

# ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS DISCORDANCIAS EN TORNO A LA NOCIÓN DE DILIGENCIA DEBIDA EN EL PROYECTO DE LA CDI SOBRE RESPONSABILIDAD POR HECHO ILÍCITO DE LOS ESTADOS

SOME CONSIDERATIONS ON DISAGREEMENTS AROUND THE CONCEPT OF DUE DILIGENCE IN THE ILC DRAFT ON RESPONSIBILITY OF STATES FOR INTERNATIONAL WRONGFUL ACTS

*Magdalena García Elorrio (\*)*

**Resumen:** Este trabajo analiza la cuestión de la responsabilidad internacional del Estado por falta de diligencia debida, aspecto que no quedó resuelto en el marco del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (CDI) sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos (2001). Destacamos las diferencias existentes entre los distintos proyectos y realizamos un análisis crítico de ellas con el objeto de poder precisar sobre la base de qué artículos de dicho Proyecto, es posible actualmente sustentar la responsabilidad internacional del Estado por falta de diligencia debida.

**Palabras-Clave:** Responsabilidad por ilícito - Estados - Diligencia debida - CDI - Proyectos.

**Abstract:** This paper analyzes the international responsibility of States for lack of due diligence, something that was not resolved within the framework of the International Law Commission of the United Nations (ILC) draft on responsibility of States for internationally wrongful acts (2001). We highlight the differences between the different projects and make a critical analysis of them in order to clarify the basis on which is now possible to support the international responsibility of States for lack of due diligence.

**Keywords:** Responsibility for wrongful acts - States - Due diligence - ILC - Projects.

**Sumario:** Introducción. 1.-Estándar de comportamiento interno de un Estado *vs.* norma primaria de Derecho Internacional Público. 2.-Responsabilidad del Estado por omisión de sus órganos *vs.* Responsabilidad Internacional por reconocimiento y adopción del hecho por el Estado.

---

(\*) Abogada, Universidad Nacional de Córdoba. Master en "Género e Igualdad" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia-España. Becaria de Doctorado de Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONICET). Adscripta a la Cátedra de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

## Introducción

El Proyecto de la *Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) sobre 'Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos' (REHII)* (1) aprobado en segunda lectura (C.IV) el 26 de julio de 2001 y elevado a la Asamblea General (AG) para ser aprobado por resolución e incorporado como Anexo (2), no contempla en su articulado referencia alguna a la noción de diligencia debida.

No obstante, del análisis al comentario del artículo 2 del Proyecto de artículos de REHII, puede inferirse que la CDI admite la existencia de responsabilidad internacional del Estado fundada en la *"negligencia o ausencia de diligencia debida"* (3). Más aún, en el comentario inicial al Capítulo II, referido a la *"atribución de un comportamiento al Estado"*, la CDI establece de forma expresa que *"un Estado puede ser responsable por los efectos de la conducta de particulares (4) si no ha adoptado las medidas necesarias para impedir dichos efectos"*(5).

Es de observar, que la exclusión de la obligación de diligencia debida del texto explícito del Proyecto de REHII (6), no constituye un desacierto fortuito. La designación de Roberto Ago como Relator Especial por la CDI (7) y la consecuente introducción de un método de sistematización y codificación, abocado exclusivamente a las normas

---

(1) *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, Document A/56/10: Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April-1 June and 2 July-10 August 2001, pp. 27-31.

(2) A/CN.4/L.602/Rev.1\*

(3) *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, ob. cit. nota 1, p. 35.

(4) El término exacto que debía emplearse en estos supuestos fue debatido en 1972 durante las sesiones 1308º a 1345º de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) cuando se sometió a discusión el artículo 11 sobre "actos de simples particulares" propuesto en el 'Cuarto Informe de Responsabilidad Internacional' elaborado por Roberto Ago en el marco del Proyecto de REHII. Se consideró que el término "particulares" debía sustituirse por el término "personas" con el objeto de abarcar tanto a las personas físicas como jurídicas (Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1975, volumen I, Período de sesiones 1308º a 1345, pp. 25-231). También se suele hablar de "non-state actors" (WAGNER, M., "Non state actors", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, Oxford, pp. 1-10) o "private actors" para referir los hechos de personas físicas o jurídicas ajenas al Estado, fundamentalmente a aquellos cometidos por grupos terroristas o demás organizaciones abocadas al crimen organizado (BECKER T., "Terrorism and the State: Rethinking the Rules of State Responsibility", Hart Publishing, Oxford, 2006, 304 pp. 1-304. RUYSS T. VERHOEVEN, S. "Attacks by private actors and the right of self defense", *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 10 No. 3, pp. 289-320, 2005, Oxford University Press).

(5) *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, ob. cit., nota 1, p. 40.

(6) Tal y como lo analizaremos más adelante, tanto los antecedentes al proceso codificador de la CDI como los primeros informes de García Amador, contemplan la obligación de actuar con la diligencia debida en la prevención del daño.

(7) Roberto Ago fue designado como Relator Especial en 1963. (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1969, Volumen II, Primer Informe sobre responsabilidad de los Estados, "Reseña histórica de la obra realizada hasta la fecha en lo que respecta a la codificación del tema de la responsabilidad internacional de los Estados", A/CN.4/271/Add.2, 7 de mayo de 1969 y 20 de enero de 1970, p. 146).

secundarias que rigen la responsabilidad internacional del Estado (8), tuvo una incidencia determinante en el destino de la noción de diligencia debida como un estándar de comportamiento vinculado a la norma primaria de “no dañar”, y por ende, al margen del contenido del Proyecto.

Pese a estas consideraciones, la cuestión de la responsabilidad internacional del Estado por falta de diligencia debida no quedó zanjada en el marco del Proyecto de RE-HII. En tanto, aun presuponiendo su existencia fuera del texto Proyecto, era necesario satisfacer el elemento subjetivo del hecho ilícito internacional previsto en el artículo 2º del Proyecto de REHII (9), y precisar cuál era el comportamiento atribuible al Estado en estos supuestos, conforme las exigencias del Capítulo II relativo a la “*atribución de un comportamiento al Estado*”.

Con este objetivo, en su “Cuarto Informe sobre responsabilidad internacional del Estado”(10), Roberto Ago incorporó dentro del Capítulo II del Proyecto de REHII denominado “*Hechos del Estado según el Derecho Internacional*”, un artículo específico para el supuesto del “*comportamiento de simples particulares*” (artículo 11) que pretendía dar respuesta legal al supuesto de daños provocados por particulares derivados de la falta de prevención o represión del Estado y cuyo texto disponía lo siguiente:

*“Artículo 11. Comportamiento de simples particulares.*

1. *El comportamiento de un simple particular o de un grupo de particulares, en su calidad de tales, no puede considerarse en el plano del derecho internacional como un hecho del Estado.*
2. *Sin embargo, la regla enunciada en el párrafo que antecede no impide que pueda atribuirse al Estado la omisión eventual de sus órganos en el caso en que éstos hubieran debido actuar para prevenir o reprimir el comportamiento del particular o del grupo de particulares y no lo han hecho” (11).*

---

(8) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1970, Volumen II, Segundo Informe sobre la responsabilidad de los Estados, “Origen de la Responsabilidad Internacional”, A/CN.4/233, 20 de abril de 1970, p. 191.

(9) El artículo 2º del Proyecto de REHII referido a los elementos del hecho internacionalmente ilícito expresa: “Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consiste en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el Derecho Internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado”.

(10) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1972, Volumen II, Cuarto Informe sobre la responsabilidad de los Estados redactado por el Relator Especial Roberto Ago, “El hecho internacionalmente ilícito del Estado como fuente de responsabilidad internacional”, Doc. A/CN4/264 y Add.1, 30 de junio de 1972 y 9 de abril de 1973, pp. 76-135.

(11) El artículo 11 fue aprobado de forma provisional por el Comité de Redacción de la CDI bajo la designación de “comportamiento de personas que no actúan por cuenta del Estado” y que disponía lo siguiente: “Artículo 11 Comportamiento de las personas que no actúan por cuenta del Estado 1. No se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas que no actúe por cuenta del Estado 2. El párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la atribución al Estado de cualquier otro comportamiento que, hallándose relacionado con el de las personas o grupos de personas a que se refiere dicho párrafo, deba considerarse hecho del Estado en virtud de los artículos 5 a 10”.

