

© Derechos de Autor

Alejandro Antonio Cassola Loor

2009

*Al luchador sin par,
que con su edad y sin pesar
pudo en mi inculcar.*

*Al luchador que no vive,
que al ganar es proclive
y que sin embargo sigue.*

*A mi luchador amigo,
Descansa en paz:
Guillermo Noboa Molina*

A. Cassola

Agradezco:

Paciencia, a mis maestros.

Cariño, a mis cercanos.

Aliento, a los esperanzados.

Monemas, a los de tinta.

Constancia, a la llena luna.

Pasión, a los incrédulos.

Amor, a quien ya no está.

Resumen

El análisis de la responsabilidad estatal a raíz de una falla en su actuar, destacado dentro de su Marco Constitucional, es un trabajo que intenta llenar cualquier vacío del análisis existente, y poder conectarlo de una vez en relación a las violaciones de derechos humanos. La importancia del tema de lo ambiental y de su conexión tan vívida con los derechos fundamentales de la humanidad, es una excusa válida para adentrarse en la temática planteada y explorar en doctrina la posibilidad de la real afectación de la efectiva responsabilidad internacional por fallas en la defensa del medio ambiente.

Abstract

Through the analysis of government responsibility – responsibility that results from a lack of fulfillment of its Constitutional Environmental duties - this investigation seeks to fill the voids present in the actual theory, with the hope that in the end we can show that there is a direct correlation between a lack of governmental duties and human rights violations. The importance that the environment and its adequate protection has acquired in present times, as well as the intimate connection found between it and fundamental Human Rights, creates a valid excuse to deepen ourselves in the present doctrinarian study. The ultimate goal should be to define a governmental responsibility that comes to include the government's lack of environmental protection, something that ultimately results in the deterioration of Human Rights within a state.

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción.....	10
1. Capítulo 1: Responsabilidad Estatal.....	16
1.1. Superando la Responsabilidad Administrativa.....	17
1.1.1. Desarrollo Histórico Legal.....	17
1.1.2. Concepción Moderna.....	21
1.2. Responsabilidad Internacional.....	22
1.2.1. Comisión del Derecho Iternacional.....	24
1.2.2. Conceptos.....	25
1.2.3. Elementos Constitutivos.....	28
1.2.3.1. Ilícito.....	33
1.2.3.2. Imputación.....	35
1.2.3.3. Reparación.....	37
1.3. Novísimas Concepciones.....	40
1.3.1. Responsabilidad Internacional por Riesgo.....	40
1.3.2. Derecho Internacional del Medio Ambiente.....	42
2. Capitulo 2: Falla de la Tutela Ambiental Estatal.....	46
2.1. Tutela Constitucional.....	48
2.1.1. Conceptualización.....	48
2.1.2. Paradigma Constitucional.....	50
2.1.3. Constitucionalismo Social.....	55
2.2. Evolución Constitucional Ambiental.....	57
2.2.1. Inclusión Latinoamericana.....	60
2.2.1.1. Caso Colombiano.....	61
2.2.1.2. Caso Paraguayo.....	62
2.2.1.3. Caso Peruano.....	63
2.2.1.4. Caso Argentino.....	63
2.2.1.5. Caso Dominicano.....	64

2.2.1.6.	Caso Ecuatoriano.....	64
2.2.1.6.1.	Constitución de 1998.....	64
2.2.1.6.2.	Constitución de 2008.....	66
2.3.	Falla de la Tutela Constitucional.....	68
3.	Capítulo 3: Violación de Derechos Humanos.....	72
3.1.	Desarrollo Histórico Legal.....	74
3.2.	Medio Ambiente y Derechos Humanos.....	75
3.3.	Marco del Principio de la Integralidad.....	79
3.3.1.	Derecho a un Medio Ambiente Sano.....	83
3.3.1.1.	Derechos Interdependientes.....	84
3.4.	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	85
3.4.1.	Lopez Ostra Gregoria c. Reino de España.....	86
3.4.2.	Guerra y otros c. Italia.....	87
3.4.3.	Hatton y otros c. Reino Unido.....	87
3.5.	Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	88
3.5.1.	Sarayaku c. Ecuador.....	88
3.5.2.	Sawhoyamaxa c. Paraguay.....	91
3.5.3.	Yanomami c. Brasil.....	92
3.5.4.	Mayagna (Sumo) Awas Tigni c. Nicaragua.....	93
3.5.5.	Reyes, et al c. Chile.....	93
3.6.	Sistema Africano de Derechos Humanos.....	93
	Conclusiones y Recomendaciones.....	95
	Lista Bibliografía.....	98

INTRODUCCIÓN

La historia ha sido el testigo fiel, y silente, que ha abordado la aberración del actuar humano. Infinidad de episodios lúgubres se han relatado, mas el más sombrío está por ser escrito; sus líneas todavía frescas esperan se relate con mayor vigor que es lo que acaece. Desde el tardío S. XVIII y S. XIX, la Revolución Industrial, brindó un giro radical en la cosmovisión de vida del ser humano. El cotidiano funcionar pasó rápidamente de ser una lenta y benigna depredación a un acelerado ritmo de consumo indiscriminado. La maquinaria, y la invención que facilitó la vida del gran número de habitantes de la Tierra, ha llevado consigo un efecto no tomado en cuenta: destrucción. El hombre en su afán de persistir, en el más infame retruécano, avanza a su fin.

En los albores, en los que el antropocentrismo, prometía desarrollo al igual que la Revolución Industrial, se comenzó un proceso innegable de degradación sistemática del hábitat en el que nos encontramos¹. Todo recurso del que se descubría mínima utilidad fue laboriosamente explotado desde entonces, y hoy en día, tres siglos después esta fecunda labor continua. Hemos hecho de la depredación una actividad prima y sus resultados son ahora más visibles que hace un lustro. El tan deseado avance, en pos de un bienestar colectivo, no ha hecho más que vulnerar las mismas ideas por las que se ha luchado en esa socarrona frase de: “*el hombre vs. la naturaleza*”. El tratadista TOMÁS HUTCHINSON² nos ilustra al decir que:

Ese patrimonio ambiental es [...] un elemento fundamental en la civilización y la cultura de los pueblos, y la amenaza de la desaparición es sombría, porque es la amenaza de la desaparición de la propia sociedad. El patrimonio natural es la

¹ Sin ir más allá de cualquier explicación religiosa de la creación en 7 días o de un “Big Bang” científico.

² T. HUTCHINSON, *Responsabilidad Pública Ambiental: Tomo 1*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p. 204

garantía de la sobrevivencia física de la humanidad, que necesita del ecosistema –aire, agua, alimentos- para vivir y el patrimonio cultural es la garantía de la sobrevivencia social de los pueblos, porque es un producto y testimonio de su vida.

Los ideales de modernidad han violentado la sostenibilidad del planeta, y ello amenaza evidentemente la existencia misma a un futuro promisorio.

Sin embargo no podemos negar la brillante naturaleza del hombre de inventar, desarrollar, implementar y mejorar, pero si podemos tachar la irresponsabilidad que ello acarrea, cuando, sin mesura, nos impulsamos hacia un fin incierto. Por más apocalípticas que suenen estas breves líneas, no podemos virar la cara y cerrar la vista de lo que hemos hecho, al procrastinar, con la más estulta pasión, el cuidado del planeta. La contaminación que se ha generado por la actividad humana, no responde a los Atlas trazados. La contaminación es global, no importa si es dada en Singapur, o en Guaranda, pero si trasciende todo efecto, causado a raíz de ella. El progreso ha sido la galante excusa que nos ha permitido destruir sin remordimiento alguno. A decir de ELIZABETH SANDRA CASABENE DE LUNA³:

El fenómeno económico del progreso, a partir de la ciencia, la tecnología y las actividades industriales, ha traído aparejada una degradación progresiva y en ocasiones alarmante del medio ambiente, que puede llegar a comprometer la subsistencia misma del hombre sobre el planeta, si se tiene en cuenta, además, que los daños ambientales son con frecuencia irreversibles.

Pero el manejo del que estamos dando al planeta no puede ser detenido, de un solo golpe. Debemos entender de mejor manera el rol que llevamos a cabo por ahora. Las teorías extremistas de dejar la depredación van de la mano en la vorágine de destrucción ambiental: a futuro no tendremos varios recursos a nuestra disposición.

Los recursos naturales, que el planeta nos ofrece, han probado ser útiles e indispensables. Por su calidad de “indispensables” es que debemos protegerlos, y la protección que buscamos debe ser la adecuada para asegurar la sociedad y la

³ E. CASABENE DE LUNA, “Nociones Fundamentales sobre Derecho del Medio Ambiente”, en AMAYA NAVAS DARÍO OSCAR (Director), *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2000, p. 29

naturaleza. El consumo de los recursos se ha vuelto inevitable, y lamentablemente solo podemos reaccionar efectivamente por aquellos que se detallan como renovables. Pero no podemos darnos el lujo de no aprovecharnos de ellos, a la final, son la materia prima de todo en cuanto gozamos en varias áreas de la vida. Decir que no debemos consumirlos, es negar su propio *telos*. El economista THOMAS ROBERT MALTHUS⁴ supo explicar desde su ámbito lo que ocurría en el consumo de los recursos:

[A]firmo que la capacidad de crecimiento de la población es infinitamente mayor que la capacidad de la tierra para producir alimentos para el hombre. La Población, si no encuentra obstáculos, aumenta en progresión geométrica. Los alimentos tan sólo aumentan en progresión aritmética. Basta con poseer las más elementales nociones de números para poder apreciar la inmensa diferencia a favor de la primera de estas dos fuerzas. No veo manera por la que el hombre pueda eludir el peso de esta ley, que abarca y penetra toda la naturaleza animada. Ninguna pretendida igualdad, ninguna reglamentación agraria, por radical que sea, podrá eliminar, durante un siglo siquiera, la presión de esta ley, que aparece, pues, como decididamente opuesta a la posible existencia de una sociedad cuyos miembros puedan todos tener una vida de reposo, felicidad y relativa holganza y no sientan ansiedad ante la dificultad de proveerse de los medios de subsistencia que necesitan ellos y sus familias.

La fórmula básica que el economista inglés brindó, no contemplaba la utilización de datos reales. Con ella pretendía explicar de mejor manera su postulado, siendo esta así:

Recursos = 1+2+3+4+5+6+7 (progresión aritmética)

Habitantes = 2*4*6*8*10*12 (progresión geométrica)

Si encaramos la teoría de MALTHUS de una manera más directa, veremos que la población mundial en el lapso de 50 años ha sufrido un incremento de casi su triple, sin que la posibilidad de producción agraria haya experimentado un aumento en su desarrollo. La “catástrofe Malthusiana”, es evidenciada con mayor claridad en el ejemplo de Nigeria, donde por cada 2.1 km cuadrado de terreno agrable se proveen alrededor de 1000 personas, y la población a lo largo de 5 décadas se ha triplicado, reduciendo cada vez más el espacio libre dedicado a la

⁴ R. MALTHUS, *An Essay on the Principle of Population* (1798), Bier Gröt, Amsterdam, 1994, p. 52

agricultura.⁵ Con cada vez mayor cantidad de seres humanos poblando las zonas urbanas, las antes extensas áreas rurales disminuyen, y a su vez las zonas productivas también se reducen. Así, hay menor lugar donde la producción de alimentos se desarrolle, y sustente la población de un territorio determinado.

