

Principios que deben inspirar la codificación del Derecho Internacional en Materia de Responsabilidad de los Estados

El importante trabajo que insertamos a continuación, es uno de los varios que el Dr. Víctor M. Maúrtua escribió por encargo del Instituto Americano y con motivo de la elaboración del programa de la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional.

Tiene la particularidad de que fué sometido por su autor a la discusión y crítica del profesor James Brown Scott, eminente Director del Instituto, quien lo prestó su aprobación.

I

a) La responsabilidad de los Estados es el problema central del derecho internacional. Puede decirse que virtualmente todo el derecho internacional está contenido en ese problema porque él parte de una concepción determinada del derecho, abarca la definición de la personalidad etática, sus derechos, sus obligaciones y las sanciones. O en otros términos: la responsabilidad implica las soluciones relativas al derecho internacional, a sus actividades, a sus garantías. Este gran problema comienza a tener el relieve que le corresponde. Ha salido de su antigua esfera netamente empírica y política. Hasta hace poco la responsabilidad se reducía a procesos de reclamaciones diplomáticas iniciadas por un concepto unilateral de las injurias, decididas en gran número de casos por la fuerza desigual de unos Estados respecto de otros o, a lo sumo, por transacciones directas o bajo formas arbitrales, que no llevaban en sí aplicaciones de justicia pura. Hay todavía quienes confunden el problema sustantivo de la responsabilidad y el procedimiento de la reclamación diplomática. No son cosas indisolublemente unidas. Hay casos en los que el individuo

puede ejercitar una acción internacional. Y hay tendencias a crear una jurisdicción internacional a la cual los individuos puedan ocurrir cuando el Estado oponga una excepción de potencia pública y se sustraiga a toda jurisdicción interna o cuando exista una denegación de justicia. En todo caso, esta posibilidad del acceso de los particulares a las jurisdicciones internacionales demuestra que no existe relación de necesidad entre la responsabilidad y las reclamaciones diplomáticas.

b) La responsabilidad del Estado existirá o nó, será más o menos definida y amplia según sea la concepción del derecho y sus relaciones con el Estado. Si se hace derivar el derecho de la voluntad etática y si se extiende el dominio de esta voluntad en la competencia ilimitada de la soberanía en su sentido clásico, no hay posibilidad de reconocer la responsabilidad. La responsabilidad supone la subordinación del Estado al Derecho. La responsabilidad tiene como postulados, primero, la existencia del derecho como un conjunto de normas cuya fuerza obligatoria reside en principios superiores a la voluntad etática; segundo, en consecuencia, la limitación del poder etático por la fuerza jurídica de esas normas.

Las últimas construcciones que explican esos esenciales problemas son las de la auto-limitación de Ihering desarrollada por Jellineck y la de la convención o unión de voluntades de Triepel. Son muy conocidas y la crítica de los publicistas ha demostrado su ineficacia. No parece necesario detenernos en ellas. Las que salen de ese esfuerzo de limitaciones artificiales son las que unifican el derecho y el Estado o disuelven la soberanía etática. La unificación del derecho y el Estado es la construcción de Kelsen. El Estado no es más que la personificación del orden jurídico. No es ni soporte, ni creador, ni guardián del derecho. No hay soberanía como atributo de la potencia pública. El Estado es un orden normativo válido y eficaz. El orden etático se distingue de los otros órdenes sociales en que él es un orden de coerción. Desaparecido el dualismo, Estado y Derecho, inseparados e inseparables, funcionan rigiendo las relaciones inter-individuales o las relaciones inter-etáticas mediante principios y normas que derivan, en unas y otras, de una norma suprema. En el orden inter-individual la fuente de las normas es la voluntad del pueblo que dá origen a la constitución. En el orden internacional hay una norma suprema hipotética que hace obligatorias las normas positivas interetáticas. Tal es el pensamiento de Kelsen.

El brillante y deplorado maestro Duguit ha llegado por una vía sociológica a conclusiones análogas. Disuelve la soberanía tal como se ha entendido hasta ahora, en el sentido de un atributo de la personalidad moral *etéica*, que él desconoce. No hay Estados-personas dotados de soberanía. Hay colectividades que tienen fines que realizar en el mundo. Poseen las atribuciones necesarias para la realización de esos fines. Los poderes del Estado son legítimos, o nó, según que estén en conformidad con los nobles objetivos de la comunidad. He allí otra hermosa y fecunda concepción. No es, como se ha pensado, una creación del eminente profesor Politis. Ni tiende a destruir el derecho internacional. Todo lo contrario. El señor Politis ha vinculado las nuevas ideas, por lo demás ya muy difundidas, sobre el derecho internacional, a la interesante teoría de la relatividad y del abuso del derecho. En esta teoría los poderes *etéicos* deben ser ejercidos como derecho todo subjetivo con subordinación a las necesidades de la solidaridad, que es ley de existencia de las comunidades. Se puede objetar esta teoría solidarista porque no es suficientemente espiritual y no coloca el hecho social bajo el imperio de la justicia. Pero debe reconocerse que ella marca un progreso porque destruye el aislamiento *etéico* alimentado por el antiguo concepto de soberanía y porque asienta sólidamente la responsabilidad internacional.

Tenemos entonces, a la vista, el punto de partida del grave problema que nos ocupa: la responsabilidad de los Estados emana de la subordinación de ellos al Derecho. Cuando se trata del daño inferido a otro Estado o a sus nacionales, no es simplemente el hecho de la jurisdicción territorial—como dicen la mayoría de los publicistas—la base de la obligación de repararlo. Los más modernos publicistas atribuyen a la responsabilidad como fundamento el que se desprende de las obligaciones aceptadas por los Estados al ser reconocidos en su calidad de miembros de la comunidad internacional. Ellos se someterían a ciertas disciplinas de coexistencia. La violación de estas disciplinas determinaría su responsabilidad. Es la doctrina que ha tenido en cuenta el Comité de Ginebra preparatorio de la Conferencia de Codificación. Pero puede observarse y se observa que ya no es prudente asentar la responsabilidad en una fuente de equívocos creando un lazo de causalidad demasiado estrecho entre la responsabilidad y el reconocimiento. No debe admitirse que quede fuera de la comunidad el Estado que no acepte sus obligaciones.

La comunidad es un hecho necesario. No parece sólida una teoría que condiciona este hecho de necesidad inexorable.

El fundamento más empírico de la responsabilidad de los Estados es el que lo establece en el hecho de la soberanía territorial. La responsabilidad sería consecuencia de la exclusiva jurisdicción etática. La explicación de este sistema consiste en observar que la jurisdicción nacional excluye toda acción protectora de los otros Estados. Cada uno en su territorio es el único capaz de dar garantías a los derechos de los otros. Por esto mismo es responsable por las injurias que ellos sufren ilícitamente. La exclusividad de la autoridad del Estado independiente, dice Hall, acarrea su responsabilidad. (1) "Las relaciones internacionales serían imposibles, observa Triepel, si el Estado de la residencia (del extranjero) no debiera sustituirse a la del propio Estado cuando este es incapaz de asegurar la protección". (2) Este principio de la territorialidad ha tenido reciente aplicación en las decisiones de los tribunales mixtos germano-americanos con motivo de daños imputados a Alemania en posesiones coloniales que no se hallaban bajo su control. (3)

La jurisdicción nacional explicaría la responsabilidad interior. Es en todo caso una explicación de ella y no una fundamentación jurídica. Se trata de una función de realizar el derecho, limitado por el territorio, en relación con las personas que lo ocupan. Para que esa función produjera efecto hacia órdenes jurídicos extra-etáticos sería necesario un elemento que la vinculara a los otros órdenes jurídicos. Es evidente que cada Estado puede evitar que se irroque lesiones indebidas en el límite de su jurisdicción. Esto es un simple hecho. Mas es preciso saber en que se basa su deber de evitarlas y su necesidad de repararlas. Hay que introducir un concepto que transforme el *poder* en *deber*. Además, si sólo la jurisdicción fuera causa de responsabilidad, el Estado sería responsable de injurias de toda especie y lo sería únicamente por actos realizados en su territorio. Las dos suposiciones son inexactas. Sería necesario corregir esta construcción agregando a ella la idea del abuso de los derechos comprendidos en el poder etático.

También se fundamenta la responsabilidad de manera más general en el reconocimiento de los miembros de la comunidad

(1) Hall, International Law.

(2) Triepel H. Volkerrecht und Landesrecht.

(3) Comisión Mixta de Reclamaciones Germano-Americaine publiées par J. C. Witemberg.

internacional. Este reconocimiento supondría que ellos se conformarían a ciertas directivas de organización y de conducta y se someterían a las reglas que gobiernan en general la conducta de los Estados. La comunidad de derecho así establecida implicaría que una unidad política que rehusara conformarse a esas directivas y obedecer esas reglas no podría pretender a ser considerada como miembro y que el Estado que faltara a esta obligación en cuanto a los extranjeros que se encontraran en su territorio comprometería su responsabilidad y debería reparación. En estos términos ha formulado el Comité de Ginebra preparatorio de la Conferencia de Codificación, la cuestión de la base jurídica de la responsabilidad en su demanda de información dirigida a los gobiernos. (4)

El gobierno de Alemania respondió que se trataba allí de la fuerza obligatoria del derecho internacional y que la importancia general de este problema *dépasse* el de la responsabilidad y salía del cuadro de su materia. (5). El Gobierno danés pensaba que no era necesario fundar la responsabilidad del Estado en consideracio-

(4) Conférence pour la codification du Droit International. (Volumen III C. 75. M. 69. 1929 V.)

(5) "Il semble que l'on peut partir de l'idée que la reconnaissance d'une unité politique comme membre de la communauté de droit international indique que les Etats de qui cette reconnaissance émane supposent que cette unité se conformera à certaines directives d'organisation et de conduite et se soumettra aux règles qui gouvernent en général la conduite des Etats. La communauté de droit que si trouve ainsi établie entre tous ces Etats implique pour chacun d'eux le devoir de se conformer à ces directives et règles dans es rapports avec les autres. Il s'ensuivra: a) qu'une unité politique qui refuserait d'admettre l'obligation de se conformer à ces directives et d'obéir à ces règles, ne pourrait pas prétendre à être considérée comme membre de la communauté de droits international; b) qu'un Etat qui manquerait de se conformer à cette obligation quant à la personne ou aux biens des étrangers se trouvant sur son territoire, engagerait sa responsabilité et devrait réparation en la forme qui pourrait être appropriée.

Il y aurait avantage à savoir si le principe énoncé ci-dessus est considéré comme bien fondé et, dans la négative, sur quel principe repose la responsabilité internationale de l'Etat."

"Le problème de la force obligatoire du droit international est d'une importance général qui dépasse la question de la responsabilité des Etats et, par conséquent, sort du cadre de nos observations.

Il suffira pour le but du présent examen de constater que les normes du droit international soit qu'il s'agisse de droit coutumier ou de droit contractuel, son des normes de droit véritables et qui lient les Etats intéressés. Il semble inutile de discuter en détail la raison de la force obligatoire du droit international, vu que de l'adoption de l'une ou de l'autre des théories de philosophie du droit il n'y aura pas de déductions pratiques spéciales à tirer pour la question de la responsabilité des Etats.

Les normes du droit international ne lient que les Etats comme tels. Le droit international ne fait pas sans plus partie du droit national. En principe, il appartient à chaque Etat d'assurer son territoire, et dans la forme qui lui paraît appropriée, l'observation du droit international. La mesure dans laquelle il veut, à cet effet, transformer en droit du pays les normes du droit international dépend de son appré-

nes de naturaleza formal. Este Gobierno y el de Suiza estimaban que no era justo motivar la responsabilidad en el reconocimiento. El Gobierno danés decía que no se sabría concluir que un Estado que no reconoce su responsabilidad según el derecho internacional perdiera por esto su derecho de ser considerado como miembro de la comunidad. El Gobierno suizo encontró que es una fuente de equívocos establecer un lazo de causalidad demasiado estrecho entre el reconocimiento y la responsabilidad. (6).

No podría eliminarse todo elemento formal en esta materia. La idea esencial de responsabilidad es inseparable de la explicación de la fuerza obligatoria del derecho internacional porque

ciation et de son régime. Pratiquement, la transformation du droit international en droit national joue, en première ligne, un rôle en ce qui concerne le droit contractuel. Mais en plus, de nombreux Etats ont déclaré aussi, dans une mesure plus ou moins large, le droit coutumier international partie du droit national. Ainsi, d'après l'article 4 de la Constitution de l'Empire allemand, du 11 août 1919, les règles généralement reconnues du droit international sont considérées comme éléments obligatoires du droit d'Empire allemand.

(6) "Le fait d'établir un lien de causalité trop étroit entre la "RECONNAISSANCE" de l'Etat et sa responsabilité internationale peut être une source d'équivoques. Sans doute, l'unité politique admise dans la communauté internationale sera tenue de se conformer aux règles de conduite établies par cette communauté. Mais sera-t-elle tenue vis-à-vis, des membres de la communauté qui ne l'ont pas reconnu la qualité d'Etat? Pour que cette reconnaissance soit attributive du droit de faire partie de la communauté, suffira-t-il, d'autre part, qu'elle émane de quelques Etats ou tout au moins de la majorité des membres de la communauté internationale? Si l'on admet la thèse que l'appartenance à la communauté des Etats est la base juridique de la responsabilité internationale, il conviendrait alors de spécifier que l'observation des principes du droit de gens s'impose au nouvel Etat à l'égard de tous les membres de la communauté même à l'égard de ceux qui ne l'ont pas encore reconnu en qualité d'Etat. Il ne serait guère convenable que l'Etat nouveau put appliquer aux divers Etats des principes différents selon qu'ils auraient reconnu ou non son statut étatique. Le droit des gens ne s'accommoderait pas de pareille discrimination. Elle serait une menace pour la paix générale, dont le maintien doit être le souci primordial de la communauté internationale.

On peut évidemment admettre que le fait de la "reconnaissance" constitue aussi, à un certain degré, une des bases de la responsabilité entre Etats au sens large du mot, puisqu'un Etat pourra ne pas reconnaître le même devoir ni partant, les mêmes responsabilités selon qu'il aura reconnu ou n'aura pas reconnu une autre Etat. Mais cet argument s'applique tout aussi bien aux traités que un Etat conclut avec d'autres Etats, ces traités pouvant augmenter ses obligations et, par là, les causes de sa responsabilité internationale. A cet égard on peut dire que la responsabilité de l'Etat est variable, étant fonction, en une certaine mesure, des rapports juridiques qu'il noue avec les autres. Il n'y a pas moins à la charge des Etats un minimum de devoirs identiques que ont leur source dans la coutume internationale, la quelle dérive, à son tour, de la nécessité pour les Etats de régler leurs rapports réciproques par certains principes communs. Cette idée nous paraît avoir été fort bien exprimée par Anzilotti:

".... Tandis que les devoirs établis par les traités ont une force naturellement limitée aux Etats qui les ont conclus ou qui y ont adhéré, les devoirs découlant de la coutume s'entendent au contraire à tous les Etats qui forment la communauté internationale. Les règles sont alors si étroitement liées à la nature même et au but de la communauté que tout Etat en faisant partie doit les accepter, et est tenu de les observer. Dans ce dernier cas encore, la force obligatoire de la règle dérive toujours

ella "no es más que un elemento de la teoría general del derecho". (7). La solución de todo caso especial de responsabilidad lleva invívita la realización de una idea directriz de derecho. Las doctrinas generales contienen implícitamente el sentido de las soluciones prácticas. Cuando se invoca el concepto clásico de la soberanía formal se elimina la responsabilidad. El gobierno de Rumanía presentó esta doctrina al Comité de Ginebra preparatorio de la codificación. (8). Cuando se invoca la doctrina de la autolimitación se orienta la responsabilidad hacia realizaciones estrictamente subordinadas a las convenciones establecidas. Cuando se establece la responsabilidad en una amplia teoría de la comunidad de derecho se abren nuevos horizontes en las aplicaciones. Esto indica la conveniencia de partir de algún supuesto que sugiera o justifique el tratamiento de los accidentes que ofrece la convivencia internacional. Hay una serie de cuestiones más o menos ligadas a la solución del problema fundamental jurídico: los derechos de los extranjeros, el predominio del derecho interno o del derecho internacional, las sanciones de la jurisdicción especialmente en materia jurídica dependen en cierta proporción del criterio que se adopte para establecer la responsabilidad como elemento de la teoría general del derecho.

Al tratar del desarrollo de las cuestiones de responsabilidad bastará constatar—decía el Gobierno alemán (9)—que las normas del derecho internacional, consuetudinarias o con-

de la volonté de l'Etat; seulement son acceptation est inséparable de la volonté manifestée par l'Etat de faire partie de la communauté internationale."

Il semble que, sans s'attacher ici à déterminer à la suite de quel processus les Etats sont admis dans la communauté internationale, on pourrait plus simplement considérer que le fondement même de la responsabilité réciproque des Etats réside dans l'existence même d'un ordre juridique international et dans la nécessité où les Etats se trouvent d'observer certaines règles de conduite dans leurs rapports mutuels.

(7) D. Anzilotti, *Revue Général du Droit Int.* Publié 1906.

(8) "En principe, un Etat souverain est libre de dicter les mesures qu'il croit nécessaires à son existence et aucune restriction ne saurait lui être imposée sous peine d'empiéter sur son indépendance, à la condition, bien entendu, que ces mesures soient d'un caractère général et applicables à tous les habitants, y compris les nationaux. Les étrangers auxquels il aurait plus de s'établir sur le territoire de un Etat ou de contracter des engagements sur la foi d'une loi existante, quelle qu'elle soit, ne peuvent exiger de leur qualité d'étranger pour demander un traitement special, privilégié, au-dessus de celui applicable aux nationaux.

Cependant, ce principe n'est pas applicable au cas où un Etat trouverait bon d'apport à sa législation des modifications qui seraient contraires au respect des droits acquis, aux traités internationaux ou aux principes clairement définis par un code special de droit international.

Dans ce cas, l'Etat ne pourrait se mettre à l'abri du fait que les mêmes dispositions seraient appliquées à ses nationaux et que ceux-ci ne peuvent, selon les lois nouvellement promulguées, avoir recours contre les mesures du gouvernement".

(9) Enquete op. cit.

tractuales, son normas de derecho verdaderas y obligan a los Estados interesados. Parece inútil—agrega—discutir en detalle la razón de la fuerza obligatoria del derecho internacional. Pero esa opinión del Gobierno alemán es precisamente una tendencia de escuela. Es una afirmación positivista que establece el derecho en la voluntad de los Estados. La responsabilidad tendría así una orientación intensamente interetática, eliminaría todo elemento individual, quedaría subordinada por manera absoluta a las normas desprendidas de esas dos fuentes. No habría lugar para la aplicación de ningún principio. El Gobierno del Japón, en cambio, en esa misma enquête, expresaba que la obligatoriedad jurídica alcanza a subordinar la conducta etática a los principios y a las reglas del derecho internacional. Es otra opinión más amplia que influiría también en la solución práctica de algunas modalidades de la responsabilidad. Esta opinión se acerca más al contenido de los estatutos de la Corte de Justicia Internacional que puede ser considerada en la actualidad internacional, como uno de los factores que establecen el sistema del derecho positivo.

c) Es útil, sin duda, al hacer una construcción científica pragmatista o un trabajo de codificación en materia de responsabilidad preestablecer un fundamento que, sin ser el de una escuela determinada, permita, por su amplitud y flexibilidad, la justa satisfacción de todas las necesidades prácticas que comporta la responsabilidad en el estado actual de la conciencia jurídica del mundo. No se sabría prescindir de un principio que sirviera de ordenador general de un sistema de responsabilidad de los Estados y cuyo espíritu estuviera presente explícitamente o implícitamente en todas las aplicaciones. Aún no enunciado, él, sin embargo, surgiría como una necesidad del pensamiento jurídico en cada uno de los problemas derivados.

¿Cuál sería ese principio?—El de la teoría del reconocimiento ha sido objetado con razón. La forma en que lo ha presentado el Comité de codificación de Ginebra y las objeciones que ha suscitado provienen en parte de una confusión de ideas. Debe tenerse presente que el reconocimiento tiene dos significados: hay el que podría calificarse como lo hace Mr. R. Erich, de *reconocimiento legislativo* que se refiere a las reglas del derecho internacional y el que se aplica a los Estados y otras formaciones políticas para establecer su personalidad internacional. Este se-

gundo significado de reconocimiento es el más sujeto a controversias considerables en sí mismo y desde el punto de vista de sus efectos atributivos o declarativos (10). Es el adoptado por el Comité de Codificación de Ginebra y por la generalidad de los autores. Mr. Visscher lo expone combinando la teoría del reconocimiento y el principio de igualdad de los Estados.

