poco éxito en cuanto a las ratificaciones de esta última demuestra la preferencia de los Estados de regular los recursos hídricos en el ámbito regional y de acuerdo a sus necesidades.

En lo que hace a un régimen particular sobre responsabilidad internacional resulta temerario afirmar que haya sido contemplado en el proyecto que comentamos. Por el momento, la Comisión ha preferido remitirse a otras normas de derecho internacional, incluido el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Tampoco se avizora que en un futuro cercano se concluya con esta importante codificación, ni que un convenio universal sobre acuíferos llegue a superar la eficacia de aquellos pocos acuerdos que han venido suscribiendo los Estados en cuyo territorio se encuentran aguas subterráneas transfronterizas.

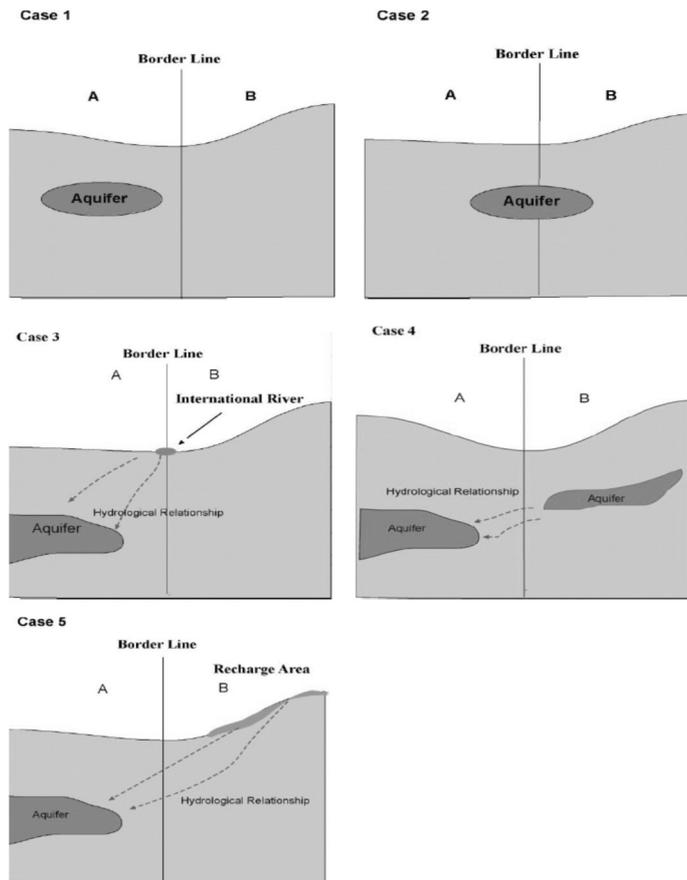


Figure 1. Schematic drawing of aquifer types.

D. Anexo: Modelos acuíferos ⁸⁸

Casos: 1) nacional confinado; 2) transfronterizo confinado; 3) nacional que se recarga con un curso de agua internacional; 4) sistema de acuíferos transfronterizo; 5) nacional que se recarga con aguas superficiales provenientes del territorio de otro Estado.

NOTAS

⁸⁸ Esquema de modelos acuíferos incluido en el segundo informe (2004). A/CN.4/539/Add.1, p. 12.

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL MERCOSUR *

*Graciela R. Salas ***

Sumario: I. Introducción. II. Teoría general. II.1. Reglas generales. III. Responsabilidad internacional por actos de la propia organización. III.1. Los órganos de la organización. IV. Comportamiento que la organización acepta como propio. V. Otros casos. VI. La responsabilidad internacional del Mercosur. VII. Reglas generales. VIII. Otros casos. IX. Conclusiones. X. Bibliografía.

Introducción

El estudio del tema que nos ocupa se inscribe en un complejo conjunto de problemas que engloba a las organizaciones internacionales en general, y en particular a aquellas que se insertan en un proceso de integración subregional.

De allí que sea oportuno comenzar su tratamiento con un pormenorizado estudio de los antecedentes que nos proporciona en este sentido la tarea que viene realizando la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y su proyecto sobre “Responsabilidad de las organizaciones internacionales”.

Sin embargo, como veremos en el desarrollo de este trabajo, perteneciendo el Mercosur al tipo de organizaciones internacionales de integración, cabe esperar que las reglas generales que surgen de los trabajos de dicha Comisión, sufran algunas modificaciones, atento el carácter de nuestra organización subregional.

En consecuencia, estimamos que, partiendo de unas reglas generales aplicables a las organizaciones internacionales en general, debemos centrar la atención en aquellas reglas que sean particulares a este tipo de organizaciones, para concluir con el estudio de aquellas que sean particulares al Mercosur.

Para el estudio de este tema debemos dividir el análisis en distintos ítems, atento las características de las organizaciones internacionales como sujetos del derecho internacional.

Dada la importancia de la tarea cumplida por la C.D.I., hemos seguido el esquema básico en virtud del cual ha organizado sus informes, sin que ello implique que no intentemos avanzar, con relación al tema específico que nos ocupa.

Finalmente debemos acotar que, tratándose del Mercosur de una organización internacional intergubernamental, este trabajo se centrará en la responsabilidad de este tipo de organizaciones internacionales, sin que quede excluida alguna referencia a organizaciones de tipo comunitario.

II. Teoría general

II.1. Reglas generales

Para el desarrollo de este tema hemos recurrido a las directrices generales que surgen del trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones, en los dos informes rendidos hasta la fecha, especialmente el segundo ¹, sin que ello implique una limitación a los alcances de esta investigación, como así también a trabajos efectuados en el seno del *Institut de Droit International*.

Al iniciar este estudio nos planteamos su delimitación, a partir de la subjetividad internacional de las organizaciones internacionales, hecho éste que las coloca ante el

reconocimiento de ciertos derechos, pero también ante la existencia de obligaciones y la posibilidad de ser sujeto activo y pasivo en las relaciones de responsabilidad.

Como un punto de partida, es evidente entonces que la existencia de la responsabilidad internacional, deriva del carácter de sujeto de derecho internacional que reviste la entidad en cuestión ya que no puede admitirse la existencia de sujetos de derechos sin deberes. Esta es una verdad evidente, pero cabe recordarla al iniciar el estudio de estas reglas generales.

Otro elemento a tener en cuenta radica en el carácter internacional de todas las relaciones que pueden unir a una organización internacional con sus Estados miembros, y frente a terceros, sea que exista una responsabilidad conjunta o subsidiaria de éstos con relación a aquella ².

En virtud de ello, al estudiar la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales en general y en particular del Mercosur, no podemos apartarnos de las normas generales que hacen a la teoría en general que abarca en primer lugar a los Estados, pero que, siendo éstos protagonistas esenciales en la creación de otros sujetos como las organizaciones internacionales, en definitiva deban apoyarse efectivamente en la teoría general de la responsabilidad internacional.

Excluimos entonces de este estudio, la responsabilidad internacional del Estado, miembro de la organización en cuestión, si bien, como veremos más adelante, no siempre es posible distinguir una situación de la otra. Vemos, de todos modos, que la responsabilidad de las organizaciones internacionales no sólo es menos amplia sino que es distinta a la de un Estado miembro. En efecto, la responsabilidad de éste radica en su base territorial y su control soberano, mientras que la de aquella radica en su derecho constitutivo, los acuerdos de sede, las “reglas de la organización” que veremos más adelante y la práctica de ésta, que se inscribe en el principio de efectividad tan caro al derecho internacional.

Por otra parte, es posible afirmar que, ante un mismo ilícito, no coincidan exactamente la responsabilidad internacional de la organización y la del Estado respectivo.

De todos modos cabe remarcar que la responsabilidad de las organizaciones internacionales se mantiene en el orden internacional, más allá de que en un caso específico una organización resuelva lo contrario frente a un Estado, quedando, en el caso específico, sometida al derecho interno de este último.

Por otra parte, en cuanto a la naturaleza de la reclamación, a nivel de derecho internacional no es posible efectuar discriminación alguna entre la responsabilidad contractual o extracontractual, restando siempre en el orden internacional.

Veremos a continuación algunas de las situaciones que pueden presentarse:

Al respecto, el relator García Amador, en su informe sobre la responsabilidad internacional ³ sostiene: *“En primer lugar, la personalidad internacional de las organizaciones internacionales, particularmente de alguna de ellas, no está más en duda, especialmente en relación a sus derechos y su capacidad de ejercerlos... Ni puede haber ninguna duda en lo relativo a sus deberes, ya que algunos de éstos están explícitamente prescritos en sus constituciones o reglamentaciones. En consecuencia, no puede ser negado que el no ejercicio de estas obligaciones, como su violación o la inobservancia, necesariamente las hace sujetos de responsabilidad. En algunos casos, es aún posible establecer una analogía definida con la responsabilidad imputable al Estado...”*

A continuación efectúa alguna clasificación de los casos de responsabilidad de las organizaciones internacionales:

- a) Responsabilidad hacia sus funcionarios o empleados o hacia personas o entidades legales que tienen relaciones contractuales con la organización;
- b) Responsabilidad por actos u omisiones de parte de los órganos administrativos de la Organización o respecto de daños que se originan por sus actividades políticas y militares ⁴;
- c) Responsabilidad por daños a terceras partes ⁵ (responsabilidad indirecta).

El primer caso abarca cuestiones casi puramente administrativas, pero que denotan la representatividad del secretario general de la O.N.U., y agregaríamos otros funcionarios, que comprometen a ésta ⁶.

En el segundo apartado se cita como ejemplo el caso de los gastos de Naciones Unidas en el Congo y en Medio Oriente, donde se los define como:

“(…) todos los gastos y no solamente un cierto tipo de gastos que podrían llamarse ‘gastos ordinarios’ (….) la legalidad de la práctica constante que consiste en incluir tales gastos en las sumas inscritas en el presupuesto que la Asamblea General reparte entre los miembros conforme a la autoridad que detenta en virtud del art. 17, párr. 2”.

Se trató aquí no sólo de determinados gastos emanados de la actuación de fuerzas de paz de la ONU especialmente en el Congo, sino también de indemnizaciones que debió pagar la Organización como consecuencia de ilícitos cometidos por algunos integrantes de esa fuerza de paz.

La tercera posibilidad es más amplia, ya que, como veremos más adelante, pueden plantearse cuestiones derivadas de los acuerdos de sede, es decir, en las relaciones entre la organización y el Estado huésped, o también en casos en que la organización administre territorios, situación ésta en la que su accionar se acerca al ejercicio de competencias estatales ⁷.

Por su parte, en el citado informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales ⁸, el relator Giorgio Gaja divide el estudio de este tema en:

- a) relaciones entre la atribución de un comportamiento a una organización internacional y la atribución a un comportamiento a un Estado;
- b) regla general sobre la atribución de un comportamiento a una organización internacional;
- c) comportamiento de los órganos puestos a disposición de una organización internacional por un Estado u otra organización internacional;
- d) la cuestión de la atribución de los comportamientos *ultra vires*;
- e) comportamiento que la organización internacional reconoce y adopta como propio;
- f) otros casos de atribución de comportamiento a una organización internacional.

Otra forma de diferenciación entre estos sujetos viene dada por la falta de paralelismo entre el derecho interno estatal y las normas jurídicas aplicables al funcionamiento de la organización. Es por ello que la doctrina y la jurisprudencia han utilizado con mayor asiduidad el concepto de reglas de la organización, definidas como sigue:

“(…) se entiende por ‘reglas de la organización’, en particular, los instrumentos constitutivos de la organización, sus decisiones y resoluciones pertinentes y su práctica establecida” ⁹.

Conviene, en definitiva, y para un mejor desarrollo de este trabajo, no perder de vista esta enumeración de las fuentes del derecho internacional, en especial, la importancia de la práctica de la propia organización. En el caso de esta última, cabe destacar la importancia que reviste actualmente para las Naciones Unidas, lo que ha motivado un trabajo específico de la Secretaría General, que se encuentra en elaboración y que ha merecido una especial recomendación por parte de la Asamblea General, a fin de facilitar su conocimiento.

En lo atinente al Mercosur, es dable observar que más que de reglas de la organización se habla de “normas” ¹⁰.

En un plano general, para evitar mayores conflictos, especialmente en el caso de las Naciones Unidas, se suele evitar referencias a cualquier derecho en concreto y fundar su posición más que nada en principios generales del derecho, y del derecho internacional.

Es posible apreciar entonces que existe un verdadero abanico de situaciones que trataremos de desarrollar a continuación.

III. Responsabilidad internacional por actos de la propia organización

El estudio de este tema a simple vista podría parecer sencillo en tanto y en cuanto debería tratarse exclusivamente de un análisis de su práctica.

Sin embargo, a poco de iniciada cualquier investigación constatamos que rara vez es posible encontrar referencias expresas en los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales. En consecuencia, se hace necesario recurrir al estudio pormenorizado de los respectivos instrumentos constitutivos, y de aquellos conexos, comenzando generalmente por los llamados “acuerdos de sede”, celebrados entre cada organización y el Estado huésped ¹¹.

En definitiva, deberíamos partir de algunos presupuestos básicos que nos permitirán ciertas precisiones al respecto.

Por una parte, para que exista responsabilidad internacional debe existir un hecho de la organización que sea violatorio de una norma internacional; a continuación que ese hecho obedezca a un comportamiento de un órgano o sus agentes, que tengan esa condición en virtud de las reglas propias de ésta y que haya actuado en tal carácter.

III.1. Los órganos de la organización

Uno de los elementos esenciales a tener en cuenta en esta ocasión es la necesaria diferenciación entre el sujeto Estado y el sujeto organización internacional, ya que, si en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados, el concepto de órgano del Estado se considera vital para la atribución a éste de un ilícito internacional, la cuestión, revistiendo la misma importancia, no es tan clara en el caso de las organizaciones internacionales, habida cuenta su estricta diferenciación de los Estados, a partir de la Opinión Consultiva sobre “Reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas” ¹²: “(...) *En consecuencia, el Tribunal llega a la conclusión de que la Organización es una persona internacional. Ello no equivale a decir que sea un Estado, lo que ciertamente no es, o que su personalidad jurídica, sus derechos y sus deberes sean los mismos que los de un Estado. Ello equivale todavía menos al decir que la Organización es un ‘super Estado’, cualquiera que fuere el sentido de tal expresión*”.

Diferenciados así ambos sujetos, el siguiente paso nos conduce al concepto de órgano de la organización. Si bien rara vez encontramos una referencia expresa a ese concepto en el orden estatal, en las organizaciones internacionales, esa expresión es reemplazada por agente, y a menudo ha merecido mayor claridad que en el orden interno estatal.

Precisamente la C.I.J., en la citada opinión consultiva, utiliza el término agente como: “(...) *toda persona que actúe en nombre de un órgano de la organización*”.

Nos preguntamos entonces en qué momentos y condiciones una persona actúa a nombre de un órgano de la organización. Esta pregunta ha merecido serios planteamientos al alto tribunal internacional ¹³, y en definitiva reclama un auténtico proceso de esclarecimiento.

En el estudio de este tema, a menudo, la doctrina se acerca sensiblemente al proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados que fuera aprobado en segunda lectura en el 2000 ¹⁴, posiblemente porque es el instrumento internacional más avanzado en la materia. Sin embargo, estimamos que adherir a esta posición a pie juntillas podría acercarnos a ciertos riesgos, habida cuenta de las características particulares de los sujetos del ilícito internacional.

Para determinar si existe una relación entre el agente y la organización de que se trate, habrá que remitirse a las reglas de la organización, a partir de lo cual, como apuntábamos más arriba, comenzamos a ver ciertas particularidades en el tema que nos ocupa. Estas particularidades nos permiten hacer distinciones respecto de la responsabilidad internacional del Estado a partir del accionar de sus órganos, que dependen de normas de derecho interno y que en manera alguna pueden ser asimiladas con las reglas de la organización de que se trate.

Debemos rescatar, en definitiva que esas reglas deben corresponder a las competencias de la organización, para que esos agentes que actúan en nombre de la organización en virtud de estas reglas, generen la responsabilidad de la organización; relaciones entre la atribución de un comportamiento a una organización internacional y la atribución de un comportamiento a un Estado.

Una forma de diferenciar ambas responsabilidades podría encontrarse en el reconocimiento de la organización como un ente jurídico independiente de los Estados que lo conforman, aunque también podría plantearse como un mero ente instrumental que posibilite al Estado perjudicado efectuar una presentación conjunta contra los integrantes de una organización, evitando así el desgaste y las desventajas de presentaciones singulares contra cada uno de ellos.

La situación inversa a la comentada es la que planteó Serbia-Montenegro ante la Corte Internacional de Justicia contra Estados miembros de la O.T.A.N., entre ellos, las excepciones preliminares en el caso *Serbia-Montenegro c/ Bélgica*¹⁵. En este caso, como así también en otros similares presentados contra otros Estados europeos motivó distintos pronunciamientos en los que la Corte concluyó reconociendo que carecía de competencia para entender en estos casos, por la especial situación planteada entre 1992 y 2000 al desaparecer la ex Yugoslavia y solicitar su ingreso a la O.N.U. la hoy República Federal de Yugoslavia como parcial sucesora de aquella.

Estas presentaciones estuvieron fundadas en los ataques efectuados por la OTAN al territorio de la República Federativa de Yugoslavia (1999). La fundamentación del reclamo contra los Estados miembros de la organización defensiva radica en la participación de éstos en la planificación y puesta en práctica de las acciones militares. Debemos acotar, sin embargo, que la Corte no se expidió sobre el fondo de la cuestión planteada.

Decíamos más arriba que una de las cuestiones más difíciles de dilucidar es la separación entre las responsabilidades de la organización internacional y sus miembros, cuando a menudo existe una interacción entre ambos.

En este orden, la C.D.I. parece inclinarse hacia la llamada responsabilidad indirecta o por actos ajenos en aquellos casos en que la organización haya celebrado algún acuerdo con un Estado que a su vez asume la responsabilidad en cuanto a las actividades de los agentes de esa organización en cumplimiento de sus funciones específicas

En definitiva, creemos que la responsabilidad de las organizaciones internacionales se inscribe en su condición de sujetos funcionales, en virtud de lo cual la responsabilidad puede surgir tanto de actos normativos cuanto de actividades operacionales, regidas por el principio de especialidad, situaciones ante las cuales también se abren cuestionamientos respecto de los poderes implícitos de la organización.

También podrían darse casos de responsabilidad de organizaciones internacionales que controlan a un Estado o le presten ayuda en un hecho que resulte internacionalmente ilícito.

Otra posibilidad que debemos mencionar aquí sería aquella en la que un grupo de Estados constituya una organización de tipo comunitario, en el que haya transferencia de competencias, y esta organización violara normas de derecho internacional en el ámbito específico de las competencias transferidas. Sería éste el caso de la hoy Unión Europea o la C.A.N..

En el caso de organizaciones de integración como el Mercosur, la situación puede ofrecer aristas particulares, como veremos más adelante, aunque la propia C.D.I. avanza en este sentido al sostener que:

*“(...) Puede darse el caso de que una organización asuma una obligación en circunstancias en que el cumplimiento dependa del comportamiento de sus Estados miembros. En caso de que los Estados no se comporten en la forma prevista, se incumpliría la obligación y la organización sería responsable (...)”*¹⁶.

Volvemos entonces sobre ciertos gastos de las Naciones Unidas. En los casos planteados, siendo gastos que deben efectuarse en cumplimiento de sus agentes de las resoluciones o medidas dictadas por los órganos habilitados a tal efecto, se constituyen en gastos de la organización.

Sin embargo, a menudo, la ejecución de esas medidas es obligatoria para los Estados miembros, en cuyo caso su cumplimiento queda bajo la responsabilidad de los Estados. Estaríamos en este caso ante la responsabilidad de la organización internacional al dictar las reglas y, por otro lado, la responsabilidad de los Estados miembros en el cumplimiento de dicha normativa.

En definitiva, no podemos dejar de reconocer que las organizaciones internacionales están integradas por Estados, sujetos éstos por excelencia, en virtud de lo cual la separación de uno y otro sujeto a menudo es dificultosa.

Ya lo planteó la C.D.I. ¹⁷: *“(...) no puede decirse siempre que la acción de un órgano de una organización internacional que actúe en esa calidad se atribuye lisa y llanamente a la organización internacional como tal y no, cuando sea procedente, a los Estados miembros de la organización, si se trata de un órgano colectivo, o al Estado nacional de la persona o las personas que constituyen el órgano de que se trate”*.

Asimismo, en el orden comunitario europeo existe algún antecedente que intenta arrojar alguna luz al respecto, cuando el Tribunal Europeo de Justicia ¹⁸, con relación al cumplimiento del Cuarto Convenio de Lomé nos dice:

“33 (...) de conformidad con la naturaleza esencialmente bilateral de la cooperación, la obligación de conceder ‘ayudas financieras de la Comunidad’ incumbe a ésta y a sus Estados miembros, considerados conjuntamente.

34 En lo que respecta a la cuestión de si corresponde a la Comunidad o a sus Estados miembros cumplir dicha obligación, procede recordar,... que la competencia de la Comunidad en el ámbito de la ayuda al desarrollo no es exclusiva, de modo que los Estados miembros tienen derecho a ejercer colectivamente sus competencias a este respecto para asumir las ayudas financieras que deben concederse a los Estados ACP.

35 (...) la ejecución de las ayudas financieras de la Comunidad prevista por los artículos 231 del Convenio y 1º del Protocolo financiero está comprendida dentro del ámbito de una competencia compartida de la Comunidad y de sus Estados miembros, y que les corresponde elegir la fuente y las modalidades de la financiación.

38 (...) los gastos necesarios para las ayudas financieras de la Comunidad previstos en los artículos 231 del Convenio y 1º del Protocolo financiero son asumidos directamente por los Estados miembros y distribuidos por un fondo que éstos han establecido de común acuerdo, en cuya gestión participan, en virtud de dicho acuerdo, las instituciones comunitarias.

39 Por consiguiente, dichos gastos no constituyen gastos de la Comunidad que deban incluirse en el presupuesto comunitario (...).”

El Tratado por el que se establece una Constitución Europea, firmado en el 2004 ¹⁹, arroja cierta claridad respecto de la responsabilidad de esa organización comunitaria:

... “En materia de responsabilidad extracontractual, la Unión deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros”.

“No obstante lo dispuesto en el segundo párrafo, el Banco Central Europeo deberá reparar los daños causados por sí mismo o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros”.

En este caso estamos entonces ante una toma de posición muy clara, guardando cierta relación con la teoría sintetizada más arriba, motivo por el cual no entraremos en mayores consideraciones.

Para arrojar cierta luz sobre el particular, la doctrina internacional está llamando la atención sobre la necesidad de que se trabaje sobre la formulación de instrumentos lo suficientemente flexibles y pragmáticos que permitan abarcar la mayor cantidad de supuestos posibles; órganos puestos a disposición de una organización internacional por un Estado u otra organización internacional

Posiblemente, la mayor cantidad de casos producidos con relación a este punto provenga de los casos en que los Estados provean de fuerzas armadas que se integran en las fuerzas de paz que actúan a nombre de las Naciones Unidas.

Es el caso ya citado de la Opinión Consultiva sobre ciertos gastos de la organización solicitada a la C.I.J. y que se emitiera en 1962. En este punto, la cuestión radica en la responsabilidad de la organización por los hechos protagonizados por soldados que los Estados han colocado a disposición de la O.N.U., en cumplimiento de lo establecido en los capítulos VI y VII de la Carta de San Francisco.