Coincidentemente, el artículo 23 del Proyecto de artículos de REHII referido a la “violación de una obligación internacional” y presentando por Ago es su “Séptimo Informe sobre Responsabilidad Internacional” (12) establecía de forma explícita las condiciones esenciales para la violación de la obligación de prevención en caso de hechos de personas ajenas al Estado:

*“Artículo 23 Violación de una obligación internacional de prevenir un acontecimiento. Cuando el resultado exigido de un Estado por una obligación internacional sea prevenir, por el medio que elija, que se produzca un acontecimiento dado, sólo habrá violación de esa obligación si el Estado, mediante el comportamiento observado, no logra el resultado”.*

Es menester señalar que, pese a las denominaciones utilizadas (13) (“*comportamiento de simples particulares*”, “*comportamiento de personas que no actúan por cuenta del Estado*”), el comportamiento que verdaderamente se atribuía al Estado no era él de las personas que no actúan por cuenta del Estado, sino la propia omisión de los órganos frente a los hechos de esas personas, supuesto que ya encontraba sustento en el artículo 5º (actual artículo 4º) referido a la atribución al Estado del “*comportamiento de sus propios órganos*” en plena consonancia con el artículo 2º que precisaba que el comportamiento podía consistir en una acción o en una omisión del Estado (14).

---

(12) *Anuario de Derecho Internacional*, 1978, Vol. II, Primera Parte, Séptimo informe sobre la responsabilidad de los Estados, por el Sr. Roberto Ago, El Hecho internacionalmente ilícito del Estado como fuente de responsabilidad internacional, A/CN.4/307 y Add. 1 y 2, 29 de marzo, 17 de abril y 7 de julio de 1978, Texto de los artículos 23 a 27 y comentarios relativos a los mismos aprobados por la Comisión en su 30º período de sesiones, pp. 79-80.

(13) Cabe mencionar que Ago no es el primer Relator que opta por esta designación errónea del comportamiento atribuible al Estado. El Anteproyecto sobre la “Responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros Parte I: actos y omisiones” contenido en el Segundo Informe de F. V. García Amador sobre la responsabilidad internacional, ya se refería a la obligación del Estado en idénticos términos, al designar su Capítulo V como “Actos de los particulares y disturbios internos” y el artículo 10 como “Actos de simples particulares”. Por otra parte, el Anteproyecto contenía un Capítulo II referido a “Actos y omisiones de los órganos y funcionarios” que considerando las diferentes manifestaciones del poder receptaba los “actos y omisiones del poder legislativo”, los “actos y omisiones de los funcionarios”, y la “denegación de justicia” (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1957, Volumen II, Segundo Informe de F. V. García Amador Relator Especial, “Responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de extranjeros”, A/CN. 4/106, pp. 117 y 131). Cabe destacar que, el Anteproyecto de “Responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros. La reparación de daño” que se desprende del Sexto Informe de responsabilidad internacional, García Amador modifica la sistemática del Anteproyecto introduciendo un Título II general, referido a los “Actos y omisiones que originan la responsabilidad” y un Capítulo II denominado “Denegación de justicia y otras categorías de actos y omisiones” y un Capítulo III titulado “Negligencia y otros actos y omisiones relacionados con la protección del extranjero”. (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1961, Volumen II, Sexto Informe de F. V. García Amador Relator Especial, “Responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de extranjeros- la reparación de daño”, p. 52).

(14) Cabe destacar que, la errónea y confusa sistematización encontraba su fundamento en el hecho de que el Estado en cuya jurisdicción tenía lugar el hecho del particular, no sólo respondía por las consecuencias derivadas de su propia omisión sino por la totalidad del daño ejercido contra un nacional

Sin embargo, la discusión en torno a la procedencia o no de esta modalidad de atribución de responsabilidad internacional, perdió fuerza con posterioridad al Primer Informe de James Crawford sobre responsabilidad internacional (1998) (15), en el que el nuevo Relator propuso su exclusión y sustitución por otro supuesto normativo referido al “reconocimiento y adopción de un hecho por el Estado” aprobado en segunda lectura en 2001, que prevé que:

*“Artículo 11. Comportamiento que el Estado reconoce y adopta como propio. El comportamiento que no sea atribuible al Estado en virtud de los artículos precedentes se considerará no obstante, hecho de ese Estado según el derecho internacional en el caso y en la medida en que el Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio.”*

Tomando en cuenta lo expuesto, en este trabajo consideraremos las distintas discordancias e incoherencias en torno a la noción de diligencia debida en el Proyecto de REHII, desde los antecedentes más relevantes al inicio del proceso codificador en la CDI, hasta la aprobación en segunda lectura del Proyecto de REHII (2001), con el objeto de poder precisar sobre la base de qué artículos de dicho Proyecto, es posible actualmente sustentar la responsabilidad internacional del Estado por falta de diligencia debida.

Para ello, analizaremos en primer término, las siguientes discordancias en torno a la noción de diligencia debida como: 1. Estándar de comportamiento interno del Estado vr. Norma primaria de Derecho Internacional Público, 2. Responsabilidad internacional del Estado por omisión de sus órganos vr. Responsabilidad internacional por reconocimiento y adopción del hecho de actores privados; 3. Obligación internacional de medios vr. Obligación internacional de resultado.

## **1. Estándar de comportamiento interno de un Estado vs. norma primaria de Derecho Internacional Público**

La noción de diligencia debida (16) ha estado presente desde la misma génesis del proceso codificador de las normas que regulaban la responsabilidad internacional del

de otro Estado. Por ello Ago sostenía que debía haber un nexo causal entre la omisión del Estado y el acontecimiento del particular: “(...) no basta que el comportamiento como tal y el acontecimiento se hayan producido sin relación entre sí, sino que es preciso que entre el primero y el segundo exista un nexo tal que pueda considerar que el comportamiento es la causa directa o indirecta del acontecimiento” (Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1970, vol. II, p. 208).

(15) *Yearbook of International Law Commission*, 1998, Volume II, Part One, First report on State responsibility, James Crawford, Special Rapporteur, Document A/CN.4/490 and Add.1-7, 24 April, 1, 5, 11 and 26 May, 22 and 24 July, 12 August 1998, pp. 48, 54.

(16) La primera mención a la noción de diligencia debida en el Derecho Internacional Público tuvo lugar en el marco de una controversia que enfrentaba a Estados Unidos y Gran Bretaña (As. del Alabama (Estados Unidos/Gran Bretaña) donde dicha noción fue utilizada como argumento central para atribuir responsabilidad internacional a Gran Bretaña por haber violado las obligaciones derivadas de la neutralidad. Concretamente, apareció enunciada de forma expresa en las tres reglas del artículo 6 del Tratado de Washington del 8 de mayo de 1871 que establecía: “(...) RULES. A neutral Government is bound: First. To use diligence to prevent the fitting out, arming or equipping, within its jurisdiction, of any vessel which it has reasonable ground to believe is intended to cruise or carry on war against Power with which it is at peace; and also to use like diligence to prevent the departure from its jurisdiction

Estado en el seno de la Sociedad de Naciones. Es de observar que, los primeros intentos de codificación se encontraban limitados exclusivamente a la determinación de las normas sustantivas que regían la responsabilidad internacional del Estado por los daños causados a la persona del extranjero o sus bienes, en territorio de otro Estado. (17) Los inconvenientes derivados de la denegación de justicia a los extranjeros así como del ejercicio desmedido (18) de la protección diplomática en casos de daños a la persona o bienes de extranjeros inversores, exigía la necesidad de precisar el fundamento la responsabilidad internacional de los Estados y regular su alcance, mediante el establecimiento de los casos específicos en los que el Estado estaría obligado por el Derecho Internacional a reparar los daños sufridos por los extranjeros.

En este marco, la noción de diligencia debida aparece como una obligación del Estado de prevenir y reprimir (19) los daños que afecten a la persona del extranjero o sus bienes

---

of any vessel intended to cruise or carry on war as above, such vessel having been specially adapted in whole or in part, within such jurisdiction, to warlike use. Secondly. Not permit or suffer either beligerent to make use of its ports or waters as the base of naval operations against the other, or for the purpose of the renewal or augmentation of military supplies or arms, with in such jurisdiction to warlike use. Thirdly, To exercise due diligence in its own ports and waters and, as to all persons within its jurisdiction, to prevent any violation of the foregoing obligations and duties (...)' (V. BALCH T.W, "The Alabama Arbitration", Ed. Allen, Lane & Scott, Philadelphia, 1900, pp. 1-170. BIRIGHAM T., "Alabama Arbitration", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2010, pp. 1-4).