El problema de su consumo también es analizado por CARLOS CASTILLO⁶ al agregar que:

Los recursos naturales representan para el hombre un doble interés. A la vez que se constituyen en bienes con un contenido económico de riquezas materiales, con la posibilidad de ser apropiados y aplicados a un proceso productivo, también pertenecen al conjunto de la naturaleza, constituyéndose como parte indispensable para mantener el equilibrio ecológico, condición necesaria para la existencia humana.

La encrucijada es obvia, pero ¿a que responde hoy en día, cuando la Revolución Industrial caducó?

La respuesta aunque expresa, acarrea un fuerte sentido económico de desigualdad entre los hemisferios del desarrollo y los que apuntan hacia él. El profesor HUTCHINSON acierta al exponer el desarrollo de la economía como un claro detrimento a la protección del medio ambiente. Para él hay una relación “capitalismo-ambientalismo” que ha solo transitado en desmedro de oportunidades para el entorno. Esto se debe a la política de libre economía con visión de lucro racional a corto plazo. Es una disyuntiva de: desocupación -de los factores productivos- o protección. A mayores costos habrá una menor inversión y por lo tanto una menor actividad productiva.⁷ También MARTINEZ-ALLIER explica que en afán del crecimiento, los países en desarrollo han enfocado sus esfuerzos en la mayor importación, sin tener en cuenta el costo ambiental que conlleva su producción, de un producto determinado. El costo ambiental son los daños ambientales incluidos en el “valor agregado”. Este costo ambiental debería ser un valor que justificaría el daño causado en el proceso de producción del

⁵ Cfr. A. BATSON, *New Limits to Growth Revive Malthusian Fears*, Reed & Reed, Boston, 2004, p. 53-59

⁶ C. CASTILLO, “Política Ambiental y Sistema Internacional”, en AMAYA NAVAS OSCAR DARÍO (Director), *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 364

⁷ Cfr. T. HUTCHINSON, *Responsabilidad Pública Ambiental: Tomo 1*, op. cit., pp. 182-184

producto. Un valor agregado de índole ambiental, que mitigue en algo el daño creado. Dentro de esos daños hay que incluir los producidos a la salud humana.⁸ Este costo ambiental ha sido absorbido por cada país en su búsqueda de mejorar su situación. Se lucha por un mejor status económico, pero el impacto que resulta, como en una paradoja, despoja de riqueza al “*pobre*” en su trayecto a “*rico*”. La degradación del ambiente, como explica MARTINEZ-ALLIER, es la causa directa para un empobrecimiento de la salud de los seres humanos.

Esta nueva preocupación de la vida, entendida por la salud, es lo que nos ha llevado a centrar la atención a la contención del problema ambiental con mayor fuerza. Es sin duda la naturaleza humana, la de obviar circunstancias dañinas, hasta el momento mismo en que son un peligro inminente. La protección en la que hoy versa el Derecho Ambiental, es la más egoísta preocupación, que responde a la necesidad humana de evitar daños pero que se ha enrumbado a proteger al ecosistema terrestre. De todos modos, sin importar la razón de la acción, por fin hoy, se ha echado conciencia y se ve con mejor cara el problema, y queremos trazar una solución al daño causado. HUTCHINSON se referirá del siguiente modo: “La conciencia ambiental es una respuesta, quizás tardía, a la acción destructiva del hombre sobre la naturaleza. Como fenómeno social es contemporáneo, pues recién a partir de la década de los cincuenta se ha valorado los factores ecológicos y culturales que hacen al ambiente.”⁹ Es clara, la afectación y es claro que el accionar corrector también ha pecado de no infalible, pero se ha sentado un rumbo inicial, por el cual se pretende caminar hacia futuro.

La conciencia del ser humano, ha dado un vuelco importante, y por primera vez desde que la sociedad ha comenzado a avanzar en su desarrollo, nos hemos detenido brevemente; y al girar la cabeza hemos descubierto la brecha de atrocidad que deja nuestra huella renovadora. El ambiente decae, y por estos entenderemos que se han degradado los medios naturales por los cuales el ser humano subsiste en el planeta Tierra.¹⁰ Sin estos, el hombre ha jugado la ruleta de

⁸ Cfr. J. MARTINEZ-ALLIER, “Deuda ecológica vs. Deuda externa: una perspectiva latinoamericana, op. cit., p. 170

⁹ T. HUTCHINSON, *Responsabilidad Pública Ambiental: Tomo 1*, op. cit., p. 189

¹⁰ Varios estudios realizados sobre el estado de los medios naturales del Planeta, han confirmado que la polución que el ser humano ha causado es de irremediables consecuencias y que ha

su existencia misma. La contaminación ha afectado a estas bases de vida, y hoy nos hemos percatado que nuestros derechos han sido acallados; que la salud y la vida están en juego.

La afectación que se ha dado hacia el medio ambiente, la salud y la vida, se han visto representados dentro del ámbito de los Derechos Humanos. Basta con ojear la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1945, para entender la globalidad y su complejidad. Estos derechos debían haber sido tutelados efectivamente, pero de nuevo, como ya se ha expuesto, la empresa del hombre pisoteó y marginó a la protección esperada.

La esperada tutela que se presupone, desde la formación de un Estado moderno, a cargo de la administración pública, no se ha manifestado. Los edictos que se han desarrollado desde 1789, con la Primer República Francesa, no han sido recogidos efectivamente en la tarea de control. La penumbra de la indefensión sigue vigente, y se deben tomar acciones para poder determinar una responsabilidad real en el asunto.

Nos hemos ilustrado, para darnos cuenta, de la pequeña línea que nos separa, del Derecho Ambiental y de los Derechos Humanos, y como con la problemática actual, su interdependencia gradualmente va creciendo. Se ha violentado el Derecho Ambiental, y se ha violentado, de la misma manera los Derechos Humanos. Ahora solo nos queda preguntarnos: ¿qué se debe hacer para solucionar este grave problema?

alterado significativamente el estilo de vida que los habitantes han tenido a lo largo de 50 o más años. Como sustento de esto, solo basta revisar las estadísticas del Instituto Blacksmith: La mala calidad de aire en la atmósfera provoca afinidad de las siguientes dolencias: enfermedades respiratorias y cardiovasculares. La contaminación del agua causa alrededor de 14,000 muertes por día. Por otro lado el professor Chris Field, eminencia científica en cuanto al calentamiento global, en su informe 2009 ante la Asociación Americana para la Promoción de la Ciencia expuso sobre el tema; aseveró que los pronósticos dados en el 2007 son inexactos y que las temperaturas globales subirán aún más por la excesiva emisión de gases de invernadero desde el año 2000 al 2007. Este calentamiento producirá un proceso de pérdida de agua en las selvas tropicales, haciéndolas más propensas a incendios forestales de gran escala. La descontrolada emisión de clorofluorocarbonos también ha hecho que un gran hueco en la capa de ozono sobre la Antártida, permita el ingreso de dañinos rayos ultravioleta. En general toda estadística del World Health Organisation, demuestra un deterioro paulatino y sin d tente de las condiciones de vida y de los medios naturales del globo.

¿De qué manera es imputable el Estado por la violación de Derechos Humanos, si en su labor de tutela, hay una falla en la protección del medio ambiente y sus derechos coligados?

Sin perjuicio de actos contrarios a su deber de tutela estatal, el Estado, en base de su función protectora, será responsable por cualquier afectación no natural del medio ambiente que pudiendo ser evitada no fue prevista. Esta afectación se configura como una violación a los Derechos Humanos.

En el capítulo I de la tesis expondré con una breve referencia histórica la evolución de la responsabilidad desde las primeras concepciones hasta, lo que hoy por hoy se entenderá por responsabilidad por parte del Estado. Se revisará la aplicación debida del enfoque de la responsabilidad, y subsidiariamente se revisarán nuevas concepciones cercanas al tema de la tesis.

En el capítulo II, comenzaré a analizar desde un enfoque constitucional sobre la labor del Estado, reflejado específicamente en la tutela. Adicionalmente se contemplará la línea de la evolución de lo constitucional-ambiental, para finalmente aterrizar en una comparación de las constituciones de la región para entender la importancia del tema no solo en un enfoque interno. Seguido a esto se dará la idea misma de la falla de la tutela que se definió con anterioridad y se explicará su alcance debido.

En el capítulo III trata el tema de la violación de los derechos humanos. Aquí tendremos un breve desarrollo histórico-legal, para poder entrar a la relación de los derechos humanos y el medio ambiente. Una vez sentado esto, podemos entrar al tema de la integralidad y desentrañar la relación de las acciones estatales en conjunto con los derechos humanos. Para posterior apoyo se revisará también antecedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Sistema Interamericano.

CAPÍTULO I

RESPONSABILIDAD ESTATAL

“Es cierto que la hermenéutica telúrica
incaica trastrueca la peripatética
notrética por la inicuidad fáctica
de los diálogos socráticos
no dogmáticos”

DANIEL RABINOVICH

Generalmente, cuando de alguna falla del accionar Estatal nos referimos, se pensará inmediatamente en el tipo de responsabilidad que la técnica jurídica determina. La teoría y las opiniones se han mostrado, en buena media, cercanas en términos más generales, así la Corte Permanente de Justicia de la Haya se ha pronunciado a manera de resumir la aceptado, cuando explica: “es un principio de derecho internacional, aun un concepto general del derecho, que cualquier incumplimiento de un compromiso impone la obligación de efectuar una reparación”.¹¹

La idea de la responsabilidad estatal, aunque nueva dentro del rumbo de la vida de la técnica jurídica, ha sido superada en gran medida. Para el tema que nos compete tratar en esta tesis, debemos entender la relación que se posee entre lo administrativo y el tema mismo, y no pudiendo dejar de lado esta consideración. Se debe dejar en claro la importancia de lo administrativo cuando se habla de este tema, ya que las teorías administrativas las vemos trasplantadas a lo internacional, siendo estas una fuente importante para entender el comportamiento y la línea doctrinal que se hilvanará a continuación. Esta consideración es explorada por JORGE PALLARES BOSSA cuando explica que los especialistas del Derecho

¹¹ Caso Chorzow Factory (1929) PCIJ, Ser A, No. 17, p. 29

Internacional procedieran a elaborar una teoría cuyos fundamentos se encuentran en el Derecho Administrativo, pero que tiene también sello propio.¹²

1.1. Superando la Responsabilidad Administrativa

1.1.1. Desarrollo Histórico Legal

A lo largo de los últimos 70 años se ha podido apreciar como de manera unívoca el desarrollo de las teorías administrativistas se han venido dando de manera paulatina y constante. Ciertas ideas que se desarrollaban que al comienzo se consideraron una aberración hoy son admitidas con total holgura. Como tal, la idea de la Responsabilidad Estatal surgió de manera similar.

El nacimiento de la responsabilidad administrativa, tiene su raíz dentro de la teoría civil. A lo largo del paso del tiempo, se logró trasplantar una institución de rigor civilista y se la moldeó a un régimen de índole administrativista. Tanto así que dentro de los tipos de responsabilidad existente, se encuentra en claridad, elementos eminentemente civiles.