Se trataría de una responsabilidad en dos planos diferentes: por un lado, de la organización que tiene el comando y la capacidad decisoria sobre esas fuerzas, y por el otro lado, de los Estados miembros que, voluntariamente ponen a disposición de la organización esas fuerzas armadas, que, por otra parte continúan perteneciendo a esos Estados y que se desplazan manteniendo, a su vez, una organización y jerarquías propias de la organización militar de éste.

Cabe remarcar que cuando la República Argentina ha enviado personal de las fuerzas armadas en las condiciones que derivan de la Carta de la O.N.U., lo ha hecho con personal de alta calificación profesional, de lo que se deriva que ese personal posee la formación suficiente que le permite conocer las limitaciones en el cumplimiento de sus funciones y en consecuencia no podría aducir en su defensa desconocimiento alguno.

Por otra parte, debemos partir de la idea de que una organización internacional no suele cometer delitos internacionales, pero sí puede violar normas internacionales.

Para prever este tipo de situaciones, en diversas ocasiones se ha recurrido a acuerdos particulares entre una organización internacional y un Estado, por el que se excluye la responsabilidad de éste por hechos de la organización²⁰.

IV. Comportamiento que la organización acepta como propio

Aquí debemos reconocer que, planteadas distintas situaciones, especialmente entre la ONU y Estados que acordaron la acción de fuerzas de paz de esa organización, algunas de ellas implicaron la necesidad de que la organización se hiciera cargo de las consiguientes responsabilidades. Estas cuestiones han sido resueltas en la mayoría de los casos mediante acuerdos particulares entre la organización y el Estado reclamante.

De esta forma, la organización ha resuelto en la práctica, situaciones respecto de las cuales no existían reglas que pudieran guiar a las partes en conflicto.

En este apartado se inscribe también el citado art. II-431 del Tratado por el que se establece una Constitución Europea, a la fecha en vías de ser reemplazado por un nuevo tratado.

V. Otros casos

Otras cuestiones de responsabilidad de las organizaciones no exceden el plano eminentemente interno, por lo que podrían encuadrarse dentro de las reglas de la organización, ya citadas más arriba.

Casos como éstos a menudo son resueltos por los tribunales administrativos creados a tal efecto. Sin embargo, estos tribunales suelen incurrir también en denegación de justicia, ocasión ésta en la que la cuestión planteada se vuelve al plano internacional. Una situación como la apuntada se daría en caso de protección diplomática del Estado cuya nacionalidad detente el funcionario, la persona afectada directamente o sus derechohabientes, en reclamaciones a una organización internacional.

De todos modos, la solución ha llegado a menudo no sólo a través de acuerdos específicos celebrados al respecto, sino esencialmente en virtud de la libre elección de los medios de solución pacífica que se reservan, especialmente en el ámbito de las Naciones Unidas, para un mejor cumplimiento de sus funciones²¹.

Aunque, planteadas dificultades mayores cuales pueden ser la comisión de actos ilícitos por parte de los integrantes de las fuerzas de paz de la O.N.U., la cuestión fue zanjada a través de indemnizaciones a quienes resultaron víctimas de tales ilícitos²².

Por otra parte, y como medio habitual para resolver esas situaciones, se ha recurrido al arbitraje, dentro de una gran flexibilidad en la elección del medio de solución pacífica a aplicar en cada caso concreto. Pasamos ahora a ocuparnos específicamente de la responsabilidad

internacional de nuestra organización subregional, sobre la base de los temas delineados más arriba.

VI. La responsabilidad internacional del Mercosur

La relativamente corta vida de nuestra organización subregional no nos proporciona aún demasiados elementos que nos permitan fijar reglas generales respecto de su responsabilidad.

Sin embargo, y en virtud de lo expresado más arriba, nos encontramos en condiciones de ir perfilando los resultados finales de esta investigación que, como es propio a las ciencias sociales, se caracteriza por la movilidad del objeto de la investigación. En este caso, las modificaciones introducidas en la situación general al momento de la formulación del proyecto, vinieron dadas por la creación del Tribunal Administrativo-Laboral del Mercosur ²³.

Como una lógica consecuencia de lo apuntado, esta investigación se centró principalmente en el análisis del ya importante acervo jurídico de nuestra organización subregional.

Por otra parte, fuimos constatando que, al margen de los avances operados en este esquema de integración, éste se ha ido profundizando de una manera casi imperceptible para el gran público, en la medida que con pequeños pasos de sus órganos decisorios ha ido creando una intrincada red de normas que, a no dudar, obligará en un futuro no muy lejano a la conformación definitiva de una organización decididamente comunitaria.

VII. Reglas generales

Cabe recordar aquí que, siendo todavía el Mercosur una organización internacional de tipo clásico, es posible dar por reproducidas las consideraciones generales que hiciéramos más arriba.

Sin embargo, cabe agregar que, al mismo tiempo y siendo una organización internacional de integración, sus características particulares la llevan a participar de otros contenidos que van más allá de la práctica internacional analizada.

El Mercosur es, en efecto, una organización de integración, pero que aún no ha logrado atravesar la línea decisoria hacia la supranacionalidad como ocurrió en el caso de la hoy U.E. o de la C.A.N. De allí que toda referencia a la práctica de estas últimas no pueda ser sino meramente incidental, atento a que éstas no participan plenamente de las características de las organizaciones clásicas, ni el Mercosur de las comunitarias en el sentido europeo o andino.

Las apuntadas dificultades a nivel general, se reproducen en la búsqueda de antecedentes en estos ámbitos aparentemente más restringidos.

Decíamos que uno de los elementos clave a tener en cuenta es el de las fuentes normativas de la organización, punto en el que revisten especial importancia los instrumentos constitutivos, como así también el acuerdo de sede entre, en este caso, el Mercosur ²⁴ y la República Oriental del Uruguay.

A estas fuentes se agregan las llamadas reglas de la organización, que en nuestra organización subregional reciben el nombre de normas y que se integrarían a lo que la doctrina llama genéricamente derecho derivado.

El Mercosur ha protagonizado una verdadera evolución, con marchas y contramarchas en este orden y que han pasado desapercibidas para muchos de los autores pero que hacen a la esencia del sistema que analizamos.

Así, las falencias originarias del art. 19 del Protocolo de Brasilia fueron salvadas en el Reglamento de 1998 y precisadas en el art. 41 del Protocolo de Ouro Preto:

“Las fuentes jurídicas del Mercosur son:

1. El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios;

2. Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos;

3. Las decisiones del Consejo del Mercado Común, las resoluciones del Grupo Mercado Común y las directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción”; en este caso obedeciendo a la creación de la Comisión de Comercio del Mercosur en el Protocolo de Ouro Preto.

Finalmente, el art. 34 del Protocolo de Olivos cita otras fuentes que amplían el espectro jurídico:

“1. Los Tribunales Arbitrales Ad Hoc y el Tribunal Permanente de Revisión decidirán la controversia sobre la base del Tratado de Asunción, al Protocolo de Ouro Preto, a los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, a las Decisiones del Consejo del Mercado Común, a las Resoluciones del Grupo Mercado Común y a las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur así como a los principios y disposiciones del Derecho Internacional aplicables a la materia”.

Es claro que al referirse a “los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables a la materia”, se está incluyendo tanto al derecho convencional cuanto al consuetudinario.

Aparece aquí otra cuestión que reafirma nuestra posición en cuanto a las grandes diferencias existentes entre el sistema jurídico del Mercosur y el derecho comunitario europeo, tantas veces citado por ser el más avanzado en el ámbito de la integración, en tanto éste se apoya casi exclusivamente en instrumentos convencionales y muy marginalmente en el derecho consuetudinario. A partir entonces del Protocolo de Olivos, nuestro sistema subregional, reafirma su pertenencia a un esquema jurídico clásico y tradicional.

Por otra parte, el Estatuto del Tribunal Administrativo-Laboral del Mercosur, a su vez, agrega nuevas normas a las fuentes ya citadas:

“Art. 3º. *Reglas aplicables.*

“El T.A.L. resolverá los conflictos administrativo-laborales que se le sometan, en base a las normas del acuerdo de sede (Decisión CMC N° 04/96), las normas Mercosur aplicables al personal de la SM y las instrucciones de Servicio dictadas por el director de la SM”.

Partiendo entonces de las fuentes citadas, al hacer referencia al derecho internacional, nos debemos remitir expresamente a lo estatuido por el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, lo que nos permitirá avanzar en el análisis de la labor desempeñada hasta hoy por los tribunales *ad hoc*. Constatamos así la permanente evolución en las normas mercosureñas y en su aplicabilidad por parte de los tribunales existentes en este esquema.

Para el caso, entonces, podríamos confeccionar una lista, siempre abierta, de las normas a aplicar en general por ese T.A.L., que se agrega a aquellas fijadas para los T.A.H., y que ya podríamos calificar como clásicos en el sistema subregional:

- Tratado de Asunción;
- Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos;
- Las decisiones del Consejo del Mercado Común;
- Las resoluciones del Grupo Mercado Común;
- Las directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur;
- Los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables a la materia,
- Los acuerdos de sede para el funcionamiento de los órganos que se vayan creando;
- Las normas Mercosur aplicables al personal de la SM;
- Las instrucciones de Servicio dictadas por el director de la SM.

En cuanto a los órganos de la organización que podrían generar responsabilidad internacional de ésta, debemos distinguir la responsabilidad internacional por actos normativos, de la responsabilidad derivada del accionar de los funcionarios de la organización, en una acepción similar a la efectuada en el ámbito de las Naciones Unidas y citada más arriba,

colocando el acento más en el cumplimiento de determinadas funciones a nombre de la organización que a su caracterización como tales en los respectivos instrumentos.

En el caso específico del Mercosur es posible afirmar en principio que, de acuerdo a lo establecido en el T.A., como en el P.O.P, los órganos decisorios son los únicos que por sí solos generan la responsabilidad internacional del Mercosur.

Sin embargo, las reformas introducidas más recientemente en el esquema originario nos brindan una visión bastante flexible, si se nos permite la expresión, del rígido esquema originario.

Nos referimos aquí a la creación del Foro de Consulta y Concertación Política (F.C.C.P.)²⁵ y de la Comisión de Representantes Permanentes (C.R.P.M.)²⁶ y a la más reciente creación del Parlamento del Mercosur²⁷.

Se trata en ambos casos de órganos que actuarán en el ámbito del relacionamiento externo del Mercosur, por delegación expresa del GMC y del CMC, respectivamente. De allí que su capacidad en este ámbito les venga dada por esa delegación de los órganos decisorios.

Por otra parte, mientras que la teoría general de la responsabilidad de las organizaciones internacionales más arriba nos habla de agentes, el art. 2º del acuerdo de sede celebrado entre el Mercosur y la República Oriental del Uruguay nos habla de los funcionarios de la Secretaría y los define como sigue:

“Art. 2º. A los efectos del presente Acuerdo, (...)

j) La expresión ‘funcionarios de la Secretaría’ comprende los miembros de su personal, incluyendo el administrativo y el técnico”.

Son, entonces y en principio, quienes a la vez pueden generar responsabilidad internacional por parte de la organización. Ello así en tanto y en cuanto al momento de la celebración de este acuerdo, la Secretaría Administrativa del Mercosur era el único órgano permanente al que se podía aplicar esta expresión, de allí lo restrictivo de esta definición y de las disposiciones posteriores. Es en este sentido que debemos abordar el estudio de este tema.

Por otra parte, al reconocérsele inmunidad de jurisdicción, esta organización está siendo reconocida como sujeto de derecho, de ahí las capacidades, privilegios e inviolabilidad que se le reconocen en el orden jurídico interno uruguayo.

Podemos agregar también las facilidades en materia de comunicaciones oficiales que se citan en el art. 8º, tal como ocurre con las misiones diplomáticas permanentes. Esas prerrogativas se hacen extensivas al director de la S.A.M., y a los funcionarios de alto rango, asimilándolos a los jefes de Misión de las Representaciones Permanentes ante los Organismos Internacionales con sede en la República Oriental del Uruguay (art. 9º). A continuación se refiere a los otros funcionarios, a los que en general también se le reconocen prerrogativas e inmunidades diplomáticas (art. 10), con algunas restricciones respecto de los nacionales uruguayos o residentes (art. 11)²⁸.

Una particularidad que podríamos anotar en este caso es que este acuerdo regirá en forma indefinida en tanto y en cuanto la sede de la SAM continúe en Montevideo y, en caso de traslado, hasta el momento en que salgan del territorio uruguayo todos sus bienes y archivos.

En consecuencia, entendemos que estos funcionarios corresponden a los agentes de la mayoría de las organizaciones internacionales, y serían quienes podrían generar responsabilidad internacional a nombre del Mercosur.

Más recientemente se produjo otro avance en este sentido, con la creación del Tribunal Administrativo-Laboral del Mercosur (T.A.L.)²⁹.

El avance entendemos que viene dado por el art. 1º:

“Art. 1º. Naturaleza y competencia.

“El Tribunal Administrativo-Laboral del Mercosur (en adelante T.A.L.) es la única instancia jurisdiccional con competencia para conocer y resolver los conflictos en materia administrativo-laboral exclusivamente, que se susciten entre la Secretaría del Mercosur (en adelante SM) y el personal de la SM y/o las personas contratadas por la SM para obras o

servicios determinados en la SM o en otros órganos de la estructura institucional, una vez agotadas las vías administrativas correspondientes”...³⁰.

De esta manera, el espectro se ha visto ampliado al personal de los otros órganos del Mercosur, algunos de los cuales actualmente revisten carácter de cierta regularidad si no de ciertos visos de permanencia como el Tribunal Permanente de Revisión (T.P.R.), la declarada permanencia de la Comisión de Representantes Permanentes de Mercosur (C.R.P.M.) o aún los miembros y demás funcionarios del T.A.L.

Este último instrumento, a su vez, agrega nuevas normas a las citadas fuentes, al referirse al “acuerdo de sede y a las instrucciones de Servicio dictadas por el director de la SM”.

Dada la reciente creación y puesta en funcionamiento de este tribunal, no se conocen todavía resoluciones a casos que pudieran haberse planteado.

Precisamente, en este orden, la constante modificación orgánica en el Mercosur nos ha planteado la necesidad de bucear en los nuevos instrumentos, a la búsqueda de clarificar la condición jurídica de cada uno de ellos, atento la necesidad de establecimiento en un Estado Parte determinado. Así constatamos que al crearse la C.R.P.M., la cuestión de las inmunidades aparece no como resultado de un acuerdo bilateral entre sujetos de derecho internacional, sino como una concesión del Estado huésped, en este caso, la República Oriental del Uruguay, en favor de la organización.

De todos modos es necesario recordar que ante un caso de responsabilidad internacional de la organización en sí y en cuanto su carácter de funcionarios, será necesario centrar la atención en las funciones cumplidas y no solamente en el carácter de funcionario de quien las ejecuta, por aquello de la responsabilidad *ultra vires* que podría plantearse al Mercosur.

Consideraciones particulares podría merecer, por otra parte, la aplicación de esta normativa *ad intra*, es decir en las relaciones entre la organización y sus propios funcionarios, como así también el personal de la SM y/o las personas contratadas por la SM para obras o servicios determinados en la CM o en otros órganos de la estructura institucional.

En este orden, es de hacer notar que todo el funcionamiento de una organización como el Mercosur se desarrolla en un ámbito internacional; en consecuencia, sea en sus relaciones hacia fuera de la organización, sea en su funcionamiento interno, la normativa aplicable revista en el orden internacional, aunque, en este caso, su ámbito de aplicación sea más restringido y no trascienda los límites de la propia organización; relaciones entre la atribución de un comportamiento a Mercosur y la atribución a un comportamiento a un Estado Parte.

Analizando la documentación a nuestro alcance, nos planteamos si es factible que se produzca esta posibilidad, atento las características propias de nuestra organización subregional.

Decíamos más arriba que en el caso de organizaciones de integración como el Mercosur, la situación puede ofrecer aristas particulares, aunque la propia C.D.I. avanza en este sentido al sostener que:

“(...) Puede darse el caso de que una organización asuma una obligación en circunstancias en que el cumplimiento dependa del comportamiento de sus Estados miembros. En caso de que los Estados no se comporten en la forma prevista, se incumpliría la obligación y la organización sería responsable (...)”³¹.

Conviene aquí volver la mirada sobre los acuerdos interinstitucionales celebrados entre el Mercosur por un lado y la U.E. o la C.A.N. por el otro.

Es posible constatar que existen grandes diferencias entre un acuerdo y el otro, ya que, mientras que del acuerdo Mercosur-Comunidad Europea surge con claridad que se trata de un acuerdo de cooperación en determinadas materias, el acuerdo Mercosur-C.A.N. es algo más, es un acuerdo de cooperación e integración económica y física. Esto en cuanto al objeto, pero lo que más nos llama la atención en cuanto al punto que estamos analizando, es que en ambos casos son “Partes Signatarias” los gobiernos de la República Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay, Estados Partes del Mercosur y los gobiernos de la República de Colombia, de la República del Ecuador y de la República Bolivariana de Venezuela, Países Miembros de la Comunidad

Andina³², mientras que “Partes Contratantes”, por una parte el Mercosur y por la otra parte los Países Miembros de la Comunidad Andina.

Sin que sea posible extendernos aquí sobre la distinción entre partes signatarias y partes contratantes, es posible colegir que en materia de responsabilidad internacional habría un acercamiento, si no una superposición entre Estados y organizaciones internacionales, siempre dentro de las competencias de cada una de ambas organizaciones.

En el caso del acuerdo Mercosur-Comunidad Europea, la cuestión no aparece tan clara, en la medida en que parecería existir un equilibrio entre la situación de los Estados Parte del Mercosur y los Estados miembros de la Comunidad Europea dentro de este acuerdo, motivado en cuestiones propias de la C.E.. Por otra parte, tratándose de un acuerdo marco de cooperación en determinadas áreas, la responsabilidad internacional de ambas organizaciones estaría bastante acotada, y esencialmente creemos que descansa en los Estados que las componen. Aunque la situación no sea demasiado clara al respecto.

De todos modos quedaría abierta la cuestión en tanto estarían actuando en forma muy particular los Estados en primer lugar y las respectivas organizaciones internacionales en un segundo plano, a partir de un marco general que parecería comprometer más a los Estados que a las respectivas organizaciones internacionales.

En cuanto al comportamiento que la organización acepta como propio, no encontramos todavía en el Mercosur normas que permitan avanzar más allá de lo perfilado en los casos citados más arriba. Tampoco hemos hallado todavía casos en los que pueda constatarse la resolución de situaciones como las planteadas a la O.N.U..

VIII. Otros casos

Es posible que en el ámbito particular del Mercosur puedan generarse otros casos, fruto especialmente de la celebración de acuerdos interinstitucionales, hasta hace poco tiempo impensables, que planteen otras posibilidades y otros retos a esos sujetos de derecho internacional.

Sería necesario partir de conceptos esenciales, como es que se presume que al crear una organización internacional, los Estados que la conforman establecen objetivos y mecanismos para alcanzarlos. En el caso de las organizaciones de integración, cuyas competencias, si bien cada vez más profundas y extensas como en el caso de la U.E., no implican el uso de la fuerza, no son menos decisivas, especialmente en aquellas que agrupan Estados en vías de desarrollo, en tanto constituyen auténticas vías para alcanzar un mayor grado de desarrollo. Es así que el cumplimiento de sus funciones se transforma en esencial, especialmente en el ámbito económico y social, de lo que se deriva que la responsabilidad internacional de ésta avanza en ese orden. Es en este ámbito que se inscribe la importancia de las citadas cláusulas del Tratado por el que se establece una Constitución Europea.

Para el Mercosur, por su parte, creemos que aún nos encontramos en una etapa en la que solamente es posible adelantar presunciones respecto de cuestiones que podrían plantearse.

Una de ellas la constituirían los planteamientos que pudieran presentarse ante el T.A.L., es decir que serían casos de responsabilidad *ad intra*.

Otra podría ser consecuencia de lo anterior, cuando fuera necesaria una protección diplomática por parte del Estado cuya nacionalidad detente el reclamante, también ante el T.A.L.

Otra posibilidad surgiría en las relaciones entre el Mercosur y la República Oriental del Uruguay o la República del Paraguay en virtud del acuerdo de sede de la S.A.M. o de un futuro acuerdo de sede del T.P.R. que se hace necesario a fin de mantener el funcionamiento permanente de su secretaría en la sede de éste.

Un gran interrogante surgiría, por otra parte, en cuanto a la responsabilidad que pudiera surgir de los acuerdos interinstitucionales celebrados con la U.E. y la C.A.N.

IX. Conclusiones

Como ha podido observarse a lo largo de este trabajo, la responsabilidad de las organizaciones internacionales no ha dejado de plantear numerosas cuestiones en su desarrollo a nivel mundial.

Por otra parte, el corto derrotero seguido hasta hoy por el Mercosur no ha planteado aún casos que hayan debido ser resueltos, aunque es posible presumir la existencia de una necesidad a nivel interno, desde que se ha creado el T.A.L..

En definitiva, en el caso del Mercosur no se trata sino de posibles responsabilidades internacionales que surgirían de sus instrumentos constitutivos y del derecho derivado, en una suerte de término medio entre las organizaciones internacionales en sentido clásico y las nuevas organizaciones de integración con vocación comunitaria.

Es en este marco que creemos que al profundizarse el proceso de integración, a la vez se amplía la responsabilidad internacional de nuestra organización subregional, y seguramente en un futuro no muy lejano encontraremos una confirmación de ello.

No nos encontramos aún ante un caso de una organización supranacional, pero sí es posible verificar la existencia de fuertes indicios en tal sentido introducidos por modificaciones efectuadas en su estructura institucional, no tanto en el derecho originario sino a través de la normativa que emana de sus órganos decisorios, y es allí donde deberemos centrar la atención en futuros estudios en la materia.

X. Bibliografía

Textos

EAGLETON, C., "International Organization and the law of responsibility", en *Recueil des cours*. Académie de Droit International, La Haya, 1950, I.

PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel, "Las organizaciones internacionales y el derecho de la responsabilidad", en *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Madrid, 1985.

SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz, "Responsibility of member states of an international organization for acts of that organization", en *Le droit international a l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, Giuffrè, 1987.

WOISCHNIK, Jan, "Consolidación institucional del Mercosur", en *Diálogo político*, publicación trimestral de la Konrad Adenauer-Stiftung A.C., año XXI, N° 1, marzo de 2004.

Casos

C.I.J., Opinión Consultiva sobre reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, 1949.

C.I.J., Opinión Consultiva, Effect of Awards of compensation made by the United Nation Administrative Tribunal, 1954.

C.I.J., Opinión Consultiva sobre ciertos gastos de las Naciones Unidas, 1962.

C.I.J., Opinión Consultiva sobre la aplicabilidad del art. VI, sec. 22 de la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas, 1989.

C.I.J., Diferencia respecto de la inmunidad judicial de un relator especial de la Comisión de Derechos Humanos, 1999.

C.I.J., Caso relativo a la licitud del empleo de la fuerza (Serbia y Montenegro c/ Bélgica) 2004.

Otras publicaciones

- Les conséquences juridiques pour les États membres de l'inexécution par des organisations internationales de leurs obligations envers des tiers, Cinquième Commission, Institut de Droit International, Session de Lisbonne, 1995.

- Primer informe semestral de la Secretaría del Mercosur. Un foco para el proceso de integración regional, Montevideo, julio de 2004.

- Primer informe sobre la aplicación del derecho del Mercosur por los tribunales nacionales, sobre la aplicación del derecho nacional a través de los mecanismos de cooperación jurisdiccional internacional del Mercosur, Secretaría del Mercosur, Montevideo, 15 de julio de 2004.