“Lorsque un nouvel Etat, se forme dans le domaine incontestable de la communauté du droit de gens, il ne depend pas de sa propre volonté de se soumettre ou de ne pas se soumettre aux normes universelles du droit international. De deux choses l'une: ou il sera nécessairement un Etat membre de la communauté internationale ou il n'existera pas comme Etat. Supposer en Europe par exemple, un nouvel Etat en dehors de domaine du droit international, c'est absurde. Dire que le droit international ne s'applique pas a lui avant qu'il ait obtenu la reconnaissance internationale, ce n'est pas exacte, o contraire les preuves qu'il a donnees de son intention de observer le droit de gens constituent justement pour lui un titre que lui facilite la reconnaissance internationale. S'il en est ainsi, et si l'on insiste tutefois sur l'effet constitutif de la reconnaissance, on retombe facilement dans la these extreme qui tend a subordonner la naissance meme de l'Etat a la condition de la reconnaissance internationale requise chacun d'eux la liberté d'action qui lui est nécessaire dans la poursuite de ses fins propres, elle lui assigne en revanche les restrictions imposée par la coexistence d'autres Etats dont les droits sont égaux siens. Une fois reconnue par la communauté internationale, l'Etat, désormais personne du droit international, sujet de droit et d'obligations, apparait comme capable d'enfreindre le droit international et d'assumer de ce chef des responsabilité”. (11).

Esta elegante exposición de Mr. Visscher no está exenta de las justas críticas aplicadas a la teoría del reconocimiento de los Estados. Su concepto de igualdad no es tampoco una explicación satisfactoria. La igualdad es un postulado común a todos los derechos. Los Estados tienen los mismos derechos y sufren las mismas restricciones determinadas por su convivencia. Todos ellos son ciertamente, capaces de infringir el derecho internacional.

(10) R. Erich. La Naissance et la Reconnaissance des Etats Academie de Droit International Recueil des Cours 1926—III — Tome 13 de la Collection — Librairie Hachette, 1927.—Paris.

(11) Charlese de Visscher, Biblioteca Visseriana.

La necesidad de coordinar su acción determina su comunidad de derecho. El elemento del reconocimiento de los Estados no es indispensable. El proceso de esta formación jurídica es el mismo que se presenta al investigar la responsabilidad de los individuos en el seno de los Estados. Los individuos pueden infringir la ley en perjuicio de otros individuos. La lesión perturbaría el orden jurídico establecido, quebrantaría la solidaridad social, determinaría una reacción en la conciencia pública, alteraría la equivalencia de la vida, atentaría contra el sentimiento de justicia en que reposa una armónica convivencia. Todo esto es base de toda comunidad jurídica interior y exterior. Todo esto podría completar la noción de igualdad de los Estados y explicar su responsabilidad.

No hay dos conceptos de responsabilidad, según que se trate de los individuos o de los Estados. Unos y otros son responsables porque así es indispensable para la conservación del orden en los Estados o entre los Estados. Este orden es condición práctica de un principio superior de justicia y de armonía concebido por la razón como una necesidad dominante e impreso con este carácter en la conciencia humana. El concepto de la responsabilidad jurídica es único. Su base es la misma en el derecho interno y en el internacional. Esta unidad del derecho está ya reconocida en la doctrina. La declaración del Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Nueva York atribuyendo carácter internacional a los derechos del hombre, ha hecho caer las fronteras de los dos derechos y ha constituido la comunidad internacional como una tutela común de las colectividades y de los individuos. La ordenación que constituye el derecho se aplica en variadas regiones de las relaciones humanas. Estas relaciones jurídicamente son exactamente las mismas entre individuos o entre Estados. Sus diferencias aparecen cuando se considera que en el orden interindividual el derecho y la responsabilidad reposan en sus realizaciones en un sistema perfectamente organizado de sanciones aseguradas por una autoridad establecida. En el orden interetático el fenómeno es el mismo aunque con un desarrollo infinitamente menor. Las relaciones de los Estados entre sí y la naturaleza de la comunidad internacional, no son de simple coordinación. No son voluntarias en el sentido de que los Estados pueden prescindir de ellas y vivir en el aislamiento ni estén sujetas a normas derivadas de su voluntad arbitraria. Hay un sentimiento de obligatoriedad en la comunidad internacional.

La organización objetiva es incipiente, pero sólo difiere de las organizaciones interindividuales en el *quantum* de su desenvolvimiento.

Hay una comunidad internacional de derecho. Su objeto es mantener el orden fundado en la justicia. Su realización exige que cada miembro de ella respete las obligaciones contraídas, las normas consuetudinarias y los principios reconocidos. Su violación es causa de responsabilidad y determina la necesidad de reparar. He allí una base jurídica que orientaría noblemente los problemas de responsabilidad.

II

Se considera en el funcionamiento de la responsabilidad, primero, sus condiciones generales; segundo, sus modalidades; tercero, sus aplicaciones; y cuarto, sus sanciones. Las condiciones generales se refieren principalmente a la imputabilidad de los actos de los órganos del Estado en cuanto a su naturaleza y a la manera en que se han producido. Las modalidades hacen de la responsabilidad una obligación directa por acto propio del Estado, o indirecta por acto de otro Estado con el cual se haya en relaciones especiales. Las aplicaciones abrazan la responsabilidad de los órganos del Estado, sean cuales fueren las funciones que les están asignadas por el derecho interno. Los actos de estos órganos pueden ser practicados de acuerdo con la ley interna, en el ejercicio de su competencia, o fuera de esta competencia. Pueden también determinar la responsabilidad del Estado por la actitud que ellos impliquen en circunstancias de daños perpetrados por particulares. Las sanciones se traducen en la reparación.

a).—La primera condición de toda responsabilidad es la imputabilidad del acto que la origina. En el derecho común requiere ésta ciertas condiciones en el sujeto a quien deben atribuirse las consecuencias del hecho dañoso practicado. En el derecho público la imputabilidad demanda una especial posición del agente del daño establecido por una norma jurídica y un determinado elemento de diferenciación entre los actos del individuo como persona privada y los que tienen el carácter étático. (12).

(12) "En vertu de quel criterium imputera-t-on certains actes individuels, non pas a l'individu leur auteur, mais, comme a travers lui, a un autre sujet, a un sujet ideal que l'on suppose en quelque sorte derriere lui, en un mot a l'Etat? Si

Los actos de los individuos que representan o encarnan al Estado no son todos éticos. Es necesario que se trate de los que reconocen su razón de ser en la función pública y que no podría practicar un simple particular. El enunciado integral de la responsabilidad de la entidad internacional consiste en atribuirle las consecuencias dañosas del hecho producido por su agente en violación de una obligación internacional. Las dificultades de este gran problema pueden derivarse de la apreciación de las obligaciones y de su extensión. Las hay precisas en los Tratados. Las hay más o menos definidas en el derecho consuetudinario. Las hay consistentes en fines determinados que imponen al Estado una conducta eficaz para obtenerlas, en fin, consistentes en la observancia de una conducta razonable para realizar los fines generales o parciales propios de la entidad ética. Todas estas obligaciones pueden ser positivas o negativas. Pero existe una amplia zona de relaciones en pleno desenvolvimiento en las cuales no es posible llegar a definiciones indiscutibles. Este estado de cosas permite la posibilidad de acciones que reclaman vanamente la sanción del derecho internacional.

Los poderes o autoridades que concretan el Estado como una realidad de la vida internacional son susceptibles de todas las formas de organización según los variados sistemas de derecho interno. Pero esto es indiferente desde el punto de vista externo. La responsabilidad es del Estado como una unidad de derecho. Sus órganos actúan por él y lo obligan. Los actos de ellos pueden no ser conformes a las reglas del derecho establecido. Pueden constituir una extralimitación o un abuso de la función. Pueden ser extraños a la función pero practicados valiéndose de

en effet, nous percevons par les sens uniquement des actes individuels, c'est que la qualité d' "acte étatique" ne répond pas à une propriété sensible spéciale à certains actes. A cette notion de l'état "support" ou "sujet" de ces actes, on ne parvient que par une opération de l'esprit que nous appelons *imputation*. Mais une seule criterium permet de qualifier ainsi certains actes individuels d'actes étatiques, de les imputer à l'Etat: leur conformité à un ordre valable, le fait que les règles de cet ordre les ont prévus et ont réglé dans quelles conditions et par quelles personnes ils devraient être faits. La qualification d' *étatique* donnée à un acte signifie donc avant tout qu'il répond à l'ordre étatique, en ce sens que celui-ci l'a réglé de cette façon, qu'il en fait partie, et peut par suite lui être rapporté. L'Etat, comme sujet de ces actes, est une expression par la quelle on personifie l'unité de l'ordre. Cette mise en relation avec l'ordre total, qui se fonde sur la norme qui régle l'actes, est l' "imputation" à l'Etat. L'Etat est, pour ainsi dire, le centre de convergence de tous les actes qualifiés d'étatique à la suite de cette imputation. (Hans Kelsen — Les Rapports de Système Naturel de Droit Interne et le Droit International Public Académie de Droit International Recueil Cours, 1926—IV.—Tome 14 de la Collection— Librairie Hachette—Paris 1927).

la investidura pública o haciendo uso de los medios que el Estado ha puesto a su disposición. Cuando se realizan en ejercicio legítimo de la autoridad del Estado o con arreglo a las instrucciones del órgano, no hay duda alguna de que la personalidad del agente queda absorbida en la personificación étática. Es el Estado en acción. Si el acto viola una obligación internacional, el Estado mismo ha cometido la violación y debe responder por los daños causados. La misma consecuencia debe desprenderse en los casos de exceso de poder o de faltamiento a las normas establecidas. Si la persona del Estado se confunde con la del órgano, el cual con su obra convierte en concreta, en manifiesta la existencia de aquél, que de otro modo quedaría reducida a pura abstracción, es preciso admitir que el límite está sólo en que el funcionario no haya obrado en calidad de tal. Si el órgano, fuera de toda competencia, ha realizado el daño procediendo de hecho como funcionario o valiéndose de los medios puestos a su disposición por el Estado, la responsabilidad de éste ha sido fundamentada objetivamente en la seguridad de las relaciones internacionales. Se considera como necesaria y como justa, en cuanto el Estado debe asegurar los riesgos de sus actividades.

Esta cuestión dió lugar a un interesante debate en la sesión de Laussane del Instituto de Derecho Internacional. El Rapporteur Mr. Strisower propuso una fórmula que aceptaba la responsabilidad del Estado por actos de sus órganos no competentes cuando hubieran obrado cubriéndose con esa calidad de órganos. Exceptuaba, sin embargo, el caso en que el acto incriminado fuera tan manifiestamente extraño a las atribuciones de su autor que ningún error pudiera racionalmente haberse producido. Mr. Lapradelle y Mr. Politis suscitaron una oposición contra esta última excepción. Mr. Visscher la apoyó exponiendo una teoría próxima a la del riesgo. Mr. Visscher piensa que desde el instante en que existe nexo oficial entre el Estado y agente culpable, la responsabilidad del Estado está comprometida *prima facie*. Pero el Estado puede destruir esta presunción demostrando que el agente no ha usado en el acto incriminado de los poderes que le han sido confiados, porque es por el uso que él hace o de su calidad oficial o de los medios materiales que posee, en virtud de esta calidad, que el agente compromete la responsabilidad del Estado.

Mr. Lapradelle, propuso la siguiente enmienda: "El Estado es responsable de los actos realizados por sus órganos aún fue-

ra de su competencia cuando ellos han obrado cubriéndose en su calidad de órganos del Estado y sirviéndose de los medios puestos a su disposición.

b).—La otra condición general de la responsabilidad concerniente a la manera como han sido practicados los actos de los órganos del Estado, envuelve el problema de la culpa. Las principales dificultades de este problema derivan de que se ha querido aplicar al Estado el proceso psicológico constitutivo de la culpa en el Derecho Romano, en el cual, como se sabe, se trataba de la conducta de los individuos, no de las personas jurídicas. Transportada así la disciplina de un acto individual para adaptarla a la personificación étática, surgen una serie de objeciones más o menos insolubles. Los eminentes profesores Triepel y Anzilotti las han concretado vigorosamente. Pero todas ellas son demasiado sistemáticas en cuanto están construídas para justificar la responsabilidad objetiva. Se comprende que al imputarse la culpa al Estado no puede tratarse de un proceso de voluntad que él no tiene. Por el mismo procedimiento espiritual por el cual se imputa a la entidad étática el acto material del individuo, puede imputársele las fuentes y las condiciones del acto. De esta manera el Estado es susceptible de ser o doloso o culpable o negligente en cuanto el individuo,—órgano—ha actuado con dolo y sin la debida diligencia. Hay casos, sin embargo, en que las complicaciones de la construcción resultan muy graves: por ejemplo, como lo dice el profesor Anzilotti, cuando el órgano del Estado cumple con sus deberes legales que son contrarios al derecho internacional. Parece demasiado artificioso atribuir culpa al poder constituyente o al legislador por un acto cuyos orígenes y desarrollo son tan extraños a las consecuencias del hecho practicado a través del tiempo en violación de una obligación internacional. Pero así y todo no se trataría propiamente hablando de un artificioso: se trata de una confusión jurídica, esto es, de un procedimiento intelectual, como lo es la misma persona jurídica, para llegar a resultados que permitan realizaciones de justicia.

En el derecho interno la responsabilidad tiende a objetivarse porque el juego de la vida exige que domine entre los individuos la solidaridad de los intereses. El equilibrio de éstos demanda que todos los menoscabos de los patrimonios se diluyan entre los que se hallan vinculados entre sí o en sus negocios, o entre los miembros de la comunidad. Los que se mueven en el mundo asociados con su capital o con su trabajo son elementos de una mis-

ma comunidad económica. Los que obran como agentes de una comunidad son también instrumentos de ella misma, en la cual deben fundirse los resultados perjudiciales de toda función social. En el derecho internacional debe llegarse allí mismo cuando la comunidad orgánica está desarrollada. El individualismo actual del derecho externo no permite prescindir por ahora de manera absoluta de considerar ciertos casos en los que cada Estado debe asumir una posición defensiva, fundada en el hecho de no haber contribuido a la producción de un daño o de no haberse hallado en situación de impedirlo, a pesar de todo el cuidado y toda su diligencia para evitarlo.

La jurisprudencia es la llamada a cristalizar lentamente las corrientes jurídicas en el sentido de las necesidades de la justicia. Mientras los Estados débiles pueden escudarse contra el abuso de la fuerza por la alegación de su inocencia en la producción de ciertos daños, la futura nivelación de la cultura entre los Estados, el crecimiento de su solidaridad dará aliento a la jurisprudencia internacional como está pasando en el derecho interno para orientar la responsabilidad en un sentido más realista y alcanzar al fin en el mundo un estado de riesgo interetático. La principal razón que aconseja graduar los progresos del orden internacional en esta materia es la del desnivel que resultaría entre el derecho interno y el externo. En esta materia los avances del derecho deben ser uniformes. Las faltas del servicio público deben constituir un principio común en el Estado y entre los Estados. Por el momento el problema está en evolución y no podría codificarse con soluciones radicales. La doctrina está dividida y la práctica internacional comienza apenas a debilitar el exagerado subjetivismo antiguo. Hay cierta zona de relaciones en la que la responsabilidad se desprende de motivos independientes de todo elemento subjetivo. Los actos no completamente éticos pero asimilados a esta clase por haber sido practicados fuera de la competencia legal o con indebido uso de la investidura o con los medios de la función pública, son considerados como productores de responsabilidad objetiva, porque la seguridad de las relaciones internacionales demanda las garantías del Estado. Tal es la opinión de algunos autores. Otros aplican la culpa exclusivamente a los delitos de omisión en general o a cierta clase de ellos. Otros, en fin, consideran que el contenido de las obligaciones internacionales reducido a tener cierta conducta absorbe la idea de culpa y la hace innecesaria. Todo esto demuestra que nos ha-

lamos en un momento de transición que impone extrema prudencia en los trabajos de la formulación jurídica.

III

a) Los hechos de responsabilidad legislativa son acaso los más impresionantes porque afectan la función más noble de la soberanía etática. El poder constituyente y la función normal de legislar emanan inmediatamente de la voluntad popular y son su expresión genuina. Los Estados han defendido por mucho tiempo en esta materia una celosa independencia. En ella radican hoy mismo las dificultades más o menos acentuadas con que tropieza la organización de la comunidad internacional a cuya existencia y desarrollo está vinculada la subordinación de las competencias particulares. Pero el hecho es que en la conciencia jurídica de esta época ha llegado a cristalizar la necesidad de limitar todas las manifestaciones del poder étático comprendiendo en ellas aún las de carácter legislativo. Los Estados conservan ciertamente intactos su derecho de legislar. Poseen y ejercen su jurisdicción en cuanto las leyes internas despliegan toda su fuerza obligatoria e imponen completa obediencia respecto de sus órganos y de los habitantes de su territorio. Pero el derecho de legislar puede en ocasiones, o estar limitado respecto de ciertas materias por los tratados públicos (13), o estar orientado en el sentido de hallarse los Estados obligados a crear o a mantener un determinado derecho (14). La jurisdicción etática, a su vez, aunque libremente ejercida en el orden interno puede dar lugar a responsabilidades del Estado cuando las leyes se oponen a las obligaciones internacionales. Hay así, por tanto, un derecho interno obligatorio internacionalmente y hay también un derecho interno, fuente de responsabilidades, por las infracciones que origina en el orden internacional. Los casos de obligatoriedad del Estado de crear o mantener un de-

(13) En el caso de los tratados de paz de la guerra europea que han limitado la competencia legislativa de ciertos Estados.

(14) Se cita como ejemplo de este caso la convención internacional del 17 de setiembre de 1878 para la lucha contra la filoxera que obliga a los Estados a completar su legislación en vista de ciertos resultados.

“La législation suisse, dans la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars de 1883, avait assumé le devoir d’édicter des prescriptions législatives pour la protection des droits des inventeurs étrangers, etc...” La compétence législative de la Confédération ne s’étendait pas encore a cette matière; il fut nécessaire de l’y étendre par un amendement a l’art. 64 de la Constitution fédérale.

terminado derecho son diferentes de las situaciones en las cuales los Estados sienten la necesidad de crear instituciones o de expedir leyes para asumir ciertas actitudes o prepararse a ejercer derechos o a cumplir obligaciones contraídas con los otros Estados. Estas leyes sitúan al Estado en mejor posición, previniendo la corrección de su conducta exterior. Su omisión o su derogación, sin embargo, no constituyen responsabilidad. Esta se deriva, en general, de los actos mismos del Estado sin considerar si ellos han provenido de la falta de la debida legislación. Hay, además, un derecho interno implícitamente indispensable cuando la obligación impuesta al Estado no puede ser realizada sino en la forma de leyes (15), o sin apoyarse en disposiciones legales. (16).

El derecho interno contrario al derecho internacional puede serlo o porque existen leyes contra la obligación de no legislar o porque las leyes contengan disposiciones en virtud de las cuales los órganos del Estado se ven en la necesidad de violar las obligaciones internacionales. Las leyes en estos casos no son el contenido de la responsabilidad del Estado sino los actos de ejecución de sus órganos. "Les lois nationales—dice la Corte Permanente—sont de simples faits, manifestations de la

(15) On doit notamment admettre cela partout ou, par definition, l'obligation imposée a l'Etat ne peut être exécuté que par la confection d'une loi, alors même que la convention estime superflu de parler spécialement de cela. Comme en particulier tout les droits et devoirs subjectifs ne peuvent dériver que du droit objectif comme en outre les traités modernes sur l'établissement, l'exercice des professions, la propriété intellectuelle, etc... ont pour but d'assurer de plus en plus aux nationaux réciproques des Etats de véritable droits publics et privés, la promesse d'accorder de tels droits contient régulièrement déjà l'engagement d'établir ou de maintenir le droit objectif qui leur donnera naissance. En fin, l'Etat est toujours tenu de créer du droit, puisque, d'après les principes de son droit interne, l'acte auquel l'oblige la Vereinbarung ou le contract ne peut être accompli que sous forme de loi. Quand l'Etat, en vertu d'une prescription internationale, doit adresser des ordres aux autorités ou aux individus, il ne peut le faire, dans l'immense majorité des cas, que par une loi, et non pas par une "prescription administrative" ou par un décret. (Rechtsverfügung) Triepel, Rapports du droit international avec le droit interne. p. 298.

