

Título original: "Individual Reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations: The Position under General International Law". Publicado en State Responsibility and the Individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights. Albrecht Randelzhofer and Christian Tomuschat (eds.), © Kluwer Law International, La Haya, 1999.

Reclamos Individuales de Reparaciones en Instancias de Graves Violaciones a los Derechos Humanos: La Óptica bajo el Derecho Internacional General*

Christian Tomuschat

I. Introducción

Hace algunos años, una disputa diplomática de envergadura estuvo a punto de presentarse entre Alemania y los Estados Unidos de Norteamérica. Un ciudadano estadounidense había demandado al Estado alemán por lesiones sufridas durante el período de dominación Nazi. El demandante, Hugo Princz, era una persona judía que vivía originalmente con su familia en Checoslovaquia. Luego de que los Estados Unidos declaró la guerra contra Alemania en 1942, él fue arrestado y enviado a un campo de concentración junto con todos los miembros de su familia. Al final de la Segunda Guerra Mundial, él resultó ser el único sobreviviente, luego de haber soportado no solamente difíciles años sino también crueldades y horrores de dimensiones indescriptibles. La nueva Alemania democrática intentó reparar a lo menos una parte de aquello que todavía podía ser reparado. Programas de indemnización de amplia cobertura fueron adoptados por los cuerpos legislativos y puestos en marcha. Princz, sin embargo, no tuvo acceso a ninguno de esos programas¹. En marzo de 1992, a través de una demanda solicitó la cantidad de 20 millones de dólares por indemnización y daños punitivos.

Muchos problemas legales surgieron a propósito de este juicio. El primero fue, por supuesto, el tema de la jurisdicción de los tribunales estadounidenses ante los cuales se presentó el caso. En conformidad con las normas generales del Derecho Internacional, reflejadas en Estados Unidos en la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera de los Estados Unidos (*U.S. Foreign Sovereign Immunities Act - FSIA*²), los Estados extranjeros se encuentran generalmente protegidos de demandas judiciales presentadas en su contra ante los tribunales Estadounidenses. A continuación, sin embargo, se presentó inmediatamente el problema de resolver si acaso Princz tenía algún derecho a demandar a Alemania. De acuerdo a nuestro entendimiento, las leyes de responsabilidad extracontractual de los Estados Unidos

* Texto traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹ Para los detalles fácticos, véase la decisión de primera instancia de la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia, 23 de diciembre de 1992, 813 F. Supp en 22. Es debatible si Princz pudiera haberse beneficiado de alguno de los programas. Él había presentado dos solicitudes, la primera en 1955, pero en cada ocasión se le informó que no calificaba para dichos programas. Nuevos intentos para obtener un pago *ex gratia*, realizados entre 1984 y 1987, tampoco tuvieron éxito.

² 28 U.S.C. § 1330, 1602 - 1611.

no eran aplicables a los hechos que ocurrieron entre los años 1942 y 1945 en Europa. Tampoco Princz se basó en la legislación de Checoslovaquia. Él sostenía que los derechos que reclamaba derivaban directamente del Derecho Internacional.

No resulta necesario recalcar que los fundamentos jurídicos de la demanda en la forma que fueron concebidos por Princz eran claramente inconsistentes con el pensamiento tradicional acerca de la estructura del Derecho Internacional. Antes del año 1945, en todo caso, el individuo escasamente existía como un titular de derechos de acuerdo con el Derecho Internacional. Una exposición clásica de los puntos de vista imperantes se puede encontrar en el tratado de Oppenheim que señala con un rigor absoluto:

“Debido a que el Derecho de Naciones es un derecho entre Estados únicamente, y dado que los Estados son los sujetos exclusivos del Derecho Internacional, los individuos son meros objetos del Derecho Internacional, y éste último es incapaz de conferir directamente derechos y obligaciones a los individuos”³.

Ésta no era, bajo ninguna circunstancia, una voz aislada. En términos prácticamente similares, Dionisio Anzilotti dijo con respecto a la misma materia:

“...por muy contraria al derecho internacional que sea la conducta de un Estado, jamás daría nacimiento a un derecho del individuo a la reparación del daño sufrido”⁴.

Es ampliamente sabido que la doctrina clásica del Derecho Internacional tuvo que ser reconsiderada luego que la Carta de las Naciones Unidas abrió la puerta hacia el elevado terreno del Derecho Internacional a los individuos y luego de la cadena de eventos jurídicos que ese hecho puso en movimiento. Ningún autor ilustrado podría hoy en día tratar la posición legal del ser humano en sólo una frase en la forma en que ello fue considerado suficiente a comienzos del siglo. El mismo Hersch Lauterpacht, quien continuó el tratado de Oppenheim, se convirtió en el campeón del nuevo concepto del Derecho Internacional en su famoso libro *International Law and Human Rights* de 1950, donde escribió:

“La Carta de las Naciones Unidas, al reconocer los derechos y libertades humanas fundamentales, ha convertido a los individuos en sujetos del derecho de las naciones”⁵.

II. Borrador de los Artículos sobre la Responsabilidad de Estado de la CDI

Dado este desarrollo resulta, por decir lo menos, sorprendente que la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en el borrador de sus artículos sobre la responsabilidad de Estado, adoptados en 1996⁶, no menciona al individuo como un actor en la relación que se origina por el incumplimiento de una norma de Derecho Internacional. El conjunto completo de

³ *International Law*, Vol. I, 1905, 200.

⁴ “La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers”, *Revue générale de droit international public* 13 (1906), 5, en 5.

⁵ *International Law and Human Rights*, 1950, 61.

⁶ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre el trabajo realizado durante su cuadragésima octava sesión, 6 de mayo - 26 de julio de 1996. Registros Oficiales de la Asamblea General. Quincuagésima Primera Sesión. Supp. N° 10 (A/51/10), 125.

disposiciones se refiere únicamente a los Estados como los sujetos afectados por el Derecho Internacional. Es cierto que el borrador contiene un famoso artículo que define al Estado agraviado (artículo 40), en el que se hace referencia específica a la falta de cumplimiento por parte de un Estado autor de sus obligaciones en el campo de los derechos humanos (párrafo 2(e)(iii)). Sin embargo, aún en esa conexión, en conformidad con la CDI, los derechos secundarios originados por una infracción se confieren única y exclusivamente a los Estados: los Estados con derecho a reclamar el cumplimiento de las obligaciones infringidas. Así, para ponerlo en términos crudos, el borrador de la CDI podría haber sido preparado en prácticamente los mismos términos de hace un siglo atrás, dejando fuera la palabra “derechos humanos” y la tímida incursión de la CDI en el dominio de los crímenes internacionales. Ni Oppenheim ni tampoco Anzilotti habrían tenido gran dificultad para entender el texto en la forma en que se encuentra en la actualidad, pendiente para comentarios antes de la segunda y última lectura.

Según un antiguo adagio del Latín, todos los caminos conducen a Roma. Dentro del sistema de las Naciones Unidas, los centros pensantes que concentran todos los esfuerzos asumidos se encuentran localizados en Nueva York y/o, en lo que respecta a las actividades legales y en particular en lo que se refiere a los derechos humanos, en Ginebra. De hecho, no solamente la CDI ha realizado tradicionalmente sus reuniones anuales en Ginebra, sino que también la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, la cual ha estado discutiendo por años un proyecto relativo a los derechos de los individuos en casos de violaciones graves a los derechos humanos. Y aun así, a pesar de su proximidad al *Palais des Nations*, los borradores de artículos de la CDI sobre responsabilidad de los Estados no han tomado en cuenta el trabajo realizado en el mismo edificio unas pocas puertas más allá. Theo van Boven, relator sobre este tema, criticó esta desafortunada situación⁷, pero sin resultado.

Ciertamente, nosotros concordamos en que esta crítica es justificada en el sentido que la CDI ha fracasado al ni siquiera someter a debate la materia. Por otra parte, de todas maneras hubiera sido muy difícil cambiar la estructura del borrador de los artículos luego que los fundamentos de los mismos habían sido presentados en la década de los años sesenta, más de treinta años atrás, por Roberto Ago, quien fue sin duda el líder intelectual de la CDI con respecto al tema de la responsabilidad del Estado. En su segundo informe, comentando brevemente sobre el alcance del trabajo *ratione personae* de la CDI, enfatizó que, por el momento, el trabajo a ser efectuado estaría limitado, en lo que se refiere al lado pasivo de la relación legal generada por la conducta ilegítima, a la responsabilidad de los Estados⁸. Él no trató en forma específica el tema de quién podría derivar derechos secundarios de una infracción de una obligación internacional. Como era de esperar, sin embargo, dio por

⁷ Un estudio relativo al derecho de restitución, compensación y rehabilitación para las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y las libertades fundamentales. Informe final. Doc. UN E/CN.4/Sub.2/1993/8, 2 de julio de 1993, parra. 47. La versión revisada de los “*Basic Principles and Guidelines on the Right to Reparation for Victims of [Gross] Violations of Human Rights and International Humanitarian Law*” está contenida en el doc. UN E/CN.4/1997/104, 16 de enero de 1997, reimpresa en este libro como anexo. La propuesta no fue adoptada en la sesión de 1997 de la Comisión sobre Derechos Humanos de las Naciones Unidas; ver resolución 1997/29, 11 de abril de 1997.

⁸ Segundo informe sobre responsabilidad del Estado, doc. UN A/CN.4/233, *Yearbook of the ILC (YILC)* 1970 II, 177, en 178 párrafo 5.

sentado que únicamente los Estados podían adquirir nuevos derechos en conformidad con una legislación sobre responsabilidad⁹ a ser codificada dado que, en su opinión, las obligaciones basadas en el Derecho Internacional generalmente se cumplen frente a otros Estados¹⁰.