Instrumentos jurídicos

Mercosur

Tratado de Asunción

Protocolo de Ouro Preto

Protocolo de Olivos

CMC/DEC. N° 04796

CMC/DEC. N° 18/98

CMC EXT/DEC. N° 11/03

GMC/RES. N° 54/03

GMC/RES. N° 07/04

CMC N° 49/04

Naciones Unidas

Instrumentos

Acuerdo celebrado entre las Naciones Unidas y la República del Congo en 1961.

Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal (1975).

Convención sobre los privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas.

Documentos

Anuario C.D.I. 1975/Res. 351(IV)

A/CN.4/541. Segundo informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales.

A/58/10. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 52° período de sesiones.

Otros

Acuerdo de Cartagena, constitutivo de la Comunidad Andina de Naciones

Acuerdo de complementación económica suscrito entre los gobiernos de la República Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay; Estados Partes del Mercosur y los gobiernos de la República de Colombia, de la República del Ecuador y de la República Bolivariana de Venezuela, países miembros de la Comunidad Andina.

Acuerdo de sede firmado entre la Agencia Internacional de Energía Atómica y el gobierno de Austria.

Acuerdo Marco Interregional entre el Mercosur y la Comunidad Europea.

Acuerdo Marco entre el Mercosur y la República Árabe de Egipto

Acuerdo Marco entre el Mercosur y la India.

Tratado constitutivo de la Organización Mundial del Comercio

Tratado por el que se establece una Constitución Europea

Tribunal Europeo de Justicia: Sentencia 61991j0316 del 2/3/1994, t. I.

Páginas web consultadas

www.comunidadandina.org Comunidad Andina de Naciones

www.icj-cij.org Corte Internacional de Justicia

www.idi-iil.org Institut de Droit International

www.un.org Naciones Unidas

www.mercosur.org.uy Mercosur

www.oas.org Organización de los Estados Americanos

www.ilo.org Organización Internacional del Trabajo

www.wto.org Organización Mundial del Comercio

www.europa.eu.org Unión Europea

NOTAS

* Siglas utilizadas: A.L.A.D.I. Asociación Latinoamericana de Integración; C.A.N. Comunidad Andina de Naciones; C.C.M. Comisión de Comercio del Mercosur; C.M.C. Consejo del Mercado Común; C.D.I. Comisión de Derecho Internacional; C.E. Comunidad Europea; C.I.J. Corte Internacional de Justicia; C.P.C. Comisión Parlamentaria Conjunta; C.R.P.M. Comisión de Representantes Permanentes de Mercosur; F.C.C.P. Foro de Consulta y Concertación Política; F.M.I. Fondo Monetario Internacional; G.M.C. Grupo Mercado Común; Mercosur Mercado Común del Sur; O.E.A. Organización de los Estados Americanos; O.I.T. Organización Internacional del Trabajo; P.O. Protocolo de Olivos; P.O.P. Protocolo de Ouro Preto; S.A.M. Secretaría Administrativa del Mercosur; T.A. Tratado de Asunción; T.A.H. Tribunales *ad hoc* del Mercosur; T.A.L. Tribunal Administrativo Laboral del Mercosur; T.E.J. Tribunal Europeo de Justicia; T.P.R. Tribunal Permanente de Revisión; U.E. Unión Europea; U.N. Organización de las Naciones Unidas.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora a cargo de la Cátedra "C" de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Titular de Derecho Internacional Público, Universidad Blas Pascal, modalidad presencial y a distancia. Titular de Derecho Internacional Público, Universidad Católica de Salta, modalidad a distancia.

¹ A/CN.4/541. Segundo informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales

² *Institut de Droit International*. Res. Lisbonne, 1995, art. 4°.

³ Informe presentado a la Comisión de Derecho Internacional, 1956.

⁴ C.I.J. Opinión Consultiva sobre ciertos gastos de las Naciones Unidas, 1962.

⁵ Por Res. 351 (IV) de 1949, la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció un Tribunal Administrativo con competencias para resolver cuestiones de empleados de la Secretaría General.

⁶ C.I.J. Opinión Consultiva, Effect of Awards of compensation made by the United Nation Administrative Tribunal, 1954.

⁷ Como ocurrió cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas autorizó al secretario general a cumplir funciones administrativas en Irián Occidental, 1971.

⁸ A/CN/541 Segundo informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales.

⁹ Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal, 1975, art. I 1) 34).

¹⁰ Ver el *Primer Informe Semestral de la Secretaría del Mercosur. Un foco para el proceso de integración regional*, p. 32 y ss..

¹¹ Un ejemplo puede verse en el art. VIII del Tratado constitutivo de la Organización Mundial del Comercio que dice: 1. *La OMC tendrá personalidad jurídica, y cada uno de sus Miembros le conferirá la capacidad jurídica necesaria para el ejercicio de sus funciones.* 2. *Cada uno de los Miembros conferirá a la OMC los privilegios e inmunidades necesarios para el ejercicio de sus funciones.* 3. *Cada uno de los Miembros conferirá igualmente a los funcionarios de la OMC y a los representantes de los Miembros los privilegios e inmunidades necesarios para el ejercicio independiente de sus funciones en relación con la OMC.* 4. *Los privilegios e inmunidades que ha de otorgar un Miembro a la OMC, a sus funcionarios y a los representantes de sus Miembros serán similares a los privilegios e inmunidades estipulados en la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de noviembre de 1947.* 5. *La OMC podrá celebrar un acuerdo relativo a la sede*". Lo encontramos también en el art. 12 que instituye el Parlamento Andino.

¹² C.I.J. Opinión Consultiva, 1949.

¹³ C.I.J. Opinión consultiva sobre ciertos gastos de la organización, 1962. También Opinión Consultiva sobre la aplicabilidad de la sección 22 del art. VI de la Convención sobre los privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas. Consultiva sobre la aplicabilidad de la sección 22, del art. VI de la Convención sobre los privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas, 1989.

¹⁴ A/58/10, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 52º período de sesiones.

¹⁵ Caso relativo a la licitud del empleo de la fuerza (*Serbia y Montenegro c/ Bélgica*), 15 de diciembre de 2004; presentaciones similares efectuaron contra Alemania, Canadá, España, Estados Unidos, Francia, Italia, Países Bajos, Francia, Reino Unido.

¹⁶ A/CN.4/541 pár. 11.

¹⁷ Anuario C.D.I., 1975, vol. II, p. 94.

¹⁸ Sentencia 61991J0316 del 2/3/1994, t. I, p. 625 y ss..

¹⁹ Art. III-431.

²⁰ Fue el caso del acuerdo de sede firmado entre la Agencia Internacional de Energía Atómica y el gobierno de Austria en el que se excluye la responsabilidad de éste por "*las acciones u omisiones de los agentes de la A.I.E.A. en el ejercicio de sus funciones*" (art. 11).

²¹ Claro ejemplo es el Acuerdo celebrado entre las Naciones Unidas y la República del Congo en 1961, en virtud de cuyo art. 10, b):

"En el caso de daños que puedan dar lugar a una acción civil, y que se presuma hayan sido causados a un nacional o a un residente del Congo por un acto imputable a un miembro de la fuerza o a un funcionario de las Naciones Unidas en el desempeño de sus funciones, las Naciones Unidas solucionarán la controversia mediante negociación o por cualquier otro medio convenido entre las partes; de no ser posible resolver así la controversia, ésta se someterá al arbitraje, a petición de una u otra parte".

²² Precisamente fue el caso del acuerdo definitivo entre las Naciones Unidas y la República del Congo.

²³ GMC/RES N° 54/03, complementada por la GMC/RES, N° 07/04.

²⁴ Firmado en la ciudad de Fortaleza, Brasil, el 17 de diciembre de 1996, Decisión CMC N° 04/96.

²⁵ CMC/DEC. N° 18/98.

²⁶ IV CMC EXT/DEC. N° 11/03.

²⁷ CMC N° 49/04, "Parlamento del Mercosur".

²⁸ Encontramos aquí también algún punto de contacto con lo estatuido en los arts. 47, 49 y concordantes del Acuerdo de Cartagena que instituye la hoy Comunidad Andina de Naciones.

²⁹ Mercosur/GMC/RES N° 54/03.

³⁰ Esta misma posición surge del art. 4º en cuanto a la legitimación activa para recurrir al T.A.L..

³¹ A/CN.4/541 pár. 11.

³² Es de remarcar la ausencia de Bolivia y Perú en este acuerdo, Estados éstos ligados al Mercosur por acuerdos asociativos particulares.

INMUNIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

*Marta Susana Sartori **

Sumario: I. Introducción. II. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. III. Aspectos destacables de la jurisprudencia comentada. IV. Bibliografía.

I. Introducción

Relacionado con la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales, resulta de sumo interés analizar el conexo: Inmunidad de jurisdicción, o “Inmunidad jurisdiccional de las organizaciones internacionales” como lo ha titulado la Comisión de Derecho Internacional en su 58º período de sesiones al decidir incluirlo en su programa de trabajo a largo plazo.

Alfred Verdross, al hablar de la Constitución de la Comunidad Internacional Organizada, señala que *“ya desde el siglo XIX una serie de tratados han venido estableciendo también a favor de ciertas comunidades y órganos internacionales determinadas inmunidades, que unas veces aparecen como una simple extensión de los privilegios diplomáticos, pero otras veces derivan de una nueva regulación material”* (incluye entre las más importantes organizaciones comprendidas en esta clase a Naciones Unidas, la Organización Europea de Cooperación Económica (O.E.C.E.); la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (O.C.D.E.); la Organización de Estados Americanos; el Consejo de Europa; las Comunidades Europeas ¹.

Este enfoque en realidad hace referencia a la inmunidad de los funcionarios de los distintos órganos de dichas organizaciones, asimilables a los diplomáticos más que a las propias organizaciones, pero también nos orienta hacia lo que consideramos quizás la base de este análisis y que es la Carta de Naciones Unidas la que en su art. 105, parágrafo 1 establece que *la Organización gozará, en el territorio de cada uno de sus miembros, de los privilegios e inmunidades necesarios para la realización de sus propósitos.*

Inclusive, el tercer parágrafo de este artículo dispone que la Asamblea General podrá hacer recomendaciones con el objeto de determinar los pormenores de la aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo, o proponer convenciones a los miembros de las Naciones Unidas con el mismo objetivo.

Benedetto Conforti manifiesta que la inmunidad de las organizaciones internacionales se dio inicialmente como una interpretación extensiva de la de los estados, pero que ya se puede considerar una norma consuetudinaria autónoma, expresada en normas convencionales, como por ejemplo, justamente, el citado art. 105 ².

La importante evolución y desarrollo de estos sujetos de derecho internacional con las características propias de esa subjetividad requiere justamente precisar sus alcances y delimitaciones de este atributo de inmunidad de jurisdicción frente a los tribunales internos, porque siguiendo el comentario de Conforti esta inmunidad ha sido varias veces confirmada por tribunales internos especialmente respecto de controversias laborales.

Motivo de este análisis entonces es conocer cómo ha sido en nuestro país el tratamiento de la inmunidad de jurisdicción de las organizaciones internacionales por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y cuál es la doctrina sustentada a partir de la valoración de su propia jurisprudencia.

II. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En tal sentido, están considerados los anteriores y posteriores a la reforma constitucional de 1994, división realizada al solo efecto de advertir la manifestación de la postura de la Corte en cuanto a su plena observancia y recepción de la normativa de derecho internacional.

Fallos anteriores a la reforma constitucional

“Cabrera, Washington Julio Efraín v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande s/ despido”, 5 de diciembre de 1983.

El caso:

El actor, empleado en relación de dependencia de la Comisión Técnica, es despedido, por lo cual reclama la debida indemnización de acuerdo a lo establecido en la ley de Contrato de Trabajo. Declarada la inmunidad de jurisdicción por el juez de primera instancia, el señor Cabrera apela por considerar inconstitucional la ley aprobatoria del acuerdo de sede que la establece.

Cuestionada la constitucionalidad del acuerdo de sede y de la ley aprobatoria ³ la Corte debe determinar el alcance de la inmunidad de jurisdicción de la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande y la eventual privación del actor del ejercicio de su derecho constitucional a la jurisdicción.

El dictamen del procurador general refleja y refuerza el concepto que el carácter de sujetos de derecho internacional de las Organizaciones Internacionales Intergubernamentales deriva de la voluntad común de los Estados miembros, por lo cual gozan o no del privilegio de la inmunidad de jurisdicción de conformidad con lo que establezcan los respectivos tratados constitutivos y, en su caso, los pertinentes acuerdos de sede.

En este mismo dictamen se destacan las disposiciones de la Convención sobre “Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados” de 1947 ⁴, que establece determinados mecanismos para determinar si ha habido o no abuso de una inmunidad, las que si bien no son aplicables específicamente para los acuerdos de sede como el analizado en esta instancia, “marca una clara tendencia actual del derecho internacional público”.

Así la Corte declara la inconstitucionalidad de la norma atendiendo a su función primordial de custodio de las garantías y principios consagrados en la Constitución Nacional compartiendo también las consideraciones del voto de la minoría ⁵ que entiende que tiene también el deber de preservar por razones de prudencia la estabilidad de los pactos internacionales válidos celebrados por la Argentina según el derecho de gentes, base y sustento de la seguridad en la comunidad de las naciones y en los cuales está solemnemente empeñada la fe pública.

Destaca que si bien no son aplicables al presente caso las estipulaciones que establecen procedimientos apropiados para la resolución de controversias de derecho privado y las consultas o procedimientos ante instancias internacionales en caso de abuso de otorgamiento de inmunidad éstas son congruentes con los distintos documentos internacionales que tutelan dichos derechos y significan un límite a la facultad de convenir internacionalmente la exención jurisdiccional ya que ese límite es una norma imperativa de derecho internacional general por su propia índole y los derechos que pueden verse afectados ⁶.

“Costa López, Jorge Alfonso c/ Comisión Mixta Argentino Paraguaya del Río Paraná s/ nulidad de acto administrativo”, 5 de diciembre de 1983.

El caso:

El reclamo del actor se fundamenta en la falta de competencia de la Comisión.

En este fallo, la Corte reafirma que la demandada es una Organización Internacional Intergubernamental cuyo *status* deriva de la voluntad común de los Estados miembros, de la cual depende que goce o no de inmunidad de jurisdicción, la que falta en este caso según se

desprende de los convenios y reglamentos que la establece y regulan, por lo que nada obsta a la revisión judicial de sus actos administrativos que afectan a terceros.

Así el procurador general señala en su dictamen que “ni la inmunidad de jurisdicción ni la previsión del derecho a la jurisdicción por parte de terceros para el caso de controversias con la Organización Internacional Intergubernamental aparece en el Convenio y Reglamentos”⁷.

“Basgall, Juan C. c/ Delegación Argentina (C.T.M.S.G.) s/ ordinario”, 5 de noviembre de 1991.

El caso:

El actor demanda a la Comisión Técnica por vía judicial, optando por esta vía no obstante contar con un procedimiento optativo administrativo interno de la propia comisión.

La Corte hace lugar al recurso extraordinario de la demandada basándose en el particular fundamento de la existencia de una instancia administrativa prevista para reclamaciones y que es el tribunal arbitral de Salto Grande, el que si no escuchare o desestimare el reclamo, recién daría lugar a su consideración por la Corte, en función de la especial cautela con que deben tratarse estas situaciones que pueden afectar las relaciones internacionales de la República⁸.

“Fibraca Constructora S.C.A. v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, julio de 1993.

El caso:

El perito contador Arturo José Vázquez Avila quien accionó para cobrar sus honorarios dedujo recurso extraordinario en contra de la decisión del Tribunal Arbitral de Salto Grande por considerar que sus decisiones son totalmente independientes de la jurisdicción argentina.

Este fallo del 7 de julio de 1993 tiene particular relevancia porque reafirma la primacía de los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria en atención a la aplicación del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

La Corte señala: “esta conclusión resulta la más acorde a las presentes exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina ha hecho propias y elimina la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos”.

Estima que el Tribunal Arbitral de Salto Grande creado, justamente para solucionar controversias da cumplimiento a la obligación de contar con procedimientos convenientes que conlleva la inmunidad de jurisdicción, la que a su vez impide la revisión del laudo arbitral⁹.

Fallos posteriores a la reforma constitucional

“Ghiorzo, Juan José c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, 1º de abril de 1997.

El caso:

El actor demandó a la Comisión reclamando indemnización de daños y perjuicios sufridos por la inundación del predio que explotaba comercialmente destinado a un camping -adjudicado en concesión por la Municipalidad de Concordia, Pcia. de Entre Ríos-, para lo cual debió depositar determinado importe a efectos de ser admitido y tramitado dicho reclamo.

La Corte reafirma el pronunciamiento en el fallo anteriormente comentado¹⁰ reconociendo el carácter de definitivas e inapelables de las sentencias del Tribunal Arbitral Internacional de Salto Grande, consecuente con la inmunidad de jurisdicción atribuida a la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, por lo que la Corte no puede revisarlas.

“Maruba S.C.A. Empresa de Navegación Marítima c/ Itaipú s/ Daños y perjuicios”, 5 de febrero de 1998.

El caso:

Maruba S.C.A. Empresa de Navegación Marítima reclama por daños y perjuicios sufridos en octubre de 1988 como consecuencia de la bajante provocada en el río Paraná por el cierre temporal de las compuertas de la represa realizado por el ente binacional Itaipú.

En el presente fallo que confirma el rechazo al privilegio de inmunidad de jurisdicción aludido por Itaipú, el voto separado del señor ministro doctor Enrique Santiago Petracchi quien al señalar el razonamiento de la demandada que supone una “identificación plena en materia de inmunidad de jurisdicción entre los estados extranjeros y entidades internacionales como la demandada por el simple hecho de que en la creación de ésta han concurrido dos estados extranjeros” manifiesta que en el Estado, el carácter de soberano es el sustento de la inmunidad de jurisdicción mientras que en el caso de las entidades internacionales no corresponde “predicar en abstracto un reconocimiento del privilegio de inmunidad de jurisdicción “ por las diferencias de sus fines, de sus funciones, de sus derechos y obligaciones y por su emplazamiento en la comunidad internacional ¹¹.

En esta instancia también considera no aplicable la distinción actos *iure imperii* y *iure gestionis*.

“Duhalde, Mario Alfredo c/ Organización Panamericana de la Salud - Organización Mundial de la Salud - Oficina Sanitaria Panamericana s/ accidente - Ley 9688”, 31 de agosto de 1999.

El caso:

La Organización Panamericana de Salud - Organización Mundial de la Salud (Organismo Especializado de las Naciones Unidas) es demandada por Mario Alfredo Duhalde por incumplimiento de obligaciones emergentes de las relaciones laborales que lo vinculaban con la organización.

En este fallo hay un expreso reconocimiento de la inmunidad de la organización, en este caso, la Organización Panamericana de la Salud - Organización Mundial de la Salud, reconocida por nuestro país en el acuerdo para el establecimiento de una oficina en Buenos Aires en 1951 y reiterada en virtud de otros acuerdos celebrados ¹².

Reconoce la adecuación de estos tratados a las disposiciones de la Constitución Nacional, en particular al derecho a la justiciabilidad de toda controversia (art. 18 C.N.) por lo que resulta imprescindible que la organización “cuente con tribunales propios o jurisdicción arbitral o internacional, con garantías suficientes para administrar justicia” reafirmando que “la existencia de un mecanismo alternativo satisfactorio de solución de controversias es condición para el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción que compete a los organismos internacionales ¹³.

Interesante resulta destacar el apartado 15 al señalar los distintos fundamentos que sustentan la inmunidad a los estados y a las organizaciones internacionales los que deben ser tenidos en cuenta para evitar que por “analogía se modifique unilateralmente la inmunidad de las organizaciones internacionales en virtud de los tratados que obligan a la República Argentina con las posibles consecuencias sancionatorias de la comunidad internacional”.

“Alimentos de los Andes S.A. c/ Banco de la Provincia del Neuquén y otros s/ cumplimiento de contrato”, 14 de setiembre de 2000.

El caso:

La actora inició demanda contra el Banco de la Provincia del Neuquén, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, a fin de que se los condene al cabal cumplimiento de los contratos relativos al apoyo financiero e institucional comprometidos por los demandados, para la instalación de una planta frigorífica y para la producción de alimentos para peces y otras especies en la zona de Junín de los Andes (Neuquén), reclamando, en subsidio, el reajuste equitativo de sus términos. Los citados instrumentos se pactaron en el marco del Programa Global de Crédito Agropecuario en Coparticipación Financiera con el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Internacional

de Reconstrucción y Fomento, que fuera implementado por el Banco de la Nación Argentina mediante convenio con el Banco de la Provincia del Neuquén.

En este caso se resuelve sobre la inmunidad de jurisdicción alegada por el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y el Banco Interamericano de Desarrollo quienes adujeron excepción de incompetencia, con base en que son personas de derecho internacional público, titulares de inmunidad soberana y en consecuencia no pueden ser llevados a proceso en la jurisdicción de los Estados particulares sin requerir previamente su expreso consentimiento.

La citada inmunidad fue denegada por la alzada fundando la decisión en la doctrina sentada en la causa Manauta ¹⁴, señalando la Corte al respecto que hacer extensiva a los organismos internacionales la interpretación restrictiva del derecho de inmunidad de jurisdicción, ha expresado que la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, base de la teoría restringida en materia de inmunidad de jurisdicción de los estados soberanos, no tiene sentido razonable cuando se consideran los actos realizados por una organización internacional, que no conforman una manifestación inmediata y directa de la soberanía de un Estado.

Interesa el análisis que efectúa la Corte de los tratados constitutivos y acuerdos de sede como así también de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados que incluye entre los organismos alcanzados por dicha convención el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, y la normativa que alcanza al Banco Interamericano de Desarrollo al cual ingresó oportunamente nuestro país como miembro y el posterior acuerdo de sede por el cual se confirma la inmunidad de jurisdicción de los citados entes.

En esta instancia también se destaca que estos organismos invocaron la existencia en el caso de procedimientos alternativos, previstos para zanjar eventuales controversias como la presente en las que estuviera reconocida su inmunidad jurisdiccional (como organismos de derecho internacional) ¹⁵.

III. Aspectos destacables de la jurisprudencia comentada

Argentina carece de una ley específica que regule la inmunidad jurisdiccional de las Organizaciones Internacionales Interestatales, tema que no está incluido en la ley nacional 24.488/95.

En cuanto a compromisos internacionales, es parte de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas del 13 de febrero de 1946 y de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados, del 21 de noviembre de 1947, por lo que esta normativa como así los distintos acuerdos de sede y los instrumentos de creación de organizaciones internacionales o de adhesión a ellas con las distintas manifestaciones o alcances relativos a inmunidad de jurisdicción incluidos, es la tenida en cuenta para dirimir y fundamentar la postura de la Corte, la que como lo señalaba Conforti, ha resuelto en particular, cuestiones laborales relacionadas.

Si bien es dable señalar que en general hay un reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción frente a los tribunales internos, la Corte establece que dicha inmunidad establecida por tratado no puede oponerse al derecho de la defensa en juicio consagrado en la Constitución Nacional, dado que es un derecho reconocido por una norma imperativa del derecho internacional expresado en numerosas convenciones internacionales sobre derechos humanos y en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948.

En algunos fallos ha quedado claro el criterio de la necesidad de utilizar la vía procesal adecuada destinada a obtener un pronunciamiento sobre la validez de las disposiciones o su carácter de violatorias de normas del derecho de gentes y/o de principios constitucionales.