Si quisiéramos referirnos a la Responsabilidad Estatal en la época moderna, debemos infaliblemente buscar un comienzo claro de este en el desarrollo de la teoría jurídica. Para el S. XVII era HUGH VAN GROOT¹³ quien expresaba con mayor claridad la idea de no existente responsabilidad. Para esa época era impensable sostener que el Mega-Estado podía ser acusado y convertido en responsable de sus actos. Sin embargo antecedentes históricos como la Revolución Francesa marcan un importante hito para el fin de esta concepción monolítica.

¹² Cfr. J. PALLARES BOSSA, *Derecho Internacional Público*, Editorial Leyer, Bogotá, 1996

¹³ Para el Holandés Hugh Van Groot, conocido también como Hugo Grocio o Hugo de Groot, el Estado es un mega ente, una suerte de mega estructura infalible. Defensor apasionado de un Estado Absolutista, que según su proceder y dictamen deben regirse todos, incluso él mismo, y su poder será certero. Así lo hace claro en su obra publicada anónimamente *Mare Libellum* al decir: “Der state eishn eine greute belkfesrt, hain ruleng eise Godmakhen vaar des landen”, “El estado es un poder supremo, sus decisiones son la obra de Dios en la tierra.” De su posición, es fácil extrapolar la idea de que, si es Dios de quien utiliza como analogía, será igual de perfecta e incorruptible todo resultado que de él provenga, ergo, de la misma calidad lo que el Estado realice.

La Revolución Francesa, es el antecedente mayor que se configura como el nacimiento de la responsabilidad como tal del Estado. Después del proceso violento del 14 de Julio de 1789 y la época del *Terreur* de Robespierre. La Asamblea Nacional Constituyente Francesa redactó además de una Constitución¹⁴, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, donde las ideas vanguardistas de la Ilustración se plasman y se reporta al mundo el comienzo del final de una época. Dentro de estos documentos, se sienta la *prima* idea de la función dada a quien lleva las riendas de un gobierno. La irresponsabilidad de los regentes de la época empujan a un movimiento que en busca de una situación más equitativa; capturan, juzgan y ejecutan al Rey Luís XVI. Dentro del juicio realizado, se refieren a la falta de visión que el Rey tiene para sostener bajo su mano a una nación y que sus acciones han resultado en desastre para el destino de los ciudadanos de Francia.

A decir del catedrático PÉREZ SINITABÉ en el avance del derecho administrativo, y del derecho *iuspublicista* es inconcebible que un Estado trate de aparejar la caduca teoría de la irresponsabilidad del Estado. Las tendencias han vencido a esta concepción y la han marginado casi por completo¹⁵. La evolución de la responsabilidad es clara y su manifestación histórica también lo es, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, como

¹⁴ La Constitución que la Asamblea Nacional Constituyente Francesa que redactó en 1791; expuso en el Capítulo Segundo, artículo 3: “En Francia no hay autoridad superior a la ley. El Rey no reina más que por ella, y solo es en nombre de la Ley que puede exigir obediencia.” En el artículo 4 dice: “El Rey en su advenimiento al trono, o en cuanto haya alcanzado la mayoría de edad, prestará a la Nación, en presencia del Cuerpo Legislativo, el juramento de Ser fiel a la Nación y a la Ley emplear todo el poder que le es delegado, para mantener la Constitución decretada por la Asamblea Nacional Constituyente en los años 1789, 1790 y 1791, y para hacer ejecutar las Leyes. Si el Cuerpo Legislativo no está reunido, el Rey hará publicar una proclama en la cual se expresará el juramento ya descrito así como la promesa de reiterarlo en seguida a que el Cuerpo Legislativo se reúna.” En su artículo 6: “Si el Rey se pone al frente de un ejército, y dirige sus fuerzas contra la Nación, o si no se opone, por un acto formal, a una empresa similar que se ejecutara en su nombre, se dará por sentado que habrá abdicado de la Corona.” Finalmente el artículo más importante, 8: “Después de la abdicación, expresa o legal, el Rey pasará a convertirse en un ciudadano, pudiendo ser acusado y juzgado como tal por los actos posteriores a su abdicación”. El ultimo artículo transcrito es el comienzo cumbre, de la responsabilidad. Aunque durante la traducción hecha por el mismo autor, pueda contener pérdida de algunos detalles en cuanto a la semántica pretendida por los Constituyentes Franceses de 1791, es claro el motivo y el camino que deseaban tomar para su patria, y sin saberlo, para el mundo posterior y la técnica jurídica.

¹⁵ Cfr. L. PÉREZ SINITABÉ, *Elementos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Editorial Leyer, Bogotá, 2002, p.5

consecuencia de la Revolución Francesa. Este acto es el primero que limita el, hasta entonces libre funcionar del Estado.¹⁶

Transcurrido no mucho desde la explosión revolucionaria del pueblo francés, es Napoleón Bonaparte quien decide contribuir con este insipiente concepto, cuando ordenó la redacción del Código Napoleónico. Habla al respecto el profesor PALLARES BOSSA¹⁷ y dice:

Es innegable, que el origen de esta situación lo encontramos en el derecho francés, a partir del principio enunciado en 1804, en el artículo 1382 del Código Napoleónico, que a la letra decía: “Todo hecho cualquiera del hombre que cause daño a otro, obliga a aquel, por la falta cometida a repararlo”. Sin embargo, la aplicación de este principio no podía extenderse sino a las personas naturales y por tanto, el Estado, estaba exento de todo tipo de responsabilidad.

Para los estudios de YUNES MORENO¹⁸ en su libro *Curso Elemental de Derecho Administrativo*, es BODINO quien debe arrogársele el crédito de la concepción de la responsabilidad estatal y anota al respecto sobre unas de las primeras concepciones del tema:

La soberanía estatal, era el poder abstracto y perpetuo de una República, como lo concibió BODINO en su tratado *Los seis libros de la República*, en el año 1576. Reforzaba el criterio de la irresponsabilidad estatal, la concepción teocrática del Estado, pues según ella los gobernantes solamente estaban obligados a responder ante Dios.

Pero todas estas son reflexiones hasta cierto punto aisladas, del contexto global de la responsabilidad estatal. Hasta mediados del S. XIX la doctrina jurídica había casi ignorado el tema de la responsabilidad. Hasta ese momento las referencias particulares al tema de la responsabilidad de los Estado se circunscribía temas específicos como las causas justas en la guerra, las represalias, el arreglo pacífico y los derechos y deberes de os Estado entre otros temas.¹⁹

A lo largo del siglo XIX se elaboraron normas sobre responsabilidad internacional por parte de los tribunales de arbitramento que operaron en diversas

¹⁶ Cfr. L. PÉREZ SINITABÉ, *Elementos de la Responsabilidad ...op cit*, p. 5

¹⁷ J. PALLARES BOSSA, *Derecho Internacional Público,...*, op cit, p. 360

¹⁸ L. PÉREZ SINITABÉ, *Elementos de la Responsabilidad...*, op cit, p. 7

¹⁹ Cfr. N. SOCHA, *La Responsabilidad de los Estados y de los Individuos en el Derecho Internacional*, Editorial Leyer, Bogotá, 2000, p.1

clases de conflictos sobre todo en materia económica. La doctrina empieza a hacer una sistematización dogmática de las instituciones internacionales en materia de responsabilidad, donde se va evolucionando de concepciones basadas en la culpa y otros principios del derecho civil hacia la constatación objetiva de la violación. En 1840 el juez alemán Heffter publica su obra *El derecho internacional europeo en el presente* donde se intenta el primer análisis doctrinal de los principios de la responsabilidad internacional. Triepel publica su obra en 1899, y culmina este período con el aporte fundamental de Dionisio Anzilotti en *Teoría Generale de la responsabilità dello in diritto internazionale*, allí se plasmó la práctica de la época y se abandonó en definitiva cualquier idea de culpa y de punición en la responsabilidad internacional.

En el S.XX el tratado de Versalles consagró por primera vez en 1919, la posibilidad de castigar los criminales de guerra de la Primera Guerra mundial y de manera concreta al Kaiser de Alemania Guillermo II. En esta oportunidad tal cometido no pudo ser llevado a cabo pero constituyó un importante precedente en el derecho internacional.

La Conferencia Internacional celebrada en La Haya en 1930 para codificar el derecho internacional no logró su objetivo con el tema de la responsabilidad internacional. En la 1932, en el curso de la Academia de derecho internacional de la Haya, Hans Kelsen propone reintroducir la concepción de la “criminalización” de la responsabilidad internacional.²⁰ Luego las atrocidades del Segunda Guerra, inspiraron los principios de Nüremberg y el inicio de una responsabilidad criminal internacional. Sir Hersch Lauterpacht introduce esta noción en la obra titulada *International Law. A treatise*.

En 1949, el tema fue incluido para ser codificado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Desde entonces el tema ha estado sometido a estudio de dicha Comisión.

1.1.2. Concepción Moderna

²⁰ Cfr. *Ibidem*, p.13

Bajo la óptica y las corrientes de hoy en día, la responsabilidad estatal es explicada como la responsabilidad que de los actos o de la omisión de los funcionarios del Estado, en el ejercicio de sus funciones se deriva. Si somos capaces de relacionar este concepto con el tema dado en este trabajo, podremos trazar de manera más fácil la idea de la hipótesis que se ha planteado. Este tipo de responsabilidad ha sido denominada como objetiva.

Debemos superar la concepción de índole administrativista, de manera que los efectos y elementos que de ella se hacen parte, no interfieran en el tipo de responsabilidad que realmente se debe aplicar. Sin embargo se debemos revisar con cautela el concepto y más a fondo.

El desarrollo se ha venido dando en dos ámbitos administrativos: el subjetivo y el objetivo. El primero se refiere a un tipo de responsabilidad que posee un elemento singular, la culpa. La responsabilidad llana, de la cual se verifica una determinada actuación que por su accionar directo prodúcese un daño, una aminoración de cualquier tipo, hacia un individuo. Esta culpa se entenderá por ser de tipo voluntaria o no, dice CABANELLAS DE TORRES, pues lo que realmente no importa es el daño causado, el mal resultado de la acción²¹, lo que se debe propender es la etapa probatoria frente a la culpa y su nexo al sujeto accionante del daño.

El segundo se refiere a un tipo de responsabilidad donde muy poco resalta la culpa. No es necesaria para su configuración la determinación de un sujeto culpable, el agente si bien debe ser claro, su acción no es un elemento que deba probarse en relación expresa a la culpa. En esta configuración de responsabilidad sin falta es importante el daño mismo, pues es solo este el que debe probarse. SAAVEDRA BECERRA²² nos ilustra al tomar la posición del demandado al decir que:

[...]no le basta ya probar ausencia de culpa, o que su comportamiento fue particularmente diligente; le corresponde, en cambio, establecer cuál fue la verdadera causa del daño y que esa causa le es extraña, bien porque se

²¹ Cfr. G. CABANELLAS, *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2001, p. 103

²² R. SAAVEDRA BECERRA, *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*, 2da. ed, Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBÁÑEZ, 2003, p. 370

originó en una fuerza mayor, o porque ocurrió por un hecho exclusivo de la víctima o por el hecho exclusivo de un tercero.