Así, desde el primer día, el proceso de codificación fue orientado a los Estados exclusivamente. Ni las organizaciones internacionales ni tampoco los individuos fueron tomados en consideración, cuyo reconocimiento como sujetos del Derecho Internacional también en el caso de la responsabilidad del Estado habría constituido un desafío aún mayor para la CDI, no sólo en términos de justificación legal sino también en términos políticos. En efecto, el reconocimiento del individuo como un sujeto que goza de una condición autónoma independiente de aquella de su Estado nacional, significa necesariamente que el Estado, como un sistema de gobierno, pierde algunos elementos de sus facultades soberanas. Los gobiernos son reacios a aceptar dicho papel disminuido. Constituirá el principal objetivo de este trabajo estudiar si es en el mejor interés del individuo que se siga adelante en tal proceso de emancipación legal.

En este sentido, se puede percibir claramente una dificultad compleja. El lenguaje del borrador de los artículos de la CDI es admirable en su generosidad con respecto a los Estados en lo que se refiere a las violaciones a los derechos humanos. Según el artículo 40(2)(e)(iii), en el caso de tales violaciones cada uno de los otros Estados partes en el sistema legal de protección involucrado debe ser considerado como habiendo experimentado un agravio legal. Esto significa, en otros términos, que si un Estado infringe una obligación fundada en el derecho consuetudinario, cualquier otro Estado del mundo pasa a tener la categoría de Estado agraviado. Esto se reconfirma en el caso de las violaciones a los derechos humanos que puedan ser caracterizadas como crímenes internacionales (artículo 40(3)). En lo que se refiere a los sistemas de tratados, los Estados agraviados son los otros Estados que son parte del respectivo acuerdo. Las consecuencias que se derivan de esta disposición legal son abrumadoras. Cualquier Estado, entonces, que haya sufrido un agravio en un sentido legal, se encuentra investido con todos los derechos que puedan llegar a existir por un ilícito internacional. Éste puede demandar la cesación así como todas las formas de indemnización, a saber, restitución en especie, actos compensatorios, satisfacción y garantías de no repetición (artículo 42(1)). No se hace ninguna distinción entre Estados afectados directamente y otros “terceros” Estados que no han experimentado ningún daño material. De hecho, precisamente con respecto a las violaciones a los derechos humanos, sería difícil establecer y mantener esa distinción ya que, en general, las víctimas de dichas violaciones son los ciudadanos del mismo Estado autor. Por lo tanto, todos los demás Estados son “terceros” Estados, a lo menos si uno usa un estándar modelado por las percepciones de interés nacional que todavía dominan las realidades políticas.

⁹ Algunos años antes, al comentar acerca del borrador de propuesta de Sir Humphrey Waldock con respecto al Derecho de los Tratados, Ago dijo: “Él no pudo respaldar un artículo que tomaba una visión positiva con respecto a la personalidad internacional del individuo en esa etapa del desarrollo del Derecho Internacional”, *YILC* 1964 I, 117 parra. 50.

¹⁰ Un enfoque similar puede percibirse en el libro *State Responsibility* de Ian Brownlie, Parte I, 1983. Brownlie no considera necesario analizar quién puede ser el beneficiario del derecho a reparación.

III. Práctica Estatal

1) *Los Estados Como Guardianes de los Derechos de Pueblos Extranjeros*

El paisaje legal del mejor de los mundos no corresponde a aquello que puede ser observado empíricamente, y por lo tanto uno puede tener dudas acerca de si la CDI, en este punto, solamente ha codificado prácticas actuales basadas en *opinio juris* o si ha saltado hacia adelante en un esfuerzo inconsciente por reformular la ley. Es verdad que existe amplia evidencia de gobiernos que apelan a otros gobiernos para que presten atención a sus obligaciones relativas a derechos humanos y se desistan de conductas inconsistentes con sus compromisos, ya sean existentes en conformidad con el Derecho Internacional general o derivados de la Carta de las Naciones Unidas u otros tratados multilaterales. En lo que respecta al sistema europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, parece suficiente referirse a las solicitudes de los Estados dirigidas contra Grecia en el tiempo de los coroneles torturadores¹¹ o contra Turquía luego del golpe militar de 1980¹². En relación con esto son también importantes los procedimientos y mecanismos de la Comisión de Derechos Humanos y la Asamblea General, ambas de las Naciones Unidas. Sin embargo, en general, las solicitudes, recomendaciones, llamados y amonestaciones por la vía diplomática que emergen de éstos y otros órganos de las Naciones Unidas están dirigidos a poner término a una situación de infracción de compromisos que afectan a los derechos humanos. En un escaso número de casos las resoluciones de las entidades de las Naciones Unidas se han referido al tema de la reparación por daños sufridos¹³. Pero que un tercer Estado individual reclame una reparación en beneficio de las víctimas es algo casi desconocido en la práctica internacional. Al aventurarse tanto, un Estado no directamente afectado no se sentiría cómodo. Tomar partido para defender los derechos e intereses de los ciudadanos de un tercer país es ya un gesto noble que inevitablemente tiene costos políticos. Sin embargo, ningún gobierno puede sentirse realmente motivado a internarse en el fino trabajo que implica el entregar compensaciones a una población extranjera afligida. Aquí, es obvio que los límites del altruismo se han alcanzado. La situación es totalmente diferente si un Estado ha sido agraviado en la persona de sus ciudadanos. En este caso su obligación general de proteger los derechos e intereses de su comunidad nacional se activa. La protección diplomática, en el sentido tradicional, tiene sus fuertes incentivos en la responsabilidad de cualquier gobierno democrático hacia su electorado así como también en el interés de salvaguardar los activos nacionales de cualquier interferencia dañina por parte de otros Estados. Sin embargo, defender la causa de ciudadanos extranjeros en un país extranjero, es siempre una decisión discrecional que incluso un Estado poderoso es normalmente extremadamente reticente a adoptar. En otras palabras, el sistema de reparación de violaciones a los derechos humanos en la forma concebida por la CDI es difícilmente operativo. Si la misma víctima agraviada tuviera un recurso a su disposición, su pretensión

¹¹ *Yearbook of the European Convention on Human Rights* 11/II (1969), 691; 12 (1969), 1.

¹² Decisiones e Informes 35, 143; 44, 31.

¹³ Véase, por ejemplo, las resoluciones para beneficio de las víctimas de limpieza étnica en la ex Yugoslavia. Resoluciones de la AG de las Naciones Unidas 47/147, 18 de diciembre de 1992, parra. 11; 48/153, 20 de diciembre de 1993, Parra. 13; 49/196, 23 de diciembre de 1994, parra. 24; 50/193, 22 de diciembre de 1995, parra. 12. El modelo para estas resoluciones fue la Resolución de la AG UN 194 (III) de 11 de diciembre de 1948, parra. 11 en relación a la situación de los refugiados palestinos.

podría ganar fuerza y efectividad. Como se ha formulado, promete más de lo que puede en efecto cumplir.

2) *La Facultad de los Estados para Disponer de los Derechos de Sus Ciudadanos*

Otorgar a la víctima de una violación a los derechos humanos un derecho autónomo con respecto al Estado autor, podría al mismo tiempo eliminar un problema que hasta la fecha no ha encontrado una solución satisfactoria, a saber, la facultad de los Estados de resolver los reclamos de sus ciudadanos en una mesa de negociación cuando dichos reclamos pueden constituir sólo un ítem más en una serie que, desde un punto de vista político, podrían ser considerados más importantes. Un ejemplo que viene rápidamente a la mente se relaciona con las así llamadas mujeres de consuelo usadas por los soldados japoneses para su satisfacción sexual durante la Segunda Guerra Mundial¹⁴. La mayoría de estas mujeres eran de nacionalidad coreana o filipina. Por décadas ellas no hicieron mención pública de su situación, todavía afligidas por sentimientos de vergüenza y humillación que, a su vez, minaban su auto-estima. Cuando ellas finalmente se sobrepusieron a sus inhibiciones, encontraron que sus países, actuando con miras a preservar la paz en las relaciones mutuas, podrían haber renunciado a cualquier posible reclamo contra Japón que hubiera resultado de la guerra. Un debate similar tuvo lugar en Alemania dos años atrás cuando los alemanes étnicos que alguna vez habían habitado el *Sudetenland* se opusieron a una declaración común preparada por Praga y Bonn¹⁵ por temor de que este acuerdo diplomático pudiera ignorar los reclamos que ellos consideraban les asistían en contra de la República Checa en razón del tratamiento al que ellos habían sido sujetos en conexión con su expulsión forzada de sus tierras ancestrales después del término de la Segunda Guerra Mundial¹⁶. A pesar de que uno puede sentirse naturalmente inclinado a apoyar a Hugo Princz o a las mujeres de consuelo coreanas y filipinas o los alemanes de *Sudetenland*, también queda claro, casi a primera vista, que demoler la construcción legal tradicional de cómo los reclamos de guerra son resueltos podría acarrear serios problemas legales.

Sin embargo, antes de ahondar en materias más relacionadas con política legal, se expondrán algunas reflexiones acerca de si pudiesen existir los requisitos básicos para aceptar un derecho individual de reparación por daños resultantes de violaciones de derechos humanos.

¹⁴ Para detalles véase Comisión Internacional de Juristas (ed.), *Comfort Women: An Unfinished Ordeal*, 1994; informe emitido por el Relator Especial con respecto a la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Señora Radhika Coomaraswamy, en la misión a la República Popular Democrática de Corea, a la República de Corea y a Japón sobre el tema de la esclavitud sexual militar durante tiempos de guerra, Doc. de Naciones Unidas E/CN.4/1996/53/Add.1, 4 de enero de 1996. Recientemente, el Gobierno de Corea del Sur resolvió pagar por su cuenta una compensación a las “mujeres de consuelo”, véase *International Herald Tribune*, 22 de abril de 1998, 6.

¹⁵ La Declaración fue suscrita el 21 de enero de 1997 en Praga; Texto alemán: *Bulletin des Presse-und Informationsamts der Bundesregierung* 1997, 61.