Interesa destacar la diferenciación que hace la Corte del fundamento de la inmunidad de jurisdicción que basa la de los estados en su carácter de soberanos y la de las organizaciones en la voluntad de los estados que le dan origen y que difieren en cuanto a los fines de su creación, de las funciones, de la extensión de sus derechos y obligaciones, lo que impide un

reconocimiento en abstracto de dicha inmunidad por cuanto no gozan de ella por su mera existencia en el territorio de terceros estados sino que ésta es otorgada en los instrumentos internacionales suscriptos por los estados que las crean o por los acuerdos de sede.

Tampoco tiene cabida en su interpretación la distinción entre actos *iure imperii* -propios del atributo de soberanía que sólo tienen los estados- y *iure gestionis* aplicable a las organizaciones.

El cambio de la orientación jurisprudencial producido a partir del precedente Manauta no es procedente en consecuencia extenderla a estos otros sujetos internacionales.

Es criterio de la Corte reconocer la inmunidad jurisdiccional en tanto el cumplimiento y establecimiento de procedimientos propios para las controversias de derecho privado que se susciten y los procedimientos ante instancias internacionales en determinadas situaciones, todo ello en cumplimiento de normativa internacional conforme las disposiciones de la Constitución Nacional atendiendo a la concordancia con los principios de derecho público.

En esta temática, la valoración de las estipulaciones del tratado internacional responde a su adecuación al derecho de justiciabilidad de las controversias (art. 18 C.N.) por lo que la Corte concluye como requisito imprescindible y base de la validez de las cláusulas de los tratados que establecen la inmunidad jurisdiccional de las Organizaciones Internacionales que la misma cuente con “tribunales propios o jurisdicción arbitral o internacional con garantías suficientes para administrar justicia en los posibles pleitos”.

Así planteada la línea jurisprudencial es dable señalar que las características de la doctrina sentada mantienen una coherencia manifestada en los distintos fallos donde ha debido resolver controversias de derecho privado fundamentalmente laborales, conciliando la normativa internacional y su concordancia con los preceptos constitucionales reconociéndole a las organizaciones internacionales la atribución de inmunidad de jurisdicción -otorgada convencionalmente- frente a los tribunales internos verificados los mecanismos que aseguren el resguardo de las garantías de orden constitucional.

IV. Bibliografía

ARAMBURU, Enrique J., *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, N° 6200, 28/6/00.

BIDART CAMPOS, Germán J., *Inmunidad total de jurisdicción de entes internacionales y privación de justicia en sede interna e internacional. Derecho constitucional y ius cogens*, La Ley, Buenos Aires, t. 91.

BARBOZA, Julio, *Derecho internacional público*, Zavalía Editor, Buenos Aires, 2001.

CONFORTI, Benedetto, *Derecho internacional*, edición en español revisada y anotada por Raúl E. Vinuesa, Zavalía Editor, Buenos Aires, 1995.

DEL CASTILLO, Lilian, “Los agentes internacionales ante los tribunales nacionales”, MJ-DOC-1402-AR, 2007.

RAMAYO, Raúl Alberto, “Los organismos internacionales especializados en el proceso y sus problemas”, MJ-DOC- 1401-AR, 2007.

REMIRO BROTONS, Antonio - DIEZ HOCHLEITNER, Javier- ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza - PÉREZ PRAT DURBÁN, Luis - RIQUELME CORTADO, Rosa M., *Derecho internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

VERDROSS, Alfred, *Derecho internacional público*, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1976.

VINUESA, Raúl Emilio, *La inmunidad de jurisdicción de las Organizaciones Internacionales*, La Ley, Buenos Aires, 1982.

Documentos internacionales - Leyes

Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, del 6 de marzo de 1979

Carta de la Organización de Naciones Unidas

Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, del 13 de febrero de 1946

Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especiales, del 21 de noviembre de 1947 aprobada por la Argentina, el 9 de noviembre de 1963 por decr. ley 7692/63.

Ley 26.256/2007. Convenio Básico. Gobierno de la República Argentina y la Organización Panamericana para la Salud/Organización Mundial de la Salud, aprobación: 22 de mayo de 2007.

NOTAS

* Abogada. Magister en Derecho Internacional Público. Profesora de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

¹ VERDROSS, Alfred, *Tratado de derecho internacional público*, Parte III, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1976, p. 514.

² CONFORTI, Benedetto, *Tratado de derecho internacional*, edición revisada y comentada por Raúl E. Vinuesa, Zavalia Editor, Buenos Aires, 1995, p. 309.

³ Art. 4º del acuerdo de sede celebrado el 15 de abril de 1977 entre la República Argentina y la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, aprobado por ley 21.756.

⁴ Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados, del 21/11/1947.

⁵ Voto del señor presidente Abelardo R. Gabrielli y del señor ministro doctor Elías P. Guastavino: 7) “que... conviene destacar que esta Corte tiene la función de salvaguardar la vigencia de la Constitución Nacional y también el deber de preservar por razones de prudencia la estabilidad de los pactos internacionales válidos celebrados por la República Argentina según el derecho de gentes, base y sustento de la seguridad de la comunidad de las naciones y en los cuales está solemnemente empeñada la fe pública. Por ello corresponde ante todo tratar la validez o no de la cláusula de inmunidad absoluta inserta en el acuerdo de sede a la luz de las normas vigentes en el propio derecho internacional conforme lo autoriza el art. 21 de la ley 48”.

⁶ El mismo voto señalado en 3: 11)... Que la cláusula 4ª del acuerdo sede... Al establecer una exención no sólo ante los tribunales argentinos sino también ante los de cualquier otro Estado y aun ante tribunales internacionales, con completa privación de justicia y negación al derecho a la jurisdicción, vulneró la mencionada norma imperativa del derecho internacional general, padece pues, del vicio de nulidad *ab initio* conforme al art. 53 de la Convención de Viena...

⁷ “(...) la atribución de inmunidad depende de lo que establezcan los respectivos tratados constitutivos y en caso de haberlos, los pertinentes acuerdos de sede. Mas aun, en los tratados por los cuales se otorga inmunidades a organizaciones internacionales intergubernamentales, es de práctica establecer, como necesaria consecuencia, la previsión de procedimientos apropiados para la solución de controversias con terceros, en salvaguarda del derecho de éstos a la jurisdicción”.

⁸ Voto de los señores ministros doctores Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi y Antonio Boggiano “... no fue objeto de cuestionamiento constitucional la jurisdicción excluyente del Tribunal Arbitral ni el procedimiento de solución de los conflictos (...)”.

⁹ “(...) no habiéndose impugnado constitucionalmente ni los tratados constitutivos de la organización intergubernamental ni el acuerdo de sede, sólo cabe concluir que la inmunidad de jurisdicción de que goza la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande impide la revisión del laudo por este Tribunal”.

¹⁰ El art. 5º del Estatuto del Tribunal Arbitral Internacional de Salto Grande establece que las sentencias de éste son definitivas e inapelables, lo que es consecuente con la inmunidad de jurisdicción que se atribuye a la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande. En tales condiciones, no es admisible sostener que esta Corte pueda revisar lo que aquel tribunal internacional decida en los asuntos que ingresan en el ámbito de su competencia. Importante la aclaración en el punto siguiente: que ello no impediría cuestionar la validez de las disposiciones (...) Por considerarlas contrarias al derecho a la jurisdicción -y, como tales, violatorias de normas del derecho de gentes y de principios constitucionales, (...) Sino simplemente, que la vía procesal elegida en este caso no es idónea para obtener un pronunciamiento que atienda tal planteo”.

¹¹ Cita, en este voto, la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia referente a Reparación de Daños sufridos al Servicio de Naciones Unidas, opinión permanentemente vigente al actualizar el desarrollo de la personalidad internacional de las organizaciones internacionales.

¹² Acuerdo entre el gobierno de la República Argentina y la Oficina Sanitaria Panamericana Relativo al Establecimiento de una Oficina de Zona en la Ciudad de Buenos Aires, del 21 de agosto de 1951 -art. 6º y Convenio Básico entre el gobierno de la República Argentina y la OPS-OMS sobre Relaciones Institucionales y Privilegios e Inmunidades- del 9 de noviembre de 1984.

¹³ El punto 12) de la sentencia señala: “Que el Reglamento y el Estatuto del Personal de la Organización Panamericana de la Salud - Organización Mundial de la Salud prevé procedimientos para resolver los reclamos que se deriven de la relación de empleo con la organización. A ese fin, se ha establecido un procedimiento interno que incluye la revisión de la medida objeto del reclamo por un cuerpo administrativo. La decisión de este órgano puede ser apelada ante el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo, instancia externa cuya jurisdicción ha sido reconocida por diversos organismos internacionales, incluyendo la demandada, y cuyas decisiones son de cumplimiento obligatorio para ambas partes”.

¹⁴ (...) (L)a entidad bancaria no es un estado extranjero sino un ente intergubernamental originado en un tratado de derecho internacional de la que infiere que no le resulta referible el art. 2º, inc. c, de la ley 24.488 ni el precedente Manauta”.

¹⁵ “(...) (L)a retracción del juzgamiento compulsivo por los tribunales establecida a favor de ciertos organismos internacionales, tanto en la doctrina de la Corte Suprema como en las propias normas internacionales, se encuentra condicionada a la Organización Panamericana de la Salud - Organización Mundial de la Salud prevé procedimientos para resolver los reclamos que se deriven de la relación de empleo con la organización. A ese fin, se ha establecido un procedimiento interno que incluye la revisión de la medida objeto del reclamo por un cuerpo administrativo. La decisión de este órgano puede ser apelada ante el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo, instancia externa cuya jurisdicción ha sido reconocida por diversos organismos internacionales, incluyendo la demandada, y cuyas decisiones son de cumplimiento obligatorio para ambas partes”.

**RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL: ALGUNAS
CONSIDERACIONES SOBRE EL ESTADO DE NECESIDAD INVOCADO POR LA
REPÚBLICA ARGENTINA
ANTE EL CIADI**

*María Alejandra Sticca **

Sumario: I. Introducción. II. Laudo arbitral del CIADI en el caso CMS (Gas Transmisión Company) contra República Argentina del mes de mayo de 2005. III. Condiciones necesarias para la invocación del estado de necesidad. IV. Conclusión. V. Laudo arbitral del CIADI en el caso LG&E Energy Corp. y otros contra la República Argentina del 3 de octubre de 2006. VI. Determinación de la responsabilidad. VII. Conclusión del tribunal. Consideraciones sobre la expropiación indirecta. IX. El estado de necesidad. X. Naturaleza *self-judging* del art. XI. XI. Condiciones necesarias para la invocación del estado de necesidad. XII. Conclusión del tribunal. XIII. Cierre. XIV. Bibliografía.

I. Introducción

En este artículo analizamos dos laudos arbitrales pronunciados en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias (CIADI) en controversias relativas a inversiones extranjeras en que la República Argentina, en su carácter de demandada, presentó como defensa el *estado de necesidad*. Nosotros nos detenemos en las condiciones necesarias requeridas para la configuración de esa circunstancia de exclusión de ilicitud, destacado la distinta valoración que efectuó el tribunal arbitral en cada caso.

En primer término, nos referimos al caso *CMS* por ser el primero en que la demandada invoca el estado de necesidad. Analizamos los antecedentes de la controversia y, seguidamente, nos detenemos en cada una de las condiciones. En segundo término, desarrollamos el caso *LG&E y otros*, el cual marca un cambio fundamental pues el tribunal, a diferencia de lo ocurrido en el caso antes referido, encuentra reunidas acumulativamente todas las condiciones requeridas para que se configure el estado de necesidad.

II. Laudo arbitral del CIADI en el caso *CMS (Gas Transmission Company) contra República Argentina del mes de mayo de 2005*

A partir de la suscripción de los tratados sobre protección de inversiones, ha sido creciente el sometimiento de la República Argentina a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. Este Centro entiende en las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someterlas al Centro.

Hoy la mayor parte de los procesos arbitrales bajo las reglas del CIADI que involucran a nuestro país se relacionan con problemas vinculados con empresas licenciatarias o concesionarias de servicios públicos¹.

El 26 de julio de 2001, el CIADI recibió de CMS (Gas Transmission Company), sociedad constituida en los Estados Unidos de América, una solicitud de arbitraje contra la República Argentina (Argentina). La solicitud se refería a la suspensión, decidida por Argentina, de la aplicación de una fórmula de ajuste de tarifas de transporte de gas aplicable a una empresa en la que CMS mantenía una inversión. En su solicitud, el demandante invocaba las disposiciones del

“Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones” de 1991 ².

El 17 de julio de 2003, el tribunal dictó por unanimidad su Decisión sobre las Excepciones a la Jurisdicción planteadas por la República Argentina.

El tribunal arbitral estuvo integrado por el profesor Francisco Orrego Vicuña, presidente; Marc Lalonde, árbitro y juez; Francisco Rezek, árbitro.

Antecedentes de la controversia

La República Argentina emprendió en 1989 reformas económicas que incluían la privatización de importantes sectores económicos y empresas de servicios públicos, así como la participación de inversiones extranjeras. El transporte de gas fue uno de los sectores importantes que habrían de ser objeto de ese programa de reforma. Los instrumentos básicos que rigieron esas reformas económicas fueron la ley 23.696 de 1989 sobre reforma del Estado; la ley 23.928 de 1991 sobre convertibilidad monetaria y el decr. 2128/91, que establecía la paridad entre el peso argentino y el dólar de los Estados Unidos.

Se aprobaron instrumentos específicos que habían de regir la privatización de los principales sectores. En lo referente al sector del gas, la ley 24.076 de 1992 estableció las reglas básicas para el transporte y la distribución de gas natural. Esta ley fue llevada a la práctica el mismo año a través del decr. 1738/92.

En virtud del nuevo régimen legal, Gas del Estado, una entidad de propiedad estatal, fue dividida en dos compañías de transporte y ocho compañías de distribución.

Transportadora de Gas del Norte (TGN) fue una de las compañías creadas para el transporte de gas. Para la privatización de la nueva compañía se dio acceso a inversionistas a través de un llamado público de ofertas y, en 1992, a solicitud del gobierno, empresas de consultoría e inversiones elaboraron un memorando informativo conexas.

La licencia de TGN se otorgó por decr. 2457/92, por un período de treinta y cinco (35) años, prorrogable por otros diez años previo cumplimiento de determinadas condiciones.

La participación de CMS en TGN comenzó en 1995 en el marco de un memorando de oferta de ese año, que dio lugar a la adquisición de las acciones que seguían siendo de propiedad estatal. Las acciones adquiridas por CMS representaban el 25% del capital accionario de la compañía, a lo que se agregó más tarde la adquisición de un 4,42% adicional, totalizándose así la compra del 29,42% de las acciones de TGN.

Medidas adoptadas por la República Argentina en el período 1999-2002 y el surgimiento de la controversia

Hacia fines del decenio de 1990 comenzó a desarrollarse en la República Argentina una grave crisis económica.

A fines de 1999, el gobierno argentino convocó a una reunión con representantes de las compañías de gas para analizar una suspensión temporal del ajuste de las tarifas de gas basado en el índice de precios al productor de los Estados Unidos (IPP de los Estados Unidos). Las compañías convinieron en una suspensión temporal que difirió el ajuste debido por un período de seis meses (1 de enero al 30 de junio de 2000). ENARGAS, el ente público regulador del sector del gas, aprobó ese acuerdo por Resolución 1471, del 10 de enero de 2000.

ENARGAS confirmó repetidamente que la congelación de los ajustes de tarifas basados en el IPP de los Estados Unidos continuaba, por lo cual desde el 1 de enero de 2000, es decir desde la primera postergación, no se ha llevado a cabo ningún ajuste mediante la aplicación de ese

mecanismo. Las partes discrepan sobre la naturaleza y el alcance de las decisiones adoptadas por ENARGAS.

En ese contexto, el 12 de julio de 2001 CMS notificó su consentimiento al arbitraje en el marco del CIADI, tras la notificación requerida de la controversia al gobierno argentino. A esa altura, la controversia sólo versaba sobre la aplicación del ajuste basado en el IPP de los Estados Unidos.

A fines del 2001 la crisis se profundizó. Como secuela de esos eventos, mediante el decr. 1570/01 el gobierno introdujo el “corralito,” que limitó el derecho de retirar depósitos de cuentas bancarias. El país se declaró en situación de incumplimiento de pagos y en pocos días varios presidentes se sucedieron en el cargo. El 6 de enero de 2002 se aprobó la ley de emergencia 25.561, que declaró una situación de emergencia pública hasta el 10 de diciembre de 2003 e introdujo una reforma del sistema cambiario. Ese plazo fue objeto de varias prórrogas.

La ley de emergencia introdujo el segundo tipo de medidas en que se basa la controversia entre las partes. Entre otras medidas, se abolió el sistema de convertibilidad previsto en la ley de convertibilidad de 1991, que había establecido la paridad entre el peso y el dólar; se devaluó el peso y se introdujeron diferentes tipos de cambio para diferentes transacciones. Se suprimió el derecho de los titulares de licencias de servicios públicos de reajustar las tarifas en función del IPP de los Estados Unidos, así como el sistema de cálculo de las tarifas en dólares. Las tarifas respectivas se redenominaron en pesos al tipo de cambio de un peso por dólar, que también se aplicó a todos los contratos privados denominados en dólares u otras monedas extranjeras. Posteriormente, los decrs. 689/02 y 704/02, fechados el 2 de mayo de 2002, aclararon que la ley de emergencia no se aplicaba a las exportaciones de gas ni a las tarifas de transporte de ese producto, que quedaron exentas del régimen de conversión a pesos de las sumas denominadas en dólares.

La reclamación de CMS por pérdidas económicas y financieras

El demandante decidió llevar a cabo importantes inversiones en el sector del transporte de gas sobre la base de las promesas y garantías dadas por el gobierno argentino, especialmente las que ofrecían una rentabilidad real en dólares y un sistema de reajuste de tarifas basado en el IPP de los Estados Unidos.

Además sostiene el demandante que las medidas adoptadas por el gobierno en el período 1999-2002 y ulteriormente le provocaron consecuencias devastadoras. Sus efectos se relacionan en parte con la pérdida de ingresos y en parte con el hecho de que su capacidad de pago de la deuda se ha reducido en más de un tercio, debido a que ella está denominada en dólares estadounidenses y entretanto se produjo una devaluación del peso. Sostiene también el demandante que el valor de sus acciones de TGN se redujo en 92%.

Por otra parte, explica que al no haberse realizado ningún ajuste de tarifas desde el 1 de enero de 2000 y al no poder calcularse las tarifas en dólares de los Estados Unidos, los ingresos de TGN por concepto de cobro de tarifas internas se redujeron casi un 75%.

A las pérdidas que experimentó debido a las medidas arriba referidas se agregan las consecuencias económicas más amplias derivadas de la ley de emergencia.

Argumentos del demandado con respecto a las pérdidas económicas y financieras

El gobierno de la República Argentina sostiene que las pérdidas en que incurrió el demandante no pueden atribuirse al demandado y que cualquier pérdida que haya ocurrido surge de decisiones de TGN en el manejo de sus negocios. En opinión del demandado, los efectos de las medidas adoptadas sobre los costos de TGN son muy diferentes de los que CMS reclama.

Afirma que no es verdad que los ingresos internos por concepto de tarifas de TGN se hayan reducido un 75% según lo argumenta el demandante.

También el gobierno argentino se refiere a las opciones de que disponía TGN como fuentes alternativas de financiamiento: utilización de capital propio; deuda en pesos, que no habría sido afectada por una devaluación; deuda en dólares en Argentina, que se habría “pesificado”; y, finalmente, deuda en moneda extranjera en el exterior. Se sostiene a este respecto que TGN optó por esta última alternativa, que era la que entrañaba los mayores riesgos. El demandado sostiene que el demandante no puede ahora tratar de trasladar al gobierno o al consumidor las consecuencias de esa decisión.

Se explica que ENARGAS alertó a TGN sobre las dificultades que podría plantear el perfil de su deuda.

El demandado sostiene que la licencia no garantizaba la rentabilidad del negocio pues, como señala en el art. 2.4 de las Reglas Básicas de la Licencia: “El otorgante no garantiza o asegura la rentabilidad de la explotación”. Tampoco puede imputarse al gobierno el deterioro de la clasificación crediticia.

Fundamento jurídico aducido por CMS para sus reclamaciones

CMS es de la opinión de que las medidas adoptadas por el gobierno argentino violan los compromisos asumidos frente a los inversionistas extranjeros en los memorandos de oferta, las leyes y los reglamentos pertinentes y la licencia misma.

El inversionista sostiene que esos compromisos incluyen los de calcular las tarifas en dólares de los Estados Unidos, efectuar los ajustes semestrales basados en el IPP de los Estados Unidos y realizar un reajuste general de tarifas cada cinco años, todo ello para mantener el valor real de las tarifas en dólares.

El demandante argumenta que la República Argentina se comprometió además a abstenerse de congelar la estructura tarifaria o someterla a reglamentos o controles de precios adicionales; para el caso de que se introdujeran controles de precios, TGN tenía un derecho de compensación por la diferencia entre la tarifa que estaba facultada a aplicar y la efectivamente aplicada. Además, no podían modificarse las reglas básicas que rigen la licencia sin el consentimiento de TGN.

También afirma que esas garantías constituían condiciones esenciales de la inversión de CMS y que tenía un derecho adquirido a la aplicación del régimen tarifario acordado.

El demandante argumenta, además, que todas las medidas adoptadas deben atribuirse al gobierno argentino y conllevan la violación de todos los principales mecanismos de protección de inversiones a los que tenía derecho CMS en virtud del Tratado. Se afirma, en especial, que la República Argentina ilegalmente expropió sin indemnización la inversión de CMS, violando así el art. IV del Tratado; faltó a su obligación de tratar la inversión de CMS de conformidad con la exigencia de trato justo y equitativo prevista en el art. II (2)(a) del Tratado; infringió el art. II (2) (b) del Tratado al aprobar medidas arbitrarias y discriminatorias; y faltó también a su obligación de cumplir con las numerosas obligaciones que había asumido en relación con la inversión, violando así la norma prevista en el art. II (2)(c) de ese Tratado. En su memorial, el demandante también invocó restricciones a la libre transferencia de fondos en violación del art. V del Tratado, reclamo que posteriormente retiró.

Basándose en su interpretación de las medidas adoptadas, su efecto económico sobre la compañía y las violaciones jurídicas invocadas, el demandante solicita ser indemnizado en la suma de U\$S 261,1 millones por incumplimientos del Tratado, más intereses y costos.

Defensa jurídica del demandado

Según el punto de vista del gobierno argentino, la licencia, así como el marco legal y reglamentario que la rige, sólo prevén el derecho del titular de la licencia de cobrar una tarifa justa y razonable, que cubra costos operativos, impuestos y amortizaciones y le brinde una rentabilidad razonable de las inversiones, pero con total exclusión de los costos financieros.

El gobierno sostiene asimismo que *no* ofreció garantía alguna en cuanto a convertibilidad y devaluación de la moneda y que el riesgo inherente de la inversión en este plano fue expresamente advertido a la compañía.

Según el punto de vista del demandado, el gobierno no pudo haberse comprometido a mantener una determinada política económica o cambiaria y que el Estado puede modificar libremente esas políticas, no siendo éste un derecho que puedan impugnar personas o sociedades. A ese respecto, se agrega, CMS no podría ignorar el derecho público argentino y los riesgos que implicaba invertir en ese país.