Es claro así que, el primordial elemento es el daño, y así el demandante debe probar el daño, y la acción estatal que es causa del suceso. Esta idea de responsabilidad totalmente objetiva es muy aceptada dentro de varias legislaciones. Al decir, muy general, de JORGE PALLARES BOSSA²³:

Las distintas teorías acerca del tema de la responsabilidad hablaron siempre del daño, sin embargo en las recientes regulaciones prescinde la idea de culpa dando así nacimiento a la llamada teoría de la responsabilidad objetiva, la cual desvirtúa el grado de intencionalidad que tuvo el agente causante del daño.

1.2. Responsabilidad Internacional

Si hemos visto que la responsabilidad administrativa es un concepto creciente, el hablar de la responsabilidad internacional lo hace aún más en un ámbito de juventud. Su desarrollo aunque sostenido, ha sido parsimonioso y todavía es un concepto nuevo, por así decirlo. Para REMIRO BROTONS, las normas que se refieren a la responsabilidad internacional son todavía eminentemente consuetudinarias, sin perjuicio de una que otra sea convencional y regule aspectos muy concretos de las complejas relaciones internacionales, como: La Convención de la Haya de 1907 sobre la responsabilidad por los actos cometidos por los ejércitos en campaña.²⁴ Sin embargo es claro que los fallos, y opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia brindan un cuantioso referente al que remitirse en pos de esclarecer este tema, y si los sumamos a los textos emitidos por la Comisión del Derecho Internacional, podemos rebatir la idea del profesor BROTONS y demostrar lo no consuetudinario del tema, y ver arraigados principios y definiciones guías importantes para lidiar con este tema²⁵. Además los

²³ J. PALLARES BOSSA, *Derecho Internacional...*, op cit, p. 372

²⁴ A. REMIRO BROTONS, *Derecho Internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 409-410

²⁵ Los intentos de la CDI es un esfuerzo serio de codificar. Así encontramos la labor que comenzó las Naciones Unidas para codificar las normas relativas a la responsabilidad internacional fue extenso. Pero no fue hasta la década de los 50 que se hace notorio su trabajo. En este sentido se pueden distinguir tres etapas: La primera se extiende desde 1953 a 1961, en ella se destaca el Relator especial García Amador, quien presentó seis informes relativos a la

principios del Derecho Internacional en materia de responsabilidad estatal, han sido recogidos a partir de la resolución 56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que agrupa y codifica de manera parcial las normas y lineamientos a seguir. Tanto así que con el pasar del tiempo poco a poco se ha ido avanzando grandemente en ese camino y ahora la responsabilidad se ha extendido inmensamente desde el comienzo del S. XX, como se revisó anteriormente. Es así que en el Caso de 1948 del Canal de Corfú entre Reino Unido y Albania²⁶ se distingue claramente como se da responsabilidad al Estado Albanés por no advertir sobre la presencia de minas acuáticas:

tras la investigación *in situ*, que consideraban indiscutible que, si se mantenían puestos normales de vigilancia en el Cabo Kiephali, el Cabo Denta y el Monasterio de San Jorge, y si esos puestos estaban provistos de gemelos y si las condiciones atmosféricas eran las normales de la región, las operaciones de tendido de minas deberían haber sido observadas desde esos puestos (...) De todos los hechos y observaciones anteriormente mencionados, la Corte concluye que el tendido del campo de minas no pudo haberse efectuado sin el conocimiento de Albania. Las obligaciones derivadas de ese conocimiento no se discuten. Albania debió notificar a los navegantes y en particular advertir del peligro a que se exponían a los buques que cruzaban el estrecho en 22 de octubre. En verdad, Albania no intentó nada para prevenir la catástrofe, y esa grave omisión entraña su responsabilidad internacional

Si bien en el caso no se pudo comprobar efectivamente que la siembra de las minas fue realizada por Albania, se distinguió que la mina recuperada del incidente del 22 de octubre de 1946 en el que el destructor *Azumares* y el destructor *Volage* fueron dañados comprometiendo su capacidad de navegación,

responsabilidad internacional del Estado por daños causados a las personas o bienes de los extranjeros. La segunda etapa que va desde 1962 a 1980, en la que el relator y jurista italiano R. Ago, presentó un plan de codificación de todo el ámbito de responsabilidad del Estado por hechos ilícitos, el que fue aceptado. Así, a partir de 1969, fueron presentados varios informes y proyectos relacionados con la existencia y las eximentes del hecho ilícito de un Estado (primera parte). En 1980 la CDI aprobó treinta y cinco artículos sobre esta materia. En la tercera etapa se destaca el relator W. Riphagen, quien presentó, entre el 80 y el 85 varios informes que abordan el contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional (segunda parte) y aportaciones para el modo de hacer efectiva la responsabilidad internacional (tercera parte). Para sustituir a este relator se designó a G. Aranguio Ruis, quien del 88 al 94 presentó seis informes sobre las partes segunda y tercera. La CDI en 1993 terminó de aprobar los asuntos relativos a la segunda parte.

²⁶ CIJ, Casó Canal de Corfú, Reino Unido vs. Albania, Fallo 9 de abril 1949

era diferente a las que se habían extraído en el año 1944. Al año posterior de su limpieza total (1945) se realizó otra incursión de rutina y se verificó la no existencia de minas en el canal. Llevándonos a la conclusión que las minas depositadas que ocasionaron daño a dos gemas de la flota del Reino Unido no fueron de las originales, y que efectivamente fueron introducidas después que se había limpiado el canal en cuestión. La posición geográfica del informe adjunto al fallo citado, expresa que la visibilidad que se posee desde Albania debió ser suficiente para poder alertar a futuro sobre la existencia de ese material bélico acuático

1.2.1. Comisión del Derecho Internacional

La CDI es un órgano técnico codificador que, bajo la autoridad y el control de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, y en particular de su Sexta Comisión de Asuntos Jurídicos, se dedica a la labor de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional. Fue esta creada por la propia Asamblea General en la celebrada Resolución 174 (II), del 21 de noviembre de 1947, que incluye en su texto su Estatuto.²⁷ Se fija como función y objetivo de la CDI, en el artículo 1.1 : “impulsar es desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación”²⁸. La facultad del desarrollo progresivo recae sobre la Asamblea General en si mismo, y la facultad codificadora exclusivamente sobre la CDI.²⁹ El desarrollo de los temas del Derecho Internacional en práctica responde al mencionado artículo 16, donde la A.G. recomienda el estudio de un tema a la CDI, que designa a su vez a uno de sus miembros como ponente, sus informes y anteproyectos se debaten en el seno de la CDI, en varias instancias y si el modelo es satisfactorio se lo debate bajo la A.G., por conducto del Secretario General.

1.2.2. Concepto

²⁷ Cfr. M. DIEZ DE VELASCO, *Instituciones del Derecho Internacional Público*, Ed. Tecnos, Madrid, 2007, p. 135 y ss.

²⁸ *The Work of the I.L.C.*:14-15 y 128-130

²⁹ De lo que se entiende a partir del artículo 16 del Estatuto adjunto a la Resolución 174(II).

La pregunta crucial es saber, el cuando un Estado es tomado por responsable bajo del Derecho Internacional. El trabajo realizado por la Comisión del Derecho Internacional (CDI) es la base en la cual la doctrina ha desarrollado extensivamente sobre tres puntos fundamentales: 1. Todo hecho internacionalmente ilícito genera responsabilidad, 2. El hecho debe ser atribuible al Estado, y 3. Irrelevancia de la licitud o ilicitud del hecho en el ordenamiento interno. LUÍS FERNANDO ÁLVAREZ LONDOÑO define a su manera los puntos del CDI y nos dice:

Un Estado es responsable de sus actos legislativos (acciones u omisiones), administrativos (de las autoridades centrales o descentralizadas) y jurisdiccionales (negativa de justicia, mala administración de justicia, juicios que manifiestan injusticia, pero no por error de derecho).³⁰

Sin embargo el concepto a breve que da, no parece completo del todo, y necesita una más completa explicación para ser satisfactorio. Al estipulado del profesor ÁLVAREZ LONDOÑO, le faltan elementos para saciar la duda permanente planteada.

La responsabilidad internacional ha sido entendida a lo largo de los años bajo una misma línea de concepto, la que fue dada por la mencionada CDI, que varían ligeramente dependiendo de la aproximación del autor. Sin importar quien esté refiriéndose a este tema, siempre contará con la diferenciación de los sujetos que intervienen en esta relación y han sido enumerados repetidamente por los autores. Sin embargo el catedrático GARY MARIS³¹ nos define de la siguiente forma, en conjunto con un sondeo rápido de lo que es el Derecho Internacional:

Subjects of International Law: States. The main subjects of international law are states. Historically they have been prime actors in developing the law and objects of its application. The state is the generator of custom and the maker of treaties, and it is the state that is held responsible for international behavior. Individuals. Individuals recently have begun to acquire status as subjects in international law. This includes also corporations viewed al legal persons. Individuals are being held responsible for international acts such as violations of the laws of war and are provided with some opportunities to challenge states entities before international

³⁰ F. ÁLVAREZ LONDOÑO, *Derecho Internacional*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1998, p. 181

³¹ G. MARIS, *International Law An Introduction*, University Press of America, Boston, 1984, p. 58

tribunals. Such a development offers a basic challenge to the role and power of state political authorities thus has proceeded very slowly and uncertainly.

Aunque lacónico, MARIS llega a explicar el “tope del iceberg” de cómo se entenderá y funciona el complejo mundo del Derecho Internacional, referente a la responsabilidad. No solo nos define con claridad a los intervinientes sino que suma a esto una perspectiva fresca del tema.

Para PALLARES BOSSA, el concepto de la responsabilidad internacional, es sin duda alguno de los resultados intelectuales más complejos del ordenamiento jurídico en general. Explica que es una institución que ha sido un trasplante de otra rama del derecho, y que en su proceso de estructuración se ha vuelto un tipo nuevo y muy diferente de lo que en un comienzo fue.³² El evolucionar de esta concepción no se dio por azar ni menos por un despunte único de doctrina nata y novísima. Fue al igual que los cambios de la responsabilidad administrativa, los cambios que se dieron en las concepciones de índole internacional: un adaptar lento y pausado. De nuevo PALLARES BOSSA³³ relata del paulatino volcamiento de los sistemas jurídicos hacia esta tesis de responsabilidad. Para él, el paso máximo vino dado el 8 de febrero de 1873, donde nace una sentencia: El Fallo Blanco dice:

La responsabilidad que pueda incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas que emplean en el servicio público, no puede esta regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular; esta responsabilidad no es ni general ni absoluta: tiene reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados y la necesidad de conciliar los derechos privados; en conocimiento de ella.

Sigue con su disertación el profesor PALLARES³⁴ cuando expone:

Una vez reconocido el principio de la responsabilidad estatal a nivel doméstico, los especialistas del Derecho Internacional procedieran a elaborar una teoría cuyos fundamentos se encuentran en el Derecho Administrativo, pero que tiene también sello propio.

³² Cfr. J. PALLARES BOSSA, *Derecho Internacional...*, op cit, p. 360

³³ *Ibidem*, p. 361

³⁴ *Ibidem*, p 359

Agrega, PALLARES, la idea de que el tema de la responsabilidad es también, como ocurre en el derecho interno, un problema de difícil solución en el ámbito internacional. En efecto, la diversidad de sistemas jurídicos y dentro de ellos las diferentes concepciones doctrinales que se formulan acerca de este impiden, en muchas ocasiones un acuerdo, que haga posible un acercamiento que satisfaga a todos aquellos sujetos de Derecho Internacional que se vean envueltos en un asunto de esta naturaleza.³⁵

Justamente, en esto se centra la importancia de los esfuerzos de la CDI. La idea de unificar de manera unívoca los principios y los lineamientos del Derecho Internacional, permitirán un mejor desenvolvimiento de la materia cuando se susciten conflictos y no depender de concepciones doctrinales variadas que alteren la búsqueda primordial de justicia en el ámbito internacional.