¹⁶ Para un análisis amplio véase C. Tomuschat, “Die Vertreibung der Sudetendeutschen. Zur Frage des Bestehens von Rechtsansprüchen nach Völkerrecht und deutschem Recht”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 56 (1996), 1 et seqq.

IV. Requisitos Necesarios para Potenciales Reclamos Individuales de Reparación

1) *Incumplimiento de una Obligación Legal según el Derecho Internacional*

Según lo señalado en la primera parte del borrador de los artículos de la CDI, un acto considerado ilegítimo internacionalmente presupone que una obligación en conformidad con el Derecho Internacional ha sido infringida (artículo 3(b)). No habría justificación para dejar de lado este requisito con respecto a reclamos individuales. Esta conclusión debe, por encima de todo, ser derivada del simple hecho que los derechos que se originan de actos ilegítimos internacionalmente son derechos secundarios, derivados de un derecho sustantivo primario que ha sido infringido. En consecuencia, si no existe un derecho primario no puede haber un derecho secundario. Saltar de una posición que es legalmente no existente a un derecho legal verdadero atentaría contra todas las leyes de la lógica. Únicamente si puede asumirse que los individuos son verdaderos poseedores de derechos humanos como derechos personales, la línea de razonamiento puede ser continuada hasta el final.

Nuevamente debemos referirnos en este contexto a la posición tradicional que señala que el Derecho Internacional constituye un modelo de relaciones mutuas entre Estados. Si aún éste fuera el caso en la actualidad, nuestra investigación estaría condenada desde el comienzo. Por lo tanto, debemos preguntarnos cómo debe ser evaluada la posición legal hoy en día. Está de más decir que esta interrogante debe ser contestada en conformidad con el pensamiento internacional “ortodoxo”, en consonancia con la disposición del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Lo que importa aquí es la legislación positiva, a pesar de que puede ser difícil sostener, con algún grado de precisión y confiabilidad, qué dice la ley.

Reparación es un término amplio que incluye muchas formas de compensar un agravio causado por la infracción de las normas del Derecho Internacional. Según lo dispuesto en el artículo 42 del borrador de los artículos sobre responsabilidad del Estado adoptados por la CDI¹⁷, un Estado agraviado tiene derecho a una reparación en la forma de restitución en especie, indemnización compensatoria, satisfacción y seguridades y garantías de no repetición, ya sea en forma individual o en cualquier combinación. Los “Principios Van Boven”¹⁸ en forma muy similar establecen provisiones para la restitución, indemnización compensatoria, rehabilitación (como un recurso especial para individuos) y la satisfacción y garantías de no repetición. En lo que sigue, nos concentraremos principalmente en la restitución e indemnización compensatoria financiera, las principales formas de reparación que hacen patentes los dilemas inherentes al establecimiento de un régimen satisfactorio.

2) *Algunos Ejemplos*

a) *Las Comunidades Europeas*

Hay un ejemplo saliente de un sistema legal que ha dejado de lado prácticamente cualquier distinción entre Estados como los guardianes de los intereses colectivos de sus pueblos, siendo los gobiernos las únicas agencias autorizadas para actuar a nivel internacional, y los

¹⁷ Supra, nota 6.

¹⁸ Supra, nota 7.

individuos. Esta distinción suponía que los individuos deben aceptar que sus gobiernos actúen en su representación, algunas veces en la forma en que ellos quisieran que lo hicieran, y otras veces, sin embargo, en contra de esos deseos si el interés general aconseja una solución diferente. Se hace referencia, por supuesto, al orden legal de las tres Comunidades Europeas. El caso que aún se mantiene vigente como un hito es el caso de *Van Gend & Loos*, resuelto en 1961¹⁹, donde el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictaminó que cualquier ciudadano de la Comunidad tenía derecho a que la ley que regula su situación sea respetada por las instituciones de la Comunidad así como también por los Estados miembros. En particular, el Tribunal sostuvo que la forma en la cual una norma del sistema de la Comunidad estaba establecida era irrelevante; no era un requisito que se hiciera referencia explícita al individuo como el tenedor de un derecho. Así, el camino estaba abierto para que cualquiera se basara en las disposiciones que lo afectaran en forma directa, tratando de hacerlas cumplir no sólo a través de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, sino también a través de los órganos judiciales nacionales. La punta de lanza final de esta jurisprudencia fue establecida cuando el Tribunal dictaminó en 1991 en el caso *Francovich*²⁰ que un individuo que sufre un agravio, como consecuencia de que un Estado miembro de las Comunidades no respeta sus obligaciones emanadas de la legislación de la Comunidad, goza del derecho a recibir una reparación por los perjuicios causados por dicho comportamiento ilegítimo. Los detalles de esta jurisprudencia están todavía sujetos a controversia²¹, pero el principio permanece: dado que se considera que el individuo debe ser colocado en el mismo nivel de los Estados que han creado el orden legal de la Comunidad, ninguna diferenciación parece ser justificada, en el entendido que las normas en cuestión tienen la clara intención de beneficiar al ciudadano de la Comunidad. Lo que se aplica a las normas secundarias (*Francovich*) debe ser también aplicado a las normas primarias (*Brasserie du Pêcheur*²²). Así, si (en teoría) el Estado tiene el derecho de reclamar una indemnización compensatoria por la infracción de una ley de la Comunidad²³, este derecho no puede ser denegado a los ciudadanos privados.

Solamente en algunas áreas el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha abstenido de aplicar su jurisprudencia en toda su plenitud. Hasta ahora ella ha mantenido su jurisprudencia conforme a la cual, como norma, nadie puede invocar las disposiciones del GATT para su beneficio personal²⁴. Así, la vía se encuentra también cerrada para reclamos

¹⁹ Informes 1963, 1.

²⁰ Informes 1991, I-5403. En *Francovich*, la materia específica era la falta de incorporación en la legislación doméstica del contenido de una directiva de la Comunidad. Un caso posterior con antecedentes de hecho similares es *Dillenkofer*, 8 de octubre de 1996, Informes 1996, I-4867.

²¹ Véase, por ejemplo, M.R. Deckert, "Zur Haftung des Mitgliedstaates bei Verstößen seiner Organe gegen europäisches Gemeinschaftsrecht", en *Europarecht* 1997, 203 et seqq.; A. Hatje, "Die Haftung der Mitgliedstaaten bei Verstößen des Gesetzgebers gegen europäisches Gemeinschaftsrecht", en *Europarecht* 1997, 279 et seqq.; M. Herdegen & Th. Rensmann, "Die neuen Konturen der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung", en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 161 (1997), 522 et seqq.; C. Tomuschat, "Das Francovich Urteil des EuGH - Ein Lehrstück zum Europarecht", en: *Festschrift für Ulrich Everling*, Vol II, 1995, 1585 et seqq.; W. Van Gerven, "Bridging the Unbridgeable: Community and National Tort Laws after *Francovich and Brasserie*", en *International and Comparative Law Quarterly* 45 (1996), 507 et seqq.

²² Pronunciamiento de 5 de marzo de 1996, Informes 1996, I-1131, párrafos 20 -23.

²³ Ver C. Tomuschat, "Völkerrechtliche Schadensersatzansprüche vor dem EuGH" en: *Festschrift für Bodo Börner*, 1992, 441 et seqq.

²⁴ Caso *Schlüter*, Informes 1972, 1219, en 1228/1229. Este pronunciamiento no ha sido jamás revocado. La ECJ incluso ha denegado a los Estados miembros el derecho a invocar las disposiciones del GATT, véase pronunciamiento en *Germany vs. Council*, 5 de octubre de 1994, Informes 1994, I-4973. Para una fuerte crítica a

que buscan una indemnización compensatoria por no acatar las obligaciones establecidas en ese convenio. Uno ciertamente no se equivoca al asumir que el Tribunal, al relegar al GATT a un rango secundario en la jerarquía legal del sistema de la Comunidad, fue influenciado por el temor de que la Comunidad pudiera tener que enfrentarse a consecuencias financieras incalculables si alguna aplicación errónea - o deliberadamente ilegítima - la expusiera a juicios de reparación.

b) Otros Sistemas de Tratados

Existe una cantidad de sistemas jurídicos para la protección de los derechos humanos en conformidad con los cuales el individuo, luego de haber soportado años de litigio, puede obtener finalmente que se dicte en su favor una sentencia de indemnización compensatoria. Ha sido la principal tarea del coloquio cuyas contribuciones son coleccionadas en este libro, revisar estos mecanismos, preguntando si uno puede ya hablar de verdaderos derechos del reclamante/solicitante/demandante o si la discreción de los órganos judiciales competentes es demasiado amplia como para permitir dicha conclusión. En el contexto actual, la atención será limitada a examinar la posición legal bajo el prisma del Derecho Internacional general, fuera del marco específico de cualquier tratado multilateral para la protección de los derechos humanos.

3) Derechos bajo el Derecho Internacional

Para comenzar desde una base sólida, partiremos de la premisa de que se debe realizar una clara distinción entre los derechos que el individuo tiene en conformidad con la legislación doméstica y los derechos que se derivan directamente en su beneficio según el Derecho Internacional. No es suficiente referirse a la existencia de tratados de derechos humanos con el objeto de llegar a la conclusión de que existe la personalidad ante el Derecho Internacional. Hasta hoy en día, la mayoría de los sistemas jurídicos exigen un acto legal nacional para el otorgamiento a los individuos de los derechos establecidos en los tratados de derechos humanos. Así, la posición legal del individuo es entonces regulada por la legislación doméstica, una configuración legal que fue en el pasado constantemente acentuada por los países comunistas en particular pero que no fue y no es propia de ese grupo de países únicamente. Es significativo, en relación con esto, que todos los tratados de derechos humanos de la actualidad, en la medida en que mencionan la indemnización compensatoria en beneficio del individuo que ha experimentado el agravio, instan al Estado parte correspondiente a adoptar legislación nacional para tal fin. El ejemplo más revelador sobre este punto es proporcionado por el artículo 13 de la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes²⁵, según el cual cada Estado parte “debe garantizar en su sistema legal que la víctima de un acto de tortura obtenga una reparación y tenga un derecho exigible a una indemnización compensatoria justa y adecuada”. En lo que respecta al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁶, el artículo 14, párrafo 6,

esta jurisprudencia véase Ernst-Ulrich Petersmann, “Darf die EG das Völkerrecht ignorieren?”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1997, 325 et seqq.