A la luz de esas consideraciones, el demandado afirma que no se violaron las obligaciones asumidas y que la pérdida de valor de las acciones de CMS obedeció a la recesión y deflación, a una grave crisis social y económica y a la devaluación de la moneda que siguió. Se afirma también que la devaluación ya se había producido en otros importantes mercados financieros internacionales.

Todas las medidas adoptadas por el gobierno eran necesarias para normalizar el país y hacer posible la continua operación de los servicios públicos.

El demandado explica también que en ese contexto legal y reglamentario no pudo producirse violación alguna del Tratado, oponiéndose, especialmente, a ese respecto, a las argumentaciones jurídicas de CMS.

En opinión del demandado *no* se da ninguno de los requisitos previstos en el derecho internacional para que se configurara una expropiación indirecta. Las garantías invocadas por CMS no constituyen una propiedad de la compañía protegida en el marco del Tratado y TGN sigue operando normalmente.

Tampoco se violó la norma del trato justo y equitativo, ni hubo arbitrariedad o discriminación. El demandado niega, asimismo, que pueda invocarse la cláusula del Tratado referente a obligaciones generales ya que la República Argentina no asumió obligación alguna respecto de CMS, sino únicamente en relación con TGN, no habiendo esta última reclamado violación alguna del contrato de acuerdo con la licencia.

Alternativamente, la República Argentina invocó la situación de emergencia nacional provocada por la crisis económica y social, como fundamento que exima de la responsabilidad prevista en el derecho internacional y en el Tratado.

En este contexto, el demandado también ha utilizado expresiones como *force majeure*, emergencia y otros términos.

En respaldo de su argumento el demandado invoca la existencia del estado de necesidad en el derecho argentino y su aceptación en el marco de la Constitución y las decisiones judiciales.

El tribunal arbitral analiza el significado del estado de necesidad y el estado de emergencia en el derecho argentino y su interpretación por la Corte Suprema, haciendo especial referencia a su carácter transitorio así como al requisito de que no debía atentar contra los derechos adquiridos mediante un contrato o una decisión judicial.

El demandado también invocó en apoyo de su argumento la existencia de un estado de necesidad tanto a la luz del derecho internacional consuetudinario como de las disposiciones del Tratado. Al hacerlo, el demandado ha planteado una “cuestión fundamental en el derecho internacional”. Esta apreciación del tribunal pone de manifiesto la importancia del tema objeto de nuestro estudio.

El demandado fundó su argumento en esta materia principalmente en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Gabcikovo-Nagymaros* de 1996, que determinó que el derecho internacional consuetudinario reconoce el estado de necesidad para “excluir la ilicitud de un acto que no está en conformidad con una obligación internacional”.

El gobierno argentino también fundó su argumento en la labor realizada por la Comisión de Derecho Internacional bajo la dirección de los relatores especiales F.V. García-Amador, Roberto Ago y James Crawford. En particular, el demandado argumenta que cumple con los criterios establecidos en el art. 25 del proyecto de artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos del 2001.

III. Condiciones necesarias para la invocación del estado de necesidad

Existencia de una obligación internacional que surja de una *norma dispositiva*³ del derecho internacional.

Obligación que tiene que estar vigente para el sujeto y la cual no tiene que excluir la posibilidad de invocar el estado de necesidad. Esto último tiene lugar cuando la obligación emana de norma imperativa o de un tratado en el que se excluye expresamente la invocación de la citada circunstancia excluyente de ilicitud.

Debemos recordar que al momento de surgir esta controversia, pesaban sobre la República Argentina una serie de obligaciones internacionales derivadas del Tratado suscrito con los Estados Unidos de América sobre la promoción y la protección recíproca de inversiones de 1991.

Dicho Tratado contiene disposiciones específicas sobre la materia, por lo que el análisis de condiciones necesarias para la invocación del estado de necesidad la necesidad y emergencia no se limita al derecho internacional consuetudinario.

El art. XI dispone: “El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad”.

El art. IV (3) del Tratado dispone por su parte: “A los nacionales o sociedades de una parte cuyas inversiones sufran pérdidas en el territorio de la otra parte con motivo de guerra o de otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, insurrección, disturbio civil o cualquier otro acontecimiento similar, la otra parte les otorgará un trato no menos favorable que el trato más favorable que otorgue a sus propios nacionales o sociedades o a los nacionales o sociedades de terceros países, respecto de las medidas que adopte con relación a tales pérdidas”.

El significado y el alcance de estas cláusulas llevó a un importante debate entre las partes, por lo que el demandado solicitó la asistencia técnica de la experta decana Anne-Marie Slaughter y el demandante del profesor José E. Alvarez.

Opinión del demandante sobre de las cláusulas de emergencia del Tratado

El demandante argumenta que las cláusulas del Tratado eximen de responsabilidad en forma muy limitada y específica, y no permiten al demandado invocar la aplicación del estado de necesidad o emergencia.

Afirma que no puede invocarse el estado de necesidad en virtud del párrafo 2 del art. 25 del proyecto de artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos si la obligación internacional de que se trata excluye la posibilidad de invocarlo. El demandante opina que así sucede en este caso, pues el objeto y la finalidad del Tratado, que es ofrecer protección a los inversionistas en circunstancias de dificultad económica, excluyen la posibilidad de basarse en esas dificultades para dejar de cumplir las obligaciones establecidas en el Tratado⁴. Más aún, argumenta que tanto en virtud de la cláusula de obligación general contenida en el art. II (2)(c) como del art. X, el demandado tiene el deber de cumplir con las obligaciones que asumió con respecto a las inversiones.

El demandante invoca, en apoyo de su posición, el caso *Himpurna*⁵, en el que no se aceptó que la *force majeure* excluía la ilicitud de los actos de devaluación y se sostuvo que las obligaciones contractuales debían cumplirse incluso en circunstancias de adversidad económica. Como ejemplo de la obligación de cumplir los contratos pese a una crisis económica, el demandante invoca el caso *Socobelge*⁶ en el cual se basó parcialmente el tribunal en el caso *Himpurna*.

En relación con la cláusula específica del art. XI del Tratado, el demandante, fundándose en la opinión especializada del profesor José E. Alvarez, argumenta primero que esta cláusula no permite un juicio discrecional propio o exclusivo del Estado (*self-judging*) y, por consiguiente, es el tribunal y no el demandado quien debe decidir cuándo o en qué grado los intereses esenciales de seguridad estaban en peligro. El demandante señala en adición que si se hubiera tenido la intención de otorgar facultades discrecionales a los Estados, éstas se habrían previsto expresamente.

Por otra parte, el demandante sostiene que las crisis económicas no están comprendidas en el concepto de “intereses esenciales de seguridad”, el cual se limita a guerras, desastres naturales y otras situaciones que ponen en peligro la existencia del Estado. En su opinión, ese es también el significado del art. 25 del proyecto de artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos antes referido.

Un tercer argumento del demandante es que, en cualquier caso, el art. XI no exime de responsabilidad al demandado pues esta disposición no permite la denegación de las ventajas dispuestas por el Tratado.

El demandante también analiza el significado del art. IV del Tratado que, se argumenta, no está dirigido a reducir las obligaciones del Estado receptor con los inversionistas sino a reforzarlas, y no puede interpretarse que incluye la emergencia económica.

Asimismo afirma que incluso en el caso de que el artículo antes citado incluyera las dificultades económicas, el demandante de todos modos tendría derecho a la plena protección otorgada en virtud de la cláusula de la nación más favorecida contenida en el art. II (1) y en el art. IV (3) del Tratado, así como ciertamente a un trato no menos favorable que el que se otorgue a sus propios nacionales. La cláusula de la nación más favorecida también se invoca en apoyo del argumento de que otros tratados bilaterales sobre inversiones concluidos por el demandado no contienen disposiciones similares al art. XI y, en consecuencia, el demandante tiene derecho al trato más favorable en razón de la ausencia de tales excepciones.

Opinión del demandado acerca de las cláusulas de emergencia del Tratado

El demandado sostiene que los arts. IV y XI del Tratado establecen la *lex specialis* que rige las situaciones de emergencia aplicadas por el gobierno para mantener el orden público, proteger sus intereses esenciales de seguridad y restablecer sus vínculos con el sistema económico internacional, todo ello con el propósito de otorgar a los inversionistas un trato no menos favorable que el otorgado a los nacionales.

Por otra parte, la República Argentina argumenta que el objeto y la finalidad del Tratado no excluyen la aplicación del estado de necesidad o emergencia, los que están expresamente establecidos para los períodos de dificultades graves.

El demandado rechaza el argumento del demandante basado en la decisión del tribunal en el caso *Himpurna*. El demandante invocó esa decisión para trazar una comparación con la crisis de Indonesia y señalar que el tribunal en ese caso había fallado en favor de excluir la necesidad en razón de los compromisos específicos asumidos por medio de un contrato y un tratado. El demandado afirma que la presente controversia ha tenido origen en circunstancias muy diferentes de las que prevalecían en Indonesia y que el caso *Himpurna* no contradice en modo alguno la posición asumida por Argentina en el marco de circunstancias extraordinarias.

El demandado también rechaza la pertinencia de la situación de Grecia en el decenio de 1930 que se tuvo en cuenta en la decisión del caso *Socobelge*. El demandante invocó esta

decisión para demostrar que en el caso de Grecia se había fallado en favor de las obligaciones asumidas en un contrato pese a las dificultades financieras. El demandado considera que la crisis argentina fue mucho peor y más profunda y afirma que en ese caso se concluyó que la *force majeure* excedía las facultades de la Corte Permanente de Justicia Internacional.

Las opiniones especializadas de la Dra. Anne-Marie Slaughter, presentadas por el demandado contienen un análisis del significado y la cobertura de los artículos pertinentes del Tratado. Al respecto, allí se sostiene que el art. XI del Tratado debe ser interpretado de una manera amplia ya que esa fue la intención de las partes.

Las conclusiones del tribunal respecto de las cláusulas de emergencia del Tratado

El tribunal debe determinar si el objeto y fin del Tratado excluyen el estado de necesidad.

En el caso que estamos analizando, el Tratado está diseñado para proteger las inversiones en momentos de dificultades económicas u otras circunstancias que lleven al gobierno a adoptar medidas adversas. El problema es por consiguiente establecer cuán graves deben ser esas dificultades económicas. Una crisis aguda no puede necesariamente considerarse equivalente a una situación de colapso total. En ausencia de esas condiciones de profunda gravedad, es evidente que el Tratado prevalecerá sobre la invocación del estado de necesidad. Sin embargo, la emergencia y la necesidad podrían adquirir una dimensión diferente si esas dificultades, sin ser en sí mismas catastróficas, llevan a una situación catastrófica que altera y desintegra la sociedad o puede desembocar en el colapso total de la economía.

El tribunal está convencido de que la crisis argentina fue grave, pero no llevó a un total colapso económico y social.

Si bien la crisis en sí misma no puede ser calificada de catastrófica y no se daba, por consiguiente, una situación de *force majeure* que no dejaba otra opción disponible ⁷, tampoco puede sostenerse que la crisis no tuvo consecuencias y que las actividades comerciales podrían haber seguido su curso habitual, como lo sugiere el demandante.

El tribunal concluye afirmando en el párrafo 356 del laudo, que la crisis produjo ciertas consecuencias. Si bien estas consecuencias no eximen de responsabilidad o excluyen la ilicitud desde el punto de vista jurídico, deben de todos modos ser tenidas en cuenta al determinar la indemnización.

En este punto, debemos tener en cuenta que no son las consecuencias de una crisis las que eximen de responsabilidad, sino el tratar de evitar o mitigar una crisis, es decir, que la esencia del estado de necesidad es actuar preventivamente frente al peligro de un daño; por ello cuando hablamos de consecuencias ya estamos frente a los daños ocasionados.

Existencia de un peligro grave e inminente

La inminencia del peligro alude a la inmediatez o proximidad, es decir, el peligro sobre el interés esencial debe recaer en el momento mismo en que se alega el estado de necesidad. Esto no significa que la situación de peligro deba tener obligatoriamente su origen en un acontecimiento concreto e imprevisto, sino que como dijo la C.D.I., la situación de peligro puede ser también el desenlace previsible aunque inevitable, de un conjunto de factores duraderos ⁸.

La C.D.I. indicó, en su comentario, que no se debe reducir un “interés esencial” a una materia sólo de “existencia” del Estado, y que toda la cuestión debía, fundamentalmente, ser juzgada a la luz del caso particular; al mismo tiempo, incluyó entre las situaciones que podían ocasionar un estado de necesidad, “*un grave peligro a... la preservación ecológica de todo o parte del territorio de un Estado*” y especificó, con referencia a la práctica estatal, que “*es principalmente en las últimas dos décadas que la protección del equilibrio ecológico ha*

llegado a ser considerada un interés esencial de todos los Estados” ⁹. La C.I.J., en el caso *Hungría contra Eslovaquia*, entendió que sin importar cuán serias puedan haber sido esas incertidumbres, ellas no pudieron establecer la existencia objetiva de un “peligro” en el sentido de componente de un estado de necesidad. El término “peligro” evoca ciertamente la idea de “riesgo”; que es precisamente lo que distingue al “peligro” del daño material. Pero un estado de necesidad no puede existir sin un “peligro” debidamente establecido en un punto relevante en el tiempo; la mera aprensión de un posible “peligro” no podría ser suficiente en dicho caso. Difícilmente podría, además, ser de otra manera, cuando el “peligro” que constituye el estado de necesidad debe ser al mismo tiempo “grave e inminente”. “Inminencia” es sinónimo de “inmediatez” o “proximidad” y va mucho más allá del concepto de “posibilidad”.

Es de advertir que la gravedad se refiere al daño y antes que al peligro, en el sentido que la posibilidad de ocurrencia del daño debe ser grave. El daño es grave cuando de ocurrir compromete la supervivencia misma del derecho amenazado. El riesgo de daño ha de ser capaz de amedrentar el ánimo de quien realiza el hecho necesitado ¹⁰.

Como lo enfatizó la C.D.I. en su comentario, “el extremadamente grave e inminente” peligro debe “haber sido una amenaza al interés a la fecha” ¹¹. Eso no excluye, en la visión de la Corte, que un “peligro” que aparece en el largo plazo pueda ser tenido como “inminente” tan pronto como sea establecido (...).

En realidad, lo que se pretende evitar es que se produzca un daño grave a un interés esencial del sujeto como consecuencia del peligro que se cierne sobre el sujeto. Para Gutiérrez Espada lo que debe ser inminente y grave es el daño que de la existencia de un peligro dado se deriva ¹².

Para el relator de la C.D.I., Roberto Ago, se puede invocar un estado de necesidad como excusa de las conductas estatales no conformes a obligaciones internacionales y adoptadas en casos en que se revelan necesarias, a título excepcional, para conjurar un peligro grave, inminente, si no inevitable, que amenaza a un interés esencial de orden ecológico, bien se produzca en alta mar, en el espacio ultraterrestre o en una zona sometida a la soberanía de otro Estado. Tal sería el caso de la intervención de extrema urgencia de un Estado fuera de las fronteras si fuera éste el único medio de proteger el territorio nacional contra la llegada de gases tóxicos que se escaparan repentinamente de un depósito, y que los órganos del Estado vecino carecían de tiempo o de los medios necesarios para tomar las medidas oportunas ¹³.

El demandado sostiene la existencia de un peligro grave e inminente para el Estado derivado de la situación de emergencia económica (A este punto lo retomamos en los párrafos siguientes).

En este aspecto, el tribunal considera que la situación era lo suficientemente difícil como para justificar que el gobierno adoptara medidas tendientes a evitar que ella empeorara y se produjera un colapso total de la economía. Pero el efecto relativo de la crisis permite llegar a la conclusión de exclusión de la ilicitud.

Amenaza a un interés esencial del sujeto

No hay un catálogo que establezca cuáles son considerados intereses esenciales de los Estados. “*El carácter más o menos esencial de un interés determinado está en función, naturalmente, del conjunto de las condiciones en que se encuentra un Estado en las diversas situaciones concretas; es preciso, pues, apreciarlo en relación con cada caso particular en que entre en consideración tal interés, y no determinarlo anticipadamente en abstracto*” ¹⁴. La práctica demuestra que el estado de necesidad ha sido invocado ante amenazas a intereses como el mantenimiento de la paz interior, las condiciones de vida de la población, el equilibrio económico-financiero y la protección del medio ambiente.

En el caso que analizamos, la República Argentina funda su posición en la grave crisis económica, social y política y en la convicción de que los acontecimientos que comenzaron a desarrollarse en el 2000 ponían en peligro la existencia misma del Estado argentino. El

demandado sostiene a este respecto que el interés económico constituye un interés esencial del Estado cuando éste corre un peligro grave e inminente.

Se argumenta que la ley de emergencia fue aprobada con el solo propósito de contener la situación caótica que se hubiera producido tras el colapso económico y social que enfrentaba Argentina. El estado de necesidad fundado en esta crisis, argumenta el demandado, excluiría cualquier ilicitud de las medidas adoptadas por el gobierno y, en particular, lo eximiría de indemnizar.

El demandado invoca también el caso *French Company of Venezuelan Railroads* para justificar que el gobierno tiene una obligación respecto de sí mismo cuando su “propia preservación es primordial”. Igualmente se apoya el argumento en el caso *Dickson Car Wheel Co.*, en el que se decidió que “el extranjero que reside en un país que en razón de un desastre natural, social o internacional se ve obligado a adoptar estas medidas, debe soportar el deterioro natural de sus negocios sin reparación alguna, pues los gobiernos... no son aseguradores contra todo riesgo”¹⁵.

El tribunal tiene que determinar si un interés esencial del Estado estaba comprometido. El problema en este punto es determinar la gravedad de la crisis. La necesidad de evitar un colapso mayor, con todas sus consecuencias sociales y políticas, bien puede comprometer un interés esencial del Estado, en cuyo caso podría haber estado de necesidad. El tribunal está convencido de que la crisis fue efectivamente grave, pero no puede concluir que la ilicitud de las medidas debiera ser excluida en forma automática en las circunstancias del caso. “Como suele suceder en asuntos internacionales y en el derecho internacional, este tipo de situación no se da en blanco y negro sino en variados tonos de gris”.

De ello se desprende que las crisis de las características consideradas, tienen efectos relativos, por lo que hay que analizar cada caso en particular a fin de determinar los factores intervinientes.

El tribunal entiende que la percepción del demandado acerca de efectos adversos extremos de la crisis es comprensible, por lo que contrariamente a lo sostenido por el actor, no considera la invocación del estado de necesidad como un abuso del derecho.

También el tribunal debe determinar si el art. XI del Tratado puede ser interpretado de manera tal que incluya la emergencia económica como un interés esencial de seguridad. Si bien el texto del artículo no se refiere a crisis o dificultades económicas, ninguna norma consuetudinaria como tampoco el objeto y fin del Tratado, excluyen de por sí las crisis económicas agudas del alcance del art. XI.

Por otra parte, el tribunal sostiene que si el concepto de intereses esenciales de seguridad se limitara a los problemas inmediatos en materia de política y seguridad nacional, en particular de naturaleza internacional, y excluyera otros intereses, por ejemplo, las emergencias económicas graves, ello podría dar lugar a una interpretación desequilibrada del art. XI.

La cuestión es la de establecer qué grado de gravedad debe alcanzar una crisis para entenderse como un interés esencial de seguridad.

El tribunal también debe determinar si la norma del art. XI del Tratado tiene carácter discrecional, es decir si el alcance y la aplicación de esa norma queda entregada al solo juicio del Estado que adopta las medidas en cuestión, o bien si la invocación de estado de necesidad o de emergencia u otros intereses esenciales de seguridad está sujeta a alguna forma de revisión judicial.

En lo que respecta a este punto se presentaron tres posiciones:

- a) la del demandante, que sostiene que esa cláusula no puede tener carácter discrecional;
- b) la del demandado, que considera que queda a su arbitrio determinar cuándo y hasta qué punto la necesidad, la emergencia o la amenaza a sus intereses esenciales de seguridad requieren de la adopción de medidas extraordinarias;
- c) la de la decana *Slaughter* que afirma que el tribunal debe determinar si corresponde aplicar el art. XI, en particular con el propósito de establecer si las medidas se adoptaron de buena fe.

El tribunal concluye, en primer lugar, que la cláusula del art. XI del Tratado no tiene carácter discrecional. Evidentemente, si un Estado considera que existe una emergencia, ciertamente adoptará las medidas que estime convenientes sin solicitar la opinión de tribunal alguno. Sin embargo, si la legitimidad de esas medidas es objetada ante un tribunal internacional, no es competencia del Estado en cuestión la de determinar si la invocación de necesidad puede excluir la ilicitud, sino que es competencia de la jurisdicción internacional. Cabe señalar, además, que las cláusulas relativas a las inversiones y el comercio por lo general no afectan la seguridad tanto como los acontecimientos militares y, por consiguiente, normalmente no quedarán incluidas dentro del ámbito de acontecimientos tan dramáticos.

Asimismo, el tribunal concluye que esa revisión judicial no se limita únicamente a examinar si la invocación o las medidas han sido adoptadas de buena fe. Es esa una revisión sustantiva que debe determinar si el estado de necesidad o de emergencia cumple con las condiciones previstas en la costumbre internacional y las disposiciones del Tratado y, por tanto, si ello permite o no excluir la ilicitud.

También tiene que considerar la cuestión relativa al significado y alcance del art. IV (3) del Tratado a la luz de los planteamientos mencionados anteriormente. El significado claro del artículo es establecer un trato mínimo al inversionista en el contexto de las medidas adoptadas, respecto de las pérdidas sufridas en la emergencia, que no sea diferente al otorgado a los nacionales o a otros inversionistas extranjeros. Este artículo no excluye la aplicación de los derechos conferidos por el Tratado; más bien, por el contrario, asegura que las medidas orientadas a compensar o minimizar las pérdidas no sean aplicadas de una manera discriminatoria.

En consecuencia, el tribunal está convencido de que las medidas adoptadas por el demandado no han tenido un efecto discriminatorio adverso para el demandante.

Protección de un interés superior al derecho sacrificado

El interés protegido por el derecho subjetivo atribuido al Estado extranjero, que se sacrificaría a la salvaguardia de un “interés esencial” del Estado obligado, debe ser inferior a ese otro interés. Es una cuestión relativa, de proporción.

Para el relator de la C.D.I. Roberto Ago no puede invocarse el estado de necesidad si entraña el sacrificio de un interés comparable o superior al que se trata de salvaguardar. La cuestión radica en comparar *in concreto* el interés de quien lo invoca y el derecho del Estado sacrificado y hacer primar el superior.

El tribunal analiza si el acto en cuestión no afecta gravemente un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación. Si el Tratado fue convenido para proteger a los inversionistas, debe asumirse que ese es un interés importante de los Estados Partes. Mas resulta difícil determinar si se trata de un interés esencial, especialmente cuando parece que ese interés está ocasionalmente menguando.

Por otra parte, este tipo específico de tratado es de interés para los inversionistas y, para ellos, la cuestión es esencial. El tribunal concluye que a los efectos del presente caso, y teniendo en cuenta el Tratado exclusivamente en el contexto de los Estados Partes, no se ha afectado gravemente un interés esencial del Estado con relación al cual existe la obligación, como tampoco de la comunidad internacional en su conjunto.

En consecuencia, la invocación de necesidad no quedaría excluida en este aspecto.