Por su lado, el catedrático LUÍS FERNANDO ÁLVAREZ LONDOÑO³⁶ se refiere directamente al concepto y no al desarrollo, del siguiente modo: “En el Derecho Internacional común, un sujeto de Derecho Internacional que infringe una norma jurídico-internacional, común o particular, es responsable con respecto al sujeto perjudicado.” Similar acercamiento lo tiene ENRIQUE GAVIRIA LIÉVANO³⁷ cuando explica:

En general puede afirmarse que existe responsabilidad internacional cuando sufren lesión los derechos de uno u otro Estado o los súbditos de aquel por parte de los órganos que dependen del Estado local; es decir, que también está comprendida en la responsabilidad internacional el daño que sufran las personas o los bienes de un extranjero cuando estos actos se consideran ilícitos desde el punto de vista del derecho internacional.

Un enfoque distinto, pero sin duda también válido por su *grosso* contenido es el del profesor MAX SORENSEN³⁸, que toma el concepto y nos lleva de la mano hacia su entender de las relaciones que se llevan a cabo, y explica así a la responsabilidad internacional:

³⁵ Cfr. *Ibidem*, p 361

³⁶ F. ÁLVAREZ LONDOÑO, *Derecho Internacional...*, op cit, p. 180

³⁷ E. GAVIRIA LIÉVANO, *Colombia en el diferendo con Venezuela*, Editorial Temis, Bogotá, 1993, p. 362

³⁸ M. SORENSEN, *Manual del Derecho Internacional Público*, Macmillan, Londres, 2000, p. 507.

Siempre que se viola, ya sea por acción o por omisión, un deber establecido en cualquier regla de derecho internacional, automáticamente surge una relación jurídica nueva. Esta relación se establece entre el sujeto al cual el acto es imputable, que debe “responder” mediante una reparación adecuada, y el sujeto que tiene derecho de reclamar la reparación por el incumplimiento de la obligación.

El avance de la doctrina ha permanecido vigente y por hoy hay novísimos cambios y propuestas. Algunos no de importancia por ahora y otro de manera categórica muy relacionado. El profesor REMIRO BROTÓNS recoge este nuevo amanecer de manera muy sólida, en la obra citada en esta tesis. REMIRO BROTÓNS nos explica este cambio y lo ilustra al referirse a las actividades de riesgo de las cuales sus consecuencias trascienden las fronteras estatales, se está hablando de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de los actos no prohibidos por el Derecho Internacional. Para permitir un no es en base al riesgo mismo, sino que nace de la infracción del deber de mejor entendimiento, el profesor BROTÓNS ejemplifica al hablar de la utilización de energía nuclear, que crea un riesgo, contaminante incontrolable. Sin embargo, esta concepción a creado un aireado debate, sobre la existencia de este tipo de responsabilidad. Autores diversos sustentan que la responsabilidad prevenir la causación de daños a otros Estados por las actividades desplegadas en el propio territorio o en territorio no sometido a jurisdicción estatal.³⁹

1.2.3. Elementos Constitutivos

El tratadista ANTONIO REMIRO BROTÓNS entiende el concepto de la responsabilidad internacional dentro de cuatro momentos, si es posible denominarlos de ese modo. El primero define una relación bilateral⁴⁰ de Estado

³⁹A. REMIRO BROTÓNS, *Derecho Internacional*,..., op cit, p. 412- 413

⁴⁰ Existe un posicionamiento dentro de la doctrina recogido por el catedrático Manuel Díez de Velasco en su libro de “Instituciones del Derecho Internacional Público”; del Derecho Internacional que nos habla de los Actos unilaterales. A *prima facie*, la mención de este concepto podría hacer dudar al lector sobre la bilateralidad de la acción de un estado que genera responsabilidad. Así se entenderá como un acto unilateral como una manifestación de voluntad de un solo sujeto del D.I., cuya validez no depende de otros actos jurídicos y que puede producir efectos, para el sujeto que la emite y en determinadas circunstancias a terceros. En los actos unilaterales, si se producen efectos respecto a los terceros Estados o no, debe revisarse que ocurre. En el Estado actual de desarrollo del D.I. la contestación debe ser negativa, ya que por

infractor. El sujeto activo del que se sabe su comportamiento ilícito. El segundo ve el daño, bien sea a la persona o a un patrimonio extranjero. El tercero habla de una relación basada en la falta del Estado infractor, como requisito fundamental en pos de imputar por el hecho ilícito. El cuarto momento se refiere a la acción reparadora de los daños ocasionados, que versará en la cesación de la conducta infractora, adicionalmente el regresar al *statu quo ante*, (*restitutio in integrum*) o la indemnización pertinente y conseguir del infractor las garantías de no repetición de la conducta ilícita.⁴¹

Dentro de este concepto que nos brinda REMIRO BROTONS podemos identificar no solo su idea de la responsabilidad como tal, sino de manera adjunta apreciamos los elementos que, separados se han definido por la doctrina generalizada como los necesarios para la configuración de la responsabilidad internacional como tal. Así de manera similar ÁLVAREZ LONDOÑO estratifica los elementos del Derecho Internacional transgredido. Los puntos que define son los siguientes: **a.** El hecho (acto u omisión) imputable debe ser internacionalmente ilícito. **b.** La ilicitud del acto no debe ser cubierto por un excepción reconocida por el derecho internacional (fuerza mayor y caso fortuito⁴², estado de necesidad⁴³,

definición los actos unilaterales solo atribuyen derechos a terceros más no obligaciones. Así actos unilaterales serán: reconocimientos, renunciaciones, notificaciones y promesas. Mas no un acto del que se genere responsabilidad internacional. Para esto se fija la bilateralidad. También si revisamos la jurisprudencia dentro del asunto *Barcelona Traction* vemos que se dijo: "Debe hacerse una distinción esencial entre las obligaciones respecto de otro Estado en el ámbito de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras obligaciones mencionadas conciernen a todos los Estados. Habida cuenta de la importancia de los derechos en cuestión, cabe considerar que todos los Estados tienen un interés legítimo en su protección; se trata de obligaciones *erga omnes*." (Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Second Phase, CIJ, Reports 1970, pag. 3, en la pag. 32, par, 33)

⁴¹ A. REMIRO BROTONS, *Derecho Internacional*,..., op cit, p. 410

⁴² Se tratan unidos, incluso en el proyecto de la CDI, porque se le da un valor primordial al elemento esencial de ambos supuestos, que es la imposibilidad material de impedir una conducta contraria a una obligación internacional. No obstante es válida su diferenciación a partir de los criterios ya tradicionales: en el caso fortuito conduce al daño un hecho imposible de anticipar; en la fuerza mayor el hecho, aunque anticipable, es inevitable por su propia naturaleza. Es necesario para su análisis el uso de criterios o estándares internacionales valorativos que recurren a elementos subjetivos de valoración. En la sentencia arbitral de 30/4/1999, el Tribunal de Arbitraje reafirmó que los criterios de aplicación de la fuerza mayor: "...son los de una imposibilidad absoluta, y (...) una circunstancia que hace más difícil o molesta la ejecución de una obligación no constituye un caso de fuerza mayor"

⁴³ Debe interpretarse como necesidad de Estado, no para la persona o el órgano cuyo comportamiento se atribuye al Estado. Tiene que ser necesidad para la existencia y la supervivencia económica y social del Estado. Es indispensable la voluntariedad del que actúa y su aplicación es restrictiva. Parece ser admitida solamente en los casos vinculados a la salvaguardia

peligro extremo⁴⁴, consentimiento⁴⁵, legítima defensa⁴⁶). **c.** En la época moderna existe la tendencia a la reparación de algunos daños que resultan de actividades lícitas (ejemplo: actividades espaciales). **d.** El proyecto de Artículo sobre la responsabilidad de los Estados elaborados por la CDI, distingue entre la violación de algunas obligaciones internacionales, consideradas como esenciales que serían constitutivas de crímenes internacionales, y otras violaciones, que sólo constituyen simples delitos internacionales.⁴⁷

El profesor SORENSEN, ha determinado un sistema de acápites en los que separa los elementos necesarios de la responsabilidad internacional. El primero es la existencia de un acto u omisión que viola una obligación establecida por una regla de derecho internacional vigente entre el Estado responsable de acto u omisión y el Estado perjudicado por dicho acto u omisión. El segundo se refiere a que el acto ilícito debe ser imputable al Estado como persona jurídica. Y el tercero habla de cómo debe haberse producido un perjuicio o un daño como consecuencia del acto ilícito. Acota seguidamente, que el daño no debe configurarse necesariamente como un daño material, tangible, porque los actos ilícitos aun a lo intangible y no patrimonial también lo afectan.⁴⁸

Los autores, dentro de su propio entender, han sido capaces de brindar estos elementos esenciales que a pesar de sus discrepancias, en muchos de ellos, coinciden básicamente en: **1:** La existencia de un hecho, acto u omisión, que se verifica internacionalmente repudiable. **2:** Que el hecho, acto u omisión debe ser

de los derechos humanos fundamentales de los súbditos de un Estado o al menos en graves consideraciones humanitarias relativas a ellos. No parece admisible en los casos de defensa del interés del Estado como entidad política.

⁴⁴ En cierto modo constituye un estado de necesidad cualificado, aunque Pastor Ridruejo se lanza a su distinción. Así en sentencia del 30/4/1990 el TIJ admitió como peligro extremo "...la existencia de circunstancias excepcionales de urgencia extrema, que comprenden consideraciones médicas u otras consideraciones de carácter elemental". Esto con el objetivo de trasladar a un oficial francés responsable de la Polinesia a París sin permiso de Nueva Zelanda.

⁴⁵ Es un acto de voluntad estatal que requiere de manifestación libre por parte de los órganos competentes para vincular internacionalmente al Estado antes o en el momento de la comisión del acto ilícito. Para su validez no puede haberse formado con coacción. En dependencia del caso puede tratarse de un elemento de un tratado internacional o de un acto jurídico unilateral.

⁴⁶ Es aplicable únicamente a los casos de uso de la fuerza armada para responder a una previa o inminente agresión armada. Debe dirigirse hacia un objetivo que sea rechazar o detener un ataque ilícito del enemigo; y el resultado debe ser proporcional a ese objetivo.

⁴⁷ Cfr. F. ÁLVAREZ LONDOÑO, *Derecho Internacional...*, op cit, p. 187

⁴⁸ Cfr. M. SORENSEN, *Manual del ...*, op cit, p. 509-514.

posible de imputársele a un Estado en específico. **3.** Proporcionar una acción reparadora sobre el daño, o la aminoración dada a raíz del hecho, acto u omisión verificada como ilícita. Coincidentemente la misma consideración de tres puntos que observa la CDI.