(16) L'Etat établit ici le droit, parce que, sans cela, il ne serait pas, d'après le droit interne, en situation de remplir un devoir international, par exemple un devoir de punir,—soit parce que, sans la création du droit étatique, un acte ordonne par le droit international ne pourrait pas être accompli, soit parce que sans le droit étatique un acte interdiret le droit international devrait être accompli. Ce n'est donc pas le droit international qui conduit le législateur a agir, c'est le droit interne. Dans le droit immédiatement ordonné, l'acte ordonné a l'Etat par le droit international consistait a créer du droit:ici, l'Etat se met en situation, eu égard a son propre droit et par le nouveau droit, d'accomplir un acte ordonné par le droit international. Tout a l'heure, le fait de ne pas légiférer ou d'abroger la loi était déjà en soi, contraire au droit: ici la violation du droit résulte du fait que l'Etat n'a pas accompli l'acte qui la loi l'autorise a faire, ou qu'il a accompli l'acte que la loi ne pas faire. (Triepel, Rapports du droit international avec le droit interne, p. 299).

volonté et de l'activité des Etats, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives" (Cour permanent de justice internationale, arrêt n° 7 du 23 mai 1906, Publication série A. n° 7, p. 19).

b).—En esta materia de responsabilidad por actos del órgano legislativo se comprende todas las cuestiones de socialización más o menos amplias que han surgido en los últimos tiempos tratándose de las tierras o de las riquezas minerales. Las leyes de la pequeña propiedad y del petróleo han originado en Europa y en América diferendos internacionales de gran consideración. Se puede recordar las discusiones entre los Gobiernos de los Estados Unidos de México sobre la Constitución Mexicana de 1917 (17), el litigio rumano-húngaro en los asuntos llamados agrarios (18), y la discusión entre los Estados Unidos y el Japón relativa a las leyes sobre propiedad en California (19). La legislación soviética es otro problema en el que no se trata ya del conflicto de un acto legislativo interno sino de dos sistemas que no pueden coexistir en una misma civilización.

No existe en todos estos actos de socialización o de monopolización una línea bien definida que separe la jurisdicción nacional de la internacional. La noción de los derechos adquiridos es muy imprecisa. No se sabría, tampoco, determinar los límites

(17) El art. 27 de esta Constitución reserva a los mexicanos por nacimiento o por naturalización y a las sociedades mexicanas el derecho de adquirir tierras, aguas y sus accesiones y de obtener concesiones de explotación de minas, aguas o combustibles minerales. Diversas leyes reglamentarias de esta disposición constitucional determinaron reclamaciones del Gobierno de los Estados Unidos fundadas en la alegación de que los derechos adquiridos anteriormente a la Constitución de 1917 y a las citadas leyes serían menoscabados sino completamente destruidos. Sobre este particular se produjo una correspondencia nutrida e interesante entre las dos Cancillerías. La de México sosteniendo que el ejercicio de su soberanía territorial justificaba perfectamente su legislación y negando que ella afectara derechos adquiridos por los extranjeros. La de los Estados Unidos sosteniendo, a su vez, que la legislación era violatoria del derecho internacional porque desconocía por medio de verdaderas confiscaciones los derechos adquiridos por los extranjeros. (Correspondencia oficial cambiada entre los Gobiernos de Estados Unidos y de México con motivo de dos leyes reglamentarias de la fracción primera del Art. 27 de la Constitución Mexicana.—México.—Imprenta de la Secretaría de Relaciones Exteriores.—1926).

(18) Este asunto es el de las expropiaciones operadas por el Estado rumano en virtud de sus leyes agrarias en detrimento de los nacionales húngaros optantes y no optantes, propietarios en Transilvania y en otros países de la antigua monarquía austro-húngara anexados en virtud del tratado del Trianon. (L'Arrêt du Janvier 1927 du T. A. M. Roumano-Hongrois dans les Affaires, Dites Agraires et le Droit International, par Georges Scelles).

(19) La legislatura de California expidió una ley referente a los derechos, facultades e incapacidades de los extranjeros y de ciertas compañías, sociedades y corporaciones respecto de propiedades en ese Estado, proviendo en ciertos casos su caducidad. La ley disponía que todos los extranjeros elegibles para la ciudadanía

de aplicación de la retroactividad. La tendencia actual impulsa a las sociedades a modificar los antiguos principios que atribuían a los derechos una suprema rigidez individualista. Los principales derechos son ahora concebidos como simples facultades dominadas por una finalidad de interés social. La justicia es la única inspiración que no varía y a la cual deben subordinarse las orientaciones del derecho. Pero debemos reconocer que toda esta materia se halla en evolución. No cabría formular reglas precisas que encerraran los problemas que agitan a las sociedades modernas en el desarrollo de su vida económica. Aquí, como en otras esferas de la responsabilidad, es necesario que la codificación se limite a trazar líneas generales dentro de las cuales la jurisprudencia internacional pudiera hacer lentamente su labor de condensación. Los resultados de la enquête del Comité de Codificación de Ginebra autorizan esta opinión. En materia de derechos adquiridos, las respuestas de los gobiernos indican que el asunto no está suficientemente maduro. El Gobierno del Africa del Sur subordina el concepto de derechos adquiridos al derecho interno y desconoce respecto de ellos la responsabilidad internacional del Estado. El Gobierno de Austria se inclina a eludir la solución de estas "cuestiones litigiosas". El Gobierno de la Gran Bretaña declara que no se sabe exactamente cuál es el sentido que es preciso atribuir a la expresión "derechos adquiridos". El Gobierno de Suiza cree que es de gran interés llegar a una definición satisfactoria de los derechos adquiridos y de sus limitaciones. Establece, desde luego, que estos derechos no tienen alcance absoluto y que su ejercicio no es admisible sino en los límites del orden jurídico nacional.

Hay, sin embargo, una poderosa corriente que considera que las expropiaciones sin indemnización afectan una norma general consuetudinaria cuando no hay relaciones convencionales especiales. Se cita, entre las aplicaciones importantes y recientes de esta concepción, las sentencias de la Corte Permanente de Arbitra-

bajo las leyes de los Estados Unidos podrían adquirir, poseer, gozar, transmitir y heredar bienes raíces en la misma manera y extensión que los ciudadanos americanos. Los demás extranjeros tendrían y gozarían esos derechos en la manera y extensión establecidos en los tratados celebrados con sus gobiernos. El Japón reclamó contra esa ley alegando que perjudicaba los derechos y privilegios otorgados a sus nacionales por los tratados vigentes de comercio y navegación. Se negó, además, el Japón a la sugestión de que el asunto fuera sometido a los tribunales encargados de declarar la supremacía de los tratados cuando existen leyes violatorias de sus disposiciones. Es muy interesante la correspondencia de este incidente desde el punto de vista de las relaciones internacionales con el derecho interno.

je de 24 de setiembre de 1920 y 13 de octubre de 1922 sobre la confiscación de los bienes de las corporaciones religiosas del Portugal, la primera, y sobre requisiciones de las naves en construcción en astilleros americanos por cuenta de ciudadanos noruegos, la segunda. Más técnicamente reside la jurisprudencia en el Avis. N.º 6 y Arret N.º 7 de la Corte Permanente de Justicia Internacional. El primero trata de los derechos adquiridos de los colonos alemanes en Polonia en relación con las aplicaciones de la ley polonesa de 14 de julio de 1920. La Corte estableció que la posición legal del Gobierno polaco no era conforme con sus obligaciones internacionales. El Arret N.º 7 concerniente a los intereses alemanes en la Alta Silesia polonesa contiene también entre otras cuestiones de derecho, un caso de responsabilidad del órgano legislativo. Se trata de juzgar si la ley polaca de 14 de julio de 1920, habiendo sido introducida en Alta Silesia por la ley de 6 de junio de 1922, comprendía disposiciones contrarias a la Convención de Ginebra. (20).

c).—Los tratadistas han citado comúnmente, en los casos de responsabilidad en el orden legislativo, el de la reclamación Canevaro contra el Gobierno del Perú. Las partes discutieron en este caso la posición legal de los extranjeros respecto de los nacionales. Se trataba de una ley peruana que ordenaba pagar a los nacionales extranjeros en bonos de deuda interna una deuda que los demandantes reclamaban en dinero. La Corte no decidió sobre el valor de la ley interna. Se cita, también, comúnmente entre los casos de responsabilidad de orden legislativo el de la decisión de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya en el asunto Dreyfus. Se trataba de decisiones pronunciadas por un Gobierno *de facto* que había regulado todos los puntos del litigio entre Dreyfus Hermanos y Compañía y el Gobierno peruano. Una ley peruana había declarado nulos los actos del Gobierno *de facto*. La Corte declaró que esa ley no podía referirse a los extranjeros que trataron de buena fé. Esta sentencia abarca la cuestión relativa al predominio del derecho internacional sobre el derecho interno y a las consecuencias internacionales de los actos de los gobiernos *de facto*. (21).

“Un cas d'une sorte a eu pour origine l'article 61, linea 2, de la Constitution du Reich allemand du 2 de août de 1919, qui,

(20) Bernard de Francqueville. *L'oeuvre de la Cour Permanent de Justice International*.—Tomo II, Avis et Arrêts.

(21) Federico Elguera. *Reseña Histórica de los Arbitrajes del Perú*.

réglait la participation de l'Autriche au Reichsrat "après la réunion de l'Autriche à l'Empire allemand et entre temps accordait aux représentants de l'Autriche un vote consultatif: les puissances alliées et associées ont protesté contre cette disposition et en ont exigé l'abrogation, en soutenant qu'elle était en opposition avec l'article 80 du Traité de Versailles aux termes duquel "l'Allemagne reconnaît et respectera strictement l'indépendance de l'Autriche, dans les frontières qui seront fixées par traité entre cet Etat et les principales puissances alliées et associées; elle reconnaît que cette indépendance sera inaliénable, si ce n'est pas du consentement du Conseil de la Société des Nations". Sans contester le moins du monde le principe dont il s'agit ici, le Gouvernement allemand a soutenu d'abord qu'il n'y avait pas de contradictions entre le traité et la loi, mais il a consenti ensuite à signer une déclaration qui subordonnait l'admission des représentants autrichiens au Reichsrat, à une modification de la condition juridique internationale de l'Autriche approuvée par le Conseil de la Société des Nations". (22).

Hay que considerar todavía otra decisión importante. Es la de la Comisión mexicano-americana de 1926. En una de sus más interesantes sentencias en que juzgaba la responsabilidad por un homicidio que podía ser cubierto por las ordenanzas militares vigentes en los Estados Unidos, la comisión consideró que la protección de la vida humana conforme a los principios del derecho internacional predomina sobre las disposiciones de la ley interna (23). Es este caso, tal vez, el caso más claro y definido en que se incorpora su carácter de regla práctica de convivencia internacional un principio de justicia natural. La comisión sobrepuso este principio a la ley nacional y dejó establecido prácticamente cómo la imperfección del órgano legislativo determina la responsabilidad del Estado. (24).

IV

a).—Los casos de responsabilidad provenientes de actos u omisiones de las autoridades de gobierno y de los agentes admi-

(22) D. Anzilotti, Ob. cit.

(23) Claims Commission United States and México Opinions of Commissioners—February 1926—July 23, 1927.—Washington, 1927.

(24) Son pertinentes a este capítulo de responsabilidad en el orden legislativo entre otros numerosos casos: 1.º Los de la ley italiana de 1912 sobre monopolio por

nistrativos son, naturalmente, los más numerosos en la jurisprudencia internacional. Hay una gran variedad en la práctica de los gobiernos y en las decisiones de los árbitros y de las comisiones mixtas. Conviene considerar: 1.º, los de responsabilidad de funcionarios competentes que han procedido de conformidad con sus leyes o que han procedido fuera de sus atribuciones o violando de cualquiera manera las normas del derecho interno en daño de los extranjeros; 2.º, los actos que no son de función sino personales y que implican, por tanto, únicamente responsabilidad interna; 3.º, los de esta naturaleza, pero que, por sus modalidades o por sus relaciones aparentes con la función pública, se asimilan a los actos públicos en ciertas circunstancias; 4.º, los casos en que la no existencia de mala fé alguna en los funcionarios o en los que una correcta sanción realizada por los órganos internos, elimina la responsabilidad del estado; 5.º, en fin, los de responsabilidad común convertidos en hechos de responsabilidad internacional por falta del Estado o denegación administrativa de justicia.

b).—La responsabilidad puede ser producida de una manera inmediata de Estado a Estado. Se presentan estos casos cuando hay violación del territorio o infracción de las cláusulas de un tratado o desconocimiento de los derechos de un Estado neutral o faltamiento al respeto debido a los agentes diplomáticos y, en general, siempre que no se trate de perjuicio infligido a los individuos sino a la colectividad extranjera en su conjunto o en su carácter de poder étático como miembro de la comunidad internacional. La jurisprudencia cuenta numerosos casos de esta clase de responsabilidad, que llamamos inmediata porque los hechos que la constituyen determinan desde luego una relación entre los poderes étáticos. Hay que distinguir, sin embargo, esta responsabilidad inmediata de la objetiva. No se produce ella en todo caso por hechos injuriosos. La práctica internacional presenta ejemplos en los que los hechos han sido sometidos a una investi-

el Estado de los negocios sobre la vida y de la sanción legislativa uruguaya en la misma materia; 2.º El caso Montijo (Moore 1440) en que el Arbitro declaró el tratado superior a la constitución (la legislación de la República debe ser adaptada al tratado, no el tratado a la ley); 3.º El caso Baldwin (Ralston 102) en que el Arbitro estableció el respeto de las leyes internas en cuanto de ellas no infringieran los principios generales reconocidos en la ley de las naciones; 4.º El caso Massiani de la Comisión Franco-Venezolana de Reclamaciones (Ralston 103) en que el Arbitro reconoce la eficacia de la legislación venezolana que no contiene peculiar ofensa sino que al contrario está de acuerdo con la ley de las naciones en general; 5.º El caso de la Creele (Ralston 104).

gación para establecer su realidad, su carácter y su imputabilidad. El último caso que puede ofrecerse como ejemplo es el incidente de fronteras entre Bolivia y Paraguay. Los dos Estados reclamaban contra una violación de su soberanía territorial. Una Comisión debió investigar los hechos para establecer la responsabilidad. (25). Lo mismo pasó en el incidente del *Dogger Bank*. Pero en otras situaciones los hechos por sí solos bastan para imputar al Estado la responsabilidad de actos de sus funcionarios o agentes como en el caso de violación de la soberanía brasileña por los marinos del *Panther*. La diferencia entre las dos situaciones enunciadas no reside en la calidad de los agentes culpables sino en la naturaleza de los hechos alegados y en su imputabilidad jurídica.

c).—Entre los actos de los que pueden derivarse la responsabilidad, están las declaraciones de voluntad unilaterales y bilaterales, expresadas por las autoridades competentes para hacerlas. Tales son el Jefe del Poder Ejecutivo, los Ministros de Estado, el Parlamento mismo en cuanto autoriza o sanciona los tratados y los agentes diplomáticos encargados de negociarlos bajo las instrucciones de sus gobiernos. Las declaraciones de voluntad de estos órganos obligan en general al Estado sin necesidad de investigar las normas del derecho interno que determinan su competencia. Pero, en cuanto a los tratados públicos, hay opiniones autorizadas que los consideran como actos de categoría especial en los cuales se requiere precisamente el cumplimiento de las normas constitucionales. Es esta una cuestión

(25) Este incidente tuvo lugar cuando acababa de instalarse en Washington una conferencia de todas las repúblicas americanas para concertar dos convenciones de conciliación y de arbitraje. La conferencia ofreció a Bolivia y al Paraguay sus buenos oficios. Las dos repúblicas los aceptaron. En virtud de ellos, que fueron ejercidos por un comité especial, las dos repúblicas suscribieron a principios de 1929, un protocolo. Los artículos pertinentes de este protocolo dicen así: "Los Gobiernos de Bolivia y del Paraguay convienen: Primero, en constituir una Comisión de Investigación y conciliación compuesta de la siguiente manera: A) De dos delegados de cada uno de los Gobiernos de Bolivia y Paraguay; B) De un delegado designado por los Gobiernos de cada una de las cinco repúblicas americanas siguientes: Estados Unidos de América, México, Colombia, Uruguay y Cuba. Segundo: la comisión de investigación y Conciliación se encargará de investigar contradictoriamente lo ocurrido tomando en cuenta las alegaciones de una y otra parte y determinando al final cuál de las partes introdujo innovación en el estado de relaciones pacíficas de ambos países. Artículo sexto: La Comisión queda facultada, en el caso de no haber podido llegar a la conciliación para establecer al mismo tiempo que la constatación de lo investigado las responsabilidades que conforme al Derecho internacional aparezcan como resultado de su investigación. Artículo décimo: las altas partes contratantes reiteran su firme propósito de que dicha controversia sea solucionada, en todo caso, por medios jurídicos y en perfecta paz y amistad de los dos países."

muy discutida. Los tratadistas se dedican a una serie de apreciaciones sobre la autonomía del orden jurídico internacional o sobre el reenvío del derecho internacional al derecho interno (26). Todas las sutilezas empleadas en esta materia y el largo debate a que da lugar son menos importantes de lo que parecen. En el fondo de las cosas hay que convenir en que la competencia para concluir los tratados está ahora organizada en los Estados civilizados en un sistema de cooperación de los órganos representativos. El jefe de Estado no puede obrar sin intervención del Ministro. El Ministro, a su vez, encarna la corriente dominante en el Parlamento y obra de conformidad con la voluntad parlamentaria expresada o por la autorización previa para tratar de determinada manera o por el voto *a posteriori* de aprobación del tratado. Tal es el régimen común. Los Estados negocian y concluyen los tratados con la conciencia de que lo hacen dentro de ese sistema y que es el único que les asegura la firmeza real de los pactos basada en las voluntades nacionales. Si este es el hecho todos los días repetido, él constituye una norma consuetudinaria. Los tratadistas la buscan afanosos y terminan por no encontrarla. Ahí está, sin embargo, más definida y más clara que otras normas, porque se aplica en el amplio campo de los acuerdos internacionales concertados continuamente.

d).—La responsabilidad mediata es la que se produce en todos los casos en que no hay una imputación de Estado a Estado, sino de perjuicios causados por los órganos de un Estado a los nacionales de otro. No hay razón objetiva para clasificar los agentes desde el punto de vista de la responsabilidad en superiores y subalternos. Los que hacen esta clasificación colocan en el primer término las autoridades representativas, como son el Jefe del poder ejecutivo y los Ministros. La clasificación tiene por objeto imputar al Estado por los actos u omisiones de las altas autoridades. Los actos de los agentes inferiores o empleados no producirían fundamentalmente responsabilidad. La determinarían eventualmente en los casos en que el perjudicado no tuviera recursos legales para obtener reparación o en los que el Estado no aplicara al agente subalterno las debidas sanciones. Esta es la doctrina de los antiguos tratadistas que subordinan la responsabilidad por actos de los agentes subalternos a severas condiciones taxativamente enumeradas. El sistema de la escuela

(26) D. Anzilotti.—Cours de droit international.—Paris.—1929. pág. 362.

de Harward consagra la misma confusión. Considera la responsabilidad de los altos funcionarios en el ejercicio de sus funciones si los recursos legales no han dado lugar a la reparación. Considera la responsabilidad de los actos de los funcionarios o empleados subalternos en el ejercicio de sus funciones en casos de denegación de justicia o de falta de sanción disciplinaria. Las opiniones emitidas por los gobiernos en la enquête del Comité Preparatorio de Ginebra no mencionan la clasificación de los órganos o agentes del Estado. No podría decidirse, sin embargo, que la jurisprudencia proporcione en este particular líneas uniformes y claras. Hay algunas decisiones arbitrales que establecen la responsabilidad del Estado por actos de agentes subalternos. Pero en general las decisiones arbitrales, principalmente en reclamaciones en que han estado interesados los Estados Unidos o los Estados de América Latina, han declarado que los actos de los agentes subalternos deben ser reclamados en la jurisdicción nacional. Sólo la denegación de justicia podría convertirlos en hechos de responsabilidad internacional. Se ha alegado que no parece justo hacer internacionalmente responsables a los Estados por actos de empleados que no pueden materialmente hallarse en todos sus procedimientos bajo la vigilancia de las autoridades superiores. Supuestas la organización y la vigilancia normales y existiendo un sistema eficaz de corrección y represión, las actividades administrativas de los empleados deben estar sujetas a los recursos de que los interesados disponen para obtener la reparación de los daños. Pero se ha observado, de otro lado, que las numerosas decisiones arbitrales que eliminan la responsabilidad por actos de los empleados no han sido inspiradas en la jerarquía de los empleados culpables sino en el hecho de que los reclamantes de indemnización por daños no habían hecho uso de los recursos legales que tenían a su disposición para ser indemnizados. Desde este punto de vista la interpretación de la jurisprudencia no significaría la eliminación de la responsabilidad internacional sino el reconocimiento de que ella requiere en tales casos el previo procedimiento de los recursos internos de reparación.

No hay, en verdad, razón atendible para construir doctrinas diferentes según sea la jerarquía de los agentes del Estado. Tampoco habría razón para fundamentar esa diferenciación en el hecho de que los daños pueden ser reparados por las acciones legales con que los Estados protegen los derechos de los habitan-

tes de su territorio. Estas acciones se hallan en general a la disposición de todos los individuos respecto de los daños producidos por toda especie de agentes. Los casos especiales en que los Estados, escudándose en las antiguas ideas sobre la personalidad política del poder étático, oponen una excepción de irresponsabilidad, determinan responsabilidad internacional inmediata porque ellos implican una verdadera denegación de justicia. De manera que, en buena lógica, cualquiera clasificación que se hiciera de los actos de los agentes del Estado en cuanto a la responsabilidad internacional tendría que fundarse exclusivamente en la naturaleza de los actos y en la posición jurídica que en virtud de ella asumiera el Estado en relación con los otros Estados o con los particulares.