Violación de la obligación internacional único medio de conjurar el peligro grave e inminente

La adopción por un Estado de un comportamiento no conforme a una obligación internacional que le liga a otro Estado, debe representar para ese sujeto el único medio de conjurar el peligro extremadamente grave e inminente que percibe. El comportamiento en

cuestión debe resultar indispensable en su totalidad, y no sólo en parte, para preservar el interés amenazado. Una vez alejando el peligro, la persistencia en ese comportamiento lo torna ilícito, por lo que, en el caso de resultar aun materialmente posible, debe reanudarse el cumplimiento de la obligación internacional afectada ¹⁶.

Cabe preguntarse si las medidas adoptadas por la República Argentina eran el “único modo” que tenía el Estado para salvaguardar un interés esencial. Este aspecto es discutible. Las opiniones de las partes y de destacados economistas tienen diferencias cruciales en esta materia, que van desde el apoyo a esas medidas hasta el análisis de una amplia gama de alternativas, entre ellas, dolarizar la economía, otorgar subsidios directos a la población o las industrias afectadas y muchas otras. Establecer cuál de esas políticas hubiera sido la mejor es una decisión que excede de las atribuciones del tribunal, cuya labor se limita a establecer si existía uno solo o varios modos para esa salvaguardia y, en consecuencia, si se han cumplido o no los requisitos que permiten excluir la ilicitud.

El comentario de la Comisión de Derecho Internacional al efecto de que la invocación de necesidad queda “excluida si existen otros medios (de otro modo lícitos) disponibles, aunque pudiesen ser más onerosos o menos convenientes”, es convincente, lo que permite al tribunal concluir que las medidas adoptadas no eran las únicas disponibles ¹⁷.

El sujeto que invoca la necesidad no tiene que haber dado lugar/contribuido a la aparición del peligro

Sobre este particular, en la C.D.I., en 1980 se extendió el jurista Riphagen. A fin de evitar problemas al momento de interpretar este requisito, Riphagen propuso en la C.D.I. sustituir, del proyecto de art. 33 de Ago, las palabras *se debe a* por *las hubiera podido razonablemente ser evitado por él*, otros miembros de la Comisión (Jagota, Barboza, Tsuruoka y Pinto) preferían sustituir el *se debe a* por *ha contribuido al* nacimiento de la situación de necesidad. Para Ago el término *contribución* podía ser demasiado laxo y capaz de privar injustamente de la posibilidad de invocar el estado de necesidad a un Estado que pudiendo haber contribuido de algún modo al nacimiento de una situación de necesidad ésta no puede realmente considerarse que se debe a él ¹⁸. El art. 33.2.c del proyecto de la C.D.I. reza: “c) si el Estado de que se trata ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad” ¹⁹.

La causa del peligro puede ser de cualquier fuente, salvo la “voluntad” del sujeto que realiza el hecho necesitado.

En los comentarios de la C.D.I. se aclara que esta contribución debe ser “lo suficientemente importante y no simplemente indirecta o secundaria”.

En el caso que analizamos, a pesar de la opinión de las partes, que argumentan que todos los factores que contribuyeron a la crisis fueron endógenos (CMS) o, por el contrario, exógenos (demandado), el tribunal está convencido en este aspecto que la crisis, como la mayoría de su tipo, reconoce sus orígenes en ambas clases de factores e incluye variadas dimensiones nacionales e internacionales. Esta es una consecuencia inevitable del funcionamiento de una economía global donde interactúan factores internos e internacionales.

En consecuencia, hay que determinar si acaso la contribución de Argentina a la crisis ha sido lo suficientemente importante. Luego de examinar las circunstancias de la controversia, el tribunal debe concluir que ese fue en efecto el caso. La crisis no fue generada por un gobierno en particular y reconoce sus orígenes en la crisis del decenio de 1980, agravada por las políticas gubernamentales de los años noventa, que alcanzó su punto máximo en el 2002 y los años subsiguientes. De ahí que el tribunal debe tener en cuenta que las políticas gubernamentales y sus limitaciones contribuyeron de manera importante a la crisis y la emergencia. Si bien los factores exógenos condujeron a dificultades adicionales, ellas no eximen de responsabilidad al demandado en esta materia.

Carácter transitorio de la necesidad que motiva el incumplimiento de la norma internacional

El tribunal destaca la naturaleza transitoria de la necesidad, por lo que superada dicha situación se reanuda el deber de cumplir la obligación asumida con los inversionistas en el caso que nos ocupa. Tiene presente que el art. 27 del proyecto de artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos dispone que la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud se entenderá sin perjuicio de: “a) el cumplimiento de la obligación de que se trate, en el caso y en la medida en que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir”.

Las partes no controvierten el carácter transitorio de la crisis argentina pues consideran evoluciona hacia la normalidad a lo largo de un período de tiempo.

IV. Conclusión

Para la invocación del estado de necesidad se deben cumplir todas las condiciones antes indicadas de manera acumulativa, por cuanto el tribunal luego de analizar cada una de ellas concluyó que en el caso analizado hay elementos de necesidad parcialmente presentes en algunos aspectos, pero cuando se analizan los distintos elementos, condiciones y límites en su conjunto, no puede concluirse que esos elementos cumplen con la exigencia de un carácter acumulativo. Este hecho por sí mismo lleva a la conclusión inevitable de que no se han cumplido plenamente los requisitos relativos al estado de necesidad requeridos por la costumbre internacional como para permitir que se excluya la ilicitud de los actos del demandado.

Atento las consideraciones efectuadas en las líneas anteriores, podemos concluir que para que esta causal pueda ser invocada y se haga lugar en supuesto de incumplimiento de obligaciones financieras motivadas por graves dificultades económicas, se tendrá que ponderar el carácter relativo del requisito de no haber contribuido a tal estado de situación y de ser el único modo de evitar el peligro, pues de lo contrario difícilmente se reconozca una situación de necesidad que pueda excluir la ilicitud del comportamiento de un sujeto internacional.

Por último, en lo que respecta al caso *CMS*, nos referimos brevemente, a la solicitud de anulación del laudo del 12 de mayo de 2005, presentada por la República Argentina fundada en dos de las cinco causales contempladas en el art. 52 (1) del Convenio del CIADI, a saber:

- a) que el Tribunal se había extralimitado manifiestamente en sus facultades;
- b) que había omitido expresar los motivos en los que se fundó al fallar.

El Comité ²⁰, en su Decisión sobre Anulación del 25 de setiembre de 2007, declaró identificar errores y defectos al examinar el laudo, pero conforme su limitado mandato, sólo pudo acoger la solicitud argentina en los que respecta a la cláusula paraguas y rechazar las demás peticiones.

V. Laudo arbitral del CIADI en el caso *LG&E Energy Corp. y otros contra la República Argentina* del 3 de octubre de 2006²¹

Seguidamente nos referimos al laudo arbitral pronunciado en el caso *LG&E Energy Corp. contra la República Argentina* debido a la importancia que éste reviste desde el punto de vista del estado de necesidad, instituto invocado por la demandada y que el tribunal acogió favorablemente. Este laudo marca un hito muy importante si tomamos en cuenta que en mayo de 2005 también un tribunal arbitral del CIADI, tal como vimos en las páginas anteriores, no hizo lugar al estado de necesidad invocado por la República Argentina. Existen muchas similitudes entre el caso antes referido *CMS* y el presente, pero la gran diferencia está dada por la aceptación del estado de necesidad como circunstancia excluyente de ilicitud en el último laudo pronunciado.

Debemos tener en cuenta que tanto en el caso *CMS* como en *LG&E* un tribunal arbitral *ad hoc* fue quien dirimió la controversia; a partir de este punto debemos focalizar nuestro análisis, pues este medio de solución de controversias permite que cada tribunal ponga su sello particular a su pronunciamiento en base a una interpretación del derecho que puede alejarse de los antecedentes jurisprudenciales, tal como ocurrió en el caso al que nos referiremos.

Cabe destacar que si bien la defensa argentina, en cuanto a la existencia de una situación de emergencia excepcional, sigue la misma línea que la planteada en el caso *CMS*, el tribunal tiene una composición diferente aun cuando el árbitro designado por la demandada es el mismo. Este es sin duda un elemento a tomar en consideración.

En los párrafos que siguen presentamos el laudo de octubre de 2006, destacamos aquellos puntos que resultan indispensables para la comprensión del tema objeto de nuestro análisis.

Las partes en la controversia

LG&E Energy Corp. y LG&E Capital Corp. son sociedades constituidas de conformidad con las leyes de *Commonwealth* del Estado de Kentucky (EE.UU.). Por su parte, LG&E International Inc. es una corporación constituida bajo las leyes del Estado de Delaware (EE.UU.).

LG&E posee participación accionaria en tres compañías distribuidoras de gas, constituidas en Argentina, por el propio Estado argentino:

- Distribuidora de Gas del Centro (“Centro”)
- Distribuidora de Gas Cuyana S.A. (“Cuyana”)
- Gas Natural BAN S.A. (“GasBan”).

LG&E posee el porcentaje mayoritario de las acciones en Centro y el minoritario en GasBan y Cuyana.

La demandada es la República Argentina que, como los Estados Unidos de América, es parte del *Convenio para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados*²². El *Tratado Bilateral entre los Estados Unidos de América y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones* (TBI) fue suscrito el 14 de noviembre de 1991 y entró en vigor el 20 de octubre de 1994.

El demandante designó como árbitro al profesor Albert Jan van den Berg, nacional de los Países Bajos.

La República Argentina, el 26 de agosto de 2002, designó como árbitro al juez Francisco Rezek, nacional de Brasil (el mismo árbitro que constituyó el tribunal arbitral que dirimió la controversia en *CMS* contra Argentina).

El secretario general del CIADI, con el visto bueno de las partes, nombró como presidenta del tribunal de arbitraje a la doctora Tatiana B. de Maekelt, nacional de Venezuela.

Antecedentes del caso

El 31 de enero de 2002 las demandantes presentaron al secretario general del CIADI la solicitud de arbitraje, de conformidad con el art. 36 (3) del Convenio del CIADI y, de acuerdo con la Regla 7 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje.

La República Argentina presentó excepciones a la Jurisdicción del Centro. Pero el tribunal, el 30 de abril de 2004, emitió su Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, en la cual estableció que el CIADI tenía jurisdicción y el tribunal competencia para conocer la controversia.

El tribunal para el análisis de los antecedentes de la controversia comenzó desarrollando la situación económica-política y social vivida en la República Argentina desde fines de la década del ochenta, período en que comenzó una grave crisis económica que entiende se encuentra en el origen de todos los acontecimientos que tuvieron lugar posteriormente ²³.

Finales de los años '80 y años '90

A finales de los años '80, Argentina sufrió una crisis económica caracterizada por una profunda recesión e hiperinflación. El gobierno argentino ante ello y como parte de un plan de recuperación económica inició un proceso de privatización con la promulgación de la ley de reforma del Estado en agosto de 1989.

En marzo de 1991, se promulgó la ley 23.928, ley de convertibilidad (tasa de cambio fija, austral = dólar de Estados Unidos, prohibición de indexar precios).

Uno de los objetivos del plan de gobierno fue la privatización de Gas del Estado S.E., empresa monopólica estatal de transporte y distribución de gas natural.

Para implementar su plan, el gobierno promulgó, en junio de 1992, la ley del gas o "MRG", la cual adoptó una estructura tarifaria de acuerdo con la cual ENARGAS (Ente Nacional Regulador del Gas) cobraría las tarifas a partir del precio pagado por los consumidores. ENARGAS debía fijar las tarifas máximas por un período de cinco años. Al final de este período, las tarifas debían ser revisadas y ajustadas.

El Reglamento de la ley del gas fue implementado a través del decr. 1738/92, del 28 de septiembre de 1992. De conformidad con sus regulaciones, las tarifas de transporte y distribución serían calculadas en dólares de los Estados Unidos y luego serían convertidas en pesos argentinos.

El gobierno no podría rescindir o modificar las licencias sin el consentimiento de las licenciatarias.

El 7 de diciembre de 1992, el gobierno adoptó, mediante el decr. 2255/92, las Reglas Básicas de la licencia, las cuales complementaron la ley del gas y su Reglamento, estableciendo el prototipo de licencia para la distribución y transporte de gas natural. Este prototipo incluyó un cronograma de tarifas máximas para los primeros cinco años de prestación del servicio (1993-1997). Las Reglas Básicas de la licencia obligaban al gobierno a compensar a las licenciatarias por cualquier pérdida derivada de los cambios en el sistema tarifario garantizado en ellas. Dichas reglas implementaron una revisión semestral de las tarifas, basada en el índice de precios al productor de los Estados Unidos de América (IPP), la cual se llevaría a cabo en enero y junio de cada año ("ajuste por IPP").

Por el decr. 1189/92, publicado el 17 de julio de 1992, Argentina aprobó el procedimiento para la privatización de Gas del Estado S.E. Esta empresa fue reestructurada y dividida en dos unidades dedicadas al transporte y ocho dedicadas a la distribución, cada una responsable por cada región geográfica del país. Cada una de estas diez unidades fue transferida a las compañías recién creadas, las cuales operarían sobre la base de una licencia regida por las normas legales correspondientes.

Mediante la Resolución N° 874/92, la Secretaría de Obras y Servicios Públicos inició un proceso internacional de licitación, de conformidad con el pliego de bases y condiciones para la licitación.

Tres compañías argentinas de inversión fueron creadas como vehículo para la adquisición de acciones: i) *Inversora de Gas del Centro S.A.* para adquirir las acciones privatizadas de Centro; ii) *Invergás S.A.* para adquirir las acciones privatizadas de GasBan, y iii) *Inversora de Gas Cuyana S.A.* para adquirir las acciones privatizadas de Cuyana. Los ganadores de la licitación o sus afiliados se hicieron accionistas de las respectivas compañías de inversión, y luego intervinieron en los acuerdos de transferencia con la demandada, relativos a las participaciones objeto de este arbitraje.

Confianza en las garantías legales ofrecidas por el gobierno argentino para la privatización de la industria energética, las demandantes decidieron comprar acciones en tres licenciatarias en

el mercado de la distribución del gas. En febrero de 1997, LG&E compró en Centro un 45,9% de las acciones y un 14,4% de acciones en Cuyana. En marzo de 1999, LG&E compró un 19,6% de acciones en GasBan.

Crisis económica e inicio del conflicto, 1999-2001

A fines de los noventa, nueva crisis económica en Argentina. En el tercer trimestre de 1998, la economía argentina cayó en un período de recesión que se prolongó por cuatro años y provocó, en opinión de la demandada, la peor crisis económica en Argentina.

El 10 de diciembre de 1999, el Dr. Fernando de la Rúa asumió la presidencia de Argentina. Su administración trató de mantener la paridad del peso con el dólar.

Las tarifas de los contratos de servicios públicos debían ser ajustadas en enero de 2000, sobre la base del IPP. Argentina consideró que los ajustes pendientes no eran razonables, pues implicaban un incremento de las tarifas en un contexto de recesión y deflación.

El gobierno argentino solicitó una suspensión temporal del ajuste semestral por IPP. En enero de 2000, el gobierno y las licenciatarias llegaron a un primer acuerdo (acta acuerdo), a través del cual estas últimas aceptaron suspender, por una vez, por seis meses, el ajuste semestral correspondiente a enero del 2000. Aunque las licenciatarias habían aceptado la suspensión del ajuste por IPP sólo durante un período, el gobierno argentino las instó a aceptar una segunda suspensión, que incluyera los ajustes previamente pospuestos y que, según lo estipulado en el acta acuerdo del 6 de enero de 2000, deberían comenzar a ser recuperados el 1 de julio del mismo año. En agosto de 2002, las licenciatarias y el gobierno acordaron una segunda suspensión de los ajustes hasta el 30 de junio de 2002.

La crisis argentina se profundizó aún más a finales de 2001. El gobierno experimentó serias dificultades para cumplir con su deuda extranjera. El 1 de diciembre de 2001, el gobierno dictó el decr. 1570/01, "Corralito", restringiendo los retiros y prohibiendo las transferencias al extranjero. El presidente De la Rúa y su gabinete dimitieron el 20 de diciembre de 2001. Una sucesión de presidentes asumió y dimitió de la presidencia en muy corto tiempo. El Dr. Eduardo Duhalde asumió la presidencia e implementó un nuevo plan económico, el cual contenía las medidas que constituyen la controversia adicional de las demandantes. El 6 de enero de 2002, el Congreso dictó la ley 25.561, ley de emergencia pública y de reforma del régimen cambiario. Esta ley derogó la ley de convertibilidad, terminando con la paridad entre el peso argentino y el dólar de los Estados Unidos. Igualmente, previó la conversión en pesos argentinos de las deudas con el sistema bancario, las derivadas de contratos de gerencia regidos por el derecho público, y aquéllas derivadas de acuerdos privados. Además ordenó la renegociación de acuerdos públicos y privados para adaptarlos al nuevo sistema cambiario.

La ley de emergencia adoptó medidas que modificaron los contratos de servicios públicos, incluyendo el cálculo de las tarifas en pesos, en lugar de dólares; abolió todas las cláusulas que establecían ajustes de tarifas en dólares u otras monedas extranjeras; eliminó todos los mecanismos de indexación; y ordenó al Ejecutivo Nacional la renegociación de los contratos de servicio público.

El 12 de febrero de 2002, Argentina anunció la renegociación de todos los contratos de servicios públicos. Mediante el decr. 293/02, las licencias para el transporte y la distribución del gas natural fueron sometidas a renegociación obligatoria, a través del Comité de Renegociación, dependiente del Ministerio de Economía. De conformidad con el decreto, el gobierno podría, o bien renegociar los contratos, o bien rescindirlos. A través de la Resolución N° 38/02, dictada el 9 de marzo de 2002, se ordenó a ENARGAS suspender toda revisión y ajuste de tarifas o precios.

El 25 de mayo de 2003, el Dr. Néstor Kirchner asumió la presidencia de Argentina, luego de una elección popular realizada el 26 de abril de 2003. La demandada declara que con la

nueva administración comienza un período de estabilización a nivel federal (Memorial de Contestación de la Demandada, § 317).

Derecho aplicable al fondo del litigio

Las demandantes afirman que sus pretensiones derivan del TBI y, en consecuencia, el derecho aplicable está conformado por las disposiciones del Tratado y el derecho internacional general. Para las demandantes, este enfoque se desprende del art. 42 (1), primera parte, del Convenio del CIADI. Desde la perspectiva de las demandantes, el derecho argentino es simplemente la “base fáctica” para las demandas regidas por el Tratado y el derecho internacional (Memorial de las Demandantes, §§ 155-156).

La demandada no niega la aplicación del Tratado Bilateral, pero entiende que, en vista de la ausencia la elección del derecho aplicable, la relación entre LG&E y el gobierno argentino debería someterse a la segunda parte del art. 42 (1) del Convenio del CIADI, que consagra la prelación de las fuentes y, en consecuencia, deberá aplicarse, en primer lugar, el derecho argentino. La demandada señala que “cuando un inversor se dirige a un Estado para realizar una inversión, se somete -al igual que los inversores nacionales- a las leyes del país en el que efectúa la inversión” (Memorial de Contestación de la Demandada, § 25). Argentina destaca la insuficiencia del Tratado para regir este caso, particularmente si se tiene presente el contenido del derecho sustantivo argentino relacionado con el tratamiento de la inversión extranjera.

El art. 42 (1) del Convenio del CIADI dispone: “(1) El tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”.

El tribunal entiende que esta norma consagra la autonomía de las partes para la elección del derecho aplicable al fondo de la controversia en los arbitrajes administrados por el CIADI. En caso de no haber elección del derecho aplicable, el tribunal arbitral deberá recurrir a la segunda parte de la norma.

En consecuencia, el tribunal aplicó para decidir la controversia en primer lugar, el Tratado Bilateral, en segundo lugar, y a falta de regulaciones expresas de este último, aplicará el derecho internacional general y, en tercer lugar, el derecho interno argentino, especialmente el MRG, dictado para el sector del gas natural.

VI. Determinación de la responsabilidad

Art. II (2)(a) del TBI: trato justo y equitativo

LG&E alega que la República Argentina incumplió el art. II (2)(a) del Tratado Bilateral, el cual garantiza que la inversión de LG&E en Argentina ha de recibir un trato justo y equitativo.

En opinión de las demandantes, al firmar el Tratado, Argentina hizo promesas a los Estados Unidos con relación al tratamiento que daría a las inversiones de nacionales de ese país en Argentina. En el art. II, Argentina acordó mantener un ambiente igualitario para todas las inversiones, domésticas y extranjeras, por igual, libre de leyes y reglamentos arbitrarios y discriminatorios, que persiguieran el fin último de la justicia y la equidad y ofrecieran completa protección y seguridad a las inversiones de ciudadanos norteamericanos.

Las demandantes explican que el trato justo y equitativo en el contexto de este Tratado requiere un marco jurídico estable y predecible para regular las inversiones.

Las demandantes afirman que Argentina trató la inversión de LG&E en forma injusta e inequitativa. En *primer* lugar, Argentina incumplió las garantías que había ofrecido a los

inversionistas extranjeros cuando los indujo a invertir en su territorio. En *segundo* lugar, Argentina le dio a la industria de distribución del gas, entre otras industrias que prestaban servicios públicos, un trato menos favorable que el dado a los diferentes sectores de la economía. En *tercer* lugar, Argentina formuló cargos públicos contra los inversionistas y amenazó a las licenciatarias para que presionaran a las compañías de distribución de gas, para que renuncien a sus derechos y renegocien los términos de las licencias. En *cuarto* lugar, Argentina exigió a las licenciatarias el estricto cumplimiento de los términos de las licencias, mientras congelaba las tarifas de distribución del gas y, *finalmente*, las demandantes alegan que Argentina impidió a las licenciatarias ejercer acciones judiciales o arbitrales (Memorial de las Demandantes, § 171).

El tribunal concluyó que Argentina violó el estándar del trato justo y equitativo previsto por el Tratado Bilateral, por las razones que se expresan a continuación.

Apenas superada la crisis de finales de 1980, Argentina creó un plan de recuperación económica dependiente, principalmente, del capital extranjero.

Argentina, juntamente con la banca de inversión, diseñó atractivos paquetes jurídicos que garantizaban protección a cada una de las preocupaciones de los inversionistas extranjeros con relación al riesgo país argentino. En vista de tales riesgos, las demandantes confiaron en garantías claves que ofrecían la ley del gas y su Reglamento: que el cálculo de las tarifas debía hacerse primero en dólares americanos para luego ser convertidos a pesos; que las tarifas serían sometidas a ajustes semi- anuales en base al IPP; que las tarifas debían proveer ganancias suficientes para cubrir todos los costos y permitir una tasa razonable de retorno; y, que habría una compensación en el caso de que el gobierno alterase este esquema tarifario. Al crear expectativas específicas entre los inversionistas, Argentina estaba vinculada por sus obligaciones relativas a las garantías ofrecidas a las inversiones, en particular para con las licenciatarias de distribución del gas. La derogatoria de estas garantías específicas viola la estabilidad y previsibilidad que yace en el estándar de trato justo y equitativo.

Específicamente, fue injusto e inequitativo sancionar una ley revocando la garantía contenida en el decr. 1738/92 relativa al cálculo de las tarifas en dólares americanos para luego ser convertidos a pesos. Tal y como señalan las demandantes, ésta no era simplemente una política económica y monetaria del gobierno argentino, materializada en la ley de convertibilidad; por el contrario, era una garantía del sistema tarifario. Tal garantía era especialmente importante para la protección de la inversión, hecha en dólares, de una subsiguiente devaluación del peso.