(17) Durante su 5º sesión, de fecha 24 de septiembre de 1924, la Asamblea de la Liga de Naciones adoptó una resolución mediante la cual le solicitaba al Consejo la constitución de un Comité de Expertos para la Codificación Progresiva del Derecho Internacional y la elaboración de una lista de materias de derecho internacional para ser codificadas (Collaboration of the American Society of International Law with the League of Nations' Committee of Experts, *The American Journal of International Law*, Vol. 20, No. 3, Supplement (Jul., 1926), pp. 2, 3, <http://www.jstor.org/stable/2213203>). Con fecha 6 y 8 de abril de 1926, el Comité de Expertos para la Codificación Progresiva del Derecho Internacional, estableció una lista de materias objeto de estudio entre las que figuraba la cuestión de la responsabilidad internacional del Estado por daños causados a la persona de los extranjeros o sus bienes: "f) The Committe appoints a sub-committee to examine: 1) Whether and in what cases, a State may be liable for injury caused in his territory to the person or Property of foreigners, 2) Whether, and if so in what terms it would be possible to contemplate the conclusion of an international convention providing for the ascertainment of the facts which may involve liability on the part of a state and forbidding in such cases recourse to measures of coercion before the means of practice settlement have been exhausted" (First Session of the Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law, *The American Journal of International Law*, Vol. 20, No. 3, Supplement (Jul., 1926), p. 14, <http://www.jstor.org/stable/2213204>). El "Informe Guerrero" elaborado por un subcomité perteneciente al Comité de Expertos para la Codificación Progresiva del Derecho Internacional, da respuesta a este interrogante tomando en consideración la opinión de los distintos gobiernos (Questionnaire No. 4: Responsibility of States for Damage done in their Territories to the Person or Property of Foreigners, *The American Journal of International Law*, Vol. 20, No. 3, Supplement (Jul., 1926), pp. 176-203, <http://www.jstor.org/stable/2213209>).

(18) HERSHEY, A.S, "The Calvo and Drago Doctrines", *The American Journal of International Law*, Vol. 1, No. 1 (Jan. - Apr., 1907), pp. 26-45 (<http://www.jstor.org/stable/2186283>). FELLER A. H., "Some Observations on the Calvo Clause", *The American Journal of International Law*, Vol. 27, No. 3, Jul., 1933, pp. 461-468 (<http://www.jstor.org/stable/2189974>).

(19) No todos los Estados parte de la Conferencia de La Haya de 1930 coinciden en que la obligación de actuar con debida diligencia alcanza la obligación de reprimir el daño, argumentando que: "the failure

como consecuencia de hechos de particulares que carecían de vínculo con el Estado, y que acontecían en contextos de paz o de conflicto interno (manifestaciones, movimientos insurreccionales, guerras civiles) (20) dentro de un Estado.

Si bien la doctrina (21) y la jurisprudencia arbitral (22), ya se habían referido con anterioridad a la existencia de una obligación de diligencia debida en caso de daños a extranjeros o a sus bienes, el primer intento codificador de la Sociedad de Naciones que contempla de forma expresa ésta regla, tiene lugar en los trabajos preparatorios a la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional celebrado en La Haya en 1930, donde se fijaron tres Bases de Discusión referidas a la obligación de actuar con diligencia debida de los Estados:

*“D. Insuficiencia de protección de protección otorgada a extranjeros”*

*“Base de discusión. No. 10: El Estado es responsable del daño sufrido por un extranjero como resultado del hecho de que el poder ejecutivo, no haya mostrado en la protección de los extranjeros la diligencia que atendidas las circunstancias y la condición de los interesados era de esperar de un Estado civilizado (23). El hecho de que un extranjero esté investido de un carácter público reconocido impone al Estado el deber especial de vigilancia”*

*“Base de discusión No. 17: El Estado es responsable del daño causado por un particular a la persona o los bienes de un extranjero si no ha tenido, para la protección de la persona o los bienes de dicho extranjero, la diligencia que atendidas las circunstancias y la calidad de la persona, era de esperar de un Estado civilizado”*

*“Base de discusión No. 18: El Estado es responsable del daño causado por un particular a la persona o bienes de un extranjero si no ha tenido para descubrir y castigar al autor*

---

to inflict punishment does not increase the damage suffered by the foreigner as the result of a private tort” (BOCHARD, E. M., “Responsibility of States at the Hague Codification Conference”, *The American Journal of International Law*, Vol. 24, No. 3, 1930, p.536 (<http://www.jstor.org/stable/2189683>).

(20) Vid. BOCHARD, E.M., “International Responsibility of the State for Injuries Sustained by Aliens During Civil War”, *Proceedings of the American Political Science Association*, Vol. 10, Tenth Annual Meeting, 1913, p.118 (<http://www.jstor.org/stable/3038421>). GARNER, J.W., “Responsibility of States for injuries suffered by foreigners within their territories on account of Mob Violence, Riots and Insurrection”, *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting*, Vol. 21, 1927, p. 50 (<http://www.jstor.org/stable/25656726>). COFFEY, H. C., “Responsibility of States for injuries suffered by foreigners within their territories on account of Mob Violence, Riots and Insurrection”, *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting*, Vol. 21, 1927, p. 63 (<http://www.jstor.org/stable/25656726>).

(21) ANZILOTTI, D., “La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers”, *Revue générale de droit international public*, Tomo XIII, 1906, p. 5 (disponible en Bibliothèque Nationale de France <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k734812/f8.tableDesMatières>).

(22) La sentencia arbitral sobre el Asunto de los bienes británicos en el Marruecos español, dictada el 29 de abril de 1923, es una de las primeras sentencias referida a la responsabilidad internacional del Estado por daños a extranjeros o a sus bienes, sobre la base de la violación de la obligación de diligencia debida atribuible al Estado. Las sentencias anteriores se justificaban mayormente en la denegación de justicia del Estado del territorio donde se producían los daños al extranjeros. V. REMITO BROTONS, A., “Spanish Zone of Morocco Claims”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg and Oxford, pp. 1-5.

(23) Todo el resaltado que se observará en el presente trabajo nos pertenece.

*del daño, la diligencia que, atendidas las circunstancias era de esperar de un Estado civilizado”.*

*“Bases de discusión No. 19: El grado de responsabilidad del estado depende de todas las circunstancias y, en especial, de sí el acto del particular fue dirigido contra el extranjero como tal o de sí la víctima había adoptado una actitud provocadora”.*

Conforme lo expone G.H. Hackworth, en su calidad de delegado de los Estados Unidos en la Conferencia de La Haya, los Estados presentes en las discusiones en torno a las bases referidas, coincidieron en afirmar que si bien en principio, los Estados no eran responsables por el hecho de particulares, todo Estado debía ser considerado responsable en caso que omitiera actuar con la diligencia debida en relación al hecho del particular que generaba un daño al extranjero (24). Cabe destacar que la conclusión a la que arriban los miembros de la Conferencia era ampliamente compartida por la mayoría de los doctrinarios dedicados al estudio de la responsabilidad internacional del Estado por daños a extranjeros o a sus bienes, tales como Bochar (25), Garner (26), Coffey (27), Eagleton (28), Dumas (29), entre otros.

Pese a ello, el debate no estuvo exento de discordancias vinculadas a la determinación del alcance con el que se debía interpretar la noción de “diligencia debida”. (30) Un grupo de Estados entre los que se encontraban Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia, se manifestaron partidarios de definir el alcance de la obligación de diligencia debida en la medida en que el Estado *“has failed to take the measures which may reasonably be expected of it in the circumstances in order to prevent, remedy or inflict punishment for the damage”* (31). Contrariamente, los representantes de otros Estados, como China,

---

(24) HACKWORTH, G. H., “Responsibility of States for Damages caused in their Territory to the Person or Property of Foreigners: The Hague Conference for the Codification of International Law”, *The American Journal of International Law*, Vol. 24, No. 3, 1930, p. 512 (<http://www.jstor.org/stable/2189682>).

(25) BOCHARD, E. M., “Responsibility of States (...)”, ob. cit., p. 536.

(26) Con la salvedad de que Garner en los casos de daños a extranjeros o a sus bienes, producidos como consecuencia de manifestaciones o grupos de personas reunidas con el objetivo directo de dañar a un extranjero la regla de debida diligencia no opera, y los Estados están obligados a reparar aunque hayan actuado diligentemente en la prevención o represión del hecho (GARNER J.W., “Responsibility of States for injuries suffered (...)”, ob. cit., p. 50).

(27) COFFEY, H. C., “Responsibility of States for injuries suffered (...)”, ob. cit., p. 14.

(28) EAGLETON, C., DUNN, F.S., “Responsibility for damages to persons and property of aliens in undeclared war”, *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting*, Vol. 32, 1938, pp. 127-146 (<http://www.jstor.org/stable/25656978>).

(29) DUMAS, J., “La responsabilité des États à raison des crimes et délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers”, *Recueil des cours*, Volume 36 (1931-II), pp. 257-258.

(30) HACKWORTH, G. H., “Responsibility of States for Damages caused in their Territory to the Person or Property of Foreigners: The Hague Conference for the Codification of International Law”, ob. cit., pp. 513-514.