²⁵ Adoptado por la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 39/46, 10 de diciembre de 1984, Bundesgesetzblatt 1990 II, 247.

²⁶ Adoptado por la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1996, UNTS 999, 171.

señala que habiendo recibido un castigo como consecuencia de un fallo injusto, una persona “deberá ser indemnizada conforme a la ley”, esto es, la legislación nacional. Menos explícito es el artículo 9, párrafo 5, del Pacto que señala “Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”. Pero resulta obvio del contexto que aquí también se hace referencia a una proposición legal en conformidad con la legislación doméstica.

En la medida que la ley sustantiva no otorga respuestas claras, uno puede recurrir a la legislación sustantiva en relación con la ley procesal. Efectivamente, como ocurre desde tiempos antiguos, a contar del período romano clásico, estas dos áreas han estado estrechamente entrelazadas. Análogamente, el sistema inglés ha puesto énfasis siempre en la importancia de un recurso. Ciertamente se puede estar de acuerdo con la proposición de que donde hay un recurso hay un derecho. Si a una persona se le garantiza la oportunidad de hacer exigible una determinada norma directamente ventajosa para ella, entonces el sistema legal correspondiente proporciona el máximo de los beneficios legales que éste podría otorgar. Esta posición podría entonces ser justamente caracterizada como un derecho, y su lado opuesto como una obligación legal.

A nivel internacional no existe un mecanismo general que pudiera permitir a los ciudadanos de un país determinado hacer valer sus derechos humanos establecidos bajo el Derecho Internacional general en contra de su propio gobierno. La totalidad de los sistemas que han ganado prominencia en los últimos años están diseñados para exigir los derechos establecidos en tratados específicos. Y es bien conocido, además, que a nivel universal los órganos competentes no han sido provistos con las facultades de dictar decisiones de carácter obligatorio²⁷. Así, el esfuerzo de inferir derechos individuales de recursos efectivamente disponibles - los cuales serían al mismo tiempo obligaciones del Estado - fracasa.

a) Actos Estigmatizados Como Crímenes por la Comunidad Internacional

Un puente conceptual sustantivo a los derechos del individuo de acuerdo con el Derecho Internacional general tiene sus bases en dos clases especialmente graves de infracciones al Derecho Internacional. A saber, por una parte, los crímenes internacionales según se definen en el borrador de los artículos de la CDI sobre responsabilidad del Estado y, por la otra, los crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad según se definen en el borrador del Código que la CDI adoptó al mismo tiempo en su sesión celebrada en el año 1996²⁸. No desestimamos el hecho de que los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad sólo se encuentran indirectamente vinculados al tópico de la responsabilidad del Estado a ser tratado aquí, dado que enfrentan la temática de la responsabilidad criminal individual. No obstante, es importante - a pesar de ser trivial - hacer presente que las dos categorías de actos ilegítimos corren, en gran medida, paralelamente. Las dos se refieren a conductas que son aborrecidas por la comunidad internacional. En este sentido, los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad arrojan luz sobre lo que significa la estigmatización de ciertos

²⁷ Así, el Comité de Derechos Humanos en conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se limita a formular “observaciones” cuando dictamina con respecto a comunicaciones individuales (Artículo 5(4) del (Primer) Protocolo Opcional del Pacto).

²⁸ Informe CDI 1996 (supra nota 6), 14.

actos como crímenes internacionales. De hecho, en el juicio de Nuremberg quedó abundantemente claro por qué razón se encontró que eran necesarios nuevos conceptos. Bajo el sistema tradicional de responsabilidad del Estado, la única entidad que habría soportado responsabilidad por las atrocidades cometidas por el imperio criminal Nazi habría sido el Estado alemán. Ni uno solo de los líderes criminales de dicho imperio del mal habría sido responsable personalmente. Justamente, se sintió que esto no era una situación sostenible. Al Estado criminal se le denegó el beneficio de inmunidad soberana como una cubierta que escudara a sus agentes. Esta negación fue basada en la premisa de que ciertos actos, que impactan la conciencia de la humanidad, deben ser considerados ilegítimos y sancionables, sin consideración a la legislación doméstica del Estado involucrado, si la humanidad desea sobrevivir como una comunidad civilizada de seres humanos.

Si uno toma esta filosofía como el punto de partida, las conclusiones a ser sacadas de ello son simples. Si ciertos actos de barbarie son incondicionalmente criminales e injustificables, también y aún específicamente si ellos son cometidos por agentes del Estado, la inferencia es que cada sistema de gobierno debe por ley abstenerse de participar en tales actos. En otras palabras, el Estado - y cualquier otro receptor de órdenes que se originan desde el Derecho Internacional - tiene una obligación legal para con cada ser humano de no ejecutar actos que violan los derechos esenciales de la persona humana. Ciertamente requiere algún esfuerzo identificar las diferentes clases de dichos actos. Uno puede tener que preguntar, en particular, si los crímenes que se mencionan en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg²⁹, el Estatuto del Tribunal de Yugoslavia³⁰ y el borrador del Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad adoptado por la CDI reflejan con exactitud el estándar mínimo de civilización que no puede ser afectada bajo ninguna circunstancia. Cualquiera que sea el resultado de esta necesaria investigación, uno puede estar seguro desde el principio que el genocidio, en particular, pertenece a este tipo de actos criminales que cada Estado está obligado a evitar en conformidad con el Derecho Internacional no únicamente en virtud de obligaciones hacia otros Estados, sino en concordancia con un compromiso que se debe directamente a los seres humanos involucrados. El genocidio figura en forma prominente en todos los actos legales que establecen las infracciones más aborrecibles a las normas legales que pueden ser concebidas. El genocidio figura en el artículo 19 del borrador de los artículos de la CDI sobre responsabilidad del Estado así como también en el borrador del Código de Crímenes Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (artículo 17), es uno de los crímenes mencionados en los estatutos de los tribunales penales internacionales actuales, es el objeto de un acuerdo internacional específico³¹ y ha sido condenado por la Corte Internacional de Justicia como un ataque a los valores básicos de la comunidad humana³². En otras palabras, no importando lo que un orden legal doméstico pueda establecer al contrario, según el Derecho Internacional el genocidio es y permanece como ilegítimo. Nadie puede ser obligado *ex lege* a participar en prácticas de

²⁹ Reimpreso en: D. Schindler & J. Toman, *The Laws of Armed Conflict*, 3ra. Edición, 1988, 913.

³⁰ Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 827 (1993), aprobando el informe del Secretario General, doc. de las Naciones Unidas S/25704, 3 de mayo de 1993.

³¹ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptado por la resolución AG Naciones Unidas 260 A (III) de 9 de diciembre de 1948.

³² Opinión Consultiva sobre *Reservations to the Convention on Genocide*, Informes CIJ 1951, 15, en 23: *Application on the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April 1993*, Informes CIJ 1993, 3, en 23.

genocidio, y esta condena general debe conducir al entendido que el individuo goza de un derecho personal a no ser objeto de genocidio.

b) Derechos Primarios y Secundarios

Como paso siguiente debe preguntarse qué conclusión puede derivarse de la presunción de que cada ser humano goza de un derecho directo en conformidad con el Derecho Internacional a no ser tratado con violación a las normas que establecen los requerimientos básicos de la humanidad. Como puede desprenderse en particular del ejemplo de las Comunidades Europeas, un derecho primario no necesariamente se traduce en un derecho secundario como consecuencia de su infracción. Más bien, dicha reacción en cadena marca otro paso - potencialmente de mayor alcance - en el desarrollo de un sistema legal.

Dos materias importantes vienen a la mente en relación con esto. En primer lugar, se puede deducir un derecho a la resistencia a partir de la construcción desarrollada más arriba³³, aunque debe admitirse que las deducciones que no son - o son escasamente - corroboradas por la práctica pudieran ser atacadas como invenciones meramente teóricas. Hoy en día, sin embargo, no estamos analizando un posible derecho a resistencia; nuestro interés está dirigido a las demandas de reparación que pudieran derivarse para un individuo víctima de violaciones graves a los derechos humanos en forma directa en virtud del Derecho Internacional.

Al tratar de descubrir si los derechos primarios pueden ser convertidos en derechos secundarios, uno se encuentra con la tentación de mirar nuevamente a las Comunidades Europeas. Aquí, ese paso histórico fue adoptado después que el sistema legal había existido por más de treinta años. Adicionalmente, el orden legal de las Comunidades Europeas es rico en instituciones. Está dotado no sólo de órganos que elaboran políticas y que las ejecutan, sino también de una genuina rama judicial. Esta rama judicial, adicionalmente, está formada no solamente por los propios tribunales de la Comunidad, sino también por los tribunales nacionales de los Estados miembros. Ciertamente, es de conocimiento general que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha diseñado maneras y métodos para colocar a todos los órganos judiciales domésticos al servicio del derecho de la Comunidad, instándolos a descartar la legislación nacional de cualquier categoría que sea inconsistente con el derecho de la Comunidad. Así, al proclamar que personas víctimas de una infracción al derecho de la Comunidad por parte de uno de los Estados miembros tienen derecho a demandar una reparación del daño sufrido por parte de un Estado que ha dejado de cumplir sus obligaciones, no constituye un argumento vacío, sino una proposición legal que puede traducirse en hechos concretos a través del sometimiento del caso ante los tribunales nacionales en general competentes para resolver reclamos de indemnizaciones compensatorias derivadas de un acto ilegítimo oficial.