Argentina también actuó injusta e inequitativamente cuando derogó las garantías incluidas en la ley del gas y su Reglamento, afectando negativamente el sector de la distribución del gas pero no a otros sectores de la economía.

También la demandada actuó de manera injusta e inequitativa cuando prematuramente abandonó el sistema de ajuste de tarifas por el IPP y congeló las tarifas antes del inicio de los desórdenes públicos y las amenazas a su seguridad en diciembre del 2001. Igualmente, se rehusó a reasumir los ajustes, luego de que se normalizaran las condiciones en abril de 2003 y, por el contrario, forzó a las licenciatarias a renegociar sus licencias. Los antecedentes han demostrado que el ajuste por el IPP, que inicialmente sólo iba a ser pospuesto, fue abandonado por completo y luego derogado mediante “negociación”. Actuó de manera injusta e inequitativa al forzar a las licenciatarias a renegociar los contratos de servicios públicos y a renunciar a su derecho de demandar al gobierno argentino, con el riesgo de la rescisión de sus contratos. Aunque el MRG contempla la posibilidad de renegociación de los contratos de servicios públicos, en la práctica no se llevó a cabo una verdadera renegociación, sino más bien se impuso un proceso.

Asimismo, la Resolución N° 38/02, publicada el 9 de marzo de 2002, en la cual se ordenó a ENARGAS suspender todas las revisiones de las tarifas y abstenerse de hacer cualquier ajuste de tarifas o precios, constituye una violación del estándar del trato justo y equitativo.

No obstante, el tribunal reconoce las dificultades económicas por las que atravesó Argentina durante ese período, también es consciente de que la realidad política y social pudo

haber influenciado la respuesta del gobierno ante las cada vez mayores dificultades económicas. Ciertamente, LG&E tenía conocimiento de los riesgos inherentes a su inversión en un Estado extranjero.

Pero, en el presente caso, el tribunal estima que Argentina se extralimitó desmontando totalmente el marco jurídico establecido.

Art. II (2)(b): medidas arbitrarias y discriminatorias

Medidas discriminatorias

Las demandantes alegan que el gobierno argentino adoptó medidas que resultaron ser discriminatorias en contra del sector de gas de transporte y distribución si se compara con el de producción. Los grandes consumidores industriales y otros sectores que no estuvieran dominados en su totalidad por inversionistas extranjeros, tales como los sectores de energía alternativa y el público. A su juicio, esta discriminación viola el art. II (2)(b) del Tratado Bilateral, de acuerdo con el cual "... [ninguna de las Partes menoscabará, en modo alguno, mediante la adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias, la dirección, la explotación, el uso, el usufructo, la adquisición, la expansión o la liquidación de las inversiones]".

El tribunal concluye que las demandantes trataron a las compañías de distribución de gas de forma discriminatoria, al imponerles medidas más estrictas que a otros sectores prestadores de servicios públicos. No obstante, las demandantes no lograron probar que las medidas dictadas por el gobierno argentino estuvieran apuntadas específicamente a la inversión extranjera de las demandantes.

Ciertamente, todas las compañías de distribución de gas se vieron afectadas por la crisis económica y por las medidas del gobierno, al igual que todas las compañías prestadoras de servicios públicos. Sin embargo, Argentina suspendió el ajuste por IPP a la industria del gas dos años antes de sancionar la ley de emergencia. Tampoco sometió a la misma medida a compañías como las de distribución de agua y electricidad, ya que continuó ajustando las tarifas de estas compañías hasta la sanción de la ley de emergencia. Al contrario, a las compañías de distribución de gas las sometió a un régimen desfavorable para la conversión de sus obligaciones y tarifas a pesos. Aunque no se probó que estas medidas se hayan implementado para causar daños a la inversión extranjera de las demandantes, hubo evidente discriminación entre las compañías distribuidoras del gas con relación a otras compañías como la del agua y la electricidad.

Medidas arbitrarias

Las demandantes califican la conducta del gobierno argentino con las licenciatarias de distribución de gas, como arbitraria, en violación del art. II (2)(b) del Tratado Bilateral. Para que constituya un acto "arbitrario", las demandantes afirman que ha de tratarse de un acto "de menosprecio por el imperio del derecho" (Memorial de las Demandantes, § 176).

Las demandantes afirman que cuando Argentina tomó medidas contra las licenciatarias de distribución de gas y otros servicios públicos, actuó menospreciando el imperio del derecho.

La demandada señaló que las medidas no fueron arbitrarias, por el contrario, resultaron razonables y proporcionadas con relación al fin perseguido. A decir de Argentina, el régimen tarifario no fue desmantelado sino modificado por las medidas que el gobierno se vio forzado a tomar durante la crisis económica. Afirmó que la pesificación no resultó arbitraria ni discriminatoria. Si no se hubiera pesificado, muchos consumidores no habrían podido tener acceso al servicio de gas, resultando en el descalabro de las propias industrias de distribución y las tarifas hubiesen dejado de ser justas para pasar a ser abusivas.

Según la demandada, ninguna de las medidas tomadas por el gobierno argentino pueden calificarse como arbitrarias ni discriminatorias, por el contrario, ellas fueron proporcionadas y razonables considerando las circunstancias, por tanto no violan el art. II (2)(b) del Tratado Bilateral (Alegatos Post-Audiencia de la Demandada, § 112).

El tribunal concluyó que las medidas tomadas por Argentina no fueron arbitrarias y, por tanto, no violaron el art. II (2)(b) del Tratado.

Artículo II (2)(c): cláusula paraguas

El art. II (2)(c) del Tratado Bilateral provee que “cada parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones”.

Esta “cláusula paraguas” es una disposición general incluida en un amplio número de tratados bilaterales, que constituye un requerimiento para el Estado receptor, de cumplir con todas las obligaciones asumidas con inversionistas extranjeros, incluidos aquellos con los cuales el compromiso haya sido asumido por vía contractual. De manera que las obligaciones de fuente contractual reciben una especie de protección extra, en virtud de su consideración por el Tratado Bilateral.

VII. Conclusión del tribunal

La derogatoria hecha por Argentina de las garantías incluidas en el marco legal -cálculo de las tarifas en dólares, ajustes semi-anales de las tarifas basadas en el IPP y la prohibición de controlar los precios sin compensación- constituyó una violación de sus obligaciones para con las inversiones de las demandantes. Argentina asumió estas obligaciones específicas con inversionistas extranjeros, como LG&E, al sancionar la ley del gas y otras regulaciones y luego promocionar estas garantías en el Memorando de Información, para inducir la entrada de capital extranjero con miras a iniciar el programa de privatización en los sectores de servicios públicos. Estas leyes y reglamentos se transformaron en lo que se entiende por obligaciones según el art. II (2)(c), al estar dirigidos a inversionistas extranjeros y al aplicar específicamente a sus inversiones. Lo anterior genera responsabilidad a la luz de la cláusula paraguas.

VIII. Consideraciones sobre la expropiación indirecta

LG&E solicitó al tribunal que declare la expropiación de su inversión en el sector de distribución de gas argentino, sin compensación, en violación del art. IV que señala entre otros que: “1. Las inversiones no se expropiarán o nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (‘expropiación’), salvo por razones de utilidad pública, de manera no discriminatoria y mediante pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato dispuestos en el párrafo 2 del artículo II”.

LG&E presenta su demanda por expropiación calificándola como indirecta. Es decir, LG&E afirma que el tratamiento del gobierno argentino de la inversión de LG&E en las licenciatarias constituyó una expropiación indirecta de su inversión puesto que el valor de las acciones de LG&E en las licenciatarias se ha reducido en más de un 90% como resultado de la derogatoria de las principales garantías del sistema tarifario ejecutadas por la demandada (Memorial de las Demandantes, § 180).

La demandada niega la procedencia de la expropiación bajo el art. IV del Tratado Bilateral. Afirma que para que el gobierno argentino hubiese expropiado directa o indirectamente la inversión de las demandantes, las medidas de expropiación han de ser diseñadas para transferir la propiedad al Estado. Según la demandada, la única diferencia entre la expropiación directa y la indirecta en este caso, es que en la expropiación indirecta no hay una transferencia formal de la propiedad, porque su propósito es, justamente, “enmascarar, disfrazar el evento expropiatorio y escapar a la responsabilidad consecuente” (Alegatos Post-Audiencia de la Demandada, § 103).

Tomando en consideración las circunstancias de este caso, y aunque el Estado adoptó medidas severas que, sin duda, tuvieron algún impacto sobre la inversión de las demandantes, afectando especialmente las ganancias esperadas, tales medidas no privaron a los inversionistas del derecho de goce de su inversión.

Aún más, no se puede afirmar que las demandantes hayan perdido control sobre sus acciones en las licenciatarias, aunque su valor haya fluctuado durante la crisis económica, o que no fueran capaces de controlar las operaciones del día a día de las licenciatarias, de forma distinta a como lo venían haciendo antes de que las medidas fuesen implementadas.

En consecuencia, el efecto de las acciones del Estado argentino no se ha reflejado permanentemente sobre el valor de las acciones de las demandantes y la inversión tampoco ha dejado de existir. Sin una privación permanente y severa de los derechos de LG&E con respecto a su inversión, o al menos, la casi completa privación del valor de la inversión de LG&E, el tribunal concluye que las circunstancias antes expuestas no constituyen una expropiación.

IX. El estado de necesidad

Posición de las partes

La demandada señala que si Argentina hubiese violado las obligaciones impuestas por el Tratado, el estado de crisis política, económica y social en el que cayó el país, justifican las acciones violatorias de las obligaciones que había asumido con respecto a las licenciatarias de distribución del gas. Por tanto, aun si las medidas adoptadas por el Estado para superar la crisis vivida en los años 1998 a 2003, infringieran los derechos consagrados en el Tratado, tales medidas se tomaron en un contexto de estado de necesidad. En consecuencia, durante este período Argentina queda exenta de responsabilidad.

La República Argentina construye su defensa en el marco del “estado de necesidad”, admitido por el derecho argentino, así como por el Tratado, en sus arts. XI y IV (3) y la costumbre internacional.

Las demandantes rechazan la defensa de la demandada referente al estado de necesidad y afirman que el art. XI no es aplicable a los casos de crisis económica, ya que los elementos de orden público y de intereses esenciales de seguridad tienen un ámbito de aplicación intencionalmente estricto, limitado a las amenazas a la seguridad de naturaleza física.

El art. XI del Tratado Bilateral establece: “El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad”.

El tribunal para determinar la aplicabilidad del art. XI del Tratado Bilateral hace un doble análisis. En primer lugar, analiza si las condiciones vividas en Argentina justificaban que el Estado invoque la protección consagrada en la norma antes citada. En segundo lugar, el tribunal determina si las medidas tomadas por Argentina fueron realmente necesarias para mantener el orden público o proteger un interés esencial de seguridad, a pesar de haberse violado el Tratado.

X. Naturaleza *self-judging* del art. XI

Frente a una obligación internacional es importante conocer quién es el juez que determinará la naturaleza y extensión de la obligación asumida y cuándo se ha dado cumplimiento a ella. Esta cuestión cobra particular importancia cuando estamos frente a una circunstancia de exclusión de ilicitud.

El T.I.J. ya se refirió a este tema en el caso *Gabcikovo-Nagymaros* y también el tema fue analizado en el caso *CMS* antes referido.

Antes de proceder al análisis material del art. XI, el tribunal debe determinar si este artículo es *self-judging*.

La demandada considera que sí lo es y afirma que, debido a la naturaleza *self-judging* de la disposición, es facultad del Estado determinar, de buena fe, cuando las medidas sean necesarias para el mantenimiento del orden público o la protección de sus intereses esenciales de seguridad. De acuerdo con la demandada, en el marco del carácter *self-judging* del art. XI del Tratado, el tribunal sólo debe decidir si Argentina actuó o no de buena fe.

Las demandantes no están de acuerdo con que el art. XI sea *self-judging*, y argumentan que su aplicación requiere un análisis por parte del tribunal, en orden a determinar si las medidas tomadas por Argentina respondieron a la necesidad de mantener el orden público o de mantener un interés esencial de seguridad para el Estado, en el sentido del art. XI.

Las demandantes sostienen que al art. XI debe dársele la interpretación literal por cuanto ni el contexto ni el propósito del Tratado sugieren que dicho artículo sea *self-judging*, y que la posición de los Estados Unidos en el momento de la firma del Tratado era que tales cláusulas no lo eran. Señalan que la demandada no ha probado que las partes tuvieron la intención de considerar el art. XI como *self-judging*, lo cual caracterizan como “excepcional”. Sostienen que los Estados Unidos no consideraron las cláusulas que protegen los intereses esenciales de seguridad como de naturaleza *self-judging* hasta la firma del Tratado Bilateral Estados Unidos-Rusia de 1992 y el cambio de modelo norteamericano de Tratado Bilateral de 1992, ambos posteriores al Tratado Bilateral Estados Unidos-Argentina y ambos con comentarios explícitos en cuanto al cambio de política de los Estados Unidos con respecto a estas disposiciones, ahora consideradas de naturaleza *self-judging*.

XI. Condiciones necesarias para la invocación del estado de necesidad

a) Carácter necesario de las medidas adoptadas. Existencia de un peligro grave e inminente para un interés esencial del Estado argentino

Argentina sostiene que las medidas que implementó eran necesarias para mantener el orden público y proteger sus intereses esenciales de seguridad. Argumenta que, independientemente de cómo se interprete la crisis financiera, los disturbios y el caos de los años 2000 al 2002 en Argentina, constituyeron una emergencia nacional, suficiente para invocar las protecciones brindadas por el art. XI.

Con relación al orden público, la demandada refuerza su argumento de la necesidad de las medidas haciendo referencia a los numerosos reportes de catástrofe económico repentina; de huelgas masivas involucrando millones de trabajadores; de fatídicos tiroteos; de cierre de las escuelas, negocios, de paralización del transporte, de la energía, de los bancos y del sistema de salud; de protestas a lo largo del país y de un decadente mercado bursátil. Estos reportes culminaron con “una masiva explosión social”, en la que cinco presidentes renunciaron en un mes. En vista de estas circunstancias, Argentina afirma que el control de precios ejercido por el gobierno argentino estuvo plenamente justificado bajo las disposiciones de orden público del art. XI. Adicionalmente, Argentina sostiene que las acciones para congelar el incremento de precios en el sector de la distribución del gas fueron justificadas para mantener la infraestructura básica del país, dependiente de la energía del gas natural.

También justifica las medidas adoptadas con base en la necesidad de proteger sus intereses esenciales de seguridad. Señala Argentina que el elemento “intereses esenciales de seguridad” del art. XI comprende intereses políticos y económicos, así como intereses militares de defensa. La demandada cita a numerosos funcionarios norteamericanos partidarios de dar una interpretación amplia al término “intereses esenciales de seguridad”.

La demandada rechaza el argumento de las demandantes según el cual la cláusula en discusión debería ser interpretada en sentido estricto, reservada únicamente para las acciones militares.

Desde la perspectiva de la demandada, la estabilidad económica forma parte de los intereses esenciales de seguridad de un Estado, en consecuencia, la demandada sostiene que las medidas tomadas fueron necesarias para proteger sus intereses económicos. Según la demandada, durante el período de la crisis, la salud y seguridad del Estado argentino y de su gente fue amenazada, y el descalabro económico tenía el potencial para causar el deterioro del Estado.

Las demandantes identifican las cuatro medidas discutidas, en este caso, suspensión y derogatoria de los ajustes por IPP, congelamiento de las tarifas de distribución del gas y abandono del cálculo de las tarifas en dólares -todas tomadas unilateralmente- y señalan que la demandada debe probar la necesidad de cada medida para proteger el orden público argentino y sus intereses esenciales de seguridad (Réplica, § 209). Según las demandantes, las medidas son “necesarias” cuando representan la única opción disponible para invocar la protección que brinda el art. XI. Ellas definen medidas de orden público como “acciones tomadas en base a los poderes de policía del Estado, relacionadas, particularmente, con la salud y la seguridad”. Partiendo de esta definición, afirman que las medidas discutidas en este caso no estaban dirigidas a calmar la debacle que amenazaba al país. En consecuencia, no pueden ser calificadas como medidas de orden público.

Respecto de los “intereses esenciales de seguridad”, las demandantes reiteran que no incluyen intereses económicos, sólo aquellos de defensa o los de tipo militar. Comparan los intereses esenciales del Estado con aquellos que amenazan la seguridad nacional, mientras que una “emergencia nacional”, circunstancia alegada por la demandada para invocar la protección del estado de necesidad, tiene un sentido completamente distinto. A juicio de las demandantes, las crisis económicas no deberían ser elevadas al nivel de interés esencial de seguridad y que, de hacerlo, se estaría violando el objeto y propósito del Tratado. Para las demandantes, es justamente durante las crisis económicas cuando los inversionistas requieren más de las protecciones del Tratado.

Las demandantes señalan que, en todo caso, el art. XI no releva a Argentina de su obligación de compensarlas por los daños sufridos a consecuencia de las violaciones del Tratado.

Las demandantes invocan el art. 27 del proyecto de Responsabilidad de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional. Afirman que, aun si la defensa que representa el estado de necesidad fuese aplicable en las circunstancias del caso concreto, el mencionado artículo aclara que las obligaciones de Argentina para con las demandantes no están extintas, por lo que Argentina debe compensar a las demandantes por las pérdidas en que incurrieron como resultado de las acciones del gobierno.

A juicio del tribunal arbitral, desde el 1 de diciembre de 2001 hasta el 26 de abril de 2003, Argentina estuvo sumida en un período de crisis, durante el cual fue necesario tomar medidas con miras a mantener el orden público y proteger sus intereses esenciales de seguridad.

El tribunal no ha considerado como fecha de inicio para el estado de necesidad, la de la entrada en vigor de la ley de emergencia, el 6 de enero de 2002, debido, en primer lugar, a que la emergencia ya había comenzado cuando se dictó la ley. En segundo lugar, si consideramos como fecha de inicio la sanción de la ley de emergencia, probablemente se consideraría lógico tomar como fecha de cierre el levantamiento de la emergencia por el Estado argentino, hecho que aún no ha ocurrido pues la vigencia de la ley se ha prorrogado varias veces.

Según el tribunal, Argentina a la luz del art. XI, queda eximida de responsabilidad por el incumplimiento del Tratado durante el período comprendido entre el 1 de diciembre de 2001 y el 26 de abril de 2003. La decisión se fundamenta a continuación:

Estas fechas coinciden, por una parte, con la medida de congelamiento de los fondos, que prohibía a los propietarios de cuentas bancarias retirar más de mil pesos mensuales y, por la otra, con la elección del presidente Kirchner. El tribunal ha establecido estas fechas como el

inicio y el fin del período de extrema crisis, tomando en consideración la notoriedad de los eventos ocurridos.

De la evidencia presentada ante este tribunal se deriva que las condiciones vividas en diciembre de 2001 representaron el grado de desórdenes públicos más alto y una amenaza a los intereses esenciales de seguridad argentinos. El período en cuestión no es simplemente un período de “problemas económicos” o de “fluctuación del ciclo de los negocios”. Una crisis extremadamente severa en los sectores económico, político y social, alcanzó su clímax en diciembre de 2001, amenazando con el colapso total del gobierno y del Estado argentino.

Desde principios de 1998, los niveles de desempleo, pobreza e indigencia gradualmente fueron aumentando hasta alcanzar límites intolerables en diciembre del 2001.

Todo este escenario negativo -económico, político y social- en su conjunto, activó las protecciones ofrecidas por el art. XI del Tratado, las cuales permitieron tomar medidas para mantener el orden público y controlar el descontento de la población.

El tribunal rechaza la interpretación según la cual el art. XI sólo es aplicable a circunstancias relacionadas con la acción militar o la guerra. Ciertamente, las condiciones vividas en Argentina desde diciembre de 2001 exigían una acción inmediata y decisiva, para restaurar el orden civil y detener la caída de la economía. Concluir que una profunda crisis económica no constituye un interés esencial de seguridad, sería minimizar el caos que la economía puede causar en las vidas de una población entera y en la capacidad de dirección del gobierno. Cuando las bases económicas de un Estado se encuentran sitiadas, la severidad del problema puede compararse con la de una invasión militar. El tribunal arbitral realiza una interpretación amplia de “interés esencial”, consecuente con la efectuada por la C.D.I. en 1980.

Las demandantes afirman que la necesidad de defensa no fue considerada, pues las medidas adoptadas por Argentina no eran la única respuesta posible a la crisis. El tribunal no está de acuerdo con esta afirmación, estima que el art. XI se refiere a situaciones en las cuales el Estado no tenga elección al actuar.

El tribunal determinó que dictar la ley de emergencia fue una medida necesaria y legítima del gobierno argentino. Bajo las condiciones que el gobierno enfrentó en el 2001, el tiempo era un factor esencial a tener en cuenta para ofrecer una respuesta.

Al elaborar la ley de emergencia, el gobierno consideró los intereses de los inversionistas extranjeros, y concluyó que “Nosotros no podíamos dejar que hubiese segmentos de la economía que estuviesen funcionando con el esquema de economía virtualmente dolarizada que venía en crisis sino que había que descontinuar ese proceso y establecer una nueva regla general para todos”. La estrategia de Argentina para atender miles de contratos del sector de los servicios públicos que no podían ser abordados individualmente fue implementar “soluciones generales” y luego renegociar los contratos. El tribunal acepta la necesidad de dictar una medida que detuviera la caída al abismo y, por tanto, rechaza el argumento de las demandantes según el cual esta respuesta unilateral era innecesaria.

El tribunal acepta que las disposiciones de la ley de emergencia que derogaron el cálculo de las tarifas en dólares estadounidenses, los ajustes en base al IPP y congelaron las tarifas, fueron medidas necesarias para combatir una crisis económica extremadamente seria.

El tribunal analiza el art. IV (3) del BIT, según el cual: “A los nacionales o sociedades de una Parte cuyas inversiones sufran pérdidas en el territorio de la otra Parte con motivo de guerra o de otro conflicto armado, revolución, *estado de emergencia nacional*, insurrección, disturbio civil o cualquier otro acontecimiento similar, la otra Parte les otorgará, un trato no menos favorable que el trato más favorable que otorgue a sus propios nacionales o sociedades o a los nacionales o sociedades de terceros países, respecto de las medidas que adopte con relación a tales pérdidas”.

Este artículo confirma que los Estados Parte del Tratado Bilateral contemplaron el estado de necesidad como una categoría separada de circunstancias excepcionales. Lo que está de conformidad con la interpretación dada por el tribunal del art. XI del Tratado. El tribunal ha determinado, como hecho notorio, que la gravísima crisis argentina duró desde el 1 de diciembre de 2001 hasta el 26 de abril de 2003. El tribunal, de acuerdo con las pruebas, no

considera que Argentina haya violado durante este período el art. IV (3) del Tratado. Por el contrario, durante este período las medidas tomadas por Argentina fueron “generales”.