(31) “Article 10. As regards damage caused to the person or property of foreigners by a private person, the State is only responsible if the damage sustained by the foreigner results from the fact that the State has failed to take the measures which may reasonably be expected of it in the circumstances in order to prevent, remedy or inflict punishment for the damage.”

los países de América Latina y de Europa del Este, se mostraron afines a considerar la diligencia debida en los términos de *“circumstances might reasonably be expected of it had the persons injured been its own nationals.”* (32)

Es de observar que, las características socio-económicas y geopolíticas de los Estados partidarios de uno u otro criterio no pueden resultar indiferentes. No es casualidad que los Estados más desarrollados busquen acercarse a la obligación de diligencia debida a sus propias consideraciones, en beneficio de sus nacionales inversores en el extranjero y con el objeto de sortear los obstáculos derivados de los sistemas económicos de los Estados en cuyo territorio se asientan así como de las disposiciones legales derivadas del derecho interno de los Estados receptores (33). Consecuentemente es comprensible que los Estados receptores de extranjeros inversores quieran someterlos a sus previsiones legislativas y administrativas con el fin de evitar tratos diferenciales entre extranjeros y nacionales.

El Prof. E. Bocharad, en concordancia con la visión norteamericana, lo explica claramente en su comentario al artículo 10 sobre las objeciones de los representantes de los Estados a la obligación de diligencia debida en el seno de la Conferencia de La Haya:

*“The second objection, which, it is believed, had little relation to the subject-matter of the article, reiterated the well-known view that the maximum measure of an alien’s protection was that enjoyed by the national; that is to say, equality of diligence, and not “due” diligence, is the correct criterion. It is believed that the objection was not well founded, because “equality” of treatment and “due diligence” are not comparable terms; but the “due diligence” article was availed of as a springboard from which to launch an attack, in entire good faith, upon those rules of international law which have measured the alien’s rights quite independently of any reference to what nationals might enjoy or suffer.”* (34)

Es dable destacar que, la discordancia alrededor del alcance de la diligencia debida no era un debate ignorado en el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado por daños a extranjeros. Por el contrario, revitalizaba una profunda discusión en torno al fundamento de la protección diplomática, que anteriormente enfrentaba la “norma de

(32) “Article 10: A State is only responsible for damage caused by private persons to the person or property of foreigners if it has manifestly failed to take such preventive or punitive measures as in the circumstances might reasonably be expected of it had the persons injured been its own nationals.”

(33) Asimismo, cuando se debatió el segundo Proyecto de “Harvard Research” aprobado en 1961 (SOHN, L.B. - BAXTER, R. R. “Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens: II. Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens”, *The American Journal of International Law*, Vol. 55, No. 3, 1961), pp. 548-584) los Estados en vías de desarrollo efectuaron idénticas críticas a la propuesta de utilizar el término “international standars”, entendiendo que significaba la imposición de un sistema económico capitalista con eje central en la preservación de la propiedad privada (CRAWFORD, J. - GRANT, T., “Responsibility of States for injuries to foreigners”, Chapter 3, *Research in International Law: Contemporary Analysis and Appraisal*, 2000, p. 95).

(34) BOCHARD, E. M., “Responsibility of States (...)”, ob. cit., p. 536.

justicia internacional' o 'estándar mínimo internacional' (35) y el principio de igualdad de tratamiento entre los nacionales y los extranjeros (36).

Pese a ello, lo importante de este primer intento codificador, reside en destacar la opinión coincidente de los Estados respecto de considerar la falta de diligencia debida del Estado como una condición necesaria para la procedencia de la responsabilidad internacional por el daño causado a extranjeros. Asimismo, poner en evidencia que la discusión central de los Estados no se basaba en la existencia de la noción de diligencia debida sino en su "alcance", lo que constituyó la razón fundamental para que diecisiete de los Estados presentes en la Conferencia de La Haya contra veintiuno, se opusieran a la recepción dicha obligación internacional en el texto de la Convención (37), que quedó aprobado en primera lectura de la siguiente forma:

*Artículo 10: "Por lo que respecta al daño causado por particulares a extranjeros o a sus bienes, el Estado sólo es responsable cuando el daño sufrido por los extranjeros resulta del hecho de que el Estado ha omitido la adopción de las medidas que deben adoptarse normalmente tenidas en cuenta las circunstancias, para prevenir, reparar o reprimir los actos lesivos."*

Es de observar que, el artículo referido refleja la fórmula contenida en distintos proyectos de responsabilidad internacional del Estado en casos de daños a extranjeros o a sus bienes, elaborados por entidades privadas orientadas a la sistematización y estudio del Derecho Internacional Público. Entre ellas podemos destacar: \* el artículo 10 del Proyecto de Convención sobre Responsabilidad de los Estados por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los Extranjeros' preparado para el Harvard Law School en 1929 (38) \* el Proyecto sobre 'Responsabilidad internacional del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros' elaborado por el *Institut de Droit International* (39), entre otros.

Por el contrario, en virtud de las razones expuestas *supra*, las iniciativas americanas tales como: \* la Recomendación sobre 'Reclamaciones e Intervención Diplomática' adoptada por la Primera Conferencia Internacional Americana celebrada en Washington

---

(35) BOCHARD, E. M., "The Citizen abroad", *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting*, (1921-1969), Vol. 21 (April 28-30, 1927), p. 24 (<http://www.jstor.org/stable/25656723>).

(36) Vid. SUMMERS, M. L. "The Calvo Clause", *Virginia Law Review*, Vol. 19, No. 5, 1933, pp. 459-484. <http://www.jstor.org/stable/1066808>. FELLER A. H., "Some Observations on the Calvo Clause", ob. cit. nota 18, pp. 461-468.

(37) BOCHARD, E. M., "Responsibility of States (...)", ob. cit., p. 538.

(38) Artículo 10: "*Un Estado es responsable si el daño causado a un extranjero resulta del hecho de no haber empleado la diligencia debida para impedirlo y se han agotado los recursos locales sin que se dé una adecuada reparación. La diligencia indispensable puede variar según el carácter público o privado de la persona del extranjero y las circunstancias del caso.*"

(39) Artículo 3º: "*Si se trata de actos lesivos cometidos por particulares, el Estado sólo es responsable cuando el daño resulta de la omisión de las medidas que deben adoptarse normalmente atendidas las circunstancias para prevenir o reprimir tales actos.*"

en 1889-1890 (40); \* la ‘Convención relativa a los Derechos de Extranjería’ firmada en la Segunda Conferencia Internacional Americana celebrada en México en 1902 (41); \* el Proyecto sobre ‘Responsabilidad de los Gobiernos’ elaborado por el Instituto Americano de Derecho Internacional en 1925 (42); \* Resolución sobre ‘Responsabilidad Internacional del Estado’ aprobada en la Séptima Conferencia Internacional Americana celebrada en Montevideo en 1933 (43); hacen extensivo el principio de igualdad entre los nacionales y extranjeros al contenido del estándar de responsabilidad internacional exigido al Estado frente al daño sufrido por un extranjero en su persona o bienes, prescindiendo de un estándar mínimo internacional.

Es menester señalar que, el análisis al artículo 10 citado *supra* nos permite precisar las siguientes cuestiones en torno al primer intento codificador: 1) Cuáles son las condiciones necesarias y esenciales para la procedencia o no de la responsabilidad internacional del Estado por daños a la persona o bienes de los extranjeros, por hechos cometidos por actores no estatales; 2) Qué relación existe entre la obligación internacional del Estado de prevenir y reprimir el daño a extranjeros y la noción de diligencia debida; 3) Cómo se conforma el estándar de diligencia debida.

Respecto de las condiciones esenciales para la procedencia de la responsabilidad internacional del Estado por el daño a extranjeros, podemos advertir las siguientes: 1. un hecho ilícito cometido materialmente por un particular o por un grupo de particulares que carecen de vínculo alguno con el aparato estatal y que genera un daño a un particular; 2. un hecho omisivo del Estado en relación con el hecho del particular pero respetando su independencia fáctica; 3. la existencia de un deber de proteger a los extranjeros del daño, que recae sobre el Estado y que contempla la obligación de prevención, represión

---

(40) La Conferencia Internacional Americana recomienda que los Gobiernos de las naciones en ella representadas reconozcan como principios de derecho internacional americano los siguientes: 1) Los extranjeros gozan de todos los derechos civiles de que gozan los nacionales y pueden hacer uso de ellos, en el fondo, la forma o procedimiento y en los recursos a que den lugar absolutamente en los mismos términos que dichos nacionales. 2) La nación no tiene ni reconoce a favor de los extranjeros ningunas otras obligaciones o responsabilidades que las que a favor de los nacionales se hallen establecidas en igual caso por la Constitución y leyes.