³³ Véase nuestro estudio: "The right of resistance and human rights", en: UNESCO (ed.), *Violations of human rights: possible rights of recourse and forms of resistance*, 1984, 13 et seqq.

4) *Recursos Legales para Exigir el Cumplimiento de Reclamos Individuales*

a) *Recursos bajo el Derecho Internacional General*

Bajo el Derecho Internacional general, no existe ningún foro para tales reclamos. Aún hoy en día, por regla general, el individuo no tiene cabida ante los tribunales internacionales. En particular, únicamente los Estados pueden comparecer ante la Corte Internacional de Justicia en un procedimiento contencioso. Las personas privadas siempre requieren acuerdos específicos por la vía de tratados especializados que establezcan los órganos sentenciadores apropiados.

b) *Recursos Domésticos*

Dada la ausencia obvia de recursos a nivel internacional, las posibilidades ofrecidas por los sistemas jurídicos nacionales deben ser exploradas. ¿Pueden los tribunales domésticos ser usados como agencias para exigir la ejecución de los reclamos de reparaciones que tengan sus fundamentos legales en el Derecho Internacional?

aa) Una cosa es difícilmente puesta en duda. Cualquier Estado está facultado para reparar el daño que sus propios ciudadanos han sufrido, cualquiera que sea la fuente de una obligación asumida de otorgar una indemnización compensatoria u otras formas de reparación. En tales casos, ningún problema de jurisdicción se origina, a pesar de que nunca será completamente claro si los reclamos establecidos en las normas nacionales pueden ser adicionalmente vinculados a alguna norma del Derecho Internacional. En su mayor parte, dichas iniciativas se emprenden si un régimen dictatorial ha sido destituido y los sucesores democráticos deben entonces enfrentar la gran cantidad de problemas criminales como consecuencias del pasado. Si hoy en día en Sudáfrica víctimas particulares de la discriminación racial en el sistema de *apartheid* reciben algún tipo de indemnización compensatoria o si las víctimas del sistema socialista en la República Democrática Alemana - personas encarceladas por razones políticas por largos períodos de tiempo - reciben algunos pagos más bien simbólicos en reconocimiento de sus demandas, nadie en realidad investiga el respaldo legal, ni pregunta si dichas indemnizaciones compensatorias pudieran ser debidas a los beneficiarios también a cuenta de un deber correspondiente bajo el Derecho Internacional.

bb) Nos encontramos frente a una situación totalmente diferente cuando un Estado se encuentra enfrentado con reclamos de sus ciudadanos contra Estados extranjeros que han sido presentados ante sus propios tribunales. En conformidad con las normas generales del Derecho Internacional, dichos procesos son inadmisibles por falta de jurisdicción. Ningún Estado es superior a otro. El principio de inmunidad soberana impide a los jueces de un país dictar una sentencia respecto de acciones presentadas en contra de un Estado extranjero si ninguna de las excepciones reconocidas se aplica. Hoy en día es aceptado casi de modo general que ningún Estado puede invocar su inmunidad soberana como una defensa contra ser demandado si éste ha participado en actividades comerciales (*acta iure gestionis*)³⁴. Pero sería

³⁴ 28 USC § 1605 (a) (2); Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)16,27; borrador de artículos de la CDI sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes. YILC 1991 II, Parte Dos, 13, Art. 10.

difícil sostener que existe un consenso internacional acerca de una pérdida de inmunidad soberana en casos de serias violaciones a los derechos humanos. La sentencia de primera instancia en el caso *Princz*³⁵, que aplicó dicha doctrina de pérdida de inmunidad soberana, fue revocada en la apelación³⁶. Nosotros estamos de acuerdo con este rechazo. Las disputas entre dos Estados soberanos deben, en principio, ser resueltas según mecanismos y procedimientos del Derecho Internacional. Dado que desde el punto de vista de la jerarquía todos los Estados son colocados en un mismo nivel, ninguno puede emitir órdenes en forma unilateral que algún otro Estado estuviera obligado a obedecer. Cualquier distanciamiento de este modelo normativo requeriría una justificación sólida y convincente. Aún así, el único fundamento imaginable para denegar la inmunidad soberana estaría de alguna manera relacionada con la idea de un castigo. A primera vista, puede parecer convincente que a un Estado que comete atrocidades tales como genocidio, no debiera permitírsele defenderse invocando la inmunidad, un argumento jurídico reservado a los Estados respetuosos de la ley. Este argumento, sin embargo, no resiste un escrutinio acabado. El castigo puede ser legítimo en manos de la comunidad internacional organizada. No debería ser una herramienta legal que pueda ser fácilmente empleada para proporcionar un escudo para toda clase de acciones que se distancien del régimen ordinario en las relaciones entre los Estados. Sería extremadamente peligroso conferir a Estados individuales la facultad de aplicar castigos a otros Estados.

Finalmente, uno no puede evitar enfrentarse con las realidades. La excepción de la actividad comercial a la inmunidad soberana no golpea en realidad el corazón político de un Estado extranjero. En la medida que un gobierno realiza actividades de mercado en países extranjeros, éste sabe perfectamente bien que debe aceptar las leyes del mercado como cualquier otro actor comercial. Sin embargo, si las acciones que un Estado extranjero lleva a cabo en el ejercicio de genuinas decisiones de políticas públicas son sujetas a un escrutinio judicial, la escena cambia en forma dramática. Difícilmente uno podría creer que dichas sentencias serían reconocidas y atendidas por el demandado. Tal vez los Estados Unidos de Norteamérica como el actor más poderoso en el mundo actual, podría esperar imponer respeto por las sentencias dictadas por sus tribunales contra países extranjeros. Pero incluso los Estados Unidos de Norteamérica difícilmente apreciaría la situación contraria, es decir, que reclamos presentados en su contra pudieran ser conocidos por tribunales en otros países. Crear aquí una apertura en la muralla de la inmunidad soberana sería un ejercicio inútil, que beneficiaría a los abogados internacionales pero difícilmente a sus clientes.

cc) Una consideración similar se aplica a una configuración diferente donde un Estado pudiera poner su sistema judicial a disposición de extranjeros que presionan por reclamos de reparación contra terceros Estados. En los Estados Unidos de Norteamérica una polémica ha tenido lugar con respecto al problema de si la Ley de Responsabilidad Extracontractual Extranjera (*Alien Tort Statute*) podría permitir acciones en contra de Estados extranjeros dejando de lado las disposiciones de la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera (*Foreign Sovereign Immunities Act*). En conformidad con la Ley de Responsabilidad Extracontractual Extranjera,

³⁵ 813 F. Supp. en 22, 26 s.

³⁶ 26 F. 3er 1166 (D.C. Cir. 1994).

“los tribunales de distrito tendrán jurisdicción original con respecto a alguna acción civil de un extranjero por una responsabilidad extracontractual únicamente cometida en infracción de la ley de las naciones o un tratado de los Estados Unidos”³⁷.

En un limitado número de casos, los tribunales de los Estados Unidos de Norteamérica se han basado en la Ley de Responsabilidad Extracontractual Extranjera y otros argumentos jurídicos con el objeto de aceptar el conocimiento de dichos reclamos de reparación. En *Von Dardel contra URSS*, el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia sostuvo que la inmunidad soberana debe ser descartada “cuando el Estado extranjero demandado ha actuado claramente en infracción al Derecho Internacional”³⁸. En consecuencia, se dictó una sentencia en ausencia contra la URSS. Ninguna apelación fue presentada por la demandada. La URSS prefirió simplemente ignorar la sentencia. Poco después en *Amerada Hess contra República Argentina*, la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos de Norteamérica para el Segundo Circuito, hablando a través del Presidente Juez Feinberg, señaló en términos análogos que, en conformidad con la “visión moderna” del Derecho Internacional, respecto de la cual dos autores estadounidenses no muy prominentes fueron citados³⁹, los soberanos no son inmunes a ser procesados por sus infracciones al Derecho Internacional⁴⁰. Esta decisión fue, sin embargo, apelada por Argentina⁴¹. La Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones, basando su razonamiento en una interpretación de la Ley de Inmunidades Soberanas Extranjeras como la única ley que establece jurisdicción sobre Estados extranjeros⁴². El fallo no se refirió en forma específica a la argumentación del demandante en el sentido de que un Estado que no da cumplimiento a sus obligaciones internacionales renuncia a su inmunidad. En efecto, dada la doctrina de la precedencia de cualquier ley sobre las normas generales del Derecho Internacional⁴³, la Corte Suprema simplemente tenía que aplicar la Ley de Inmunidades Soberanas Extranjeras. En conformidad con esa doctrina,

³⁷ 28 USC § 1350 (1988). Para algunos comentarios con respecto a la práctica reciente relacionada con el Estatuto véase W. R. Casto, “The Federal Courts’ Protective Jurisdiction over Torts Committed in Violation of the Law of Nations”, *Connecticut Law Review* 18 (1986) 467 et seqq.; C.H. Crocket, “The Role of Federal Common Law in Alien Tort Statute Cases”, *Boston College International & Comparative Law Review* 14 (1991), 29 et seqq.; K.C. Randall, “Further Inquiries into the Alien Tort Statute and a Recommendation”, *International Law and Politics* 18 (1986), 473 et seqq.

³⁸ 623 F. Supp. en 246, 253 (1985) = 77 I.L.R. 258, en 265.

³⁹ El razonamiento jurídico anticipado por J. J. Paust, “Federal Jurisdiction over Extraterritorial Acts of Terrorism and Nonimmunity for Foreign Violators of International Law under the FSIA and the Act of State Doctrine”, *Virginia Journal of International Law* 23 (1983) 193 et seqq., en 220-232, puede difícilmente ser considerado como un tratamiento persuasivo del tema.