Hay autores que creen necesario incluir en la teoría de la responsabilidad un elemento más, según ellos, indispensable, como es el de la culpa o falta. Así EDUARDO JIMÉNEZ DE ARECHAGA⁴⁹ dice:

Hay otros criterios que sostienen que lo generalmente relevante no es la actitud psicológica de los individuos que actúan como órganos del Estado, sino la conducta objetiva del Estado per se: el Estado es responsable por la violación de cualquiera de sus obligaciones sin necesidad de identificar una falla psicológica en ninguno de sus agentes. Así un funcionario ejecutivo puede infringir un deber internacional del Estado, sin culpa alguna de su parte, por el mero hecho de cumplir una norma de Derecho Interno que viole el Derecho Internacional. Los partidarios de esta teoría de la culpa afirman que en un caso de este tipo es necesario atribuir la culpa al legislador.

Dejando la doctrina de lado por un breve momento, y en el afán pragmático, la búsqueda o la exigencia de la culpa dentro de los elementos constitutivos de la responsabilidad internacional, nos limita en gran medida en el intento de calificar a un Estado como posible responsable de una infracción de una obligación internacional. Pongámonos en el caso práctico de intentar producir prueba de semejante índole, ¿cómo probamos la intención ilícita?, agravándose más la situación si se debe conectar esta voluntad a un individuo o un grupo de individuos que actuaron o dejaron de actuar a nombre de un Estado.

Criterio similar es sostenido por SORENSEN cuando analiza el concepto de la responsabilidad al decir que este viene de la mano el concepto de la culpa. La culpa, dice, es un elemento indispensable dentro de la teoría de la responsabilidad, bien sea para basarse en ella como pilar o para ser descartada. Algunos autores explican que la culpa será la intención ilícita o negligente del individuo cuya conducta se imputa al Estado. Otro criterio, explica, que sostiene la no

⁴⁹ E. JIMÉNEZ DE ARECHAGA, *El Derecho Internacional contemporáneo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1980, p. 514

importancia de la actitud psicológica de los individuos que actúan como órganos del Estado, sino la conducta objetiva del Estado: el Estado es responsable por la violación de cualquiera de sus obligaciones sin necesidad de identificar una falla psicológica en ninguno de sus agentes. De este modo, el funcionario puede infringir un deber internacional del Estado sin culpa alguna de su parte, por el mero hecho de estar un funciones y cumplir con las normas de sus derecho interno, a su vez viola el derecho internacional. Ahora, el profesor SORENSEN explica que desde el punto de vista práctico, el exigir la culpa como una condición general adicional de la responsabilidad internacional limita considerablemente la posibilidad de considerar a un Estado responsable por la violación de una obligación internacional. La prueba de la intención ilícita o de la negligencia son difíciles de producir.⁵⁰

La doctrina que se refiere a la teoría de la culpa, no ha sido recogida por la jurisprudencia especializada. Los Estados han sido considerados como responsables por sus simples errores de juicio de los agentes que emplean para cumplir sus determinadas tareas, aún así se hayan verificado de buena fe. Un interesante análisis puede hacerse del ya citado Caso del Canal Corfú. La Corte buscó determinar la responsabilidad internacional, para ver si había existido la violación de una obligación preexistente. La conclusión que Albania tenía conocimiento de la existencia del campo de minas no implicó la aceptación de la doctrina de la “culpa”, sino el rechazo de la teoría del “riesgo” o de la responsabilidad absoluta. El conocimiento invocado por la Corte fue necesario para determinar que un aplicación preexistente había sido violada; puesto que sólo el Estado que sabe que en sus aguas territoriales se ha establecido un campo minado podía estar obligado a notificar tal hecho a los otros Estados. Después de determinar la existencia de una obligación jurídica basada en ciertos principios generales y bien reconocidos, la Corte llegó a la conclusión de que era posible que dichas autoridades previnieran a las embarcaciones. La prueba es de importancia decisiva en materia de responsabilidad, ya que siempre es de difícil producción por la parte perjudicada. El traslado de la carga de la prueba del demandante al

⁵⁰ Cfr. M. SORENSEN, *Manual del Derecho...*, op cit, p. 514-517

demandado o el establecimiento de presunciones que tienen el mismo efecto, son instrumentos importantes usados por el derecho interno para promover la evolución del derecho de la responsabilidad con base en los conceptos del riesgo o de la responsabilidad absoluta.

1.2.3.1. Ilícito

Se explica en la doctrina que el hecho *primo* del que se vale para poder estudiar la responsabilidad, es de cierta calidad. Por calidad la referencia es dada hacia su ilicitud. Por tal se entenderá como violatorio de algún instrumento internacional del que el Estado esté obligado, a su cumplimiento y revisión. PALLARES BOSSA explica, referente al hecho ilícito como elemento de la responsabilidad internacional que se debe tener en cuenta dos concepciones. Tanto la idea de la abstención estatal, o la obligación pasiva de la que se entenderá el no hacer un acto determinado. Del mismo modo la idea de la actuación por la que un Estado se compromete al actuar en ciertas circunstancias, es decir, a actuar. Dicho de otra manera, el hecho ilícito puede consistir en una acción o en una omisión.⁵¹

De similar punto de vista, el tratadista FERNANDO MARIÑO MENENDEZ nos ilustra al decir que: Un hecho ilícito internacional consiste, con carácter general en un comportamiento atribuible, según el Derecho Internacional a un Estado y que constituye la violación de una obligación internacional de ese Estado, puesto que un Estado goza de soberanía y por ello de la capacidad jurídica más amplia posible en el Derecho Internacional, todo Estado es susceptible de ser considerado como autor de un hecho ilícito internacional que compromete su responsabilidad internacional. Por otro lado, la ilicitud de un comportamiento atribuido a un Estado, se establece calificando el hecho con base en lo establecido por normas internacionales primarias⁵²

En cuanto a la jurisprudencia nos debemos referir sin más reparo a la sentencia del Tribunal Permanente Internacional de Justicia del 17 de agosto de

⁵¹ J. PALLARES BOSSA, *Derecho Internacional...*, op cit, p. 362

⁵² Cfr. F. MARIÑO MENENDEZ, *Derecho Internacional Público*, Ediciones Trotta, Madrid, 1993, p. 364

1923 en el asunto del barco a vapor Wimbledon que afianza lo dicho en el artículo 1 del proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad por hecho internacionalmente ilícitos, cuando conecta la responsabilidad internacional, bajo la forma de deber reparar el daño causado, a todo comportamiento ilícito desde el punto de vista del DI.⁵³ El barco Wimbledon, era una nave de bandera inglesa que fue contratada por la empresa francesa *Les Affreteurs Reunis*. Al embarcar armamento en el puerto de Salónica, que era destinado para la fuerzas Polacas en la Base de Danzig, debía cruzar por el Canal de Kiel para llegar a su destino. El gobierno Alemán negó el paso del vapor debido a que se había declarado neutral en la guerra ruso-polaca. Aún a sabiendas que el paso del Canal y su uso se había internacionalizado con el Tratado de Paz de Versalles. La Corte concluyó: “una ordenanza de neutralidad, acto unilateral de un Estado no podía prevalecer sobre las disposiciones de un tratado de paz”⁵⁴. Visto que el Tratado de Paz de Versalles fue signado y ratificado por Alemania, no podía negarse al paso del buque Wimbledon. Por lo demás, en el asunto Armstrong Cork Company se expresa que ningún Estado: “puede evadirse de la responsabilidad que surge de una acción ilícita desde el punto de vista de los principios generales del Derecho Internacional.”⁵⁵ Este precepto está mencionado a cabalidad en otros laudos arbitrales: el de 1901 en relación con las Reclamaciones de los Súbditos Italianos Residentes en Perú⁵⁶; en 1925 por el asunto de la Reclamaciones Británicas en la Zona Española de Marruecos⁵⁷; el de 1931 en los asuntos de Dickson Car Wheel Company y la Internacional Fisheries Company⁵⁸. Dentro del caso Rainbow Warrior⁵⁹, el tribunal arbitral dejó en claro e hizo énfasis particular en que: “cualquier violación de una obligación de un Estado, sin importar su origen, tiene como resultado la responsabilidad estatal”

Una vez entendido el concepto de lo que se considera ilícito, PALLARES BOSSA, nos vuelve a requerir con un planteamiento importante. Él habla de un

⁵³ PCIJ, SS. Wimbledon, Ser. A., No. 1, 1923, p 35 y ss.

⁵⁴ *Ibidem*. p. 64 y ss.

⁵⁵ PCIJ, Armstrong Cork Company Ser A/B. Vol XX. p.217

⁵⁶ RIAA, Vol. XV, p. 395 (1901), en pp. 399, 401,404, 407-409 y 411

⁵⁷ RIIA, Vol. II, p. 615 (1925), p. 641

⁵⁸ RIIA, Vol. IV, p. 691 (1931)p. 701

⁵⁹ RainBow Warrior (New Zealand & France), RIIA, Vol. XX, p. 217 (1990)

aspecto relevante, al momento de analizar la ilicitud: La importante separación entre lo que es ilícito y lo que es ilegal⁶⁰. El punto de análisis debido, es referente a la gravedad de la irrupción. Así encontramos frente a lo ilegal, la contradicción de lo que se ha estipulado en la ley mientras que lo ilícito, conlleva una consideración, más profunda, la violación es más evidente y ahondada. Bajo concepciones formales del derecho español, ilegal es lo que es contrario a la ley de manera general y lo ilícito es la conducta que trasgredió un presupuesto que expresado formalmente de manera positiva es vigente y presupone una sanción dada.⁶¹

1.2.3.2. Imputación

Del solo hecho ilícito, no podemos conformarnos; se debe procurar el poder imputarlo. Para JUAN JOSÉ QUINTANA⁶², es fácil definir: “Imputabilidad es la condición de atribución de un Estado de los hecho reputados como ilícitos.” Para poder imputar a un Estado es necesario fundamentarse en normas específicas que el propio Derecho Internacional establece. Estas normas apuntan hacia la idea de que un estado es un órgano de poder, una organización que no solo debe remitirse a su derecho doméstico, sino que debe consultar en su accionar con el Derecho Internacional. QUINTANA vuelve a acertar, al confirmar: “El hecho de que un acto este permitido dentro del derecho interno, no exime de la responsabilidad internacional.”⁶³ De esta manera, es imputable cualquier órgano o funcionario sin importar su jerarquía. FERNANDO MARIÑO MENENDEZ⁶⁴ dice:

De acuerdo con el Derecho Internacional son imputables a un Estado todos los comportamientos de sus órganos, cualquiera que sea la naturaleza de los poderes públicos de que sean titulares: legislativos, ejecutivos, o administrativos y judiciales. Actos ilícitos del poder legislativo, por ejemplo pueden consistir tanto en dictar normas internas incompatibles con las obligaciones internacionales cuanto en no dictar normas internas necesarias para cumplir tales obligaciones. Actos ilícitos del poder judicial pueden consistir por ejemplo, en adoptar decisiones manifiestamente

⁶⁰ Cfr. J. PALLARES BOSSA, *Derecho Internacional...*, op cit, p. 363-365

⁶¹ Cfr. “Derecho Internacional: España en Contrapartida” *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo XIV, Driskill S.A., Buenos Aires, 1994, p. 360-364

⁶² J. QUINTANA, *Derecho Internacional Público Contemporáneo*, Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBÁÑEZ, Bogotá, 2001, p. 273

⁶³ J. QUINTANA, *Derecho...*, op cit, p. 273

⁶⁴ F. MARIÑO MENENDEZ, *Derecho Internacional...*, op cit, p. 403

incompatibles con las obligaciones impuestas por normas internacionales más específicas como la que prohíbe la denegación de justicia, es decir, no permitir al extranjero acceder a los tribunales internos retrasar indebidamente y sin justificación la decisión judicial; o la norma que prohíbe adoptar decisiones judiciales en violación del propio derecho interno, cuando sin haber ya recurso alguno contra ella, hayan sido cometidas con flagrancia, de mala fe y con intención discriminatoria, sin que quepa justificación alguna.