(41) Artículo 2º: *“Los Estados no tienen ni reconocen a favor de los extranjeros otras obligaciones o responsabilidades que las que a favor de sus nacionales se hallen establecidas por su Constitución o leyes. En consecuencia, los Estados no son responsables de los daños sufridos por los extranjeros por causa de actos de facciosos o de individuos particulares, y en general de los daños originados por casos fortuitos de cualquier especie, considerándose tales, los actos de guerra, ya sea civil o nacional sino en el caso de que la autoridad constituida haya sido remisa en el cumplimiento de sus deberes”.*

(42) La Séptima Conferencia Internacional Americana, *“Resuelve: (...) 2) Que ello no obstante, reafirma una vez más como principio de derecho internacional, la igualdad civil del extranjero con el nacional como límite máximo de protección a que puede aspirar aquél en las legislaciones positivas de los Estados”.*

(43) Artículo II. *“(...) los Gobiernos de las Repúblicas Americanas no son responsables de los daños sufridos por los extranjeros en sus personas o en sus bienes cualquiera que sea el motivo, sino cuando dichos gobiernos no han asegurado el orden en el interior, sin han sido negligentes en la represión de los actos que han turbado dicho orden o finalmente si no han concedido, en la medida de sus fuerzas las garantías necesarias para prevenir dichos daños o perjuicios”.*

o reparación frente a ese hecho dañoso del particular; 4. nexo causal entre el daño al particular y la omisión del Estado.

Las condiciones esenciales previstas en el punto 1 (un hecho ilícito cometido materialmente por un particular) y 2 (un hecho omisivo del Estado en relación con el hecho del particular) reafirman el principio medular que rige la responsabilidad internacional del Estado por daños a la persona o bienes del extranjero que consiste en que el “*Estado no responde por hecho de particulares*.” (44) Contrariamente, se trata de dos hechos distintos. Claramente lo ha establecido Anzilotti cuando decía que “*la violation du droit international résulte alors d’une omission de l’Etat, indépendante de l’action des individus*” (45). Por tanto, el Estado no asume el hecho del particular como si fuera propio sino que responde por las consecuencias del hecho del particular cuando ha omitido actuar con diligencia debida (46) en relación al hecho del particular y por tanto a incumplido el deber de ejercer el “cuidado razonable” (47) o de tomar las “medidas razonables” (48) para prevenir y reprimir el daño contra los extranjeros o sus bienes en su territorio.

Asimismo, las condiciones previstas en el punto 3 (existencia de un deber de protección) y 4 (nexo causal) consolidan la existencia de una norma internacional de no dañar a los extranjeros y que prevé la obligación de actuar con diligencia debida en el prevención o represión del hecho del particular, lo que constituye el elemento objetivo del hecho ilícito internacional al que nos estamos refiriendo, y que nada tiene que ver con la obligación internacional que resulte violada como consecuencia del hecho del particular ajeno al Estado.

Respecto de la relación entre la obligación internacional del Estado de prevenir o reprimir los daños a extranjeros en su persona o bienes, y la noción de diligencia debida, podemos decir que la ausencia de diligencia debida constituye la condición necesaria para que se considere violada la obligación de prevenir o reprimir el daño causado por un particular a un extranjero. Por el contrario, si un Estado demuestra que fue diligente se excluiría la licitud del hecho. Claramente lo expresa el artículo 10 comentado, cuando dice que la responsabilidad internacional del Estado por daños a extranjeros esta supeditado a que Estado haya omitido la adopción de medidas deben “*adoptarse normalmente tenidas*

(44) GARNER, J. M., “Continuation of the round table Conference on the Responsibility of states for damage done in their territories to the persons or Property of foreigners”, *American Society of International Law*, 1927, pp. 50-52.

(45) ANZILOTTI, D., “La responsabilité internationale des États (...)”, ob. cit., p. 5.

(46) Anzilotti sostiene que la responsabilidad internacional en estos supuestos no surge como consecuencia del hecho del particular sino de la violación de obligaciones imputables al Estado, en relación con el hecho del particular (DUPUY P. M., “Dionisio Anzilotti and the Law of International Responsibility of States”, *European Journal of International Law*, Vol. 3, Paris, 1992, pp. 142-143).

(47) Comentario al artículo 11 del ‘Proyecto de Convención Responsabilidad de los Estados por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros’ preparado por la Harvard Law School en 1929 (“The Law of Responsibility of States for Damage Done in their Territory to the Person or Property of Foreigners”, *The American Journal of International Law*, Vol. 23, No. 2, Supplement: Codification of International Law (Abril, 1929), pp. 131-239, <http://www.jstor.org/stable/>).

(48) *Ibidem*.

*en cuenta las circunstancias*”; lo que implica afirmar a *contrario sensu* que, adoptadas las medidas normalmente exigibles conforme las circunstancias, no se encuentra violada la obligación de prevención o represión.

Con igual criterio lo ha entendido la doctrina al decir que la obligación de prevención y represión del daño no constituye una obligación “absoluta”, sino que su procedencia esta sujeta a ciertas condiciones. Por su parte, Garner ha sostenido que:

*“It is, of course, an error to say, as has sometimes been said, that a state is bound by international law to prevent wrongs to aliens within its territories or to indemnify them in case it fails to do so. Such an obligation would make the state an insurance society obliged to guarantee them for all losses and injuries which it failed to prevent. No state, however well organized and however efficient and vigilant its peace officers and other functionaries may be, is capable of preventing wrongs from being committed at times against aliens, and international law imposes no such impossible obligation upon any state. What it does require, and this alone, is that the proper authorities of the state shall exercise due diligence to prevent the perpetration of such wrongs, that is, to do all that they can reasonably be expected to do, to prevent them?”* (49)

Con igual criterio, pero en términos más concisos, Coffey ha expresado que *“this responsibility, however, is not absolute, but relative. The state would seem to be liable for an injury which it, acting through its officers, could have prevented by the exercise of due diligence.”* (50)

Por su parte, Eagleton apelando a su idea de “exclusive territorial control” (51) agrega que:

*“State is responsible for any internationally illegal act which may be imputed to it, because of its presumptive control over the actors. This means, with regard to acts of individuals, that the state is responsible for (1) lack of due diligence, or, to use a more modern term, failure to employ the means at its disposal, for the prevention of the individual’s act; and for (2) denial of justice, i.e., failure to give redress according to municipal law, if such law is up to a certain reasonable standard of civilized justice?”* (52)

La tercera y última cuestión que puede inferirse del artículo 10 analizado, es que la noción de diligencia debida es de contenido “flexible”, y por tanto, esta supeditada a las “circunstancias” del caso. Al respecto, Bocharad sostiene que *“due diligence is an estandar and not a definition”*. (53) Asimismo, enfatiza que *“this minimum standard below which*

(49) GARNER, J.W., “Responsibility of States for injuries suffered (...)”, ob. cit., p. 51.

(50) COFFEY, H. C., “Responsibility of States for injuries suffered (...)”, ob. cit., p. 63.

(51) Crawford y Grant explican el alcance de la idea de “exclusive territorial control” de Eagleton asociada a la de soberanía exclusiva de un Estado sobre su territorio (CRAWFORD, J. - GRANT, T., “Responsibility of States (...)”, ob. cit., p. 84).

(52) EAGLETON, C., DUNN, F.S., “Responsibility for damages (...)”, ob. cit., pp. 127-146, (<http://www.jstor.org/stable/25656978>).

(53) BOCHARAD, E., “The Law of Responsibility of States for Damage Done in their Territory to the Person or Property of Foreigners”, *The American Journal of International Law*, Vol. 23, No. 2, Supplement: Codification of International Law, 1929, pp. 131-239.

*a state cannot fall without incurring responsibility to the other members of the international community has been shaped and established by the advance of civilization and the necessities of modern international intercourse on the part of individuals.”* (54)

Garner prevé que *“what is ‘due diligence’ in a particular case must naturally depend upon the circumstances; what would be due diligence under a given set of conditions would not be under other conditions. Perhaps it ought to bear some proportion to the gravity of the injury to which neglect of it exposes the alien, and in all cases it should include the adoption of reasonably effective measures to prevent it.”* (55)

Coffey señala que *“whether adequate police protection was given under the circumstances, whether reasonable diligence was used, these must be questions of fact, to be determined in a particular case.”* (56)

Pese a lo expuesto, la Conferencia de La Haya no cumplió su cometido de elaborar una Convención definitiva en materia de *“Responsabilidad Internacional del Estado por daño a la persona o bienes de los extranjeros”*. La imposibilidad de llegar a un consenso respecto del contenido y alcance de las normas primarias que regían la materia, tuvo una gran incidencia en el fracaso de la Conferencia. Consecuentemente, en los años subsiguientes no se registraron avances significativos en la materia. El proceso de codificación sobre el tópico recién volvió a ponerse en marcha con la conformación de la CDI en el seno de las Naciones Unidas (1949) y se materializó mediante la Resolución N° 799 VIII de la Asamblea General, donde la misma petición a la CDI que lleve adelante la *“codificación de los principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad internacional del Estado”*.