⁴⁰ 26 ILM 1375, en 1380 (1987). Coincidiendo con A. Bianchi, “Denying State Immunity to Violators of Human Rights”, *Austrian Journal of Public and International Law* 46 (1994), 195 et seqq., en 223-224; se puede encontrar la misma opinión en un artículo anterior: “Violazioni del diritto internazionale ed immunità degli Stati dalla giurisdizione civile negli Stati Uniti: il caso *Hercules*”, *Rivista Italiana di Diritto Internazionale* 72 (1989), 546 et seqq., en 589.

⁴¹ En la doctrina jurídica, el pronunciamiento fue masivamente criticado, ver F.L Kirgis, “Alien Torts Claims, Sovereign Immunity and International Law in the United States”, *AJIL* 82 (1988), 323 et seqq.; T.M. O’Toole, *Amerada Hess Shipping Corp. v. Argentine Republic; An Alien Tort Statute Exception to Foreign Sovereign Immunity*” *Minnesota Law Review* 72 (1988), 829 et seqq.; K.E. Stitche, “*Amerada Hess* and Foreign Sovereign Immunity” *Stanford Journal of International Law* 24 (1987-88), 585 et seqq.; D.L. Zimic, Comentario, *Virginia Journal of International Law* 28 (1987), 221 et seqq.; en 244.

⁴² 102 L. Ed. 2da 818 (1989) = 81 I.L.R. 658.

⁴³ Véase *Restatement of the Law, Foreign Relations Law of the United States*, Vol. 1, 1987, 63, § 115(1).

aparecía como irrelevante si el Derecho Internacional general se había desarrollado a lo largo de líneas diferentes. No obstante que ello pueda ser así, existe en la actualidad jurisprudencia establecida en el sentido de que las excepciones a la inmunidad soberana en la forma en que se encuentran establecidas en la Ley de Inmunities Soberanas Extranjeras⁴⁴ son de una naturaleza exclusiva y no permiten una extensión *ratione materiae*⁴⁵.

A pesar de que la Corte Suprema no basó su razonamiento en un argumento extraído del Derecho Internacional, su interpretación de la Ley de Inmunities Soberanas Extranjeras parecería estar en total conformidad con aquella que debería haber sido inferida de un análisis de las normas correspondientes del Derecho Internacional Consuetudinario. Como ya se ha indicado, cualquier desviación del modelo de inmunidad requeriría una racionalidad persuasiva. Pero introducir un elemento legal según el cual cualquier país en el mundo tendría competencia para conocer reclamos presentados por una persona privada en contra de un tercer Estado sería absolutamente infundado. Un modelo de jurisdicción universal puede ser adecuado para casos de procesamiento criminal en los que el acusado ha sido efectivamente detenido y puede ser físicamente llevado a juicio. Sin embargo, un Estado extranjero nunca se encuentra presente en un juicio civil iniciado en su contra en un tribunal de un tercer país. Así, una sentencia dictada en su contra no puede producir efectos directos⁴⁶. Por último, el observador extranjero no puede dejar de notar que los autores estadounidenses, en su deseo de crear recursos jurídicos hasta ahora no disponibles, invariablemente ven a los tribunales de los Estados Unidos de Norteamérica como los árbitros que dictan sentencia con respecto a violaciones a los derechos humanos ocurridos en otros países⁴⁷. No pareciera que a ellos se les ocurra que los Estados Unidos de Norteamérica podrían fácilmente caer en el papel del acusado. ¿Pero quién podría realmente querer que los jueces guatemaltecos conocieran reclamos presentados en contra de los Estados Unidos de Norteamérica en razón de los hechos ocurridos durante la invasión de Panamá o que los jueces mejicanos hicieran lo mismo en razón de la participación estadounidense en el conflicto armado en Guatemala? Un mundo

⁴⁴ Obviamente, la inmunidad únicamente protege a los Estados y no a una entidad como la OLP, a menos que dicha protección sea específicamente prevista en conformidad con la legislación de los tratados. En consecuencia, en el caso de *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, 726 F. 2da. 774 (1984), donde en lo fundamental se analizaba una acción concurrente contra la OLP, la discusión se centró en si la Ley de Responsabilidad Extracontractual de Extranjeros no sólo proporcionaba jurisdicción sobre la materia, sino que creaba al mismo tiempo un derecho para accionar. El tema de la inmunidad soberana no fue tocado.

⁴⁵ Es sobre esta base que el caso *Princz* fue rechazado por la Corte de Apelaciones para el Distrito de Columbia, 26 F. 3era. 1166, 1176 (D.C. Cir. 1994). En una opinión disidente, el Juez Wald sostuvo que “Alemania renunció a su inmunidad soberana al violar las normas de *jus cogens* del Derecho Internacional condenando la esclavitud y el genocidio” (ibid., en 1179), procediendo a partir de la presunción que “un Estado renuncia a su derecho a inmunidad soberana cuando transgrede una norma de *jus cogens*” (ibid., en 1183). En forma similar, en *Siderman v. República de Argentina*, la Corte de Apelaciones para el Noveno Circuito sostuvo que aun una pretendida violación de *jus cogens* por un Estado extranjero no confiere jurisdicción a los tribunales de los Estados Unidos. Ver 965 F. 2ª. 699 (9º. Cir. 1992), en 718-719. Avocación denegada, 507 U.S. 1017 (1993).

⁴⁶ El juez Wald, *loc. cit.* (nota 45) se negó consistentemente a reconocer que la denegación de inmunidad para fines de procesamiento criminal está sujeta a distintas consideraciones que la denegación de inmunidad a un Estado extranjero en un juicio civil.

⁴⁷ Véase, por ejemplo, el comentario de M. Leigh en *Saudi Arabia v. Nelson*, 113 S. Ct. 1471, AJIL 87 (1993), 442, en 444: “...los observadores, especialmente aquellos interesados en la expansión de la ley de los derechos humanos, estarán aún más desencantados al saber que la Corte dejó de usar este caso como un vehículo para proveer un recurso en los tribunales de los Estados Unidos por actos que involucran responsabilidad extracontractual o cuasidelitos cometidos por Estados extranjeros en su propio territorio”.

lleno de vigilantes auto-designados de los derechos humanos es ciertamente más un trauma que una visión del paraíso⁴⁸.

V. ¿Acuerdos Colectivos de Reclamos por Reparaciones - o Enfoque Caso a Caso?

Finalmente, un tema de carácter general debe ser analizado. Éste puede ser expresado en términos muy simples. Proporcionar al individuo agraviado un derecho personal a obtener una reparación significa, en el hecho, precisar el proceso de reparación del daño ocasionado. Esto no presenta ningún problema mayor cuando casos aislados de conducta ilegítima gubernamental se encuentran siendo analizados. En una democracia estable gobernada por el estado de derecho, las violaciones graves a los derechos humanos que causan un perjuicio a las víctimas siempre constituirán una excepción. Es bajo esta presunción que los sistemas de tratados regionales para la protección de los derechos humanos operan. Nuestra reflexión con respecto a un régimen general de reparación debe, sin embargo, tomar en consideración aquellas situaciones donde violaciones masivas han ocurrido. El genocidio nunca ocurre como un incidente que aparece y desaparece de un día para otro. Como norma, es la consecuencia de un colapso general de la ley, dejando un saldo de miles de víctimas. Otra situación de violaciones masivas a los derechos humanos estuvo constituida por el régimen de discriminación racial o *apartheid* en Sudáfrica. Son estas situaciones, las cuales van mucho más allá que el famoso “cuadro sistemático de violaciones graves y debidamente documentadas de derechos humanos”⁴⁹ las que merecen una atención especial si uno se encuentra seriamente preocupado de encontrar las respuestas correctas.

Se deben distinguir dos situaciones de violaciones masivas a los derechos humanos. Por una parte, un régimen criminal puede haber asesinado, mutilado o reprimido a su propio pueblo. Desgraciadamente, los ejemplos no faltan. Basta con referirse nuevamente a la Sudáfrica del período de la discriminación racial o *apartheid*, a Alemania bajo el régimen Nazi, o a Guatemala, un país el cual ha llegado a ser familiar para este autor, en un tiempo en que se aplicaron estrategias de contra-insurgencia para combatir a una fuerza guerrillera que se había hecho fuerte en los sectores campesinos. Totalmente diferentes son las situaciones en que los ciudadanos de otro Estado llegan a ser las víctimas de políticas criminales extranjeras que recurren a la guerra de agresión, limpiezas étnicas y, nuevamente, genocidio. En primer lugar, la Alemania Nazi puede ser mencionada en este contexto. Pero desafortunadamente, no faltan otros ejemplos.

1) *Patrones de Auto-destrucción Nacional*

a) *Reparación Material*

En lo que se refiere a patrones de auto-destrucción nacional, la triste realidad es que una comunidad nacional que tiene éxito en liberarse a sí misma de un grupo de criminales que ha usurpado y mantenido el poder político no tendrá a nadie más que ella misma para reparar los actos ilegítimos cometidos. Reconstruir un ambiente social decente requiere de un esfuerzo

⁴⁸ Véase también escepticismo mostrado por C. Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments*, 1988, 60.

⁴⁹ Resolución ECOSOC 1503 (XLVIII), 27 de mayo de 1970.

colectivo por parte de todos los miembros de la comunidad. Las decisiones necesarias deberán ser adoptadas en el ejercicio del derecho de autodeterminación dado que cada uno deberá soportar las cargas del pasado. En el caso del *apartheid* habría sido incluso absurdo sostener que, dado que cada miembro del grupo de la población negra había sido víctima de las políticas del régimen anterior, él o ella era sujeto de un derecho a reclamo por reparación en contra de la República de Sudáfrica bajo su nuevo liderazgo democrático. *Grosso modo*, los beneficiarios de estos reclamos de reparaciones deberían pagarse a sí mismos los dineros otorgados a ellos ya que el dinero público es invariablemente extraído de los contribuyentes. Luego que un régimen democrático ha sido establecido, la distinción entre “ellos” y “nosotros” deja de tener un significado práctico. Las deudas del Estado afectan a todos.