La naturaleza de los actos es el criterio que puede separar la jurisdicción interna y la internacional. Nos hemos referido en las anteriores líneas a los asuntos domésticos o de dominio reservado o que son propios de la jurisdicción interna. Pero los asuntos que envuelven puntos de derecho internacional o que afectan las normas o las obligaciones que interesan a la comunidad de los Estados se hallan, por su propio carácter, fuera de la competencia étática. Los hechos controvertidos acerca de esa clase de cuestiones o la responsabilidad que de ellos se desprende no podrían ser decididos por el juicio unilateral de ninguno de los Estados interesados porque la igualdad impone que una jurisdicción superior establezca la verdad y la justicia. Entre estas cuestiones las hay susceptibles de reparación mediante la acción de los órganos internos. Es equitativo, sin duda, dar en ciertas circunstancias a los Estados la oportunidad de hacerlo. Pero se trata de una disciplina de equidad y armonía. En estricta disciplina jurídica, todo negocio primariamente internacional, o los que adquieran este carácter por no ser susceptibles de acciones internas de reparación, son susceptibles de responsabilidad internacional, sea que emanen ellos de autoridades superiores o sea que emanen de funcionarios subalternos o de empleados. Los daños de Estado a Estado, de que nos hemos ocupado, pertenecen a la primera categoría. Las leyes internas violatorias de normas internacionales en Estados que no tienen el recurso de constitucionalidad, son de la misma categoría. En todos los otros casos en que los Estados reconocen a los particulares una acción contra los altos funcionarios, los hechos de estos no se diferencian desde el punto de vista de la responsabilidad de las activi-

dades de los empleados o funcionarios inferiores. Unos y otros tienen los mismos deberes en relación con los individuos. De los excesos e injusticias de unos y de otros debe el Estado defender el derecho de los particulares. He allí lo que parece lógico y justo.

e).—Entre estos actos de funcionarios subalternos se ha hecho en ocasiones consideración especial de los daños producidos por violencias cometidas por militares incompetentes (27). Cuando ellos obran bajo las órdenes de sus superiores, sus actos pertenecen a la categoría común de los que comprometen la responsabilidad del Estado. Más hay otros casos en que el soldado puede causar daño fuera de la autorización y vigilancia de sus superiores, en virtud del poder de que dispone o de la apariencia de ejercer autoridad. Se opina, además, que no es necesario que los actos de los soldados hayan sido practicados en virtud de su carácter militar o que sean o no de su oficio (28). La responsabilidad sería absoluta, como lo establece el artículo 3.º de la Cuarta Convención de la Haya de 1907, al prescribir que la “*partie belligérante sera responsable de tous comis par les personnes faisant partie de sa force armée*”.

f).—Los trabajos del Comité Preparatorio de la Conferencia de Codificación permiten creer que en esta materia de responsabilidad por actos administrativos es posible la codificación. Casi todos los Estados consultados han emitido opiniones uniformes. Apenas cabe notar que el Gobierno de la Gran Bretaña afirma el principio de responsabilidad por pérdidas o daños provenientes de actos u omisiones de funcionarios en los límites de su competencia que sean contrarios a las obligaciones internacionales del Estado o a su legislación interior o que pue-

(27) Aun cuando los daños producidos por militares revisten de hecho un carácter no común, no hay razón técnica para hacer de ellos una clase especial. El Instituto de Derecho Internacional considera los hechos de los militares regidos por las normas generales de conducta de los funcionarios y agentes.

(28) Peu importe quelle coupable se soit ou no prevalu de son caractere de militaire: en fait, s'il a pu agir ainsi, c'est a raison de la force qui lui a les confiée, sous la menace de ces armes, par exemple: c'est done toujours en un sens en tant que soldat (ou officier). Peu importe ainsi que l'acte remitte ou non dans sa tache de soldat: en un sens, plus il est incompatible avec les devoirs militaires (viol, incendie), et plus la responsabilité existe, parce que cet acte prouve, ou une négligence coupable, (criminelle si elle est vouloue) des chefs, ou tout au moins un manque de discipline et de surveillance. L'acte coupable est comis par un soldat ou un officier, frace a la force que l'Etat a remise entre ses mains, l'Etat est responsable de mauvais usage de cette force qu'il lui a confiée et dont il doit toujours rester maître.

Observaciones del Prof. Le Fur. (Annuaire de l' Institut de Droit International.—Tome I—1927. Bruxelles. pag. 514.

dan ser considerados como una negligencia prevista por la misma legislación (29). Pero esta frase última relativa a la *legislación interna* introduce, como se ve, un elemento extraño al concepto de responsabilidad internacional, porque es evidente que las violaciones de la ley interna que no comprometen el orden internacional son indiferentes desde el punto de vista de esta responsabilidad.

Tratándose de actos de función pero fuera de la competencia de los funcionarios, hay una gran mayoría de gobiernos que se pronuncian en el sentido de la responsabilidad. Noruega, sin embargo, adopta la antigua posición que exigía condiciones taxativamente enumeradas para que el Estado pudiera ser responsable por los daños producidos por los agentes no competentes (30). Holanda no considera tampoco concluyente o sin reservas la responsabilidad del Estado aunque el funcionarios incompetente se haya prevalido de su calidad oficial (31). Polonia, a su vez, elimina en tales circunstancias la responsabilidad (32). Tchecoeslovaquia, por fin, sigue una cierta línea menos radical, admitiendo el principio de la responsabilidad por incompetencia no

(29) L'Etat est responsable, au point de vue international, des actes ou des omissions de ses fonctionnaires agissant dans les limites de leur compétence. Si un étranger subit un préjudice ou des dommages du fait d'actes ou d'omissions de cette nature qui soient contraires aux obligations internationales de l'Etat ou à sa législation intérieure, ou qui puissent être considérées comme une négligence prévue par la dite législation, l'Etat doit réparation. S'il est prévu des moyens efficaces de recours devant les tribunaux, ces moyens doivent d'abord être épuisés (voir réponse au point XII). Les mêmes règles s'appliquent aux préjudices ou dommages causés sur mer et sur terre.

(30) On présume que la responsabilité internationale se trouvera engagée dans ce cas, si l'Etat a négligé de prévenir l'acte en question, bien s'il en ait eu la occasion, ou si l'Etat a négligé de prendre contre le fonctionnaire en question les mesures prévues pour les lois du pays, ou bien encore si cet Etat n'a pas admis l'étranger dont il s'agit à la faculté d'avoir recours aux tribunaux de l'Etat et d'y poursuivre son action.

(31) Le fait que le fonctionnaire quoique s'autorisant de sa qualité officielle, agi en dehors de sa compétence ne doit pas être concluant.

(32) Si cependant, l'action du fonctionnaire n'est en contradiction qu'avec le droit du pays, ou si en général, elle est defectueuse, alors le risque d'un tel acte formellement régulier atteint exclusivement l'individu et l'Etat est libéré de toute responsabilité internationale. Au cas de les fonctionnaires de l'Etat agissant officiellement mais en dépassant leur propre compétence, il faut admettre que de même que leurs actions ne peuvent créer pour l'Etat aucune obligation à l'intérieur, elles ne peuvent aussi entrer la cause de une responsabilité internationale de ces Etats. En effet, si l'activité de un fonctionnaire de l'Etat dépasse les limites de sa compétence officielles elle ne constitue pas une activité d'Etat comme personne juridique. L'admission de responsabilité pourrait survenir dans les cas exceptionnels, prévue au point 4 des thèmes du Comité d' Experts.

conocida, pero rechazándola cuando la función pública sólo ha servido de ocasión para el acto injurioso. (33).

g).—Esta responsabilidad administrativa del Estado se extiende a los actos lesivos de las comunidades que le están subordinadas o, en las organizaciones políticas compuestas, a las de unidades asociadas en calidad de Estados miembros. Si se trata de comunidades libres o privadas, no hay necesidad de agregar nada porque están sujetas a los principios de la responsabilidad por actos de particulares. Si se trata de comunidades oficiales, comunas o departamentos, que ejercen funciones públicas, sus actos pueden revestir el carácter de verdaderos actos étáticos que por razones internas de descentralización han sido abandonadas a otros órganos locales. En estos casos la responsabilidad internacional se funda en la razón general que afecta a los órganos del Estado (34). Si se trata de actos que entran en la esfera de la actividad propia de las comunas o departamentos, el Estado responde por ellos, aunque no tienen en realidad el carácter de étáticos. La verdadera razón consiste en que el Estado debe generalmente resignarse a que todos los actos públicos hechos sobre su territorio, por quien quiera que sea, que entren a la competencia del poder legislativo o del poder ejecutivo, sean considerados por el extranjero como si él mismo los hubiera realizado. Lo que le es prohibido por el derecho internacional no puede ser hecho por las corporaciones que le son subordinadas. Si ellas lo hacen, él debe responder. (35).

La responsabilidad en las organizaciones compuestas, por actos de los Estados miembros, es considerada como el tipo de la llamada *indirecta*, por cuanto se afirma que el Estado respon-

(33) S'ils s'agit d'un acte dépassant les limites de la compétence, dans le quelle l'exercice de la puissance publique confiée soit à un fonctionnaire de l'administration interne, soit à un agent diplomatique ou consulaire, n'a fourni que l'occasion à l'acte, il n'est plus question de l'exercice d'une fonction pour laquelle l'Etat dut être responsable. Les actes de ce genre ne sont que des actes privés, qui doivent être jugés d'après la ligne VII b), c), d). Au contraire, il faut souligner que des simples ordres internes limitant le fonctionnaire dans l'exercice de sa compétence n'a pas été extérieurement (juridiquement) delimité, exclure la responsabilité de l'Etat.

(34) Quand dans cette sphere la comune se livre à des agissement qui, s'ils étaient faits par l'Etat lui-même, seraient contraires au droit international, l'Etat est responsable vis-à-vis de l'Etat étranger lésé, parce qu'il s'agit d'acte qui, matériellement, sont des actes "étatiques". Le préjudice que subit l'Etat étranger provient d'un acte, qui ailleurs dans un Etat centralisé, constituerait aussi, formellement, un acte étatique. Il est indubitable que l'Etat ne peut pas, en décentralisant son administration, se soustraire à la responsabilité d'actes qui sont matériellement des actes de l'administration étatique. (Triepel.—Rapports du droit international avec le droit interne—pag. 354.)

(35) Ibid.

de por actos de otro. Pero este concepto es sólo parcialmente exacto. En las organizaciones compuestas hay responsabilidad directa cuando un miembro infringe las obligaciones contraídas por la Unión o cuando omite hacer las debidas prestaciones o de cualquiera manera realizar con sus actos las obligaciones adquiridas. Los actos de las unidades políticas o sus soluciones son indiferentes en derecho internacional. Los deberes de la Unión pesan exclusivamente sobre ella misma y su personificación en las relaciones interetáticas es el órgano general. Es conveniente distinguir, sin embargo, la responsabilidad del Estado compuesto o su deber de reparación por los daños causados o por las infracciones de la ley internacional, de la posición en que se halla el órgano central cuando está en la necesidad de recibir las demandas de reparación por obligaciones particulares de los miembros y de hacerlas efectivas. Esta posición es la que determina la responsabilidad que los juristas llaman *indirecta*. Cuando se trata de uniones en que los Estados conservan cierta personalidad internacional, los miembros son responsables, su responsabilidad, sin embargo, sólo puede hacerse efectiva a través del órgano central que representa el conjunto. Se han presentado en la vida internacional diversos casos de responsabilidad directa e indirecta de gobiernos federales. No ha sido fácil llegar al reconocimiento de la responsabilidad federal por infracciones de los Estados miembros. Los Estados federales han alegado en diversas circunstancias, sinó su irresponsabilidad, al menos la imposibilidad en que se hallaban de hacer cumplir las obligaciones internacionales por no tener recursos legales para compeler a las unidades políticas. En ciertas ocasiones, como en el caso de Luis Stern, el gobierno central ha avanzado hasta rehusar *a limine* discutir sobre la administración de justicia de un Estado particular. Son muy conocidos, también, los casos de McLeod entre Inglaterra y los Estados Unidos, de Cutting entre México y Estados Unidos, el de las escuelas de California entre el Japón y los Estados Unidos, los de los linchamientos de Nueva Orleans y Hahnville, en Louisiana, que originaron diferendos entre Estados Unidos e Italia, etcétera. Ha habido en estos diferendos resistencias para aceptar plenamente la responsabilidad federal. Pero al cabo ha sido aceptada. En el último de ellos la aceptación ha sido solemne y definitiva. La experiencia de estos incidentes permite llegar a la conclusión de que es principio reconocido el de que el Estado federal debe responder por la violación

de las obligaciones internacionales por los Estados particulares o por las infracciones de las obligaciones internacionales de éstos. No es lícito oponer la excepción de organización interior para excusar el incumplimiento de los deberes. Este asunto está contemplado en la enquête del Comité Preparatorio de Ginebra. Las respuestas de los Gobiernos se fundan todas en el supuesto de que la responsabilidad se determina por la circunstancia de que el órgano que dirige las relaciones exteriores es el calificado para la realización de las obligaciones internacionales. Las respuestas de los gobiernos se refieren en el mismo sentido a la situación de los estados subordinados, colonias, protectorados, etc., por cuyos actos debe responder el estado dominante. La base de discusión número 23 en esa enquête ha sido redactada: "Lorsqu'un Etat est chargé de la conduite des relations étrangères d'une autre unité politique, la responsabilité, en raison des dommages subis par les étrangers sur le territoire de cette unité politique, incombe à cet Etat. Lorsqu'un même gouvernement est chargé de la conduite des relations étrangères de plusieurs Etats, la responsabilité, en raison des dommages subis par des étrangers sur le territoire de ces Etats, incombe à ce gouvernement commun ou central".

Esa base no parece técnicamente adecuada. La dirección de las relaciones exteriores está, a veces, dividida en cierta manera. Hay casos en que los Estados de una federación conservan el derecho de concertar tratados sobre materias determinadas y de tener representación diplomática. Así sucedía en el Imperio Germánico Federativo anterior a la guerra de 1914. Así sucede en el actual Imperio Británico. Los dominios tienen el derecho de celebrar tratados. Todos ellos han suscrito el tratado de Versalles y forman parte de la Sociedad de las Naciones. Este sólo hecho de asociación internacional, del que derivan una serie de derechos y de obligaciones, implica un elemento que no puede desatenderse desde el punto de vista de la responsabilidad.

"In the domain of foreign affairs—dice el Presidente del Instituto de Derecho Internacional, Mr. James Brown Scott—the self governing Dominions, with the exception of Newfoundland are recognized as possessing an international status by the Covenant of the League of Nations. In the Assembly of the body Great Britain, Canada, Australia, New Zealand, South Africa, the Irish Free State and India are members upon an equality with other nation of the world. They take part in the election of

the judges of the Permanent Court of International Justice, an their right to sit in the Council is admitted, although that right has not yet been exercised. The provisions of the report (the reports of the Committee on Inter-Imperial relations of the Imperial Conference) in this matter are of great importance, recognizing that the British Commonwealth of Nations may take a treaty as such, with a single delegation for the whole; or that each member of the Commonwealth may appoint delegates of its own, that the members therefore may negotiate treaties as separate contracting parties, though their delegates: or that individual members may make treaties by their plenipotentiaries, with the understanding, however, that the intention, to do so should be communicated in advance, and that before any treaties are concluded "which might involve the other governments in any active obligations" it must "obtain their definitive assent". In view of these circumstances, it was natural that the report should state in express terms the right of each autonomous State to appoint Ministers Plenipotentiary to outside world. Ireland at already done so with the consent of Great Britain, and immediately after the adjournment Canada appointed the first Minister plenipotentiary to Washington. The Government of Australia, if the press is to be believed, expressed, immediately upon the adjournment of the conference, its intention likewise of sending a Minister plenipotentiary to the United States".

Puede decirse en vista de esa situación que el criterio de la dirección de las relaciones exteriores no es suficiente para establecer la responsabilidad del Gobierno general en todas las organizaciones compuestas. En el tipo común o clásico federativo es, sin duda, aplicable. A él se refiere exclusivamente la fórmula del Instituto de Derecho Internacional al tratar de la responsabilidad directa e indirecta del Estado federal por los actos de los Estados particulares. Pero la fórmula no abarca otras clases de uniones. El miembro del Instituto, Sir Thomas Barclay, lo hizo notar al constatar "avec satisfaction" que la cuestión tan delicada de la situación de las colonias y dominios británicos está implícitamente reservada por el texto.

Mas en una fórmula destinada a codificar la responsabilidad no es posible hacer semejantes reservas. Debe haber una estipulación que comprenda los Estados federales y las organizaciones compuestas que no encuadren estrictamente en la categoría federativa clásica. La fórmula de la base de discusión No.

23 en la enquête de Ginebra, a que nos hemos referido, puede ser interpretada como incluyendo: primero, todos los casos de protectorado, mandatos, subordinaciones de diversa especie de un Estado a otro; segundo, todos los casos comunes de uniones de Estados en las que un Gobierno central dirige las relaciones exteriores. Los defectos de esta fórmula consisten en que confunden la *responsabilidad* con la *representación* y en que no se separa del criterio de la dirección de las relaciones exteriores.

Hay otra fórmula también defectuosa. Es la de la enquête de Harward: incluye en la misma categoría a todas las que denomina subdivisiones políticas, considerando en el mismo pie a protectorados, colonias y dominios, sin tener en cuenta las relaciones de ellos con el Gobierno central según su constitución, atendiendo solamente a que no tengan una independiente dirección de las relaciones exteriores.

La responsabilidad por actos de otro Estado depende de la naturaleza y de la extensión de las convenciones que hayan colocado a un Estado bajo la dirección más o menos amplia de otro Estado. En las organizaciones compuestas la responsabilidad se fundamenta en la personalidad internacional de los Estados particulares. Cuando ellos la tienen, su responsabilidad es indudable. La existencia de esta personalidad es el resultado de la naturaleza del vínculo que une a los Estados de una organización compuesta. Ese vínculo no puede ser formulado a priori: está subordinado a la apreciación de cada caso concreto. Tal es en nuestro concepto la única conclusión prudente que puede ser establecida. La dificultad práctica, que parece por el momento insuperable estriba en determinar cómo ha de hacerse efectiva la responsabilidad en ciertas organizaciones compuestas.

V

a).—La enquête del Comité Preparatorio de Ginebra considera como daños de categoría especial, los producidos por los órganos legislativo o ejecutivo en materia de relaciones contractuales, o los producidos por violencias o atentados de las autoridades contra la libertad de los individuos. Se explica que los daños de insurrecciones, guerras civiles o motines sean apreciados de un modo particular porque la situación en que se ocasionan debe influir en las justas reglas que conviene aplicarles. No sucede lo mismo con las prisiones, expulsiones y demás actos que

ordinariamente pueden cometerse contra los extranjeros. Pueden ser actos de autoridad sometidos a las leyes locales o pueden ser abusos de función sujetos a las mismas leyes. Su apreciación, desde el punto de vista internacional, no se diferencia de la que corresponde a todos los actos de funcionarios o agentes competentes o no competentes. Son conocidas las reglas a que están subordinados. Son conocidos los casos en que por razones especiales de denegación de justicia o de injusticia excepcional deben ser susceptibles de determinar acciones internacionales lo mismo que todas las actividades de los representantes del Estado. No hay, por consiguiente, ninguna razón para construir una categoría o un grupo específico de algunos de estos actos. Proceder en esa forma en un trabajo de codificación implicaría un método casuístico de todo punto inconveniente.

b).—El caso de la responsabilidad derivado de los contratos, es diferente. Hay la circunstancia de haberse realizado con motivo de las relaciones contractuales entre los Estados y los particulares, intervenciones financieras o presiones morales o materiales de los Estados fuertes sobre los débiles. Este hecho ha destacado las relaciones contractuales entre los Estados y los individuos en la historia del derecho internacional y les ha dado cierta fisonomía peculiar. Así se explica que hayan nacido doctrinas para clasificar esos contratos y para explicar porqué unos están excluidos según ciertas opiniones de las reglas generales que rigen las obligaciones del Estado.