No obstante, la labor realizada por García Amador en calidad de primer Relator Especial de la CDI para la cuestión de la responsabilidad internacional (57) (58), no dista demasiado de los antecedentes mencionados *supra*. García Amador se limitó a sistematizar el aspecto de la responsabilidad del Estado, sólo por los daños causados a la persona o los bienes de los extranjeros manteniendo (59). Durante su mandato (1955-1961) García Amador presentó seis informes que no fueron siquiera examinados por la CDI, debido a la preeminencia otorgada a otros asuntos de Derecho Internacional (60).

---

(54) BOCHARD, E., “Basic Elements of Diplomatic Protection of Citizens Abroad”, *The American Journal of International Law*, Vol. 7, No. 3, 1913, pp. 516-517 (<http://www.jstor.org/stable/2187430>).

(55) GARNER, J.W., “Responsibility of States for injuries suffered (...)”, *ob. cit.*, p. 57.

(56) COFFEY H. C., “Responsibility of States for injuries suffered (...)”, *ob. cit.*, p. 63.

(57) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1969, *ob. cit.*, p. 138.

(58) GARCÍA AMADOR, F.V., “State responsibility: Some new problems”, *Recueil des cours*, Volume 94 (1958-II), pp. 365-491.

(59) Por esa razón, y por haberse referido exclusivamente a las normas primarias, se lo ha considerado doctrinariamente como un “falso comienzo” en el tratamiento de la responsabilidad internacional del Estado en el marco del Proyecto (CRAWFORD, J., “Revising the Draft Articles on State Responsibility”, *European Journal of International Law*, Vo. 10, N° 2, 1999, p. 436).

(60) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1969, *ob. cit.*, pp. 138-142.

En lo referente a la obligación de diligencia debida, el Segundo Informe de García Amador presentado en 1957, contiene un “Anteproyecto sobre responsabilidad internacional del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes extranjeros”, con un Capítulo V exclusivo para el tratamiento de “*los actos de particulares y disturbios internos*” donde en el artículo 10 relativo a los “*actos de simples particulares*” disponía que:

*“El Estado es responsable de los daños causados al extranjero con motivo de actos de simples particulares, si sus órganos o funcionarios han mostrado una notoria negligencia en la adopción de medidas que se toman normalmente para prevenir o reprimir tales actos”* (61).

Analizando el artículo referido, es posible detectar idénticas condiciones para la procedencia de la responsabilidad internacional por falta de diligencia debida, a las que se desprendían del artículo 10 del texto de artículos aprobados en primera lectura en la Conferencia de La Haya. En relación a la condición esencial (1) referida a la existencia un hecho ilícito cometido materialmente por un particular o por un grupo de particulares que carecen de vínculo alguno con el aparato estatal y que genera un daño a un particular, y la condición (2) conformada por la constatación de un hecho omisivo del Estado en relación con el hecho del particular, es de observar, que la introducción en el artículo 10 de la frase “con motivo de actos de simples particulares” engloba ambas condiciones y reviste una importancia fundamental, porque significa que en los supuestos de responsabilidad internacional por falta de diligencia debida si bien el autor del hecho que ocasiona el daño al extranjero es una persona, para que exista la responsabilidad internacional del Estado se requiere “*un segundo acto u omisión que resulte imputable a cualquiera de los órganos del Estado*” (62). De esta forma, la responsabilidad internacional no surge del acto que origina el daño sino como consecuencia de la conducta de los órganos “en relación a ese acto” (63) o con motivo de ese acto. Así, la atribución de responsabilidad dependerá “condiciones y elementos ajenos al hecho en sí que ha ocasionado el daño” (64).

Lo expuesto nos da la pauta de la errónea sistematización del artículo 10 en el texto del Anteproyecto mencionado; ya que tratándose de un supuesto de responsabilidad internacional del Estado por omisión o acción insuficiente de sus órganos la ubicación del artículo debería ser en el Capítulo II relativo a los “*actos y omisiones de los órganos y funcionarios*” y no en un capítulo específico (Capítulo V) asignado al tratamiento de “*los actos de particulares y disturbios internos*”. Es de observar que, una sistemática de este tipo, genera la falsa consideración de que los comportamientos atribuibles difieren, cuando en realidad, ambos son supuestos de atribución al Estado de la omisión de sus órganos y no del hecho del particular (65).

(61) Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1957, ob. cit., pp. 131-139.

(62) Texto del comentario del artículo 10 y 11 del “Anteproyecto sobre responsabilidad internacional del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes extranjeros” (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1957, ob. cit., p. 131).

(63) *Ibidem*.

(64) *Ibidem*.

(65) Estas confusiones han sido señaladas por Roberto Ago, quién en su Segundo Informe sobre Responsabilidad Internacional del Estado ha sostenido se trata de: “presuntos casos de responsabilidad del

En relación a la (3) y (4) condición referida a la existencia de un deber de protección a los extranjeros que recae sobre el Estado y al incumplimiento de un estándar de protección del extranjero o sus bienes (diligencia debida), García Amador introduce la noción de “*notoria negligencia*” lo que nos permite presumir la existencia de una obligación de diligencia debida y su consecuente incumplimiento acreditable de forma manifiesta (66). Más aún, para despejar cualquier duda sobre la existencia o no de la regla de diligencia debida, García Amador expone que el deber internacional que incumple el Estado en estos supuestos es “*la norma o criterio de la diligencia debida*” (67).

Es dable destacar, que tanto el Tercer (1958), Cuarto (1959) y Quinto Informe (1960) de F. V. García Amador no modificaron en absoluto los alcances del artículo 10 del “Anteproyecto sobre responsabilidad internacional del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes extranjeros” previsto en el Segundo Informe de Responsabilidad Internacional (1957). No obstante, el Sexto y último Informe (1960) introdujo algunas modificaciones.

En primer lugar, el Relator parece corregir la errónea sistematización anterior a partir del establecimiento de un Título general de “*Actos y omisiones que originan la responsabilidad*” y dentro de ello un Capítulo III relativo a la “*negligencia y actos y omisiones relacionados con la protección del extranjero*” donde incluye todos los hechos atribuibles al Estado, y entre ellos recepta el artículo 7º bajo la denominación de “*negligencia en el cumplimiento de los deberes de protección*” que expresamente dispone que :

- “1. El Estado es responsable de los daños causados al extranjero por hechos ilegales de los particulares, cometidos aisladamente o en disturbios internos (...) si las autoridades han mostrado una negligencia notoria en la adopción de medidas que, atendidas las circunstancias, se toman normalmente para evitar la ocurrencia de tales hechos”
2. Entre las circunstancias a las que se refiere el inciso anterior se tendrán en cuenta especialmente, la previsibilidad del hecho lesivo, y la posibilidad material de evitar su ocurrencia por los medios de los que disponga el Estado.
3. El Estado también es responsable si la negligencia inexcusable de las autoridades en aprehender a los particulares que cometieron el hecho lesivo priva al extranjero de la oportunidad de demandar a aquellos para resarcirse de los daños y perjuicios, o si se le priva de dicha oportunidad por virtud de una amnistía general o particular” (68).

---

Estado por la acción de particulares son en realidad casos de responsabilidad del Estado por omisión de sus órganos: el Estado es responsable por no haber adoptado las medidas conducentes a impedir o reprimir la acción del particular” (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1970, ob. cit., p. 201). Roberto Ago reitera de forma exacta esta consideración en el Tercer Informe sobre Responsabilidad de los Estados (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1971, Vol. II, Tercer Informe sobre Responsabilidad de los Estados, “Reseña histórica de la obra realizada hasta la fecha en lo que respecta a la codificación del tema de la responsabilidad internacional de los Estados”, A/CN.4/246 y Add. 1 a 3, p. 231).

(66) Es posible reprochar a García Amador la exigencia de que la negligencia del Estado sea “notoria” en tanto, producido el daño nace la obligación del Estado de reparar el mismo, con prescindencia de que la falta de diligencia haya sido notoria o no.

(67) *Ibidem*.

(68) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1961, Volumen II, Sexto Informe de F. V. García Amador Relator Especial, “Responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de extranjeros”, A/CN.4/134 y Add. 1, pp. 51-55.

En segundo lugar, si bien el artículo 7º mantiene los mismos elementos esenciales del artículo 10 de la Conferencia de La Haya y del “Anteproyecto sobre responsabilidad internacional del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes extranjeros” previsto en el Segundo Informe de García Amador, es posible advertir que el Relator introduce de forma explícita dos condiciones a las que supedita la procedencia de la responsabilidad internacional del Estado por el daño a extranjeros: 1) previsibilidad del hecho lesivo y 2) posibilidad material (69) de evitar su ocurrencia. En sentido contrario, la ausencia de algunas de estas condiciones haría improcedente la atribución de responsabilidad internacional al Estado.