La conclusión que se deriva de las consideraciones anteriores es que en dichas instancias no puede haber normas que se puedan extraer apresuradamente de los principios generales del Derecho Internacional. La forma en la cual una nación debe enfrentarse a su pasado, un desafío para el cual los alemanes han acuñado el concepto de *Vergangenheitsbewältigung*⁵⁰, debe ser dejada a esa misma nación. A lo más, algunas pautas pueden ser extraídas de modernos tratados relativos a la protección de los derechos humanos a pesar que ninguno de esos tratados fue diseñado teniendo en vista situaciones de violaciones masivas de derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por ejemplo, establece una disposición que invoca un régimen nacional de indemnización compensatoria en el caso que una persona fuera ilegítimamente arrestada o detenida (artículo 9(5)) y una segunda (artículo 14(6)) que insta a los Estados a otorgar una indemnización compensatoria a personas víctimas de fallos penales injustos, pero ninguna norma similar existe en relación con asesinatos. Obviamente, no cabía en la imaginación de los redactores del Pacto que un aparato gubernamental pudiera degenerar en una máquina asesina. De otra forma, una indemnización compensatoria habría sido también prevista para la más atroz de todas las posibles violaciones a los estándares de derechos humanos.

Inevitablemente, al analizar las consecuencias de un pasado caracterizado por crímenes del Estado, los nuevos regímenes tendrán que adoptar amargas opciones. Las exigencias de la justicia deberán ser sopesadas contra las necesidades del presente y del futuro. Adicionalmente, una paradoja se presenta. A mayor número de personas que un gobierno criminal conduce a la muerte y la destrucción, menor es la posibilidad de que la víctima individual obtenga una reparación acorde con el agravio experimentado. La riqueza nacional disponible es un límite natural a cualquier reivindicación. Así, en la República Federal de Alemania las personas injustamente detenidas en la República Democrática Alemana bajo cargos políticos recibieron cantidades extremadamente limitadas de indemnización compensatoria por cada día o mes pasado en prisión⁵¹, y en Guatemala los miembros de las familias sobrevivientes de los más de 100.000 civiles que fueron asesinados o desaparecidos durante el conflicto armado pueden escasamente esperar que se les otorguen pensiones que pudieran ser consideradas a lo menos un reflejo financiero de las pérdidas que ellos

⁵⁰ Para un análisis comparativo de la experiencia europea en particular, véase T. Garton Ash, “The Truth about Dictatorship”, *The New York Review of Books*, 19 de febrero de 1998, 35 et seqq.

⁵¹ Gesetz über die Rehabilitierung und Entschädigung von Opfern rechtsstaatswidriger Strafverfolgungsmaßnahmen im Beitrittsgebiet, 29 de octubre de 1992, Bundesgesetzblatt 1992 I, 1814, §17: 300 marcos alemanes por mes de detención contraria a los principios básicos de la justicia. Véase la contribución por B. Fassbender a este libro, infra en 251.

experimentaron. No es realista esperar que otras naciones asumirán el peso financiero de proporcionar los fondos necesarios para reparar el mal causado. El enfrentamiento de las terribles consecuencias de su pasado es una tarea que cada nación debe asumir con su propio esfuerzo.

Es una debilidad de los “Principios Van Boven”⁵², los cuales a primera vista son inmensamente atractivos, pretender establecer un régimen uniforme para toda clase de violaciones a los derechos humanos, partiendo de la premisa que, en principio, los individuos deberían gozar de un derecho individual a obtener una reparación⁵³. Los Principios no distinguen entre diferentes situaciones de hecho, o bien, ellos siguen la lógica aparentemente persuasiva que “las reparaciones deberán ser proporcionales a la gravedad de las violaciones” (párrafo 7). Todo esto es bien intencionado y, volvemos a repetir, puede funcionar perfectamente bien dentro del contexto de un sistema de gobierno que se apega a la norma de derecho y que, excepcionalmente, en menoscabo de sus objetivos políticos generales, se ve involucrado en violaciones a los derechos humanos a través de la conducta ilegítima de agentes individuales. Pero no provee una solución a las catástrofes nacionales que han dejado a la nación entera profundamente herida. Lo que se puede obtener en tales circunstancias debe ser evaluado a la luz de los requerimientos de la justicia por una parte, la que ciertamente exige que el agravio sufrido sea reparado, y, las capacidades efectivas de la comunidad nacional involucrada, por otra. Si el número de víctimas es relativamente pequeño, como ocurrió en Chile bajo el régimen de Pinochet, puede ser posible otorgar a cada cual algunos beneficios de pensión básicos⁵⁴. Mientras mayor sea el número de personas muertas o desaparecidas, por otra parte, mayor será la dificultad de tender una mano generosa a todos aquellos que fueron adversamente afectados.

b) *Reparación Moral*

Los obstáculos fácticos a los que se ha hecho referencia anteriormente no constituyen un impedimento para la reparación moral. Dicha reparación, cuando no impone una carga económica (excesiva) en la nación involucrada, puede principalmente tomar dos formas.

Por una parte, con el objeto de prevenir que ocurra nuevamente el desastre del pasado reciente, se puede tomar la decisión de investigar el pasado y dar a conocer las experiencias traumáticas de un período de carencia de leyes y falta de respeto por la vida humana en un amplio informe. Como una forma de realizar esa tarea, comisiones de verdad han aparecido en años recientes en muchas partes del mundo, siendo las principales aquellas establecidas en Argentina, Chile, El Salvador, Sudáfrica y Guatemala⁵⁵. Estas comisiones por cierto

⁵² Basic Principles and Guidelines (supra nota 7).

⁵³ Pero véase párrafo 6 de los Principios Básicos (nota 7): “Se puede reclamar una reparación individualmente y, cuando fuere apropiado, colectivamente, por la víctima directa...”.

⁵⁴ Véase M. Quiroga, “The Experience of Chile”, en: Netherlands Institute of Human Rights (ed.), *Seminar on the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms*, SIM Especial N° 12, 1992, 101 et seqq., en 111.

⁵⁵ Véase, en particular, T. Buergenthal, “The United Nations Truth Commission for El Salvador”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 27 (1994), 498 et seqq., 510 et seqq.; P.B. Hayner, “Fifteen Truth Commissions - 1974 to 1994: A Comparative Study”, *Human Rights Quarterly* 16 (1994), 600 et seqq.; C. Tomuschat, “Between National and International Law: Guatemala’s Historical Clarification Commission”, en *Festschrift für Günther Jaenicke*, 1999 (por publicarse).

constituyen una práctica Estatal. Sin embargo, uno puede tener dudas acerca de si esta práctica se encuentra ya suficientemente difundida, y si ella es suficientemente apoyada por la *opinio juris*, para generar una norma del Derecho Internacional Consuetudinario que obligue a los Estados a hacer una limpieza de su casa luego de un quebrantamiento importante de la ley y el orden mediante la confección de un detalle formal de aquello que ocurrió.

De una forma similar, un gobierno puede reconocer los crímenes del pasado y presentar sus disculpas a las víctimas. Esto ha sido también una práctica recurrente en los últimos años, incluso en relaciones entre Estados cuando en algunos casos tales disculpas han sido expresadas décadas después de los fatídicos eventos⁵⁶.

Aún así, sin importar cuán importantes estas formas de reparación moral puedan ser, éstas normalmente no ocurren en la relación específica entre un individuo agraviado y el gobierno responsable, sino que son concebidas como un mecanismo de acuerdo colectivo de un capítulo oscuro de la historia nacional. La demanda de una nación de conocer plenamente la verdad⁵⁷ debería permanecer en la agenda como un proyecto de política legal⁵⁸, pero ella no es por cierto un derecho individual.

2) *Agravio Ocasionado a Otras Naciones*

Un segundo grupo de casos es mucho más afín a las categorías tradicionales del Derecho Internacional. Nos estamos refiriendo a los casos en los cuales los ciudadanos de otro país han sido agraviados por actos que pueden encontrarse tanto en la categoría de crímenes internacionales como de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. La guerra de agresión, el genocidio o la limpieza étnica deben ser consideradas en esta categoría. La idea de otorgar derecho a una reparación individual a cada una de las víctimas de alguno de dichos actos resulta fascinante a primera vista. En particular, a través de tal esquema de indemnización compensatoria se garantizaría que efectivamente los pagos efectuados alcancen a las personas afectadas y no desaparezcan en algún lugar de la burocracia del Estado beneficiario, un destino que no es poco común a los pagos basados en acuerdos con una suma global única. Por otra parte, el caso *Hugo Princz*, en el cual originalmente estaban en juego 20 millones de dólares, deja bastante claro que un proceso de acuerdo individual de reclamos que

⁵⁶ En el derecho interestatal tradicional, esto no es nada nuevo; ver, por ejemplo, el Artículo 45, párrafo 2 del borrador de los artículos de la CDI sobre responsabilidad del Estado (supra nota 6).

⁵⁷ Véase el Convenio de Oslo de 23 de junio de 1994 entre las partes en el conflicto armado en Guatemala relativo al establecimiento de la Comisión de Clarificación Histórica, Preámbulo, párrafo 2: “Considerando el derecho del pueblo de Guatemala a conocer plenamente la verdad sobre estos acontecimientos ...”, reimpreso en: Procuraduría de Derechos Humanos (ed.), *Los Acuerdos de Paz*, Guatemala 1997, 41; véase también el Decreto Supremo de Chile N° 355 de 25 de abril de 1990, Preámbulo, párrafo 1: “Que la conciencia moral de la Nación requiere el esclarecimiento de la verdad sobre las graves violaciones a los derechos humanos cometidas en el país...”, reimpreso en: Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Vol. 1, Tomo 1, reimpreso 1996, xi; Anexo a los Acuerdos de Paz Salvadoreños de 27 de abril de 1991, relacionado con la Comisión de Verdad, Preámbulo, párrafo 2: “Reconociendo la necesidad de esclarecer con prontitud aquellos hechos de violencia de singular trascendencia, cuyas características y repercusión, así como la conmoción social que originaron, reclaman con mayor urgencia el conocimiento de la verdad...”, reimpreso en Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador, De la Locura a la Esperanza. La guerra de 12 años en El Salvador, 1992-1993*, 201.