El tribunal entiende que el concepto de estado de necesidad y los requisitos que para su procedencia se exigen, conducen a la idea de prevención. El Estado se cuida del riesgo de sufrir determinados daños, por ello, la posibilidad de alegar el estado de necesidad se ve rigurosamente delimitada por la exigencia de que se trate de un peligro grave e inminente y que no se pueda evitar por cualquier otro medio. Tales circunstancias, en principio, y así lo ha aceptado la Comisión de Derecho Internacional, fueron dejadas a la apreciación subjetiva del Estado. Sin embargo, convencida de que esta excepción, de necesario reconocimiento, se ha prestado a frecuentes abusos por parte de los Estados al proporcionar una “ocasión demasiado fácil de violar impunemente el derecho internacional”. La Comisión, en su proyecto de artículos sobre Responsabilidad de los Estados fijó condiciones muy restrictivas para su procedencia, reduciendo tal subjetividad.

b) Protección de un interés esencial del Estado necesitado

El interés, sujeto a protección, también debe ser esencial para el Estado. Lo que se considera un interés “esencial”, no debe entenderse limitado a aquellos intereses referidos a la existencia del Estado. Tal como lo ha demostrado la práctica, intereses económicos, financieros o relacionados con la protección del Estado frente a cualquier peligro que comprometa gravemente su situación interna o externa son también considerados intereses esenciales. Justamente, tratando de dar contenido a la expresión “intereses esenciales”, Roberto Ago se refirió a aquellos relacionados con “materias tan diversas como la economía, la ecología u otras”. Julio Barboza, por su parte, afirmó que la amenaza a un interés esencial sería identificada considerando, entre otros, “un peligro grave para la existencia del Estado, para su supervivencia política o económica, para el mantenimiento de las posibilidades de funcionamiento de sus servicios esenciales, para la conservación de la paz interior o para la conservación ecológica de su territorio”.

c) Amenaza de un peligro grave e inminente

El interés debe ser amenazado por un peligro grave e inminente. La amenaza, ante todo -ha dicho Roberto Ago- “ha de ser sumamente grave y actual”. Al respecto, el relator James Crawford ha sostenido que el peligro debe ser establecido objetivamente y no sólo ser considerado posible. Deberá ser inminente en el sentido de que ocurrirá pronto.

d) El hecho necesitado no debe afectar un interés superior del otro Estado

La acción tomada por el Estado no puede afectar un interés esencial de otro Estado. A este respecto, la C.D.I. ha señalado que el interés sacrificado en aras de la necesidad debe ser, evidentemente, menos importante que el interés que con ello se quiere preservar. Con tal precisión se buscó descartar la posibilidad de invocar el estado de necesidad, para la salvaguarda de intereses no esenciales.

Al igual que en CMS, el tribunal entendió que con las medidas adoptadas por la demandada a los fines de salvaguardar su interés esencial, no se afectó gravemente un interés esencial del otro Estado con relación al cual existe la obligación internacional violada, como tampoco de la comunidad internacional en su conjunto.

e) Violación de la obligación internacional único modo de conjurar el peligro grave e inminente

Se requiere que la violación de la obligación internacional sea el único medio a disposición del Estado para salvaguardar el interés esencial del Estado. De acuerdo con S.P. Jagota, miembro de la Comisión, tal requisito implica que el daño a sus intereses esenciales no haya podido “evitarse por ningún otro medio, incluso mucho más oneroso, que hubiera podido adoptarse manteniendo el respeto de las obligaciones internacionales... El Estado debe haber agotado todos los medios jurídicos posibles antes de verse obligado a obrar como lo hace”²⁴. Mas, debe considerarse que todo lo que rebase los límites de lo estrictamente necesario “no

puede dejar de constituir en sí mismo un hecho ilícito, aun cuando, por lo demás, la justificación de la necesidad haya sido admitida”.

A diferencia de lo dispuesto en el presente caso, en el laudo CMS, los árbitros entendieron que las medidas adoptadas por la República Argentina a fin de prevenir el daño grave e inminente no eran el “único modo” que tenía el Estado de salvaguardar su interés, pues existían una serie de alternativas posibles.

f) La obligación internacional debe permitir invocar el estado de necesidad

La obligación internacional en cuestión debe permitir la invocación del estado de necesidad. La inclusión de un artículo autorizando el estado de necesidad en un tratado bilateral de inversión, constituye la aceptación, en las relaciones entre Estados, de la posibilidad de que uno de ellos pueda invocar el estado de necesidad.

Tanto en el caso CMS como en el presente aplicamos en este punto los arts. XI y IV (3) del TBI, los cuales admiten la invocación del estado de necesidad. Sobre este punto se pueden consultar los argumentos esgrimidos por la Dra. Slaughter que fueron desarrollados en el punto a) *Existencia de una obligación internacional que surja de una norma dispositiva del derecho internacional* del análisis del caso CMS.

g) El Estado que invoca la necesidad no tiene que haber contribuido a la aparición del peligro

El Estado no debe haber contribuido a que se produzca el estado de necesidad. Parece lógico que si el Estado ha contribuido a causar la emergencia, le sea vedado el acceso a la invocación del estado de necesidad. Si media falta de parte del Estado, desaparece la excepción, pues, en ese caso, se produce la relación de causalidad entre la actuación del Estado y el daño causado. El tribunal considera que, en primer lugar, las demandantes no han probado que el Estado argentino contribuyera a la severa crisis que afrontaba el país; y, en segundo lugar, la actitud del gobierno argentino ha demostrado el deseo de frenar, a toda costa, la gravedad de la crisis.

En este punto, en el caso CMS, el tribunal sostuvo que la crisis fue generada por factores endógenos y exógenos. Que las políticas gubernamentales y sus limitaciones contribuyeron a la crisis y emergencia, las cuales no fueron originadas por un gobierno en particular y reconoce sus orígenes en los años ochenta. Este consideramos que es un de los puntos más importantes que marcan la diferencia entre lo resuelto por un tribunal y otro.

En resumen, los intereses esenciales de seguridad de Argentina estaban amenazados en diciembre de 2001. La existencia misma del Estado argentino, su sobrevivencia económica y política, las posibilidades de mantener operativos sus servicios esenciales y la preservación de su paz interna estuvieron en peligro. Por otra parte, no hay evidencia contundente de que Argentina haya contribuido a crear la situación de crisis que dio lugar al estado de necesidad. En estas circunstancias, un paquete de medidas para la recuperación económica resultó la única manera de resolver la inminente crisis.

Aunque existiesen otras alternativas para desarrollar el contenido del mencionado paquete de medidas para la recuperación económica, la evidencia presentada demuestra que una solución general fue necesaria, y la regulación de las tarifas de los servicios públicos tenía que incluirse en ellas. Tampoco puede decirse que los derechos de ningún otro Estado se vieran seriamente afectados por las medidas tomadas durante la crisis. Finalmente, se reitera que el art. XI del Tratado exime a Argentina de responsabilidad por las medidas tomadas durante el estado de necesidad.

Aunque este examen del art. 25 del proyecto sobre Responsabilidad de los Estados no exime por sí mismo de responsabilidad a Argentina, refuerza el análisis del tribunal con relación al significado del art. XI, en especial, el requisito de necesidad de las medidas para el mantenimiento del orden público y la protección de los intereses esenciales de seguridad argentinos.

Cumplidos los requisitos para invocar el estado de necesidad, el tribunal considera que éste es el factor eximente de la responsabilidad por los daños causados a consecuencia de las medidas que tomó Argentina en respuesta a la severa crisis que tuvo lugar en este país.

Con relación al art. 27 del proyecto de las Naciones Unidas alegado por las demandantes, el tribunal opina que el artículo en cuestión no se refiere específicamente a la compensación por alguna o por todas las pérdidas en las que haya incurrido un inversionista, debido a las medidas adoptadas por un Estado durante el estado de necesidad. El comentario del ponente especial establece que el art. 27 “*does not attempt to specify in what circumstances compensation would be payable*”. La norma no precisa si debe pagarse compensación durante el estado de necesidad ni tampoco si el Estado debe reasumir sus obligaciones. En este caso, la interpretación del art. XI del Tratado dada por el tribunal provee la respuesta.

Tomando en cuenta esta interpretación, el tribunal considera que el art. XI consagra el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud del comportamiento del Estado y, por ende, como eximente de responsabilidad.

Esta excepción sólo procede durante la situación de emergencia y, una vez concluida tal situación, es decir, una vez recuperada cierta estabilidad, el Estado no está exento de la responsabilidad en que pudiere incurrir por la violación de sus obligaciones conforme al derecho internacional y deberá reasumirlas inmediatamente.

Consecuencias del estado de necesidad

Una vez que el tribunal ha determinado que Argentina ha actuado en estado de necesidad consagrado en el art. XI, y de acuerdo al derecho internacional general, surgen tres aspectos relevantes:

El primero de ellos se refiere a la determinación del período durante el cual se produjo el estado de necesidad. Tal y como se estableció anteriormente, a juicio de este tribunal, se inició el 1 de diciembre de 2001 y finalizó el 26 de abril de 2003, fecha de la elección del presidente Kirchner. Todas las medidas tomadas por Argentina en violación al Tratado antes y después del período durante el cual se produjo el estado de necesidad, surten todos los efectos y serán tomadas en consideración por este tribunal en el cálculo de los daños.

La segunda cuestión relacionada con los efectos del estado de necesidad, se vincula con la determinación del sujeto sobre quien recaen las consecuencias de las medidas tomadas por el Estado receptor durante el estado de necesidad.

Tal y como se estableció en el análisis del tribunal, el art. 27 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, al igual que el art. XI del Tratado, no precisa si debe pagarse compensación a la parte que sufre pérdidas durante el estado de necesidad. En consecuencia, el tribunal determinó que las pérdidas sufridas durante el estado de necesidad deberán ser soportadas por el inversionista.

La tercera cuestión, está relacionada con lo que Argentina debió haber hecho, una vez terminado el estado de necesidad el 26 de abril de 2003. Al día siguiente (27 de abril), las obligaciones de Argentina recobraron su vigencia.

Por lo tanto, la demandada debió reestablecer el sistema tarifario ofrecido a LG&E o, al menos, haber compensado a las demandantes por las pérdidas sufridas como consecuencia de sus medidas antes del estado de necesidad y después de él.

XII. Conclusión del tribunal

Basado en el análisis del estado de necesidad, el tribunal concluye que, en primer lugar, dicho estado se inició el 1 de diciembre de 2001 y finalizó el 26 de abril de 2003; que, en segundo lugar, durante ese período Argentina queda exenta de responsabilidad, por lo cual las demandantes deberán soportar las consecuencias de las medidas tomadas por el Estado receptor; y finalmente, la demandada debió restablecer el sistema tarifario el 27 de abril de 2003 o haber compensado a las demandantes, lo cual no ocurrió. En consecuencia, a partir de esa fecha Argentina es responsable por los daños causados a las demandantes.

XIII. Conclusión

Como adelantábamos existen similitudes entre este caso y CMS, ambas controversias fueron sometidas al CIADI para su solución, en ambas se aplica el Tratado de protección de inversiones, suscripto entre Argentina y EE.UU., en ambas el demandante es un inversor en el rubro gas lo cual determina que lo reclamado en uno y otro caso sea similar y la legislación interna a ser aplicada la misma. Ambas controversias surgieron como consecuencia de las medidas económicas adoptadas por la demandada a fines de los años '90. Tanto en uno como en otro caso, la República Argentina opuso como defensa el estado de necesidad; en ambas el tribunal arbitral reconoció la naturaleza consuetudinaria de la defensa opuesta por la demandada, pero la diferencia fundamental radica en que recién en el caso *LG&E* el tribunal arbitral luego de analizarlo concluyó en que se reunían todas las condiciones necesarias para hacer lugar al estado de necesidad. Como habíamos adelantado, el tribunal tuvo que considerar en forma relativa dos de las condiciones requeridas para que se configure un supuesto de estado de necesidad (único modo de salvaguardar el interés esencial y que el Estado haya contribuido a la crisis), pues de lo contrario esta circunstancia de exclusión de ilicitud no tendría cabida en supuestos en los que se incumplen obligaciones financieras internacionales.

Como una característica propia de los tribunales arbitrales *ad hoc* vemos en estos casos cómo frente a prácticamente los mismos hechos y mismo derecho aplicable, lo resuelto por un tribunal arbitral puede ser diferente de lo resuelto por un tribunal conformado por árbitros diferentes.

En suma, consideramos que este laudo hace un aporte significativo al estudio del estado de necesidad, al declarar reunidas todas las condiciones que acumulativamente deben estar presentes para que la circunstancia de exclusión pueda operar y en consecuencia liberar al Estado de responsabilidad por los hechos ocurridos entre fines de 2001 y abril de 2003.

XIV. Bibliografía

BENÍTEZ CAORSI, J., "El Estado de necesidad en la responsabilidad civil", Revista Latinoamericana de Derecho, año II, número 4, julio-diciembre de 2005.

CASAL, H. Daniel, "Comentarios sobre el nuevo régimen de inversiones extranjeras", E.D., Sección Doctrina, Buenos Aires, 142-841.

- Ob. cit., 142-841.

CASIELLO, J., "Las vicisitudes de las leyes monetarias argentinas, la emergencia y la pesificación", Jurisprudencia anotada, Lexis Nº 0003/009292.

CITARA, Rubén Miguel; "El marco normativo de los tratados bilaterales de inversión (TBI) frente a la existencia de la jurisdicción contractual pactada", L.L., Sección Doctrina, Buenos Aires, 2004-A-1401.

DREIZYN DE KLOR, A. y FERNÁNDEZ ARROYO, D. (dir.), DeCITA 01/2004, *Temas y actualidades del derecho del comercio internacional. Solución de controversias*, Zavalía, Buenos Aires, 2004.

ERIZE, Luis, "La protección de los inversores en la República Argentina", L.L., Sección Doctrina, Buenos Aires, 2002-E-1063.

GALLEGOS FREDIANI, P., "La emergencia económica. Estado de situación", Lexis N° 0003/010773.

GARCÍA BOLÍVAR, Omar E., "La jurisdicción del Centro Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones (CIADI)", Revista de Derecho Internacional y del Mercosur, L.L., Buenos Aires, año 8, N° 1, 2004.

GUTIÉRREZ ESPADA, C., *El estado de necesidad y el uso de la fuerza en derecho internacional*, Tecnos, Madrid, 1987.

LAMM, Carolyn, "Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes" en *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 6, N° 2, 1991.

LISDERO, Alfredo R. y HELBERT, Darío J., "La protección de las inversiones extranjeras en la Argentina. Los tratados de protección recíproca de inversiones y su interpretación jurisprudencial", E.D., Sección Doctrina, Buenos Aires, 197-1094.

PANELO, Santiago, "La protección de las empresas privatizadas prestadoras de servicios públicos bajo los tratados bilaterales de inversión", L.L., Sección Doctrina, Buenos Aires, 2003-E-1482.

PARRA, Antonio, "The Role of ICSID in the Settlement of Investment Disputes", *News from ICSID*, vol. 16, N° 1, 1999.

PÉREZ CORTÉS, I., "El laudo del CIADI en CMS, el cálculo de las tarifas en dólares y la convertibilidad", L.L. del 8/6/05, ps. 1-6.

PÉREZ RAGONE, Alvaro J. D., "Fundamentos y medios de protección del derecho a la opción del inversor por la jurisdicción arbitral internacional en el marco de un BIT", E.D., Sección Doctrina, Buenos Aires, 189-696.

PUERTA DE CHACÓN, A., "Responsabilidad del Estado por aplicación de políticas económicas", en *Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación* (coord. Carlos A. Ghersi), Hammurabi, Buenos Aires, 1995, ps. 139-172.

ROSATTI, Horacio D., "Los tratados bilaterales de inversión. El arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino", L.L., Sección Doctrina, Buenos Aires, 2003-F-1283.

ROVIRA, Raúl L., "El futuro del arbitraje como método alternativo para la solución de controversias", E.D., Sección Doctrina, Buenos Aires, 150-877.

SALOMONI, Jorge L., "La defensa del Estado en los conflictos derivados de la aplicación de los tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones: el caso de las prestadoras privadas de servicios públicos", E.D., apartado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 28/10/03.

SCHREUER, Christoph, "Commentary on the ICSID Convention", *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, vol. 12, N° 2, 1997.

TAWIL, Guido S., "Los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional", L.L., Sección Doctrina, Buenos Aires, 2000-D-1106.

- "Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicable: a propósito de las recientes decisiones en los casos 'Vivendi', 'Wena' y 'Maffezini'", L.L., Sección Doctrina, Buenos Aires, 2003-A-914.

TEMPONE, Rubén Eduardo, *Protección de inversiones extranjeras*, Ciudad Argentina, Buenos Aires - Madrid, 2003.

WAIBEL, M., "Two worlds of necessity in ICSID arbitration: CMS and LG&E", *Leiden Journal of International Law* (2007), 20: 637-648, Cambridge University Press.

YMAZ VIDELA, Esteban, *Protección de inversiones extranjeras. Tratados bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas*, La Ley, Buenos Aires, 1999.

ZONIS, Fabiana, "Las empresas privadas prestatarias de servicios públicos y el arbitraje internacional", L.L., Suplemento Actualidad, Buenos Aires, 24/6/04.

Artículos consultados en páginas web

ALVAREZ AVILA, Gabriela, “Las características del arbitraje CIADI”, en *Anuario de Derecho Internacional*, publicación de la Universidad Autónoma de México, vol. 2, 2002, accesible desde: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/> [noviembre 2004].

CREMADES, Bernardo, “Disputes arising out of foreign direct investment in Latin America: a new look at the Calvo Doctrine and other jurisdictional issues”, publicación de Arbitraje y Mediación (ARyME), Sección Observatorio, accesible en <http://www.aryme.com> [noviembre 2004].

CREMADES, Bernardo y CAIRNS, D., “La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados”, publicación del Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos de Madrid, accesible desde <http://www.realinstitutoelcano.org/zonas analisis> [octubre 2004].

DALLA VIA, A., “La emergencia constitucional en Argentina y América Latina”, www.unisi.it/ricerca/dip/dir_eco/COMPARATO/Dallavia.doc

SISELES, Osvaldo, “Los tratados de protección de inversiones extranjeras. Eficacia de los mismos”, publicación del Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos de Madrid, accesible en <http://www.realinstitutoelcano.org/zonas analisis> [enero 2005].

Artículo periodístico. Entrevista

THWAITES REY, Mabel, “El inversor extranjero no tiene estatus superior”, entrevista al Dr. Horacio Rosatti, en Suplemento Económico, diario Clarín, 30/1/05.

NOTAS

* Abogada. Lic. en Relaciones Internacionales. Mgter. en Cooperación Internacional al Derecho. Doctorando en Derecho (U.N.C.). Docente de Derecho Internacional Público Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Universidad Empresarial Siglo 21 y UCES. Coordinadora académica del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (U.N.C.).

¹ Los casos en que la República Argentina fue demandada y se encuentran pendientes de solución se pueden consultar “List of Pending Cases”, *ICSID*, accesible desde <http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>

² Tratado adoptado el 14 de noviembre de 1991, en vigor desde el 20 de octubre de 1994.

³ Las normas dispositivas son aquellas que los sujetos crean mediante acuerdo de voluntades, éstas también pueden ser modificadas o suprimidas por dichos sujetos. Estas normas se diferencian de las normas imperativas o de *ius cogens*, las cuales poseen la característica de no poder ser derogadas por los sujetos de derecho internacional, por lo tanto constituyen una limitación a la autonomía de la voluntad.

⁴ Sobre este punto, entendemos que los principales efectos jurídicos de estos tratados sobre inversiones son:

a) en primer lugar, *establecen el trato y protección debidos al inversor extranjero que el Estado receptor se compromete internacionalmente a garantizar*. Su carácter convencional aleja cualquier duda sobre su cumplimiento, incurriendo en responsabilidad internacional el Estado que incumpla con lo estipulado en el instrumento internacional.

b) en segundo lugar, *otorgan al inversor extranjero el derecho de someter toda controversia con el Estado receptor de capital a una instancia arbitral internacional*.

c) en tercer lugar, *los tratados bilaterales de inversión amparan los contratos concluidos por el inversor extranjero con el Estado receptor*, pues estos contratos, generalmente, se hallan sujetos a los vaivenes del derecho interno que permite al Estado resolverlos unilateralmente por razones de “interés público”, y perjudicar seriamente al inversor extranjero.

⁵ Caso *Himpurna California Energy Ltd.*, C. P.T., 4/5/99.

⁶ C.P.J.I., *Société Commerciale de Belgique c/ Grecia*, 1939, Ser. A/B, N° 78, párrafos 167-174.

⁷ En alguna medida, parece que el tribunal tiene la tendencia a confundir una situación de estado de necesidad con fuerza mayor, quizás lo que quiso poner de relieve es la posibilidad para el demandado de optar entre distintas soluciones, lo cual es impensable en una situación de fuerza mayor.

⁸ Adición al octavo informe sobre la responsabilidad internacional del Estado, por Roberto Ago, ps. 16-17.

⁹ *Anuario de la C.D.I.*, 1980, vol. II, 2ª parte, párr. 14.

¹⁰ BENÍTEZ CAORSI, J., “El Estado de necesidad en la responsabilidad civil”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, año II, número 4, julio-diciembre de 2005, p. 42.

¹¹ *Anuario...* cit., párr. 33.

¹² GUTIÉRREZ ESPADA, C., *El estado de necesidad y el uso de la fuerza en derecho internacional*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 48.

¹³ AGO, R., Adición al Octavo Informe, *Anuario...* cit., 1980, párr. 37, p. 31.

¹⁴ *Anuario...* cit., 1980, párr. 32, p. 48.

¹⁵ Caso “Dickson Car Wheel Co.”, julio de 1931, UNRIAA, vol. IV, ps. 670 a 682 y caso *Sea Land Service Inc. c/ Irán*, 20 de junio de 1984, Informes del Tribunal Contencioso Irán-Estados Unidos, vol. IV, ps 149-175.

¹⁶ A/CN.4/318/ADD.5 A7, párr. 14, p. 22.

¹⁷ Párr. 324

¹⁸ Ses. 1618, párr. 26, *Anuario...* cit., 1980, vol. I, p. 180.

¹⁹ “La Comisión alude con ello a los casos en que el Estado que invoca el estado de necesidad ha contribuido, en una u otra forma, intencionalmente o también por negligencia al mantenimiento de la situación de la que pretende valerse para justificar su incumplimiento de una obligación internacional” (comentario 41 al art. 33 de su proyecto, *Anuario...* cit., 1980, vol. II, 2ª parte, p. 50).

²⁰ El Comité *ad hoc* estuvo conformado por el juez G. Guillaume (francés), el juez N. Elaraby (egipcio) y el prof. J. Crawford (australiano).

²¹ Caso CIADI N° ARB/02/1.

²² Argentina es parte desde 1994 y EE.UU. desde 1966.

²³ A los fines del desarrollo de este punto, nos basamos en las consideraciones efectuadas por el tribunal.

²⁴ A/CN.4/SER.A/1980, ps. 155 y 175.

INDICE

Presentación.....	9	
Introducción		
La responsabilidad internacional. Reflexiones sobre su evolución <i>Ernesto J. Rey Caro</i>	11	
Algunas consideraciones en torno al concepto de organización internacional en el proyecto de la Comisión de Derecho Inter- nacional sobre Responsabilidad por Hechos Ilícitos de las OI <i>Zlata Drnas de Clément</i>		21
Responsabilidad y derechos humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “La Cantuta vs. Perú” (sentencia del 29 de noviembre de 2006) <i>Esther Mathieu</i>		45
Responsabilidad internacional y protección diplomática <i>Arturo Santiago Pagliari</i>		55
Responsabilidad internacional en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre el Derecho de los Acuíferos Transfronterizos <i>María Cristina Rodríguez</i>		95
Responsabilidad internacional del Mercosur <i>Graciela R. Salas</i>		133
Responsabilidad internacional: inmunidad de las organizaciones internacionales <i>Marta Susana Sartori</i>		163
Responsabilidad internacional: algunas consideraciones sobre el estado de necesidad invocado por la República Argentina ante el CIADI <i>María Alejandra Sticca</i>		177

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,
en el mes de febrero de 2009