De igual modo la imputación tiene un espectro más amplio con ciertos factores particulares. A ese efecto anota el profesor PAUL REUTER⁶⁵:

Se incurre en responsabilidad internacional desde el momento en que un acto ilícito imputable al Estado causa un perjuicio cierto. Una ley incluso antes de ser aplicada, compromete por sí misma la responsabilidad estatal si esta supone una amenaza clara de que va a ser aplicada. En el mismo sentido, el acto de un autoridad subalterna, compromete a la responsabilidad internacional del Estado, incluso si puede ser objeto de reforma mediante un recurso interno; la regla que obliga a los particulares a agotar los recursos internos, y que estudiaremos más adelante, es más bien una regla de procedimiento que de fondo, ya que esta no juega en todos los casos.

La jurisprudencia internacional reconoce la posibilidad que la responsabilidad internacional derive de omisiones ilícitas: así en el laudo arbitral de 10 de julio de 1924, en el asunto relativo a la *adquisición de la nacionalidad polaca*, y en el citado ya Caso del Canal Corfú, en la sentencia del TIJ del 9 de abril de 1949. Dentro del asunto *Chiessa, Sessarego, Sanguinetti, Vercelli, Queirolo y Miglia*⁶⁶, se afirma como principio del Derecho Internacional universalmente reconocido: “que el Estado es responsable de las violaciones del Derecho de gentes cometidas por sus agentes”. Sumado a esto el Tribunal Arbitral en el asunto de la *Salvador Commercial Company*⁶⁷, nos aclara:

un Estado es responsable por los hechos de sus dirigentes, ya pertenezcan a las ramas legislativas, ejecutiva o judicial del gobierno, siempre que hayan realizado tales hechos en calidad oficial

⁶⁵P. REUTER, *Derecho Internacional Público*, Casa Editorial Bosh, Barcelona, 1969, p. 235

⁶⁶RIIA, Vol XV, pp. 399, 400, 403, 406 y 411

⁶⁷RIIA, Vol XV, p. 477 (1902)

En el asunto *Moses*, objeto de una decisión de la Comisión Mixta de Relaciones de Reclamaciones de México–Estados Unidos, el árbitro Lieber⁶⁸ declaró:

Un funcionario o persona investida de autoridad representa *pro tanto* a su gobierno, que, en el sentido internacional, es la suma de todos los funcionarios y personas investidas de autoridad.

1.2.3.3. Reparación

Los autores, en general después de referirse a la ilicitud se refieren a la reparación. Sin embargo, muchos olvidan mencionar de manera efectiva como primer paso la cesación. La conducta infractora debe ser terminada antes de que cualquier estipulación de reparación sea considerada hábil. PALLARES BOSSA⁶⁹ explica:

Para que se configure la responsabilidad internacional es necesario que se establezca una relación de causalidad entre el hecho ilícito y la lesión o el daño ocasionado, que como tal constituye el tercer elemento de esta figura jurídica.

Este elemento en particular debe ser analizado con suma cautela. Debemos entender que un daño en general es un *menos* dentro de un estado previo. Es decir, un tipo de aminoración de cualesquiera cosa que no se hubiera dado sin un cierto evento específico. Pero no todo daño debe ser entendido como apto de ser reparado. El profesor SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO⁷⁰ afirma que: “No cualquier daño será indemnizado, sino sólo aquellos daños jurídicos, aquellos daños que no deban ser normalmente soportables.”

Es necesario, explica PALLARES BOSSA que el daño producido pueda ser imputable al Estado y por tanto no se exija culpa, que es un terreno que topa con el terreno de la intencionalidad, debe existir una relación de causalidad, es decir el daño debe derivar de una circunstancia que sea imputable al Estado.⁷¹

Con aún mas especificidad el profesor ÁLVAREZ LONDOÑO define que si el daño es causado a un particular, puede diferenciarse de ser material o moral. O

⁶⁸ Moore, *International Arbitrations*, Vol III, pag. 3127 (1871), en la pag 3129.

⁶⁹ J. PALLARES BOSSA, *Derecho Internacional...*, op cit, p. 372

⁷⁰ S. MARTÍN RETORTILLO, *Acto académico en recuerdo del profesor Dr. Don Sebastián Martín-Retortillo Baquer*, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002, p. 528

⁷¹ Cfr. J. PALLARES BOSSA, *Derecho Internacional...*, op cit, p 373

cuando endosa la reclamación de un particular, el daño moral constituido por la falta al derecho internacional se combina con el daño material del particular.⁷²

El acierto, en este tema, parece tenerlo el doctrinario ÁLVAREZ LONDOÑO⁷³ cuando agrega:

La reparación del daño sufrido constituye una obligación; una obligación subsidiaria que deriva de la falta al derecho. La responsabilidad internacional es una técnica de ejecución del derecho, no directamente, sino por equivalencia.

Es claro el punto al que se llega: la reparación debe ser dada en relación al daño causado por el efecto originador, debe ser verificado y realizado. Debemos contar con las diferencias de saber a caso cierto si es dado a un particular o a un Estado, y la herramienta debida es el derecho internacional con su institución de la responsabilidad.

En el proyecto del CDI en su segunda parte, en el artículo 30 y en el artículo 31 se establece la obligación de cesación y de reparar. En la jurisprudencia se hace esta diferenciación. En cuanto a la cesación en el fallo de 24 de mayo de 1980 en el asunto relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán, donde se estableció a cargo de Irán la obligación de hacer cesar la situación ilícita que persistía y la obligación de reparar el perjuicio.⁷⁴ Esta misma apreciación se la hizo dentro del caso sobre las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua⁷⁵.

El Estado responsable está obligado, como quedó expuesto con anterioridad, no solo a hacer cesar el hecho ilícito, y si las circunstancias lo exigen a ofrecer seguridades y garantías de no repetición. Así queda plasmado en el caso LaGrand⁷⁶:

La Corte observa que su cuarta conclusión Alemania pide varias garantías. En primer lugar, pide una garantía directa de que los Estados Unidos no repetirán sus actos ilícitos,(...) Los Estados Unidos han presentado disculpas a Alemania por esa violación. La Corte considera, sin embargo que no es suficiente con pedir disculpas en este caso.

⁷² Cfr. F. ÁLVAREZ LONDOÑO, *Derecho Internacional...*, op cit, p. 187

⁷³ F. ÁLVAREZ LONDOÑO, *Derecho Internacional...*, op cit 188

⁷⁴ CIJ, *Rec.* 1980: 44-45

⁷⁵ CIJ, *Rec.* 1986: 149

⁷⁶ CIJ, *Res.* 2001: 75

Pero dentro de la reparación existen varias maneras de saldar el daño causado: Así se ha identificado: La satisfacción, la restitución y la indemnización. En cuanto a la satisfacción podemos ver que es una forma de compensación en relación con violaciones de diversa especie. Para DIEZ DE VELASCO la satisfacción incluye una serie de prestaciones como la presentación de excusas, el castigo de los culpables, el pago de una suma simbólica, e incluso la verificación, por una instancia imparcial internacional, del carácter ilícito del hecho⁷⁷. Así en el asunto del Carthage⁷⁸ se sostuvo que una tal comprobación era en sí misma una pena suficiente o una satisfacción adecuada; alguna vez, en fin, se instó por un órgano internacional, al Estado culpable a reconocer el carácter de ilegal de su accionar y presentar excusas al Estado perjudicado. Esta decisión también es vista en los informes de 1933 y 1935 del caso de la nave *P'm Alone*⁷⁹.

Dentro del asunto ya citado: *Rainbow Warrior*⁸⁰; vemos que el buque ecologista hundido en 1985 en un puerto neozelandés por dos agentes de los servicios de seguridad franceses que habían entrado a Nueva Zelanda en uso de pasaporte Suizos falsos, se llegó a la siguiente resolución: el Secretario General de las Naciones Unidas, que era el encargado de resolver la controversia por acuerdo de las partes, ordenó a cargo del Estado Francés la presentación oficial de excusas, más una reparación pecuniaria que, excediendo con mucho del valor de las pérdidas materiales, englobaba entre otras cosas la satisfacción por el agravio sufrido por el estado territorial, y la imposición de restricciones a la libertad de movimiento de los funcionarios responsables.

Cuando hablamos de restitución, nos referimos a lo que de manera reiterada se han pronunciado los autores en calificarla como la forma más perfecta de reparación.⁸¹ Se intenta en este devolver las cosas a su estado original. Sin

⁷⁷ Cfr. M. DIEZ DE VELASCO, *Instituciones del Derecho Internacional Público*, op cit, p. 823

⁷⁸ RIIA:Vol, IX, p. 460-461

⁷⁹ RIIA: Vol III, p. 1609

⁸⁰ RIIA: Vol, XIX, p. 197 y ss.

⁸¹ Cfr. M. DIEZ DE VELASCO, *Instituciones del Derecho Internacional Público*, p. 826, Cfr. J. PALLARES BOSSA, *Derecho Internacional...*, op cit, p 363, Cfr. A. REMIRO BROTONS, *Derecho Internacional...*, op cit, p. 962

embargo no existe fuerza humana que logre eso. Una vez verificado el daño, es imposible borrar todas las huellas del ilícito y sus consecuencias.⁸²

La indemnización es un resarcimiento cuantitativo de los daños ocasionados. Encontramos estos tanto en el asunto de la fabrica Chorzow⁸³, como en el caso del vapor Wimbledon⁸⁴, donde en las dos decisiones presentadas por la Corte se dispone el pago de un indemnización.

1.3. Novísimas Concepciones

Los avances dados, han seguido la corriente de la preocupación humana. Como se explica en el marco teórico introductorio de esta tesis, el proceso predador del afán humano han llegado a desarrollar adaptaciones nuevas, en pos de la protección de recursos, el medio ambiente, y la vida misma. Los adelantos, aunque modestos al principio, han servido de base generadora de novísimas concepciones.⁸⁵

1.3.1. Responsabilidad Internacional por Riesgo

Con el especial desarrollo tecnológico que hoy en día goza el ser humano, y la sumada atención actual a los problemas ambientales, se ha desarrollado una línea de pensamiento para la contención de los daños ecológicos. La línea responde a la necesidad de precautelar de base a los principios del Derecho Ambiental formal. Hoy se habla⁸⁶ de la eventual responsabilidad del Estado por hechos que si bien no están prohibidos por el derecho internacional, no constituyen verdaderos ilícitos, como lo señala la teoría, ya vista con anterioridad. Hablamos de los grandes riesgos, de la actividades ultra peligrosas. De esta postura se ha ya comentado brevemente en esta disertación teórica, empero consideramos necesario explorar brevemente dada la novedad y lo íntimo

⁸² Cfr. *Ibidem*, p. 827

⁸³ Caso Chorzow Factory (1929) PCIJ, Ser A, No. 17, p. 29

⁸⁴ PCIJ, SS. Wimbledon, Ser. A., No. 1, 1923, p 35 y ss

⁸⁵ Estas “novísimas concepciones”, son el resultado de los nuevos avances que la CDI pone en marcha, basta con revisar los informe presentados hace un lustro su evolución, y ver las teorías variadas que en ensayos y publicaciones se ofrecen respecto del Derecho Internacional.