La enquête del Comité Preparatorio divide esta materia en dos partes: una que trata de las relaciones contractuales perturbadas por actos del órgano legislativo y otra de las mismas relaciones comprometidas por actos del órgano ejecutivo. La cuestión referente a la primera es la de disposiciones legislativas incompatibles con las cláusulas de concesiones acordadas a los extranjeros o de contratos concluidos con ellos o de disposiciones legislativas susceptibles de entorpecer la ejecución de esas concesiones o contratos. No todas las respuestas son afirmativas de la responsabilidad de los Estados en esa materia. El Gobierno de Austria manifiesta que no parece generalmente reconocida una regla de derecho de gentes que obligara a los Estados a observar esos contratos concluidos con los extranjeros de la misma manera que están obligados a cumplir las estipulaciones de los contratos internacionales. La responsabilidad del Estado no resultaría comprometida sino en el caso en que la conducta de sus

autoridades administrativas y legislativas actuando en común fuese dictada por *mala fide* contra un extranjero, o no respondiera por otras razones a la observada normalmente por los Estados civilizados. El Gobierno belga observa que la cuestión formulada no es susceptible de una respuesta precisa. Habrían casos en que ciertas leyes pudieran entabrar la ejecución de una concesión acordada y no ser sin embargo productoras de responsabilidad. El Gobierno danés piensa que, salvo casos de excepción, la cuestión no pertenece al dominio del derecho internacional público sino a la teoría general de la protección de los derechos adquiridos. El Gobierno de Polonia declara que no podría afirmarse *a priori* en general que sea un delito internacional la promulgación de presunciones legales contradictorias con las obligaciones del Estado respecto de los extranjeros, derivadas de convenciones concluidas con ellos o de concesiones acordadas. Le parece difícil al gobierno de Suiza la formulación de reglas precisas en esa materia. La modificación por la vía legislativa de concesiones acordadas a los extranjeros o de contratos concluidos con ellos, no podría producirse sino por razones de orden público y a condición de ser respetado en lo posible el principio de igualdad jurídica entre nacionales y extranjeros.

La otra cuestión formulada por el Comité Preparatorio es la de la repudiación de las deudas por actos legislativos. El gobierno de Austria considera que la doctrina dominante del derecho de gentes no parece calificar como violación de las obligaciones internacionales de un Estado la repudiación del pago de sus deudas. La doctrina no reconocería los Estados a que pertenecen los nacionales perjudicados por una repudiación al derecho de intervenir en el interés de los perjudicados. Se debe admitir que los riesgos que comporta la adquisición de valores de un Estado cuya situación financiera es inestable están en la mayor parte de los casos compensados por la fijación del precio de emisión o por la tasa de los intereses. El gobierno de Bélgica llama la atención hacia las deudas contraídas en el país cuyos títulos han sido adquiridos por extranjeros. Piensa que los tenedores extranjeros no deberían gozar de un tratamiento diferente del que aplican a los nacionales las leyes inspiradas por la necesidad. El gobierno de la Gran Bretaña no cree que la cuestión encuadre perfectamente dentro del problema de la responsabilidad del Estado por daños causados *en su territorio*. El término "repudiación de deudas" es impreciso. Ese término debería implicar que la decisión

del poder legislativo no es debida a una incapacidad de pagar sino a la determinación de no ejecutar un contrato del Estado. Trátándose de actos del poder legislativo resultarían eliminadas todas las posibilidades de recursos interiores de reparación. Podría suceder que las responsabilidades del Estado resultara comprometida. Pero solo el estudio de cada caso concreto sería capaz de establecer la legitimidad de una reclamación internacional. La Suiza considera que la repudiación de deudas constituye una violación típica de los derechos adquiridos.

La perturbación de las relaciones contractuales entre el Estado y los particulares por actos del poder ejecutivo, está formulada en la enquête del Comité Preparatorio en estas dos cuestiones. Primera, actos incompatibles con las cláusulas de concesiones acordadas a los extranjeros o de contratos concluidos con ellos o actos que pueden entorpecer la ejecución de esas concesiones o contratos. Segunda, repudiación de deudas. Las respuestas de los Gobiernos son en general afirmativas de la responsabilidad del Estado. Gran Bretaña observa, sin embargo, que el problema se resuelve en la no ejecución de un contrato celebrado por el Estado con una persona privada. En este aspecto no habría materia para codificar una regla de derecho internacional. El simple hecho de no respetar las cláusulas de un contrato concluido con un particular no constituye una violación de un deber internacional a menos que no se acompañe de alguna circunstancia que le dé igualmente el carácter de infracción de los deberes de un Estado hacia otro Estado.

c).—Es un principio, como se ve, generalmente aceptado en la doctrina y en algunos aspectos reconocido en la práctica internacional, que las relaciones contractuales entre el Estado y los particulares son materia de derecho interno. El funcionamiento de los contratos está sujeto en los Estados a disposiciones que protegen el derecho de los contratantes. De manera que las infracciones que pudiera cometer un Estado de sus obligaciones contractuales con los individuos pueden ser sancionados por las autoridades en virtud de los recursos que establecen las leyes locales. La ruptura de los contratos según la práctica oficial de los Estados Unidos, debe constituir también un *tort* para ser considerados como un caso de una ilegal conducta internacional. Pero prescindiendo de las relaciones contractuales normales o de los contratos que se refieren a concesiones para la administración de servicios o monopolios o para la construcción de obras

públicas, hay otros que se refieren a empréstitos interiores o exteriores, o, en suma, a la deuda pública. Se pretende someter estos actos a principios de una categoría especial. Se considera que el contrato de empréstito especialmente no es una obligación civil propiamente dicha o, en todo caso, es una obligación de naturaleza especial, una deuda de honor que el Estado deudor debe cumplir si nó quiere arruinarse y ver su crédito desaparecer. Ese contrato, por tanto, no tendría otra sanción que el descrédito y el deshonor del Estado que no cumple sus compromisos. Otra opinión considera que los empréstitos son contratos como los demás del orden civil. El Estado que hace un empréstito no actúa como soberano sino como persona de derecho privado. Los empréstitos, por tanto, no entran en la esfera de la soberanía. Las obligaciones que se desprenden de ellos deben ser canceladas lo mismo que las de los otros contratos.

d).—Se relacionan con esta materia la llamada cláusula Calvo, la llamada doctrina Drago y la Convención Porter de la segunda Conferencia de La Haya. La primera tiene por objeto eliminar la responsabilidad internacional en las relaciones contractuales del Estado con los particulares subordinándolas a la jurisdicción interna para las debidas reparaciones. La segunda tiene por objeto eliminar el uso de medidas coercitivas para obtener el pago o el servicio de los empréstitos. La tercera consagró esta misma regla con ciertas limitaciones. Subordinó el uso de medidas coercitivas para el pago de deudas contractuales al rehusamiento que el Estado hiciera del arbitraje o a su negativa a cumplir la sentencia arbitral que se hubiera expedido. Las respuestas de los Gobiernos al Comité Preparatorio se han referido exclusivamente al contenido de la cláusula Calvo. Todos los Gobiernos, con excepción del de Holanda, la han considerado ineficaz. La Gran Bretaña adopta como reglas de apreciación de esta cláusula las expresadas en la decisión de la "Generale Claims Commission" en el caso de la "North American Dredging Company Vss. the United Mexican States". No hay respuestas en la enquête que comprendan de manera expresa las situaciones de la doctrina Drago y de la Convención Porter. Puede considerárseles, sin embargo, indirectamente contempladas en las respuestas relativas al uso de las represalias. Todos los gobiernos aceptan las represalias. Pero el gobierno de Suiza las subordina a la condición de no tener el Estado otros medios pacíficos para reaccionar contra las violaciones de que sean víctimas. Esta con-

dición envolvería precisamente el respeto de las obligaciones adquiridas en la Convención Porter. La base de discusión No. 25 de la enquête debería ser transformada en este sentido.

e).—Pero en nuestro concepto todos estos capítulos de responsabilidad por contratos de cualquiera especie (comprendidos los empréstitos) y de represalias, deben ser dominados por principios diferentes de los que ha inspirado la enquête del Comité preparatorio. Desde luego no cabe dudar que los contratos del Estado desde el punto de vista jurídico son todos igualmente obligatorios. Su cumplimiento está en general garantizado por las leyes nacionales. Los Estados se hallan de acuerdo en estos principios. Todos convienen también en que si no existen órganos de justicia y acciones para hacer valer los derechos de los particulares que contratan con el Estado hay una degeneración de justicia como puede haber una injusticia excepcional cuando las decisiones encierran una violación manifiesta e intolerable del derecho. Los casos de deuda pública son precisamente objetos en los que no cabe ninguna acción de orden interno porque se hallan regidas por las leyes que los tribunales nacionales deben ejecutar. Son típicamente los casos en los que debe actuar la jurisdicción internacional. Puede haber otros de concesiones canceladas o modificadas unilateralmente en virtud de leyes o de decisiones administrativas inspiradas en motivos de orden público o de supremos intereses nacionales. Son casos primariamente de jurisdicción interna que pueden revestir eventualmente el carácter de delitos internacionales.

¿Qué quiere decir la subordinación de esos casos a la jurisdicción internacional? Su significado está en que en las situaciones en que los Estados practican actos y causan daños en sus relaciones contractuales con los particulares en ejercicio de sus funciones gubernamentales, sólo la comunidad internacional es competente para apreciar si esas funciones han sido correctamente ejercidas o si ha habido error o abuso en su ejercicio. La soberanía no es una majestad inviolable. La soberanía es una competencia del Estado para administrar los intereses de la colectividad. Su ejercicio debe estar presidido por el deber de no causar menoscabos a los patrimonios que no sean impuestos por la moral o por los intereses vitales colectivos. Dada la igualdad de los Estados, únicamente la comunidad de ellos puede someter a su juicio las conductas individuales. De ellos se desprenden las siguientes consecuencias: 1.^a, que los contratos de los Estados de-

ben estar bajo el amparo de las leyes nacionales; 2.^a, que cuando estas leyes no proporcionen las sanciones debidas o cuando por la naturaleza de la relación contractual no hay posibilidad de acciones, la comunidad internacional es competente para someter a su juicio la situación creada; 3.^a, que en el régimen de comunidad internacional vigente en el mundo, demostrado por la existencia de la Sociedad de las Naciones y de la Corte Permanente de Justicia Internacional, y por los numerosos tratados de arbitraje y conciliación que ligan a casi todas las naciones, no hay posibilidad jurídica de reacciones individuales de los Estados contra las violaciones de que son víctimas, a menos que no se trate de situaciones excepcionales en las que el desnivel visible de civilización y el peligro manifiesto de la vida e intereses de los extranjeros hagan indispensable el uso de medidas de garantía. Estos casos son de verdadera emergencia en la vida internacional. Ellos mismos, en una etapa más avanzada de organización, deberían ser sometidos a algún control colectivo. Fuera de ellos, la acción de los Estados debe ser limitada a exigir la intervención de la justicia internacional para establecer la responsabilidad y para determinar la reparación. Las represalias, por tanto, deben ser en general abolidas. Las reglas substantivas de la responsabilidad en materia contractual deben ser formuladas teniendo en vista los principios de justicia y de equidad en cuanto aconsejan conciliar las supremas exigencias del interés público de los Estados y los derechos e intereses de los individuos que han contratado con ellos. Las fórmulas amplias y generales que se adoptaran serían vivificadas y precisadas en el curso del tiempo por la jurisprudencia de los tribunales internacionales.

VI

a).—Los actos del poder judicial son, como los anteriores, susceptible de originar responsabilidades. Esta se deriva, según la doctrina dominante, de la unidad del Estado en el seno de la comunidad internacional. Las relaciones jurídicas creadas por actos imputables al Estado no se modifican por la circunstancia de que el agente individual de los actos ocupe posiciones calificadas en derecho interno como legislativas, administrativas o judiciales: todas ellas son maneras de función y la organización y las condiciones de cada una carecen de influencia en el orden internacional. Se ha llegado así a la conclusión en ciertas doctri-

nas de que la autoridad de los fallos judiciales y la independencia de que goza el poder que los dicta afectan solamente el derecho interno.

No parece correcta la afirmación en términos absolutos de que las sentencias judiciales carecen de fuerza obligatoria en las relaciones internacionales. Este concepto se opone a los principios de toda comunidad internacional basada en la cooperación. Pero ello no quiere decir que los actos judiciales se presenten con el mismo carácter en el orden externo que en el interno. La jurisprudencia ha establecido desde luego que los actos judiciales internos son susceptibles en ciertas condiciones de juzgamiento internacional y capaces de producir responsabilidad. Estos actos son aquellos en que los jueces internos aplican la ley internacional. La responsabilidad puede provenir o de una mala aplicación o de restricciones del derecho interno. El caso de Costa Rica Packet es uno de los más famosos en este particular. En el caso del "Lotus", entre otros, se ha juzgado si la acción judicial interna afectaba o no a la ley internacional. En el caso del "Lotus", la Corte Permanente no consideró directamente la acción de los tribunales turcos. En el hecho, sin embargo, la responsabilidad imputada a Turquía derivaba del ejercicio de la función judicial interna.

Pero si es indudable el hecho jurisprudencial de la responsabilidad judicial, los problemas que de ella se derivan tienen carácter muy delicado y no están decididos con precisión en los fallos internacionales. Estos problemas se refieren a saber: 1.º si el contenido de las sentencias de jurisdicciones internas puede dar lugar a responsabilidad; 2.º cuál es el concepto y la extensión de la denegación de justicia; 3.º si la jurisdicción internacional está o no subordinada en su ejercicio al agotamiento de los recursos internos.

b).—El principio de respeto del contenido de las sentencias judiciales está comúnmente aceptado por la doctrina y por la jurisprudencia. Lo que se discute son sus alcances. En principio no se funda en la independencia del poder judicial. No se relaciona tampoco con los conceptos clásicos un tanto místicos de majestad de la justicia. Ni puede ser considerado como una extensión de las razones de seguridad jurídica que determinan el valor de la cosa juzgada en el orden interno. El valor internacional de las sentencias es una sanción derivada del derecho de jurisdicción reconocido entre los Estados. Todos ellos cuando

son Estados normales tienen o deben tener organizaciones judiciales y leyes sustantivas y procesales suficientes para garantizar el derecho de los individuos que viven en su territorio y de los Estados extranjeros con quienes conviven. Estos derechos no pueden ser asegurados por otros Estados. La limitación territorial de las limitaciones del Estado determina, por tanto, la obligación de realizar la justicia y correlativamente el derecho de que los actos de esta obligación—que constituyen la administración judicial—sean respetados en la comunidad internacional. Tal respeto es además de interdependencia y una realización de solidaridad. Es ahí donde reside jurídicamente la explicación de por qué las sentencias de los jueces que aplican el derecho interno deben ser presumidas como regulares y justas en la comunidad internacional.

Hasta allí no hay discrepancia posible. Mas es necesario establecer: a) cuando se considera una sentencia como acto definitivo de una autoridad judicial; b) si esa presunción que reviste toda sentencia judicial puede ser derogada en ciertos casos; c) cómo se produciría una sanción internacional en los casos en que la presunción pudiera ser revocada.

Hay también completo acuerdo en la doctrina y en la práctica acerca del hecho de que las sentencias judiciales no pueden ser apreciadas como instrumentos de responsabilidad internacional sino en los casos en que haya sido objeto de todos los recursos que proporcionan las leyes internas para asegurar su exactitud.

c)—Pero establecida con toda su firmeza la sentencia, ¿es posible resistirla en la comunidad internacional por la llamada *injusticia notoria o manifiesta*? Es problema difícil y complicado. El Instituto de Derecho Internacional ha adoptado respecto de él en la sesión de Laussane, la siguiente fórmula sobre responsabilidad por causa de negación de justicia y de injusticia manifiesta: 1.º Lorsque les tribunaux nécessaires pour assurer la protection des étrangers n'existent ou ne fonctionnent pas. 2.º Lorsque en la absence de raisons justifies par les besoins de la procedure les tribunaux ne sont pas également accessibles aux etrangers comme aux nationaux. 3.º Lorsque manifestement ces tribunaux n'offrent pas les garanties indispensables pour assurer un bonne justice.

“L'Etat est également responsable si la procedure ou le jugement constituent des manquements manifestes a la justice, notamment s'ils ont été inspires par le malveillance a l'égard des

etrangers comme tels ou comme ressortissants d'un Etat déterminé".

El Comité de Enquête de la Escuela de Derecho de Harvard formuló en este asunto su solución de esta manera:

"Un Etat est responsable du dommage causé a un étranger par suite d'un déni de justice. Il y a déni de justice quand il y a refus, délai injustifié ou obstruction d'accès aux tribunaux, insuffisance flagrante dans l'administration de la justice, manque a assurer les garanties généralement reconnues comme indispensables a la bonne administration de la justice, ou jugement manifestement contraire a l'équité. Une erreur commise par un tribunal national, et qui ne cause pas d'injustice manifeste, n'est pas un déni de justice".

En la encuesta del Comité preparatorio de Ginebra este problema ha sido enunciado en la base de discusión No. 6:

La responsabilité de l'Etat se trouve engagée si la dommage subi par un étranger résulte du fait que le procedure et le jugement son entachés de defectuosités impliquant que les tribunaux qui ont statué n'offraient pas les garanties indispensables pour assurer une bonne justice.

Las respuestas de los gobiernos no han sido uniformes. El gobierno de Australia considera que un Estado puede incurrir en responsabilidad si la sentencia es producto de corrupción o tan errónea que no habría podido ser expedida honestamente por un tribunal competente o si ha sido expedida a consecuencia de la presión ejercida por los órganos ejecutivos del Gobierno. El gobierno de Bélgica admite la responsabilidad si hallándose establecida la prevaricación del juez la legislación nacional no permitiera reformar la sentencia. Gran Bretaña considera cuatro principales casos de posible responsabilidad:

a) Si elle (la sentence) est erronée a un point del cu'aucun tribunal convenablement constitué d'aurait pu honestement arriver a une decision de se genre.

b) Si elle es due a la corruption;

c) Si elle es due a une presion excercee par les organos executifs du gouvernement.

d) Si elle es provoqué par una procedure assez defectuese pour exclure tout espoir raisonable de decisiones equitables.

Noruega acepta el caso clásico de la injusticia notoria. Suiza declara que si "la Convention a conclure stipulait que l'Etat est internationalment responsable non seulement des jugements

contraires au droit des gens fondus par ses tribunaux e du mal-jugé manifeste des mêmes tribunaux, mais encore du deni de justice sous toutes les formes ou il se manifeste (y compris donc de retard abusif des tribunaux) il semble qu'elle contiendrait l'essentiel.

En principio se trata de una aplicación de reglas de justicia superiores a la voluntad de los Estados. Las reglas normativas no han sido creadas por ellos. Las reglas constructivas pueden ser en su aplicación motivo de discusión entre los Estados como lo son entre los individuos. No existe motivo alguno que justifique la imposición del criterio de un Estado al de los otros cuando algún Estado desconoce o resiste por razones especiales la presunción de regularidad o de justicia de un acto judicial. Este difícil problema no puede ser reducido a una fórmula precisa que lo elimine o lo acepte sin reservas. No está exento de peligros porque podría conducir a consagrar la revisión de las sentencias internas y a desconocer abusivamente la autoridad judicial de los Estados. Tampoco podría ser eliminado de una manera absoluta porque es un hecho internacional que se presenta en ocasiones reclamaciones fundadas en injusticias excepcionales o en motivos de corrupción. Cuando un Estado desconoce o resiste por razones especiales la presunción de regularidad o de justicia de un acto judicial, se plantea un conflicto entre dos competencias: la una, orgánica y normal (administración judicial interna); la otra, inorgánica y anormal porque no se deriva de la función destinada a declarar la justicia en el seno de los Estados y porque sólo se ejerce por una opinión basada en motivos extraordinarios. La única solución del conflicto reside en la necesidad de organizaciones que lo resuelvan, o sea en la jurisdicción de la comunidad; los tribunales internacionales son los únicos capaces de establecer si hay posibilidad o no de desconocer la presunción común de justicia de las jurisdicciones internas. El Estado que no quisiera subordinarse a la jurisdicción de la comunidad, no podría sin faltar a la igualdad, oponer su criterio a la fuerza obligatoria de un acto judicial interno. En otros términos: las sentencias judiciales que aplican el derecho interno no pueden ser base de responsabilidad sino por aplicación de jurisdicción internacionales. La acción invidual de los Estados no puede ser eficaz contra la presunción que la comunidad internacional atribuye a la regularidad de la función judicial de los Estados. El remedio podría ser el emplear una instancia

especial que calificara la existencia de hechos susceptibles de dar lugar al proceso de responsabilidad internacional. El tribunal no podría conocer desde luego del fondo mismo del asunto. Debería, en primer término, considerar si las circunstancias autorizan o no a un Estado a discutir la regularidad o la justicia de una sentencia judicial.

La más reciente práctica, por lo demás, se inclina a orillar las dificultades de este importante asunto por medio de tratados. Hay un tipo de tratados como el de Polonia y Suiza (7 de marzo de 1925), que someten a una instancia internacional los asuntos que el derecho internacional deja a la competencia de los Estados. Pero cuando a tenor de la legislación interna uno de esos asuntos es de la competencia de los tribunales, la parte demandada podrá oponerse a que sea sometido a la jurisdicción internacional antes de que un juicio definitivo haya sido expedido por la autoridad judicial competente. Hay otro tipo de tratados como el de Suiza y España que someten todos los litigios de cualquiera naturaleza que sean a la jurisdicción internacional. Más cuando uno de ellos es de la competencia de una autoridad judicial, la parte demandada puede oponerse a que se abra el juicio internacional antes de que se haya producido una decisión definitiva interna.