## **2. Responsabilidad del Estado por omisión de sus órganos vs. Responsabilidad Internacional por reconocimiento y adopción del hecho por el Estado**

Con la designación del segundo Relator Especial Roberto Ago (1963), se produjo un cambio significativo en la dirección (70) de los trabajos de la CDI. La sistematización y codificación de las normas que regían la responsabilidad internacional no se limitó a la “responsabilidad del Estado por daños a personas o bienes de los extranjeros en territorio de un Estado”(71) sino que, se hizo eco de la tesis más amplia que dividía a los miembros de la Comisión (72), y que proponía la determinación de las normas que regían la responsabilidad internacional en general. Asimismo, el Relator propuso la introducción de un nuevo método de codificación, basado exclusivamente en el establecimiento de normas secundarias (73), orientadas a aclarar cuando han de entenderse violadas las normas primarias y qué consecuencias se derivan del incumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas primarias, pero sin mención a éstas (74).

Ago explicó su propuesta metodológica de la siguiente forma:

*“The Commission agreed on the need to concentrate its study on the determination of the principles which govern the responsibility of States for internationally wrongful acts, maintaining a strict distinction between this task and the task of defining the rules that*

---

(69) Es de observar que, respecto de la posibilidad material de prevenir el daño mediante los medios que disponga el Estado, Bocharad ha manifestado que existe una diferencia entre disponer de ciertos medios y su utilización diligente. En relación a ello ha expresado que “the term “due diligence” as contrasted with the term “means at its disposal” employed in the thirteenth Hague Convention of 1907 (Article 8) emphasizes the efficiency and the care used by governmental instrumentalities, rather than the instrumentalities themselves” (BOCHARD, E., “The Law of Responsibility (...)”, ob. cit. nota 54, p. 188).

(70) KOIVUROVA, T., “Due Diligence”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2010, p..2. BODANSKY, D. – CROOK, J. R., “Symposium: The ILC’S State Responsibility articles”, *American Society of International Law*, Volume 96, 2002, p. 779.

(71) CRAWFORD, J., “State Responsibility”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2010, p. 2.

(72) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1969, ob. cit., pp. 141-143.

(73) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1970, ob. cit., p. 191.

(74) GUTIERREZ ESPADA, C., *El hecho ilícito internacional*, Cuadernillos internacionales 5, Universidad Autónoma de Madrid, Ed. Dykinson S.L, Madrid, 2005, p.18. BODANSKY D. CROOK J.R, “Symposium: The ILC’S State Responsibility articles”, ob. cit., p. 773.

*place obligations on States, the violation of which may generate responsibility. Consideration of the various kinds of obligations placed on States in international law and, in particular, a grading of such obligations according to their importance to the international community, may have to be treated as a necessary element in assessing the gravity of an internationally wrongful act and as a criterion for determining the consequences it should have. But this must not obscure the essential fact that it is one thing to define a rule and the content of the obligation it imposes, and another to determine whether that obligation has been violated and what should be the consequence of the violation. Only the second aspect of the matter comes within the sphere of responsibility proper; to encourage any confusion on this point would be to raise an obstacle which might once again frustrate the hope of a successful codification of the topic.” (75)*

La consideración de la obligación de actuar con la debida diligencia como un estándar de comportamiento vinculado a una norma primaria de Derecho Internacional, y por tanto, referido al elemento objetivo del hecho ilícito internacional, fue el argumento central para excluir su incorporación en el Proyecto de REHII (76). Lo expuesto encuentra sustento en el comentario al artículo 2º del Proyecto de REHII aprobado en 2001, a partir del cual la CDI se ha pronunciado expresamente en torno a la naturaleza jurídica de la noción de diligencia debida como una norma primaria (77) no incluida en el texto del Proyecto:

*“Que la responsabilidad sea objetivo o subjetivo en este sentido dependerá de las circunstancias, incluido el contenido de la obligación primaria. En los artículos no se establece ninguna norma general en este respecto. Lo mismo se aplica a otras normas que entrañan cierto grado de falta culpabilidad negligencia o ausencia de diligencia debida. Esas normas varían según el contexto, por razones que se refieren esencialmente al objeto y fin de la disposición del tratado o de otra regla que haga surgir la obligación primaria” (78).*

Con el objeto de ser fiel a su propuesta metodológica, Ago optó por intentar precisar qué tipo de comportamiento (79) era atribuible al Estado en los casos de violación de una norma primaria de diligencia debida sin referirse a su contenido sustancial y alcance. La primera aproximación a la determinación del tipo de comportamiento atribuible en

(75) *Yearbook of the Commission of International Law*, 1970, ob. cit., p. 306.

(76) BARNIDGE, R., “The Due Diligence Principle under International law”, *International Community Review*, Vol. 8, 2006, p.86. KOIVUROVA, T., “Due Diligence”, ob. cit., p. 2.

(77) Asimismo, J. Crawford también se ha referido a la noción de diligencia debida como un estándar cuyo alcance depende del contenido previsto en la norma primaria, al decir que, “(...) different primary rules of international law impose different standards, ranging from due diligence to strict liability and that all those standards are capable of giving rise to responsibility in the event of a breach. I do not think that there is a general rule, principle or presumption about the place of fault in relation to any given primary rule, since it depends on the interpretation of that rule in the light of its object or purpose (...)” (CRAWFORD, J., “Revising the Draft Articles on State Responsibility”, ob. cit., p. 437).

(78) *Yearbook of International Law Commission*, 2001, ob. cit. nota 1, p. 35.

(79) Dupuy ha sostenido que a lo largo de la evolución del Derecho Internacional asociado a la responsabilidad internacional del Estado, se ha producido un proceso de objetivización del derecho, e identifica como primera medida en dicha dirección la eliminación de toda referencia a la dimensión subjetiva o psicológica de culpa y su sustitución por la noción de hecho ilícito como origen de la responsabilidad internacional (DUPUY, P. M., “The International Law of State Responsibility: Revolution or evolution?”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 11, Paris, 1989, p. 127).

dichos casos, se desprende del artículo II propuesto por Ago en su “Segundo Informe sobre responsabilidad internacional” (80) donde entre las condiciones para la existencia de un hecho ilícito establece que:

*“Existe un hecho ilícito internacional cuando:*

- a) El derecho internacional imputa al Estado un comportamiento activo o una omisión;*
- b) Ese comportamiento, en sí mismo o en cuanto, causa directa o indirecta de un acontecimiento exterior, constituye un incumplimiento de una obligación internacional.*

Es de observar que, en los casos de responsabilidad internacional del Estado por hecho de particulares, además de los dos requisitos que se desprenden del artículo II (comportamiento atribuible al Estado y violación de una obligación internacional) Ago (1972) (81) plantea que es necesario “un elemento suplementario, un acontecimiento exterior” cometido por un particular o un grupo de particulares (82).

La segunda aproximación del Relator Especial en precisar cuál es el comportamiento que se atribuye al Estado en casos de responsabilidad internacional del Estado por falta de diligencia debida, lo encontramos en las normas de atribución que prevén qué comportamientos son considerados por el derecho internacional como “hechos del Estado”. Así, en el “Cuarto Informe sobre Responsabilidad de los Estados (1972) (83) en el marco del Proyecto de artículos de REHI, Ago contempla entre los comportamientos atribuibles al Estado, el artículo 11 referido al “*comportamiento de simples particulares*” en virtud del cual, podía atribuirse al Estado la omisión eventual de sus órganos, en el caso en que éstos hubieran debido actuar para prevenir o reprimir el comportamiento del particular o del grupo de particulares y no lo hubiesen hecho.

Es de observar que, aun siendo errónea la designación del artículo por las razones que ya hemos referido *supra*, el hecho que se atribuye al Estado no es, el comportamiento de los particulares, sino la omisión eventual de sus órganos en relación o con motivo del hecho de simples particulares. Para el Relator Especial, el hecho del particular funciona como un “elemento catalizador” (84) de la ilicitud del comportamiento de los órganos del Estado, que no se pone de manifiesto hasta tanto no sucede el hecho dañoso del particular.

Ago lo explica perfectamente en su obra “Le délit international” al decir que:

*“le fait illicite est l'omission de l'organe, non l'action du particulier, et toute opinion différente résulte de la confusion entre ce qui n'est et ne peut être qu'une lésion matérielle d'un intérêt étranger, lésion qui peut être accomplie par le particulier, et la lésion de un*

(80) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1970, ob. cit., p. 209.

(81) AGO, R., “Nouvelles réflexions sur la codification du droit international”, *Revue Générale de Droit International Public*, 1988, pp. 539-576.

(82) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1970, ob. cit., p. 208.

(83) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1972, ob. cit., pp. 101-135.

(84) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1972, ob. cit., pp. 101-135.