⁵⁸ Véase “Van Boven Principles” (supra nota 7), párrafo 15 (b): “Verification of the facts and full and public disclosure of the truth”.

se derivan de violaciones de derechos humanos durante una guerra u otra catástrofe histórica, podría alcanzar dimensiones que exceden la imaginación humana. Durante la Segunda Guerra Mundial aproximadamente 60 millones de personas perdieron la vida. De ellos la Unión Soviética sufrió la muerte de 20 millones de seres humanos. Si Alemania hubiera tenido que cubrir la gama completa de las pérdidas materiales producto de este horrendo costo de vidas humanas no habría sido capaz de levantarse jamás como una nación. Por otra parte, por ejemplo, luego del término de la Segunda Guerra Mundial aproximadamente 3 millones de alemanes del *Sudetenland* fueron expulsados de sus hogares ancestrales, y a lo menos 225.000 de ellos fueron asesinados a través de actos oficiales y privados de venganza, claramente en violación de todos los estándares de derechos humanos aplicables. Sin embargo, el gobierno alemán ni siquiera intentó tratar los problemas legales vinculados con estos tristes acontecimientos en un esfuerzo para respaldar los reclamos de las víctimas.

De este modo, el asunto a ser directamente enfrentado es bastante claro. Un sistema de reparación basado en derechos de reclamo individual puede ser aplicable y efectivo durante períodos de relativa calma en países que, en general, respetan el estado de derecho. No proporciona el marco jurídico ideal para resolver los temas de responsabilidad a gran escala. Si millones de personas han sufrido agravio como consecuencia de un conflicto armado entre dos Estados, se debería preferir un modelo de acuerdo colectivo.

En primer lugar, los juicios individuales no alcanzarían su objetivo. Los países deudores simplemente rechazarían dar cumplimiento a las sentencias dictadas en su contra en países extranjeros. Hasta el presente, la doctrina de la inmunidad soberana todavía se aplica. Y debe admitirse que la invocación de la inmunidad soberana no puede ser considerada como un simple pretexto para evadir la responsabilidad. Después de un desastre histórico, será en general imposible tratar todos y cada uno de los casos en forma individual. El gasto de recursos humanos para tal fin sería desproporcionado a la necesidad de establecer nuevamente relaciones pacíficas entre las naciones involucradas. Si miles de abogados pudieran de hecho participar legalmente en la consecución de dichos acuerdos, no habría posibilidad de que en alguna oportunidad se pudiera cerrar el capítulo de la culpabilidad colectiva de una nación. Finalmente, el punto crucial es, nuevamente, que el potencial económico de una nación debe ser tomado en consideración. En 1996, la CDI incluyó una disposición en el borrador de sus artículos sobre responsabilidad Estatal en conformidad con la cual un pueblo nunca puede ser privado de sus medios esenciales de subsistencia (artículo 42(3)). Esta norma, aprobada por la mayoría de los miembros pero decididamente atacada por otros, deriva su justificación de tres consideraciones. Por una parte, los Estados no son entidades abstractas, sino organizaciones de personas, que ciertamente tienen una responsabilidad por su propio destino, pero que también pueden ser conducidas al camino del crimen por sus líderes, siendo el miembro individual de la sociedad involucrada a menudo tan impotente como cualquier víctima en un país extranjero. Segundo, imponer una carga irreal sobre un pueblo significa simplemente sembrar una semilla de un nuevo conflicto. Ningún pueblo acepta ser tratado como una paria para siempre. Tercero, difícilmente puede justificarse el comprometer las vidas de una nueva generación que no tuvo más influencia en las decisiones adoptadas por sus padres y madres que algún ciudadano de un tercer país⁵⁹.

⁵⁹ Véase nuestros comentarios "How to Make Peace after War: The Potsdam Agreement of 1945 Revisited", *Die Friedens-Warte* 72 (1997), 11 et seqq. Para una evaluación similar véase B. Graefrath, "Responsability and

Ninguno de estos elementos es susceptible de ser tomado en consideración si se presenta una gran cantidad de reclamos individuales. Se requiere que éstos sean tratados en una mesa de conferencias donde un marco amplio para un acuerdo global pueda ser establecido. No debería olvidarse que las naciones que han peleado una guerra generalmente han agotado sus recursos. Un país que adicionalmente a tener que reconstruir su sociedad y su economía, se viera obligada a reparar sin ninguna excepción todos los daños que ha causado a otros se encontraría en una situación de quiebra. En conformidad con el Derecho Internacional no existe un régimen de quiebra. Pero normalmente, los acuerdos de paz en el pasado han tratado de establecer un justo equilibrio que hace posible que un país deudor derrotado pueda unirse nuevamente a la comunidad de naciones civilizadas. En el Acuerdo de Potsdam, un instrumento de importancia no sólo universal sino que también local, fue expresamente establecido que el pueblo alemán repararía el daño causado por el régimen Nazi “en la mayor medida posible”⁶⁰. De igual forma, el acuerdo de paz impuesto a Irak por la Resolución 687 del Consejo de Seguridad se abstiene de exigir “un pago adecuado, efectivo y expedito” - estamos usando la norma Hull⁶¹ en un contexto no usual - por todos los daños causados por la agresión contra Kuwait. Responsablemente, se determinó que Irak estaría obligado a transferir al Fondo de Compensación no más del 30 por ciento de sus ingresos del petróleo⁶². De este modo, aún en los tiempos modernos encontramos ejemplos reales de una conciencia de que luego de catástrofes históricas la simple norma de que el Estado autor es responsable de proveer total reparación no puede ser aplicada sin importantes modificaciones⁶³. Como resultado de ello, deberá inferirse que un régimen de responsabilidad individualizado no es aplicable para tales casos.

Y aún así, luego de que haya superado un patrón histórico específico de infracción internacional y se hayan restablecido condiciones de paz, puede ser posible evaluar el monto del daño causado y entonces permitir a lo menos en algunos campos la reparación individual de aquellas pérdidas sufridas por las víctimas de las acciones ilegítimas en cuestión. De este modo, entre las Potencias Occidentales victoriosas de la Segunda Guerra Mundial y Alemania se acordó que los bienes ilegítimamente confiscados deberían ser restituidos a sus legítimos propietarios⁶⁴. En un intento de llegar a acuerdos con respecto a reclamos patrimoniales entre los Estados Unidos e Irán, un Tribunal de Agravios fue establecido ante el cual se ha

Damages Caused: Relationship between Responsibility and Damage”, *Recueil des Cours* 185 (1984-I), 9 et seqq., en 92; B. Graefrath & M. Mohr, “Legal Consequences of an Act of Aggression: The case of the Iraqi Invasion and Occupation of Kuwait”, *Austrian Journal of Public and International Law* 43 (1992), 109 et seqq., en 136.

⁶⁰ Acuerdo de Potsdam, 2 de agosto de 1945, reimpreso en: I. v. Münch (ed.) *Dokumente des geteilten Deutschland*, 1968, 32, Sección IV: Reparations from Germany.

⁶¹ Nota del Secretario de Estado de los Estados Unidos Cordell Hull al Gobierno Mexicano del 22 de agosto de 1938, reimpreso en: G.H. Hackworth, *Digest of International Law*, Vol. III, 1942, 658.

⁶² Resolución 705 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (1991), párrafo 2.

⁶³ Véase también E. Benvenisti & E. Zamir, “Private Claims to Property Rights in the Future Israeli-Palestinian Settlement”, *AJIL* 89 (1995), 295 et seqq., en 331, quienes proponen un estándar de compensación “adecuado” en lugar de total.

⁶⁴ Convención sobre el Ajuste de Materias que se Originan en la Guerra y la Ocupación en la forma modificada por el Protocolo sobre el Término del Régimen de Ocupación en la República Federal de Alemania, 23 de octubre de 1954, *Bundesgesetzblatt* 1955 II, 405, en 418, Capítulo III: Restitución Interna. Para una corta explicación, véase K. J. Partsch, “The Federal Republic of Germany”, en: *Seminar* (supra nota 54), 130 et seqq., en 135-136. Véase también información provista por E. Khiddu-Makubuya, “Uganda”, *ibid.*, 86-100, en 90, sobre la restitución de bienes a los asiáticos expulsados de Uganda por un régimen anterior.

permitido que los individuos soliciten indemnizaciones compensatorias por los daños sufridos por ellos. Y para el acuerdo sobre las consecuencias dañinas resultantes de la agresión de Irak contra Kuwait, se encontró una solución intermedia que toma en consideración al individuo agraviado, cuyos reclamos deben ser canalizados, en principio, por su Estado natal. La diversidad de los mecanismos establecidos en tales circunstancias muestra una vez más que ningún sistema rígido de reparación podría ser concebible. Los 'Principios Van Boven' pueden ciertamente servir como un primer borrador, pero éstos, sin embargo, deben ser en una segunda etapa modificados y adaptados a las circunstancias imperantes que, a su vez, no pueden ser descartadas como irrelevantes.

VI. Conclusión

Hemos llegado al final de nuestras fragmentarias consideraciones. Muchas dudas han surgido. Nuestra conclusión provisional es que hay mucho campo para los reclamos individuales de reparación dentro del marco de los regímenes de los tratados específicos. Incluso partes de un acuerdo de paz universal pueden ser dejados a procedimientos individuales. En conformidad con el Derecho Internacional general, sin embargo, sería poco sabio sugerir que el sistema tradicional de la responsabilidad del Estado debiera ser reemplazado por un sistema en el cual el titular de los nuevos derechos derivados de un acto ilegítimo internacional fuera, como norma, el individuo que hubiera sufrido directamente el agravio en cuestión.