La definición del concepto de denegación de justicia ha sido muy impreciso. John Bassett Moore, temía que no se supiera construir de antemano una fórmula que pudiera servir para determinar la materia en los casos concretos. Lapradelle y Politis observan que el carácter "fuyant et complexe" de la denegación de justicia parece desafiar toda definición. La práctica, sin embargo, ha contribuido mucho a producir una relativa claridad. Uno de los obstáculos del asunto proviene de que se atribuía a la denegación un sentido tan amplio que abarcaba los actos de todos los órganos del Estado. Tratándose de los actos del poder judicial se incluía los casos típicos de denegación y además los de defectuosidad del juzgamiento o de injusticia. Otra grave dificultad resultaba de la confusión entre el posible error de la sentencia que no da lugar a responsabilidad y la defectuosidad excepcional o la injusticia manifiesta. No puede separárseles sino en vista de las circunstancias de los casos concretos. Si se trata de la no existencia de órganos indispensables para la función judicial o de no haber leyes que autoricen las acciones requeridas en derecho internacional, o del rehusamiento de acceso

a los tribunales, o de retardo abusivo o de actos de juzgamiento influenciados por la malevolencia respecto de los extranjeros o de los nacionales de un Estado determinado, puede decirse, sin vacilación, que hay denegación de justicia. Estos casos han sido enumerados más o menos en esa forma en la enquête del Comité Preparatorio de Ginebra. Los Estados los han aceptado en general. El gobierno de Alemania considera que la responsabilidad internacional que incumbe a los Gobiernos en razón de las decisiones judiciales, debe ser restringido. Establece el acuerdo común respecto de la denegación de justicia. Pero constata que el concepto encerrado en esta frase es impreciso. Se comprende en él tanto el rehusamiento como el retardo indebido del procedimiento y, además, la violación evidente de la ley en detrimento de los extranjeros o de una clase de ellos. El gobierno de Austria define la responsabilidad calificando a la administración judicial cuando ella no llega al nivel que corresponde a un Estado civilizado o cuando el acceso a los tribunales es negado al extranjero. Bélgica acepta los casos clásicos mencionados como aplicaciones de la denegación de justicia. Chile reduce esta denegación al rehusamiento a los extranjeros del acceso a los tribunales. Gran Bretaña define la responsabilidad en los cuatro casos de rehusamiento, de acceso de decisiones incompatibles con las obligaciones internacionales: de retardos de procedimiento. Holanda declara que como regla general el valor intrínseco de una decisión judicial en materia civil o penal no podrá ser objeto de contestación, excepción hecha de los casos en que se trata de puntos de derecho internacional o de infracciones flagrantes a los principios del derecho. Polonia considera que la determinación de la denegación de justicia formulada en el proyecto del Instituto Americano de Derecho Internacional es más completa que la del proyecto del Comité de Expertos de la Sociedad de las Naciones (36). Suiza manifiesta la conveniencia de distinguir los juicios que implican una relación del derecho de gentes y aquellos

(36) Artículo III.—Todo Estado tiene el derecho de proteger diplomáticamente a sus nacionales en relación con una República americana, en el caso en que aquellos no puedan legalmente recurrir a las autoridades del país, o si se puede demostrar que ha existido por parte de dichas autoridades denegación de justicia, retardo anormal o violación de los principios del Derecho Internacional.

Artículo IV.—Existe denegación de justicia:

a) Cuando las autoridades de un país donde la reclamación ha sido hecha ponen obstáculos no autorizados por la ley al ejercicio por el extranjero de los derechos que alega.

b) Cuando las autoridades del país a que ha recurrido el extranjero no han to-

que sin comportar una violación de este género quebrantan visiblemente los principios elementales de justicia. (37).

Entre todas esas fórmulas parece la de Suiza la de mayor perfección jurídica. La primera necesidad en medio de las dificultades de este asunto consiste en no confundir los casos de mala organización de la justicia con los casos en que esa mala organización se ha objetivado en la no existencia de autoridades o de acciones o de procedimientos normalmente rápidos o en el rehusamiento al extranjero de acceso a los tribunales o en la producción de decisiones malévolas e inspiradas por motivos extraños al orden judicial. Estos son hechos concretos que pueden fundamentar y hacer clara la responsabilidad. Las definiciones de denegación de justicia que comprenden la apreciación subjetiva de que los tribunales no ofrecen las garantías debidas, introducen una generalidad peligrosa. La insuficiencia de la organización no es causa de responsabilidad sino en cuanto resulta demostrada por los hechos. Son estos, por consiguiente, los que constituyen la responsabilidad. Algunos pueden derivar de una mala organización general. Otras veces, por ciertas circunstancias, pueden

mado en cuenta sus derechos, sin razón legal o por motivo contrario a los principios del derecho.

c) Cuando las reglas fundamentales del procedimiento en vigor en el país han sido violadas y sin ulterior recurso posible.

(Proyecto N.º XVI.—Protección diplomática.—Codificación del Derecho Internacional Americano.)

(37) Si dans le premier cas, l'Etat est toujours responsable, il ne l'est pas nécessairement dans le second. Il n'est pas, en effet, responsable comme on l'a fait observer, des mérites juridiques intrinsèques du jugement rendu. Tout l'Etat est tenu d'accorder aux étrangers pleine et entière protection judiciaire, ce qu'implique le libre accès des tribunaux. Des l'instant où il s'est acquitté de bonne foi de ses obligations, il n'a pas, en principe, à répondre de mal-jugé de ses juges. Il devrait, toutefois, en répondre dans le cas précisément où sa bonne foi ne serait pas intacte et où les juges se seraient manifestement laissés influencer par des préoccupations étrangères à l'administration d'une saine justice. Dans cette dernière hypothèse, le mal-jugé constituirait une atteinte au principe de la protection judiciaire due à la personne de l'étranger et serait, de ce fait, un acte contraire au droit des gens, dont l'Etat serait responsable.

Le retard abusif de la part des tribunaux entraîne incontestablement la responsabilité de l'Etat. Ce retard n'est, en effet, qu'une du deni de justice, acte contraire au droit international. Le jugement arbitral rendu par le Président de la Confédération suisse, le 30 décembre 1896, dans le différend franco-vénézuélien au sujet de l'affaire Fabiani relevait expressément que:

"..... En consultant les principes généraux du droit international, deni de justice, c'est-à-dire les règles communes à la plupart des législations ou enseignées par la doctrine, on arrive à décider que le deni de justice comprend non seulement le refus d'une autorité judiciaire d'exercer ses fonctions et, notamment, de statuer sur les requêtes qui lui sont soumises, mais aussi les retards abusifs de sa part à prononcer ses sentences." (League of Nations.—Publication.—C. 75.—M. 69.—1929, V. pags. 47-48.)

sobrevenir en organizaciones judiciales normales. Otro hecho está en que el procedimiento o el juicio sean excepcionalmente contrarios a la justicia. Esta clase de injusticias puede tener por causa la odiosidad al extranjero o a una clase de extranjeros. O puede ser consecuencia de corrupción. En todo caso su línea de separación con los errores judiciales es tal vez una dificultad insuperable. Sólo la práctica internacional puede diferenciar esos dos hechos que jurídicamente son de diferente naturaleza.

VII

a).—No hay positivamente otros casos de responsabilidad de los Estados que los expresados. Sus órganos son los únicos que pueden comprometerla en las circunstancias enumeradas. En ellos están comprendidos virtualmente los casos de responsabilidad que tienen su origen en los hechos ilícitos perpetrados por individuos particulares. La responsabilidad por esos hechos puede emanar de la actitud asumida por el Estado en ocasión de su realización. La razón de que el Estado no es responsable por los actos ilícitos de los particulares no reside en que el individuo no sea sujeto de derecho internacional ni en que no pueda violar las normas de este derecho. Esta teoría es exagerada e inadmisibile. La razón está en la calidad de los hechos. Los actos de los agentes son el producto de su voluntad auxiliada por una fuerza física o moral de la colectividad. En los otros casos los individuos obran exclusivamente por sí mismos. La justicia exige en los primeros una cierta garantía que no tiene fundamento en cuanto a los segundos.

Los actos dañosos de los particulares de los que puede resultar la responsabilidad del Estado por su conducta con motivo de ellos son indiferentes desde el punto de vista de la nacionalidad de los autores. Se trata de una responsabilidad que es consecuencia del deber del Estado de conservar el orden en su territorio respecto de todos los habitantes. Puede ocurrir que un ciudadano de una nación perpetre en país extranjero un delito contra el país en que reside o contra su propio país o contra un tercer Estado. No se producirá ninguna responsabilidad relacionada con la nacionalidad del autor. La sublevación, por ejemplo, de nacionales venezolanos en una posesión colonial holandesa—Curaçao—que se tradujo en violencias contra las autoridades holandesas y en la aprehensión de armas de sus depósitos para in-

vadir el territorio de Venezuela, no podría implicar la responsabilidad del Estado a que pertenecen los agresores por el hecho de su nacionalidad. Los actos hostiles o dañosos de los particulares contra un Estado extranjero, sirven de ocasión de la responsabilidad, pero esta se reduce a cierta clase de acciones. No se extiende a toda clase de intereses étáticos. Los daños de los individuos en general no originan responsabilidad sino en el límite del deber de protección del Estado. Lo principal en esta materia consiste, por consiguiente, en determinar el contenido de la obligación internacional. Si se trata de daños a otro Estado, el principio de la responsabilidad está limitado por el deber que la comunidad impone a sus miembros de protegerse recíprocamente en los elementos esenciales de su conservación o de su dignidad. Si se trata de daños a los extranjeros, el problema consiste en saber si el Estado debe prestarle una protección igual a la de los nacionales o si puede ser diferente. Este es uno de los asuntos que ha apasionado en ocasiones a los Estados latinoamericanos por los abusos de que han sido víctimas, en épocas ya pasadas, de Estados poderosos que han exigido para sus nacionales indemnizaciones exageradas.

Hay convenciones interamericanas, constituciones y leyes de países americanos, tratados, fallos de tribunales, que trazan una política de responsabilidad del Estado, colocándola en el límite de la protección concedida a los nacionales. Esta era también la doctrina de los antiguos tratadistas cristalizada en la primera declaración del Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Oxford, en la que estableció que el extranjero, sea cual fuere su nacionalidad, goza de los mismos derechos civiles que el regnícola, salvo las excepciones especialmente establecidas por la legislación actual. El Instituto Americano, en su proyecto de codificación ha consagrado, naturalmente, el mismo principio: "Las repúblicas americanas no reconocen en favor del extranjero otras obligaciones o responsabilidades que aquellas establecidas para sus propios nacionales en su constitución, en sus leyes y en sus tratados en vigor". Las colecciones de sentencias arbitrales y las monografías sobre reclamaciones diplomáticas contienen decisiones variadas. Las más antiguas consagran el principio de asimilación legal del nacional y el extranjero. En los últimos tiempos se nota una modificación de criterio. Esta modificación ha sido formulada con claridad y precisión en el acuerdo del Instituto en su sesión de Laussane y en el Arrêt

N.º 7 de la Corte Permanente. La resolución del Instituto impone al Estado un tratamiento del extranjero conforme al derecho internacional. Pudiera ser superior al del nacional si la legislación interna no está al nivel de las exigencias de la comunidad de las naciones. La Corte Permanente proclama el predominio del derecho internacional común. Los tribunales arbitrales mixtos de los tratados de paz de 1919 siguen la misma jurisprudencia. Una decisión de la Comisión Americana-Mexicana de 1926 declara también que el problema en esta materia no se reduce a comparar los derechos de los nacionales y de los extranjeros sino que consiste en la necesidad de que los extranjeros gocen de los derechos de la ley internacional.

Hay quienes se apartan de esta última orientación. Se hace notar que el derecho internacional común no es el derecho positivo constituido por los tratados y las costumbres reconocidas. No habría, por consiguiente, fuera de estos elementos, un standard preciso de deberes de los Estados. Se recuerda la imprecisión de las líneas de separación entre el dominio reservado y los derechos internacionales. Los Estados en la actualidad interpretan y aplican estos derechos de maneras muy variadas. Lo demuestra así su conducta en materia de monopolios y socialización, de inmigración, de expulsión de extranjeros, de leyes de emergencia sobre fijación de precios o restricciones de otra especie de la libertad comercial. Todo esto indica que las relaciones jurídicas de estas materias que se consideran de dominio reservado no permiten la fijación de un standard internacional. Sin duda, por eso, que es preferible imponer la norma internacional al derecho interno en la protección general del extranjero.

Esas observaciones se refieren a determinadas aplicaciones en las cuales se constata un estado de evolución en el derecho moderno. Nada de esto se opone al principio de justicia inevitable que impide a la soberanía del Estado erguirse sin limitaciones y hacer prevalecer su derecho sobre necesidades fundamentales reconocidas por la civilización del mundo. Hay un *mínimum* jurídico que es una conquista más o menos definida de la cultura humana, sin la cual no se concebiría ni la vida de los Estados ni la de la comunidad internacional. En estas mismas aplicaciones a que nos hemos referido la diversidad de criterio no es absoluta. En el fondo de ellos existen ciertos principios dominantes que ningún Estado podría desconocer sin suscitar las protes-

tas de los otros. Uno de estos principios podría ser, por ejemplo, el de la indemnización por expropiaciones de interés público.

Pero este debate, por otra parte, ha dejado de tener importancia doctrinaria y significación práctica. Hay un hecho científico trascendental que ha modificado la situación. Se concibe ahora que los derechos del hombre no son un negocio reservado a la libertad de los Estados. Hemos recordado en otra parte que el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de New York, ha internacionalizado los derechos del hombre. Esto quiere decir, en otros términos, que los derechos humanos han sido colocados bajo la tutela de la comunidad de los Estados. "La conscience juridique du monde civilisé—dice la declaración del Instituto—exige la reconnaissance a l'individu de droits soustraits a toute atteinte de la part de l'Etat". El más autorizado expositor de esta declaración, el Presidente James Brown Scott, la comenta así: "S'il n'était qu'un statut original la législation de importe quel Etat pourrait l'abroger, mais les droits sacrés de l'humanité son intangibles et a l'abri de l'atteinte de n'importe quel pays, même de l'état le plus puissant".

Un commentaire détaillé de ces dispositions—agrega Mr. Scott—serait semble ci inutile. Cependant des observations s'imposent. On regard les droit specifiques comme acquis. On n'insiste pas sur la fait qu'ils sont innés, inhérents ou inalienables, mais on impose a l'Etat le devoir de les reconnaître et de les proteger. Ce n'est plus l'Etat qui parle, c'est la voix de la communauté international qui se fait entendre. la communauté existe, ne pas en raison de un acte formel de la part des Etats, mais a cause de la coexistence des Etats que la composent. Et la Commaunaté au-dessus des Etats, passe leurs frontieres pour proteger les Hommes, ou les femmes et les enfants qui la composent. La communaute international n'est pas une decouvert de nos jours. Elle a existé depuis de la coexistence de deux Etats, et avec la naissance et la reconnaissance des Etats, la communauté international augment en etendué et en puissance".

No hay, por tanto, en doctrina, ninguna diferencia posible entre nacionales y extranjeros: unos y otros deben gozar de los derechos necesarios. Llegará el día en que la comunidad internacional pueda hallar la manera de sancionar el mínimo de derechos a todos los hombres. Hoy existe este régimen en los tratados de las minorías. Mañana podrá existir como una condición general de las relaciones internacionales. Por mucho tiem-

po habrá sin duda diversidad de interpretación en ciertas interesantes aplicaciones. Pero en estas mismas materias que son ahora fuente de diferendos entre los Estados, los desarrollos del derecho público interno y del derecho internacional serán paralelos e irán vaciando el contenido de los conflictos. Por el momento, lo cierto es que las grandes garantías; los derechos a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la propiedad; las organizaciones adecuadas para hacerlos efectivos; la administración y la justicia en condiciones que permitan realizaciones honestas compatibles con la moral pública de nuestra época; el orden y la paz como situaciones normales dentro de las cuales puedan todos los habitantes hacer su destino de trabajo y de felicidad: he ahí el standard que existe en la conciencia jurídica de nuestros tiempos. El Estado que no lo realice es responsable y debe reparar los daños que se originan. El deber de realizarlo es internacional y es de derecho público interno. La sanción del primero es, por ahora, más eficaz en algunas ocasiones porque el extranjero goza de la protección de su Estado. El problema del porvenir consistirá en extenderla de manera que el ser humano, por esta sola calidad, alcance el mismo amparo en cualquier lugar del mundo en que se encuentre y sea cual fuere el Estado a que pertenezca.

b).—Tratándose de los actos de los particulares el Estado, como hemos dicho, no ofrece ninguna garantía. Su función se traduce en la práctica en una serie de normas constructivas que establecen la ponderación o los límites de las acciones interindividuales, que determinan la licitud o ilicitud de dichas acciones y las sanciones correspondientes. Los Estados cumplen esta misión en los límites de su territorio. De su cumplimiento general resulta la seguridad y el bienestar de los individuos donde quiera que se encuentren. No se extiende a más en este particular la función del Estado. Cuando la ha cumplido en el minimum que se concibe comúnmente como necesario en cada etapa de la cultura humana, nada más puede serle exigido. El Estado no es responsable de una seguridad de justicia o de legalidad de los actos humanos. Su obligación se reduce a la adopción de las precauciones preventivas más razonables compatibles con la libertad y a la ejecución de las medidas que conduzcan a la represión de los infractores de la ley. Se afirma comúnmente que si el Estado no procura debidamente la prevención o no realiza la represión es responsable por las consecuencias dañosas. Unos

fundamentan esta responsabilidad en la falta del Estado de emplear la debida diligencia por los medios de que dispone. Otros la hacen consistir en el acto neto de no haber prevenido o reprimido el hecho punible como es su deber hacerlo. La práctica diplomática y la jurisprudencia internacional se aproximan más a la idea de culpa al tratar de la responsabilidad. Los graves hechos del crimen de Sarajevo, los incidentes de Janina y las convenciones de la Haya permiten sustentar esa afirmación. La generalidad de las decisiones arbitrales de comisiones mixtas siguen más o menos este criterio.

La cuestión de la culpa o de la falta puede ser contemplada a partir de las decisiones de las comisiones mixtas del Tratado Tay. Las cuestiones de la Jamaica y de la Elisabeth comprenden ese problema. Se trataba de la responsabilidad del Estado neutro en razón de actos ejecutados en su jurisdicción por uno u otro de los beligerantes en violación de su neutralidad. En el primer caso la decisión se fundó en no existir prueba de que el Gobierno demandado hubiera permitido o en cualquier grado cubierto con su connivencia el acto incriminado o hubiera omitido emplear todos los medios en su poder para impedirlo. En el caso de la Elisabeth, se discutió la significación de la expresión "todos los medios en su poder". La solución reposó en la consideración de que el Estado había realizado todo lo que habría hecho o podido hacer si el reclamante hubiera sido uno de sus ciudadanos, todo lo que la ley y la práctica de las Naciones requieren hacer en favor de un extranjero. El Estado demandado no era responsable, conforme a sus promesas, cuando los medios en su poder no habían producido efecto. En el caso de Alabama, la cuestión de la culpa fué uno de los tres problemas centrales del debate. Se hizo el mayor esfuerzo de la práctica internacional para fijar el concepto de la debida diligencia. Las reglas de Wáshington se redactaron con la más grande imprecisión: imputaban la responsabilidad porque el Estado neutro no empleaba la debida diligencia para impedir en su jurisdicción la violación de las obligaciones internacionales. Pero no determinaba el grado de diligencia que constituía el contenido del deber. La sentencia no creó ni aplicó ningún principio jurídico peculiar al orden internacional. Se limitó a aplicar los principios de la culpa del derecho privado. Se rechazó la tesis británica de la *diligentia quam in suis rebus* en virtud de la cual la falta consistiría en no emplear las medidas que habitualmente se emplean al cuidar la

propia seguridad y la de los propios ciudadanos. Pero no se estableció el concepto de medir la culpa por la magnitud del daño sino por la magnitud y la aparente inminencia del riesgo. Tal interpretación ha tenido su continuación en el acuerdo del Instituto de Derecho Internacional de 1875, en la 13.ª Convención de la Haya y en la sentencia de la Corte de la Haya sobre el asunto de los desertores de Casa Blanca. El Instituto se refiere, tratándose de la obligación de los Estados neutros, a la negligencia manifiesta. La Convención de la Haya determina que el Estado debe usar todos los medios de que disponga para impedir en su jurisdicción la violación de sus deberes internacionales de neutralidad. La sentencia de la Corte para apreciar la responsabilidad del Gobierno alemán investiga las causas intencionales de sus agentes.