⁸⁶ Revisar informes CDI años 1978-1990

aplicable al tema dado. A decir de JUAN JOSÉ QUINTANA es desde 1978, con la Comisión de Derecho Internacional (CDI) que se ha preocupado y ha venido ocupando de los problemas principales generados por estas nuevas situaciones y ya han logrado terminar un documento de proyecto de artículos⁸⁷ con el nombre de: “Responsabilidad Internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho Internacional”.⁸⁸

Un claro ejemplo de esto se hubiera podido verificar dentro del asunto de las pruebas nucleares francesas⁸⁹, si se hubiera podido efectivamente probar daños en la tropósfera y a la atmósfera. Así el gobierno de Nueva Zelanda expuso:

Que falle y declare: que la realización por el Gobierno francés de ensayos nucleares en la región del Pacífico meridional que causen lluvia radiactiva constituye una violación de los derechos de Nueva Zelanda con arreglo al derecho internacional, y que esos derechos serán violados por cualesquiera nuevos ensayos de esa índole.

El uso de artefactos y nucleares dentro de la atmósfera no pudo ser demostrada efectivamente, ya que esa conducta repudiable por la Comunidad Internacional fue subsanada por el acuerdo francés de cesar y no repetir dichos experimentados. Si se hubiese logrado demostrar consecuencias adversas por los experimentos realizados, tendríamos un ejemplo claro de esta actividad no puramente ilícita, pero que sus consecuencias conllevan daños.

Si desearíamos analizar este proyecto de la CDI, sería un esfuerzo temprano, a pesar de estar seguros que la motivación y el telos del mismo son bien encaminados. Sería hilar muy fino, establecer que por hoy tenemos una

⁸⁷ El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de la Naciones Unidas (CDI) abarca solo actividades no prohibidas por el derecho internacional a) que entrañen el riesgo de causar un daño transfronterizo y b) otras actividades no prohibidas por el Derecho internacional, que no entrañen el riesgo pero causan tal daño por sus consecuencias físicas. Uno de los principios guía de este proyecto es que no debe dejarse que la víctima inocente soporte toda la pérdida ocasionada por los daños. En lo que atañe a la responsabilidad el proyecto establece que, se responderá de los daños transfronterizos ocasionados por una de dichas actividades, y esa responsabilidad dará lugar a indemnización u otra forma de reparación. En relación a la reparación si bien se tiene presente que la víctima inocente no soporte el peso de los daños sufridos, no se le exime de ellos en forma total. Sin embargo, este proyecto no puede en el estado actual en que se encuentra ser utilizado como fundamento de la reparación de daños.

⁸⁸ Cfr. J. QUINTANA, *Derecho...*, op cit, p. 279

⁸⁹ CIJ, Rec. 1974, parr. 21 a 44

responsabilidad internacional formal, a raíz de este documento. Es necesario recordar que no existen normas consuetudinarias al respecto y más aún la falta de una obligación convencional. Refiriéndose a los esfuerzos de la CDI en esa materia, JIMÉNEZ DE ARECHAGA⁹⁰ sostiene:

La dificultad de una codificación semejante, radica en que este tipo de responsabilidad deriva tan sólo del Derecho convencional, no tiene ninguna base en el derecho consuetudinario o en los principios generales, y al tratarse más bien de excepciones que de reglas generales no puede ser entendida a materias no reguladas por instrumentos específicos.

Sin la existencia clara de Instrumentos Internacionales que sancionen como tal esas conductas, será un propósito difícil entender el punto al que este nuevo avance del CDI, nos brinda. Debemos esperar pacientemente a que el proceso de investigación y recopilación que funge la Comisión de Derecho Internacional, rinda sus frutos.

1.3.2. Derecho Internacional del Medio Ambiente

Si debemos definir que es, o hacia donde va el Derecho Internacional del Medio Ambiente (DIMA) se podría citar al profesor REMIRO BROTONS⁹¹ cuando habla de los preceptos y de la introducción del tema planteado:

El Derecho Internacional del Medio Ambiente tiene por objeto preservar la biosfera y sus ecosistemas del deterioro y desequilibrios causados por la acción del hombre. Para ser eficaz sus normas han de inspirarse en el medio ambiente:

1. Valor Común: es de interés de la sociedad internacional la conservación a las presentes generaciones y futuras, beneficiarias, del derecho a un medio ambiente seguro y ecológicamente racional que no ponga en riesgo su salud y un nivel de vida satisfactorio.
2. Unidad: debe conservarse como una integralidad al ecosistema. Se aprecia la interdependencia ecológica, con los medio (mares, aguas dulces, flora y fauna, atmósfera, clima, etc...), en los agentes que lo degradan (hidrocarburos, energía nuclear, desechos tóxicos, clorofluorocarbonos, dióxidos de carbonos y azufre, óxidos de nitrógeno, compuestos orgánicos volátiles...), y en su acción o efectos (la contaminación como género, y sus derivados: deforestación, desertización, pérdida

⁹⁰ E. JIMÉNEZ DE ARECHAGA, *El Derecho...*, op cit, p 324-325

⁹¹ A. REMIRO BROTONS, *Derecho Internacional...*, op cit, p. 1125

de la biodiversidad, destrucción de la capa de ozono, efecto invernadero, lluvia ácida, cambio climático..)

3. Cooperación: por la delicadeza del tema se requiere la cooperación internacional a escala planetaria para armonizar ecología y economía, medio ambiente y desarrollo, de ahí que ahora se pretenda que el desarrollo sea sostenible

Estos preceptos, no se ha plasmado del todo dentro del Derecho Internacional. Pero la toma de conciencia de tan elemental razonamiento es, no obstante, reciente y carece aún de los adecuados instrumentos normativos e institucionales para su efectiva operatividad.

REMIRO BRETÓNS analiza el nacer de la idea de un Derecho Internacional del Medio Ambiente; y explica que su surgimiento primigenio fue sectorizado. Con esto, se refiere a que los distintos medios naturales fueron protegidos en especificidad, y no en una globalidad. Ilustra al decir que los primeros intentos de protección iban dirigidos a la protección de especies vivas en peligro de extinción o a la protección de aguas dulces y el mar que se encuentre sometidos en la soberanía estatal. En base a esto se determinaron dos puntos focales: El primero habla sobre la protección del medio ambiente frente a la acción contaminante nacional. Esta se la considera como una competencia doméstica que queda a expensas de cada Estado siempre y cuando esta acción polutoria no afecte u ocasione daños a terceros. La segunda se refiere a los espacios utilizados más allá de la jurisdicción nacional. Estos lugares no poseen un ente protector definido, y su conservación debe ser mancomunada. Por ejemplo el Tratado del Antártico de 1959, donde se prohíbe el uso de su espacio para pruebas nucleares, y la eliminación de los desechos radioactivos.⁹²

Adicional a esto la Comisión del Derecho Internacional en su 54º período de sesiones en 2002, decidió incluir en su programa de trabajo estas nuevas concepciones, e iniciar el examen de la segunda parte del tema titulada la “Responsabilidad Internacional en caso de pérdida causas por un daño transfronteriza resultante de actividades peligrosas”.⁹³

Es claro como con esta corriente de protección, se derivó una protección dispersa en varios tratados bilaterales, como el acuerdo de Estados Unidos y

⁹² Cfr. A. REMIRO BROTÓNS, *Derecho Internacional*,..., op cit., p. 1126

⁹³ *La Comisión de Derecho Internacional y su obra*, Naciones Unidas, New York, 2005

Canadá de 11 de enero de 1909 para la gestión de los cursos de aguas fronterizas. Estos intentos de protección se limitaron a la protección específica de una o dos especies de flora o fauna, elegidas por su mera utilidad económica. Para el final de la década de los setentas se sentaron nuevas bases de la protección de Medio Ambiente dentro del Marco del Derecho Internacional. La acción depredadora humana estaba tomando protagonismo y se urdió un tipo de protección más universal e integrado: Se vio por primera vez la vulnerabilidad de la biosfera. La contaminación de mares y océanos derivada de accidentes, descargas, o vertidos, la acidificación de los recursos de agua y de los lagos ocasionada, entre otras cosas, por la contaminación transfronteriza a gran distancia, la amenaza o consumada extinción, en fin, de especies de fauna y flora fueron parte de los fenómenos denunciados por un emergente movimiento ecologista que pronto prendió en una generalizada toma de conciencia mundial.

La Declaración de Estocolmo de 1972 es considerado el primer instrumento del Derecho Internacional del Medio Ambiente, porque abordó el problema del medio ambiente desde una perspectiva global. Esta puso los cimientos y bases del seguido desarrollo del Derecho Internacional en la materia. Seguido a esto el Tratado de Patrimonio Cultural y Natural de la UNESCO brindó en conjunto una idea de índole internacional que apuntaló el proceso de creación de esta nueva rama. La idea de una protección regional comenzó a expandirse y una serie de convenios y tratados comenzaron a firmarse. Diez años después de la firma de la Declaración de Estocolmo se estructuró la Carta Mundial de la Naturaleza, basada en los principios establecidos en 1972. Sumados a esto hay una serie de tratados *regionales* como el Convenio de Barcelona para la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación, también hay los que exponen su ámbito *universal*, como el Convenio de Washington sobre el comercio internacional de especies amenazadas de flora y fauna de 1973, o el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono de 1985. Es así que se comienza un proceso de protección más integral del medio ambiente.

Pero los esfuerzos de la comunidad internacional para reforzar la protección del medio ambiente se mostraron insuficientes y el riesgo del Apocalipsis ecológico persistía: la deforestación cifrada en 170.000 kilómetros anuales,

sumado a la desertización de 120 millones de hectáreas en menos de dos décadas, y con el calentamiento global de la emisión de los gases de efecto invernadero. Paso posterior es la llamada Conferencia de la Tierra, donde la Carta de la Tierra no fue firmada y dada de baja por varios Estados, y en cambio se adoptó seguido a esto en la Conferencia de Río, la Declaración sobre Medio Ambiente y Desarrollo también llamada Declaración de Río. A decir del profesor REMIRO BROTÓNS este cambio fue dado por la mayor ligereza de la Declaración de Río, pero de todos modos se debería reconocer la unión de 178 Estados que han marcado lo que denomina REMIRO como el segundo hito histórico en el proceso de evolución del Derecho Internacional del Medio Ambiente.⁹⁴

Existen también los tratados alternativos de Río, como la Convención sobre la Diversidad Biológica, su importancia radica en que es el primer acuerdo mundial que resuelve la protección de todos los aspectos de la biodiversidad. Su característica de vinculante se centra en: 1. Proteger la biodiversidad; 2. Usar los recursos biológicos de manera sostenible; 3. Compartir equitativamente los beneficios de estos recursos.

CAPÍTULO II

FALLA DE LA TUTELA AMBIENTAL ESTATAL

ERROR: syntaxerror
OFFENDING COMMAND: --nostringval--

STACK:

-mark-
/sfnts