Hasta aquí estamos en el terreno de la culpa. La realización de este concepto oscila entre el empleo de todos los medios necesarios o de los que debe disponer normalmente el Estado para impedir la violación de la ley internacional, o el empleo de los medios de acción de que dispone. La distinción es importante. El primer caso es una responsabilidad absoluta, el segundo, es relativa, porque se subordina de cierta manera a las circunstancias del caso y del Estado en cuestión. La diferencia fué muy bien marcada en el Instituto de Derecho Internacional en la sesión de 1927 por los profesores Strisower, Visscher y Politis. El profesor Mr. Strisower, rapporteur, propuso en materia de daños a particulares, que la responsabilidad del Estado se determinara en cuanto hubiera omitido adoptar las medidas que normalmente conviene emplear según las circunstancias para prevenir o reprimir tales actos. Tratándose de daños ocasionados en guerras civiles, motines o rebelión propuso el mismo principio de la diligencia que conviene a un Estado emplear normalmente en las mismas circunstancias para impedir o para reaccionar contra tales actos. El prof. Charles de Visscher expresó que la obligación del Estado debe medirse por los medios de que dispone. Mr. Politis no aceptó el criterio de las posibilidades del Estado. "En transportant cette formule dans le domaine des troubles intérieurs—expuso Mr. Politis—on donnerait une prise aux Etat mal organisé et l'on restreindrait par suite trop complètement leur responsabilité. D'après la formule de M. de Visscher la ou aurait le plus de dommage occasionnées par leur troubles, il y aurait le moins de responsabilité. L'orateur indique,

toutefois, qu' un pourrait tenir compte, dans un certaine mesure de l'influence sur la responsabilité internationale de l'Etat de sa faiblesse e momentanée".

Pero esta resolución del Instituto no parece muy conforme con el sentimiento de los Gobiernos europeos. En la enquête del Comité Preparatorio de Ginebra, se trata de casos en que las autoridades no hubieren ejercido una diligencia razonable dirigida a castigar a los individuos que han causado daño a la persona o a los bienes de un extranjero. Las respuestas de los Gobiernos se refieren generalmente al deber del Estado de hacer todo lo que está en su poder. Otros Gobiernos prefieren la expresión de la diligencia razonable o de las medidas razonables y no falta alguno (el de Austria) que se refiera a una conducta del Estado que no responda a la que podría esperarse normalmente de un Estado civilizado. En todo caso, domina el criterio de no exigir del Estado lo imposible. El contenido de su obligación depende de sus medios y de las circunstancias. No debe imaginarse que esos medios puedan llegar a ser tan reducidos que anulen prácticamente el deber de protección. Pero tampoco es adecuado pensar, como Mr. Politis, que el relativo atraso en el desarrollo de un Estado o su desorganización momentánea le acarreen una especie de castigo como sería el de aplicarle el standard de protección de las situaciones normales. No está eliminada, ciertamente, la posibilidad de que esto sea hecho en justicia por los tribunales arbitrales cuando el atraso es intolerable o cuando la desorganización va más allá de lo que las circunstancias pueden explicar. Pero es posible que se presenten, en cambio, situaciones susceptibles de originar en justicia atenuaciones de la responsabilidad o aún la exención de ella. La prudencia aconseja en esta materia adoptar una fórmula con la elasticidad suficiente para permitir a la jurisprudencia internacional las aplicaciones de los principios de justicia en la inmensa variedad de los casos concretos.

Establecidos los casos de responsabilidad, es necesario declarar, como ya lo hemos indicado al principio, que su sanción no está siempre ligada a las reclamaciones diplomáticas o a la intervención de los gobiernos. La responsabilidad es una obligación de justicia. La manera de realizarla es una acción que puede ser interna o internacional. Primariamente es interna. Los Estados civilizados tienen organizaciones administrativas y judiciales destinadas a prevenir los daños, a proveer la represión de

los hechos ilícitos y a la reparación de los perjuicios. En el sistema de la comunidad internacional hay o debe haber entre los Estados el acuerdo de hacer funcionar esas organizaciones para restablecer el equilibrio perturbado por cualquier ataque a los derechos del otro. Es este un medio excelente de conciliar la autonomía nacional y la cooperación internacional. Es, además un sistema llamado a levantar el nivel de confianza en las relaciones de los Estados y a evitar los rozamientos entre los Gobiernos. La intervención de éstos, después de todo, sólo es justificada por su necesidad. Cuando ella no se presenta por existir otros recursos eficaces, la intervención diplomática implicaría un resorte de presión indebido en relaciones de naturaleza jurídica. Hay en este particular un perfecto acuerdo en todas las opiniones científicas (38), en la práctica de los Estados (39) y en la jurisprudencia internacional (40). Hay, también, el hecho trascendental de los tratados de arbitraje y conciliación celebrados en gran número en los últimos tiempos (41). Todos ellos establecen que en los asuntos de competencia de los tribunales internos la acción internacional está subordinada al agotamiento de los recursos de que dispone el individuo para obtener reparación. Es esta también, en general, la conclusión de la enquête del Comité Preparatorio de Ginebra. La mayoría de los Gobiernos se han adherido a ella sin vacilar. Sólo en ciertos casos se notan algunas reservas. Dinamarca afirma el principio sobre todo en lo que concierne a los daños provenientes de los

(38) En la obra de Mr. Edwin Borchard, "Diplomatique Protection" y en la de Mr. Clyde Eagleton, "The Responsibility of States in International Law" hay sobre este particular una concluyente información.

(39) Esta práctica está contenida en la correspondencia diplomática de muchos Estados o en otros documentos provenientes de sus gobiernos. Se puede citar la nota del Foreign Office de 24 de abril de 1916, en la que se establece que el Gobierno de la Gran Bretaña atribuye la mayor importancia a la regla del agotamiento de los recursos internos antes de cualquiera acción diplomática. Se puede citar también las instrucciones del Departamento de Estado de los Estados Unidos para el uso de los reclamantes en las que se afirma exactamente la misma regla.

(40) Entre los numerosos casos acumulados por Borchard, Eagleton y Ralston en esta materia pueden citarse los siguientes: Burn Case, Moore, Arbitrations, p. 3140. Bensley Cases, *ibid.*, pp. 3016-3019. Lagueruene, *ibid.*, p. 3028. Baldwin, *ibid.*, p. 3127. Selkirk, *ibid.*, p. 3130. Leichardt, *ibid.*, p. 3133. Jennings, Laughland and Co., *ibid.*, p. 3135. Sloeum, *ibid.*, p. 3140. Ada, *ibid.*, p. 3143. Smith, *ibid.*, p. 3146. La Guaira Ralston, Venezuela Arbitrations, p. 182. de Caro, *ibid.*, 0.819. Poggioli, *ibid.*, p. 867. Canadian Claims for Refund of Hay Duties, British American Claims Commissions, March 19. 1925, A. J., XIX, pp. 797, 799. The R. T. Roy, *ibid.*, p. 802. Adolph G. Studer, *ibid.*, p. 794.

(41) Traités Généraux d'arbitrage au Bureaux International de la Cour permanent d'arbitrage.

tribunales. "Lorsqu'il s'agit des actes d'une autorité administrative, on ne peut cependant pas inconditionnellement appliquer le principe ci-dessus. Quand à l'administration, on peut s'imaginer des cas où un acte d'une autorité subalterne pourra donner lieu à des démarches diplomatiques, même si un recours à une autorité supérieure est ouvert à l'intéressé. La décision doit ici dépendre de la nature de chaque cas, sans qu'il soit possible de tracer des limites antérieurement définies. Lors de la perception d'impôts, de droits de douane ou d'autres droits contraires aux dispositions des traités de commerce, la réclamation pourra, sans doute, immédiatement se faire valoir contre l'Etat, même si le particulier étranger pouvait se plaindre à une autorité douanière ou fiscale supérieure. Si, par contre, il s'agit de la appréciation, plus technique ou arbitraire, comme par exemple le placement de une certaine marchandise sous une certaine tarif douanier, l'Etat en question pourra exiger qu'il étranger présent d'abord la question à l'autorité supérieure expert avant qu'il puisse valoir sa réclamation devant l'Etat". Hungría afirma también que "ce principe peut naturellement souffrir une modification en faveur des étrangers, à la suite d'une obligation assumée par l'Etat dans une convention internationale et dans le cas où le règlement d'un conflit est, par un accord international, dévolu à la compétence d'une organe international". Japon restreint la aplicación del principio a los casos de decisiones del orden judicial. Noruega, por fin, dice que "si un dommage a été causé par un étranger par suite de une acte contraire aux lois nationales del Etat, l'étranger en question devra d'abord avoir épuisé les recours que lui accord de la législation de l'Etat, parce que la responsabilité internationale puisse être mise en jeu contre l'Etat. Une exception à cette règle n'se applique que aux cas extrêmes de déni de justice ou de outre injustice notoire. Si un dommage a été causé à un étranger en violation des engagements conventionnels ou d'autres obligations incontestables du droit international, la responsabilité internationale peut être mise en jeu contre l'Etat sans que l'on y subordonné la condition que l'affaire ait été portée devant les tribunaux de l'Etat". (42).

Esas reservas no afectan el principio de que tratamos porque se refieren casi todas a los asuntos esencialmente internacio-

(42) Société des Nations.—Conf. por le Code. de Droit Int.—C. 75 M. 69.—1229 V.

nales como son las ofensas de Estado a Estado, los diferendos de interpretaciones de tratados y las aplicaciones de estos. En algunos de estos casos es posible que el Estado pueda hacer la reparación por medio de sus órganos internos. Permitirlo es una conducta de buenas relaciones. Pero esos asuntos por su naturaleza son de jurisdicción internacional y en su generalidad se hallan fuera del radio de los órganos del Estado. Las otras cuestiones son principalmente de daños a particulares. La responsabilidad por causa de ellos o en ocasión de ellos existe desde que el daño se ha producido. Pero su efectividad reclama diversos procedimientos. El de la reclamación diplomática es relativo y transitorio. Surge cuando el Estado no ha cumplido su obligación unilateral de hacer justicia. Subsistirá mientras los individuos lesionados no tengan acciones personales para ocurrir a las jurisdicciones internacionales. Pero por lo mismo que este procedimiento diplomático es relativo, transitorio y ocasionado a perturbar la cordialidad entre los Estados, su aplicación debe ser restringida. Su codificación debe también inspirarse en esta tendencia restrictiva. Las fórmulas de su aplicación ofrecidas en los distintos planes de codificación no presentan grandes divergencias. Pero no están exentas de defectos. La base N.º 27 del Comité Preparatorio tiene el inconveniente de no contemplar los casos en que el individuo dispone de recursos de orden internacional (43). La de la enquête del Comité de Harvard es imperfecta porque subordina la responsabilidad y no simplemente la acción diplomática al agotamiento de los recursos internos (44). La fórmula del Instituto de Derecho Internacional, es mejor, pero no deja abierta la posibilidad de hacer funcionar la jurisdicción interna en ciertas eventualidades de daños de orden internacional en que el Estado responsable ofrece o procede a realizar por sí mismo la reparación. Es una deficiencia digna de ser corregida. He aquí esta fórmula:

“Aucune demande de réparation ne peut être introduite par le voie diplomatique aussi longtemps que l'individu lésé dispose

(43) Lorsque l'étranger dispose d'une voie de droit devant les juridictions de l'Etat y compris les juridictions administratives, cet Etat pourra demander que la responsabilité internationale soit laissée en suspens jusqu'à ce que ces tribunaux aient prononcé définitivement. Cette règle n'exclut pas l'application des dispositions formulées aux bases de discussion Nos. 6 (Conférence pour la Cod. du Droit Int. C. 75 M. 1929. V. O. p. 139).

(44) Article 6.º—Generalment, un Etat n'est pas responsable (alors qu'il doit réparation a un autre Etat) tant que les voies de recours locales ouvertes a l'étranger desé n'ont pas été épuisées. (Research in Int. Law.—Harvard Law School 0.136.)

de voies de recours efficaces et suffisantes pour la faire jouir du traitement qui lui est dû".

Aucune réclamation tendant à la réparation du dommage que les individus ont souffert ne peut non plus avoir lieu si l'Etat responsable met à la disposition des individus lésés des voies de procédure efficaces pour obtenir ce dédommagement".

Es conveniente, por lo demás, agregar a esa fórmula como fundamento de su disposición, la del proyecto del Comité de Harvard que determina el deber de todo Estado de proporcionar al extranjero recursos legales y eficaces para obtener completa reparación de los daños de que es víctima de parte de los funcionarios o agentes o de los particulares. Así, corregida y adicionada, nos parece que la resolución del Instituto de Derecho Internacional en la materia satisface todas las necesidades de este interesante problema. (45).

VIII

a).—Los daños determinantes de responsabilidad de los agentes del Estado o de los particulares pueden ser practicados en situaciones que les atribuyan una especial calidad. Nos referimos a las situaciones de insurrección o de guerra civil o de motines o desórdenes populares. Hay quienes consideran estas acciones sometidas a las mismas reglas ordinarias de la responsabilidad internacional, por hechos ilícitos de funcionarios o de individuos. Parece claro, sin embargo, que no debe prescindirse por completo de apreciar las situaciones en que esos hechos se producen. A causa precisamente de esta realización se ha tratado de construir diversas teorías destinadas a fundamentar en unos casos la responsabilidad absoluta o con excepciones y, por fin, la responsabilidad subordinada a la apreciación de la conducta del Estado en relación con los daños o con la perturbación del orden (46). Todas estas

(45) Un Etat est tenu d'assurer à un étranger lésé des voies de recours aussi efficaces que celles assurées à un ressortissant (Research in Int Law Harvard. Law School. p. 136).

(46) Son conocidas las siguientes teorías: 1.º la del cuasi ex contra de Breton; 2.º la que aplica el riesgo étático al orden internacional (Fauchille). Se funda en que los extranjeros constituyen una fuente de beneficio para el Estado en que residen y en que es lógico y justo que en cambio el Estado esté obligado a reparar los daños que hayan sufrido por causa de otros nacionales o de otros extranjeros. 3.º La que aplica al orden internacional el principio de la indemnización de la expropiación forzada (Brusa) 4.º La teoría objetiva o de la impotencia (Wiese) que

teorías han quedado reducidas a su terreno meramente ideológico, prácticamente existe una línea bien definida, como en pocos problemas, así en la práctica como en la jurisprudencia internacional (47). Esta línea o esta directriz se concreta en el principio de que el Estado no es responsable por los daños de los insurrectos o revolucionarios. Así lo dice la generalidad de los Gobiernos en sus respuestas a la enquête del Comité Preparatorio de Ginebra. Algunos Gobiernos como los del Japón, Noruega, Holanda, Polonia, Rumanía, declaran lisa y llanamente que no existe la responsabilidad. Otros Gobiernos, como los de Alemania y Gran Bretaña, explican el principio de irresponsabilidad y lo subordinan al deber del Estado de proteger al extranjero, de manera que la obligación surgiría, como lo expone el Gobierno alemán si los órganos han obrado contrariamente al derecho internacional, es decir, si no han prestado la suficiente protección o no han realizado todo lo que las circunstancias le permitían para hacer posibles sus reclamaciones a los extranjeros lesionados por los particulares. La Gran Bretaña aplica la regla de la negligencia para fundamentar la responsabilidad y la amplía a los casos en que los Gobiernos acuerden indemnizaciones a los nacionales, que deben ser entonces extendidas a los extranjeros, o a los casos en que la insurrección triunfe y se convierta en un Gobierno de hecho. Esta regla de la negligencia del Estado, o, en sentido inverso, de la diligencia debida para impedir los daños o para reaccionar contra ellos, es la fórmula adoptada por el plan de codificación de Harvard (48), y por el Instituto de Derecho de Internacional (49).

El plan de Harvard se refiere a la diligencia requerida. El del Instituto se refiere a la diligencia que un Estado debe em-

deriva la responsabilidad del Estado del hecho de no haber conseguido el mantenimiento del orden, y 5.º en fin, la llamada de comunidad de fortuna, que considera al extranjero residente en un país como un elemento asimilado a la comunidad nacional. Los daños que sufre o que podría sufrir en caso de motín, insurrección o guerra civil están cubiertos por una especie de nacionalización virtual y no determinan responsabilidad de orden internacional. (Podestá Costa).

(47) Mr. Edwin Borchard en su "Diplomatique Protection", además de citar muy altas autoridades científicas para sostener el principio de irresponsabilidad del Estado por los daños causados por los insurgentes, hace una enumeración que comprende tres páginas de los numerosos casos en que las comisiones internacionales han consagrado la misma regla siempre que su jurisdicción no ha sido limitada por las convenciones que las constituyeron. Mr. Borchard agrega que esa regla está también confirmada en numerosos tratados entre Estados Europeos y Repúblicas Latino Americanas.

(48) Research in International Law-Harvard.—Law School.

(49) Annuaire de l'Institut de Droit International.—Tome III.—1927.

picar normalmente en las mismas circunstancias (50). El plan del Instituto Americano de Derecho Internacional, condiciona la responsabilidad de esta manera: si los Gobiernos no han asegurado el orden en el interior, si han sido negligentes en la represión de los actos que han turbado dicho orden o, finalmente, si no han concedido en la medida de sus fuerzas las garantías necesarias para prevenir dichos actos o perjuicios (51). Este plan es el desarrollo analítico de la fórmula sintética de las Conferencias Panamericanas. La Segunda Conferencia subordina la responsabilidad al caso en que la autoridad constituida haya sido remisa en el cumplimiento de sus deberes (52). La fórmula del Gobierno Suizo se acerca con más exactitud técnica a la del Instituto americano: "Il est juste que l'Etat soit tenu pour responsable des dommages causés au cours de une insurrection ou d'une émeute ou cas où il n'a pas veillé, dans la mesure qui peuvent compter ses obligations internationales, à l'ordre et à la sécurité publics. On peut admettre avec vous que l'Etat ne garanti pas aux étrangers une plus grande sécurité qu'à ses propres sujets; mais en leur permettant d'entrer dans le pays et de se y établir il leur promet une sécurité égale à celles de ces propres sujets: il est responsable s'il ne la leur procure pas".

Hay, como se ve, uniformidad de opiniones en el principio de la irresponsabilidad restringida por la conducta deficiente del Estado en la protección del extranjero. Pero la fórmula para expresar este concepto ofrece ciertas dificultades. La diligencia requerida y la diligencia que conviene emplear normalmente son expresiones vagas o demasiado comprensivas. Más vagas son las de procedencia americana y la suiza. La que considera la conducta de los órganos que han actuado contrariamente al derecho internacional es también imprecisa. La que califica la prue-

(50) La fórmula del Instituto comprende, además, para determinar la responsabilidad del Estado, la circunstancia de que no aplica a los extranjeros las mismas medidas de protección que a sus nacionales. Afirma, particularmente, la obligación de hacer gozar a los extranjeros de los mismos derechos a una indemnización de que gozarán los nacionales respecto de los municipios o de otras personas. Afirma, asimismo, la cesación de la responsabilidad por los actos de los insurgentes cuando estos han sido reconocidos como parte beligerante. (Annuaire de l'Institut.—Tome III.—1927.)

(51) Proyectos de convenios preparados por el Instituto Americano de Derecho Internacional, a solicitud del Consejo Directivo de la Unión Panamericana, de 2 de enero de 1924, para ser sometidos a la Junta Internacional de Jurisconsultos. Presentados al Consejo el 2 de marzo de 1925.

(52) Wiesse: *Le Droit International appliqué aux guerres civiles*. Lausanne 1898.—Trad. Blonay.

ba de la negligencia en cuanto el Estado hubiera podido prevenir el perjuicio causado es, sin duda, la mejor. Es la fórmula británica.

Debemos ahora llamar la atención hacia las otras excepciones de la irresponsabilidad que hacen referencia a la igualdad de tratamiento de los extranjeros cuando el Estado acuerda indemnización a los nacionales y al caso de triunfo de la insurrección. La primera excepción no ofrece dificultades. El sentimiento de igualdad de los Estados es muy celoso. La reparación de los daños, además, es intrínsecamente justa para todas las víctimas. El ideal consiste en que la reparación sea un principio de derecho interno y de derecho de gentes. La segunda excepción está sostenida por la mayoría de los Gobiernos. La mayor parte ha respondido afirmativamente a la enquête del Comité Preparatorio de Ginebra. Pero no faltan otras opiniones. La de Finlandia es terminante: "Le fait que le parti insurrectionnel prend le gouvernement ne modifie pas la responsabilité de l'Etat lui-même". Holanda dice: "Il est douteux s'il y a une base pour une responsabilité du parti insurrectionnel pour des faits antérieurs à sa prise du pouvoir". Polonia establece que el triunfo de los insurrectos y su ascensión al poder no es esencial para calificar la responsabilidad. Tchechoslovaquia expresa: "La responsabilité de l'Etat pour les dommages causés du fait de revoltés est cependant exclue lors que l'Etat réclamant et l'Etat requis les reconnaissant comme beligerants. La question de savoir si un gouvernement révolutionnaire répond des dommages causés pendant les guerres civiles à la perssone et à la propriété des étrangers, lorsque les revoltés sont amparé du pouvoir, n'est pas parvenue à un degré de naturité qui permette de la résoudre et il est à craindre que l'on ne reussise pas à trouver pour elle une formule générale qui recueille tous les suffrages. Il semble que la réponse à lui donner dépendra plus que ailleurs des circonstances qui accompagneront le cas concret et notamment du point de savoir si les faits que ont causé les dommages peuvent être attribués aux nouveau gouvernement, respectivement à ses agents". (53).

Esas opiniones no son aisladas ni carecen de fundamento. Se podría calificar la opinión basada en el triunfo de los insurrectos como la teoría del *exitismo*. El triunfo que es un hecho,

(53) Société des Nations. Conférence pour la Codification du droit International.—N.º officiel: C. 75 M. 69. 1929 V.

dominaría las relaciones jurídicas. La ficción de la voluntad nacional que se supone cristalizada en la victoria sirve para explicar la ventaja de hacer responsable a la insurrección que va al poder; pero no atribuye a esa ventaja ningún carácter jurídico (54). Los hechos de responsabilidad cometidos durante la insurrección derivan de la falta de sus autores. Si hubiera falta, la responsabilidad existiría. No aparecería exacto entonces decir que el Gobierno es responsable por daños de los insurrectos si la insurrección triunfa y el partido insurreccional ha tomado el poder. Es preferible la fórmula de la Enquête de Harward; En cas de révolution victorieuse l'Etat qui en est issu, est responsable du dommage causé a un étranger par toute faute des révolutionnaires commise à un moment quelconque depuis l'origine de la révolution (55).

Si se trata de daños no causados por los insurgentes sino por los funcionarios o agentes del Gobierno para reprimir la insurrección, la regla de la irresponsabilidad subsiste en general, aunque subordinada a ciertas calificaciones y excepciones. Los hechos de guerra son considerados como una fatalidad inexorable. Es el caso en que el concepto de *vis major* funciona con todo su imperio. Hay entre las opiniones de los Gobiernos en la Enquête del Comité preparatorio de Ginebra una de carácter singular del Gobierno suizo que considera los daños ocasionados en la represión de insurrecciones por las fuerzas armadas del Estado como consecuencia de medidas tomadas por las autoridades en vista de la salud pública, pero que invoca el deber de justicia de la colectividad de indemnizar los daños directos sufridos por los particulares en el curso de las operaciones. No se extendería este deber a los daños indirectos porque sería im-

(54) El Profesor argentino Podestá Costa sostiene esta opinión, en su monografía titulada "Ensayo sobre las luchas civiles y el derecho internacional". Dice así en un pasaje: "En lo que respecta a los hechos lesivos singulares nada autoriza a pensar que la circunstancia accidental y ajena del triunfo ulterior del partido en armas altere la relación de derechos planteada entre el Estado y el extranjero lesionado por la comisión de tales hechos por individuos del partido en armas. Si por hipótesis se admitiera *a posteriori* que la voluntad nacional reside en el partido vencedor desde el momento en que ha comenzado a actuar debería concluirse también que, a raíz civil, la responsabilidad del Estado por hechos lesivos, procederá solamente, o bien por los imputables al Gobierno constituido o bien por los imputables al partido en armas según cual de los dos resulte triunfante, y en el supuesto planteado, del triunfo ulterior del partido en armas, habría que descargar al Estado de toda responsabilidad por los hechos imputados al Gobierno constituido."

(55) Harward Law School.—Research in international Law.

practicable. Esta opinión es digna de la mayor atención en cuanto se refiere al deber de la colectividad respecto de todos sus miembros sin distinción de nacionalidad. Podría ampliarse todavía a todos los daños de guerra dentro de límites tolerables para el Estado y siempre que ello significara la realización de un principio de solidaridad social común a todos los habitantes. No pueden desconocerse, sin embargo, las dificultades de una estipulación de esta clase en una convención internacional. Pero lo cierto es que a excepción hecha de las restricciones o de los perjuicios causados a las personas o a las propiedades en el desarrollo de las operaciones militares y especialmente en los combates, todos los actos que implicaran un enriquecimiento del Estado como lo serían las requisiciones, entre otras, están naturalmente subordinados a una obligación de reparar.

Al trazar una fórmula destinada a cubrir los casos de responsabilidad por los perjuicios causados en esas circunstancias, hay que tener presente el peligro o el inconveniente de emplear expresiones equívocas. La respuesta del Gobierno de la Gran Bretaña en la enquête a que estamos refiriéndonos establece la irresponsabilidad del Estado por los daños infringidos involuntariamente por las autoridades o la fuerza armada en el curso de la represión: "Une indemnité doit être versée pour les biens appartenant à un étranger, qui ont été dérobés ou intentionnellement détruits, au de ces opérations, mais non pour les biens détruits ou endommagés involontairement". No puede ser más equívoca la fórmula. El elemento de la voluntariedad de los daños o de su intencionalidad no juega aquí ningún papel. Un comandante de tropas puede hacer destruir intencionalmente el edificio de una fábrica en que estén parapetados los rebeldes. El hecho, sin embargo, es una operación militar neta. Puede, en cambio, suceder que la explosión accidental o involuntaria de pólvoras o de proyectiles producida en un edificio ocupado por las tropas del Gobierno, lo haya destruido. No por ser involuntaria dejaría de determinar la obligación de reparar el daño. La base de discusión N.º 21, del Comité Preparatorio, es también imprecisa en algunos puntos: afirma la obligación de reparar los "dommages causés aux étrangers par les actes de ces forces armées ou autorités, lorsque ces actes ont manifestement dépassé les exigences de la situation ou lorsque l'attitude de ces forces armées ou autorités a été manifestement incompatible avec les

régles generalmente observées par les Etats civilisés". No se necesitaría mayor esfuerzo para comprender que la apreciación retrospectiva de las exigencias de la situación en una operación de guerra puede dar lugar a todas las conclusiones posibles. La codificación resultaría con esas fórmulas ocasionada a las aplicaciones más variadas y caprichosas. La codificación, sin embargo, tiene por objeto registrar obligaciones determinadas precisas. Y hay dentro de ciertos límites posibilidad de hacerlo. No existen sino tres situaciones a que atender: 1.º, los hechos de guerra; 2.º, los daños no producidos en la lucha armada sino en ocasión de la revuelta; 3.º, los actos que importan un enriquecimiento o una utilización del Estado. Los primeros, por ahora, no son causa de reparación, aunque se bosqueja una tendencia de justicia para mejorar la situación de las víctimas sin distinción de nacionalidad. Los segundos están sujetos a los principios generales de responsabilidad de los funcionarios o agentes del Estado, aunque sin perder de vista las perturbaciones inevitables de la dolorosa realidad de la guerra. Los terceros son de derecho común. Todos los Estados responden por las apropiaciones, ocupaciones, requisiciones, etc. efectuadas en paz o en guerra en detrimento de nacionales o extranjeros.

Los daños causados en motines, asonadas o tumultos populares se hallan en una situación intermedia entre los de particulares y los de revolución. Estos daños de las multitudes son los más frecuentes. Se producen en general, por el estallido de pasiones de raza, o políticas o religiosas. No hay ninguna regla especial que haya sido establecida por la práctica. Muchas veces los Estados han acordado indemnizaciones a las víctimas de los motines dejando a salvo el principio de la irresponsabilidad. El principio es el mismo que hemos enunciado subordinado al deber de diligencia del Estado. En la enquête del Comité Preparatorio de Ginebra se agrega a las situaciones de motines y tumultos populares la circunstancia de que la hostilidad sea dirigida contra los extranjeros en su calidad de tales. No se ve, en verdad, la razón de esta calificación. La pasión que hubiere movido a las multitudes puede ser política o religiosa o económica o internacional. No importa su origen. El origen y la dirección del movimiento pueden ser elementos para que el Tribunal Internacional aprecie el grado de diligencia que el Estado debió desarrollar. Pero fuera de esto, que no es de derecho sustantivo,

parece inútil referirse especialmente a una de las varias clases de atentados populares. (56).

IX

a).—Hay quienes consideran la represión de las insurrecciones como caso de legítima defensa y declaran, por esta razón, la exención de la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados en cuanto ellos no hubiesen excedido de los límites indispensables. Tal es la opinión del Gobierno de Africa del Sur al responder a la enquête del Comité Preparatorio de Ginebra (57). Pero no es aceptable este criterio. Las causas que eliminan la responsabilidad son diferentes: se refieren a la legítima defensa entendida en su sentido estricto, a las represalias y al estado de necesidad. Se estima que los daños producidos en esas circunstancias no implican en todo caso una obligación de reparar. La legítima defensa es un derecho y un deber de los individuos y de las colectividades. Supone un ataque indebido o injusto actual o inminente contra el cual es ineludible una reacción inmediata. Tratándose de derecho internacional la legítima defensa no es como en el derecho penal una figura jurídica de límites bien determinados y precisos. Su ejercicio es susceptible de excesos. Su apreciación por los tribunales internacionales será siempre una materia delicada. Pero así y todo es una institución esencial. No puede prescindirse de ella como causa de justificación cuando un Estado ha sido colocado en el trance de prevenir o de repeler un ataque sin tiempo para evitarlo por los medios ordinarios. Más no sucede lo mismo ni con las represalias, ni con el llamado estado de necesidad. Las represalias son una supervivencia de una vida interetática enteramente inorgánica. No constituyen una reacción ineludible. Deberían ser abolidas. Más como su desaparición no podría hacerse de golpe, conviene restrin-

(56) El Gobierno es responsable, y sin embargo, cuando deja de demostrar debida diligencia para prevenir o reprimir el motín cuando las circunstancias indican insuficiencia en las medidas protectoras o complicidad en funcionarios o agentes del Gobierno en el desorden (Borchard: *Diplomatique Protection*.—p. 224.) Se sostiene, por lo tanto, que si se ejerce la debida diligencia para prevenir o reprimir levantamientos repentinos y para castigar a los que se encuentren comprometidos en ellos, no existe la responsabilidad para efectuar indemnizaciones. (Moore: "The Responsibility of Governments for Nob. Violence".—*Columbia Law. Times V.* 0.212. Véase: Hyde, *International Law*. 1. p. 290, comentarios editoriales Aignes-Mortes Case, R. D. I. P. p. 175; Garner, in *Proc. Amer. Soc.*, 1927 p. 62 Coffey, *ibid* pp. 63-64.

(57) Punto XI de la Enquête. Volumen citado p. 125.

gírlas, subordinándolas, al autorizarlas, a condiciones prudentes como son las anotadas por los Gobiernos de Dinamarca, de Gran Bretaña y de Suiza (58). En esta materia de responsabilidad no hay lugar ciertamente para ocuparse de una manera directa de las represalias. Pero es indudable que la severidad de las disposiciones sobre la responsabilidad derivada de su ejercicio está llamada a influir en la evolución de la institución en el sentido indicado.

b).—En cuanto al estado de necesidad, la enquête del Comité de Ginebra la formula en general y, además, en su aplicación al caso concreto de la abrogación de los compromisos contractuales del Estado. Como principio general el estado de necesidad no es una causa de justificación, ni está dentro del campo del derecho internacional. Es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos (59). Se diferencia profundamente de la legítima defensa en que, como lo afirma Carrara, la defensa es una "reacción" y la necesidad una "acción". Esta acción en derecho penal interno puede ser medida. La colisión de valores en que ella se resuelve es susceptible de apreciación objetiva. En derecho internacional su aplicación sería subjetiva y tendería a suprimir en determinadas circunstancias los derechos esenciales de Estados inocentes. "C'est donc avec infiniment de raison—dice el eminente Mr. Charles de Visscher—que l'Institut américain de droit international a formulé (1916) cette règle fondamentale qui est une protestation solennelle contre les abus de la théorie de la nécessité: "Toute nation a le droit d'exister et de protéger son existence, mais ce droit n'implique pas le pouvoir et ne justifie pas le fait par un Etat de commettre, pour se protéger lui-même, des actes injustes contre des Etats innocents qui ne lui font aucun mal". Déclaration dont tous les termes méritent d'être pesés: elle reconnaît le droit de conservation dans les limites imposés par le respect des droits d'autrui, condamne la théorie de la nécessité que prétend s'affranchir de ces limites, réserve enfin, les causes de justification qui procèdent de la légitime défense et des représailles". Esta misma fórmula fué propuesta y discutida como una de las aclaraciones de derechos y deberes de las nacio-

(58) Inquiry of the Preparatory Committee.

(59) Von Liszt.—Treatise on Penal Law.—Vol. II, p. 341.

nes en la VI Conferencia Internacional Americana reunida en 1928 en la Habana.

Los autores citan una serie de casos en los que se ha alegado para justificar o para excusar acciones internacionales, la defensa legítima o la necesidad. Se citan entre otros los casos del *Carolina*, del *Virginius*, de las expediciones americanas contra los ataques de Villa en 1916 y 1919, de las violaciones recíprocas de fronteras de Grecia y Bulgaria en 1919, etc. En el caso del *Carolina*, Wobster, Secretario de Estado de los Estados Unidos, expuso la fórmula precisa de la defensa legítima. "Undoubtedly it is just—decía en una nota de 6 de agosto de 1842 el Plenipotenciario británico Lord Asburton,—"that while it is admitted that exceptions growing out of the great law of self defense do exist, those exceptions should be confined to cases in which the necessity of the self-defense is instant, overwhelming, and leaving no choice of means, and no moment for deliberation".

c).—La enquête del Comité Preparatorio de Ginebra se refiere, también, a la posible responsabilidad del Estado por la revocación unilateral de los compromisos contractuales. Esta revocación puede ser determinada por razones de orden público o por motivos que deriven de los términos o de las condiciones de los contratos. El Estado está autorizado para producir una u otra. La primera es susceptible de originar el deber de reparación y debe ser sometida al criterio de la justicia internacional. La segunda es el ejercicio común de una función contractual. Está en el derecho de todo contratante y se halla regida por la legislación nacional. De ella, sin embargo, como de todo acto de las autoridades, puede resultar un delito internacional cuando la revocación unilateral del Estado va más allá de lo que permite el contrato y las circunstancias del caso y cuando la jurisdicción nacional ha carecido de eficacia para hacer justicia a la parte lesionada.

X

a).—Los grandes problemas de responsabilidad deben tener su sanción. En virtud de ella se restablece el equilibrio perturbado por la infracción de las obligaciones. Se reconoce que entre los Estados el restablecimiento del equilibrio se efectúa mediante la satisfacción y la reparación. Hay quienes pretenden que existe alguna analogía entre estos medios y las represiones e indemnizaciones.

zaciones del derecho penal interno. La satisfacción entre Estados no es propiamente hablando sino una reparación de orden moral o político. Se aplica en los casos en que se considera afectado el honor, el decoro o la respetabilidad de los Estados. No hay precedente de sentencias arbitrales que hayan impuesto expresamente satisfacciones o indemnizaciones de carácter punitivo. Hay, por el contrario, declaraciones arbitrales que eliminan toda posibilidad de aplicación de medidas penales entre Estados. Pero en el hecho, la práctica ha demostrado que los Estados han exigido satisfacciones o reparaciones punitivas a las que otros Estados se han visto en la necesidad de inclinarse. No es conveniente ni necesario citar los casos. Esos hechos, sin embargo, son de carácter extrajurídico y no pueden ejercer influencia en trabajos de codificación. No faltan casos también en que los tribunales arbitrales han impuesto indemnizaciones que por su desproporción con los daños materiales llevaban *invivita* la idea de una represión. Más lo cierto es que no hay en el derecho internacional la posibilidad de fijar castigos o penas en el sentido en que se atendían esas medidas en el derecho penal antiguo. En el nuevo derecho penal han desaparecido los conceptos de expiación o de retribución punitiva. Sólo hay represiones destinadas a la seguridad del orden. Desde este punto de vista no existe propiamente hablando diferencias entre sanciones e indemnizaciones. Son dos elementos de un único concepto de reparación indispensable para mantener el equilibrio social.

b).—Los problemas de la reparación son muy complejos. Los principios que dominan la solución de muchos de ellos proceden de analogías del derecho privado. Los tribunales arbitrales han utilizado estas analogías. Algunos las han invocado expresamente.

Establecidas las normas sustantivas de la responsabilidad del Estado en sus relaciones con el extranjero, la codificación del derecho internacional debería ser completada por una serie de reglas cardinales de procedimientos para la realización de las obligaciones internacionales. Todas ellas son de fácil definición porque la práctica internacional la ha consagrado. No hay ninguna duda acerca de que son los Estados los que deben ejercer la acción internacional por causa de delito cometido contra sus nacionales. La forma del ejercicio se traduce en indicaciones o pedidos o prevenciones de carácter amistoso o en reclamaciones diplomáticas formales. El fundamento de esta acción de los Es-

tados reposa todavía en un concepto un tanto usado en la mentalidad moderna. Se estima que el Estado sufre en su dignidad o en su respetabilidad si sus nacionales no son objeto de un debido tratamiento jurídico. Se estima que el nacional es una unidad del Estado y que éste tiene la función de protegerlo a través del mundo exigiendo para él, justicia a los demás Estados. Todo esto es un poco de rezago de solidarismo de los grupos antiguos y, a la vez, una cierta reminiscencia de los lazos medioevales. Pero es un hecho internacional innegable que esa es hasta ahora la teoría oficial que se halla en la médula de los Estados. Ellos reclaman por sus nacionales. Sus reclamaciones son *suyas*. Pertenecen a su soberanía. No se consideran consecuencia de un mandato o de una representación del individuo. La única condición de ellas es que la víctima del delito internacional tenga la nacionalidad del Estado reclamante. Los técnicos conocen bien todos los detalles del procedimiento: la nacionalidad en el tiempo, desde la producción del daño hasta la terminación de la instancia, los efectos de un cambio de nacionalidad intercurrente por causa voluntaria o de la ley y las consecuencias de la muerte del protegido. Nada de esto ofrece dificultades. Pero sería digno de deliberar si es o no conveniente abrir una brecha en el sistema dominante de las reparaciones diplomáticas. ¿La acción de los individuos en ciertos casos restringidos, con la autorización de sus gobiernos, no constituiría un principio de evolución susceptible de ser consagrado?.

c).—Hay algunos principios de muy útil definición para determinar el daño reparable. La conexión entre el hecho y el perjuicio es una de las cosas esenciales. Esta conexidad supone que se aprecie no solamente los menoscabos producidos por la injuria, sino los aumentos del patrimonio que hubiere impedido. Es la antigua construcción romana del *damnus emergens* y del *lucrum cessans* ya consagrada en gran número de decisiones arbitrales. También hay una jurisprudencia arbitral muy extensa y nutrida, aunque un poco contradictoria y flotante, desde la cuestión del Alabama hasta las comisiones germano-americanas y mexicano-americanas respecto a la apreciación de los perjuicios directos e indirectos. Se ha extraviado el criterio en esta materia por la confusión entre los perjuicios indirectos y los que provienen de causas complejas en parte inconexas con el hecho incriminado. Se ganaría mucho al definir estos conceptos de una manera general.

Por lo demás, la culminación de todos estos problemas es la obligatoriedad de su jurisdicción internacional. Ella es la condición de que sea interesante y eficaz la obra de codificación. Dejar la interpretación y la aplicación de los principios que se definen a la voluntad o al criterio de los Estados, implicaría sustraerles todas sus posibilidades en las buenas relaciones internacionales. Se sabe, por otra parte, que el arbitraje es hoy un régimen común. Nada nuevo se haría ni nada susceptible de resistencias inquebrantables coordinando las disposiciones ya aceptadas por gran número de Estados sobre la solución pacífica de diferendos e incorporándola en el código de la responsabilidad. Podríase todavía facilitar esta benéfica y trascendental obra por un procedimiento análogo al del protocolo adicional de la Corte Permanente de Justicia Internacional. Podría formularse un protocolo de extensión progresiva de la jurisdicción obligatoria en materia de responsabilidad de los Estados. Los grados de esta progresión serían:

1.º—Sometimiento obligatorio a un tribunal de liquidación, de los casos en que admitida la responsabilidad existiera desacuerdo sobre la estimación de la indemnización.

2.º—Sometimiento obligatorio a una Comisión de Enquête, de los casos en que exista divergencia sobre la realidad de los hechos que establecidos determinarían la responsabilidad.

3.º—Sometimiento a arbitraje o a la Corte Permanente de Justicia únicamente de los casos de deudas públicas y todos aquellos en que las leyes internas no reconozcan posibilidad de recursos para obtener reparación.

4.º—Sometimiento obligatorio a arbitraje o a la Corte Permanente de Justicia de todos los casos de responsabilidad por injurias a las personas y bienes de los extranjeros cuando ellos no impliquen a la vez una ofensa directa a los Estados.

5.º—Sometimiento obligatorio a la justicia internacional de todos los casos de responsabilidad sea cual fuere su naturaleza.

VÍCTOR M. MAÚRTUA.