*droit subjectif international étranger le droit á exiger de l'Etat national du particulier une activité préventive et répressive pour la protection de certains intérêts, lésion qui exige une conduite d'omission des organes de l'Etat. En conclusion, sans conduite illicite d'un organe de l'Etat, pas d'imputation à l'Etat, pas de fait illicite international et pas de responsabilité internationale" (85).*

Por tanto, las condiciones esenciales para que proceda la responsabilidad internacional del Estado por falta de diligencia debida quedan configuradas de la siguiente manera: \* omisión eventual del órgano; \* comportamiento del particular; \* violación de una obligación internacional de prevenir o reprimir el hecho del particular (no contenida en el texto del Proyecto); \* comportamiento del Estado "con motivo" del hecho de particular; \* relación causal entre la omisión del órgano y el hecho del particular (o "acontecimiento" dado al que se referirá en el artículo 23).

Es menester señalar que, la propuesta de artículo 11 elaborada por Ago, no tardó en ser duramente criticada en el seno de la CDI (86). Existen tres críticas que por su contenido e implicancias, es menester destacar en el presente trabajo. La primera, considera que el artículo 11 encierra una norma primaria de contenido sustancial disconforme con el método elegido por el Relator Especial. Específicamente, Vallat sostuvo que el párrafo 2 del artículo 11 "*encaja dentro del marco de las normas primarias*" (87). Asimismo, Hambro expresó que el párrafo 2 "*invade la esferas de las reglas primarias*" (88). Con igual criterio, Ushakov manifestó que el párrafo 2 del artículo 11 "*hace referencia al comportamiento que un órgano debería tener con arreglo a una norma primaria de derecho internacional*" (89) y por tanto, no se refiere a la consideración de un comportamiento como atribuible o no al Estado, sino a la licitud o no de un comportamiento del Estado por violar una obligación internacional determinada (90). Adhiriendo las posturas señaladas, Ustor sostuvo que "*sería peligroso enumerar aunque sólo fuera indirectamente, normas primarias cuya violación podría dar lugar a la responsabilidad del Estado*" (91).

---

(85) AGO, R., "Le délit international", *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, (1939-II), t.68, Paris, 1947, p. 475.

(86) Respecto del artículo propuesto por Ago, Gattini ha sostenido que el mismo "(...) was the result of a compromise between two opposing views in the ILC: between those members who wanted to codify a sort of guarantee by the state against the consequences of acts of private persons and other members who wanted to codify a sort of guarantee by the state against the consequences of acts private persons and other members who wanted to stress the notion of due diligence as a parameter for the appraisal of the conduct (...)" (GATTINI, A., "Smoking/No Smoking: Some Remarks on the Current Place of Fault in the Draft Articles on State Responsibility", *European Journal of International Law*, Vol. 10, N° 2, 1999, p. 399).

(87) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1975, Vol. I, Responsabilidad de los Estados, 1309 sesión 14 de mayo de 1975 a 1311 sesión 16 de mayo 1975, A/CN.4/264 y Add 1, p.36.

(88) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1975, ob. cit., p. 34.

(89) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1975, ob. cit., p. 36.

(90) Ídem.

(91) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1975, ob. cit., p. 42.

Es de observar, que si bien el Relator Especial niega la definición de normas primarias, admite explícitamente que de la letra del artículo 11 se desprende una mutación de los elementos del hecho ilícito internacional, a partir de la cual, se puede “*distinguir un cambio de elemento subjetivo de la atribución al Estado al elemento objetivo de la violación de una obligación internacional*” (92). Al respecto, consideramos que tanto la crítica como la aceptación del Relator Especial son coherentes con el método adoptado por éste.

La segunda crítica que es importante mencionar, refiere al contenido superfluo, vacuo y repetitivo del texto del artículo 11 en relación a las demás normas de atribución de comportamientos al Estado, receptadas en el Proyecto de REHIL. A tal efecto, Reuter relativizó la importancia de mantener el contenido del artículo 11, afirmando que “*el único objeto de ese artículo consistía en aclarar las consecuencias de lo que se ha enunciado en los artículos precedentes y de lo que se enunciará en los artículos subsiguientes*” (93). Sobre la base de similares consideraciones, Sahovic sostuvo que el artículo 11 debería ser titulado “*comportamiento de los órganos por omisión*” (94). Asimismo, Vallat (95), Ushakov (96) y Ustor (97) proponen que una vez enunciado el principio de no atribución del hecho del particular al Estado en el párrafo 1, el segundo párrafo haga una remisión a las demás normas de atribución de comportamientos al Estado.

La tercera crítica sostiene que debe sustituirse el término “omisión” por el de “comportamiento” considerando que el hecho ilícito del Estado en relación con actos de particulares puede ser tanto una acción como una omisión. De esta forma, Kearney expresa que “puede muy bien darse el caso de que los órganos del Estado realicen ciertos actos positivos que tenga el mismo efecto” (98). Por su parte, Ramangasoavina sostiene que el término omisión “no es suficiente” y observa que hay casos jurisprudenciales de “complicidad tácita o manifiesta de los órganos del Estado” (99).

Es importante destacar, que el Relator Especial adhiere la propuesta de modificar el término “omisión” por el de “comportamiento”, admitiendo que frente a actos de par-

(92) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1975, ob. cit., p. 41.

(93) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1975, ob. cit., p. 32.

(94) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1975, ob. cit., p. 35.

(95) Vallat propone que el párrafo 2 del artículo 11 disponga lo siguiente: “sin perjuicio de la atribución de un comportamiento al Estado en virtud de cualquier disposición de los presentes artículos” (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1975, ob. cit., p. 36).

(96) Ushakov propone que el párrafo 2 del artículo 11 disponga lo siguiente: “el párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la atribución del Estado de su propio hecho”. *Ibíd.*

(97) Ustor propone que el párrafo 2 del artículo 11 disponga lo siguiente: “La disposición del párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la atribución del Estado de un comportamiento que, en virtud de otros artículos del presente capítulo, constituya un hecho del Estado” (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1975, ob. cit., p.41).

(98) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1975, ob. cit., p. 30).

(99) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1975, ob. cit., p. 40).

ticulares puede haber tanto actos de omisión como acciones (100). No compartimos la postura asumida por el Relator, ya que si bien es indiscutible la afirmación del Relator respecto a la dualidad de actos que pueden tener lugar frente al hecho del particular, el artículo 11 no pretendía ser una norma genérica de atribución del comportamiento del Estado en relación a hechos de particulares. Por el contrario, tenía por fin abordar una situación específica que es la atribución al Estado de la omisión de sus órganos frente a la obligación positiva de prevenir o reprimir el hecho del particular.

Distinto es el caso de la acción positiva de los órganos frente al hecho del particular, ya que reviste otros alcances asociados a la idea de actuación estatal por medio de particulares, o de control efectivo del Estado sobre el hecho de particulares, que nada tienen que ver con la independencia fáctica entre el hecho del particular y la omisión del órgano que caracteriza los supuestos de responsabilidad internacional del Estado por falta de diligencia debida.

Tomando en consideración lo expuesto, el artículo 11 propuesto por Ago fue provisionalmente aprobado por el Comité de Redacción, estableciendo que podía atribuirse al Estado “(...) *cualquier otro comportamiento que, hallándose relacionado con el de las personas o grupos de personas (...), deba considerarse hecho del Estado en virtud de los artículos 5 a 10*” (101) (102).

Es de observar, que si bien la responsabilidad internacional del Estado por falta de diligencia debida sólo puede tener lugar en supuestos de un hecho ilícito omisivo, acción insuficiente o complicidad de los órganos del Estado (103), lo expuesto no implica que podamos afirmar que el artículo 11 se refiere exclusivamente a este caso. En sentido contrario, la introducción del término “comportamiento” como referido tanto a acciones como a omisiones, nos indica que el artículo 11 abarca otros supuestos que difieren de las condiciones necesarias para la existencia de responsabilidad internacional por falta de diligencia debida.

Sin embargo, es dable rescatar que el “hecho del Estado” en el caso que nos ocupa, no puede configurarse indistintamente sobre la base de cualquier de los artículos enunciados entre el artículo 5º al 10 como parece referir el artículo transcrito. La concreción

---

(100) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1975, ob. cit., p. 44).

(101) El artículo 5º: Atribución al Estado del comportamiento de sus órganos. El artículo 6º: No pertinencia de la posición del órgano en el marco de la organización del Estado. El artículo 7º: Atribución al Estado del comportamiento de otras entidades facultadas para ejercer prerrogativas del poder público. El artículo 8º: Atribución al Estado del comportamiento de personas que actúan de hecho por cuenta del Estado. El artículo 9º: Atribución al Estado del comportamiento de órganos puestos a su disposición por otro Estado o por una organización internacional. El artículo 10: Atribución al Estado del comportamiento de órganos que actúan excediéndose en su competencia o en contra de las instrucciones concernientes a su actividad.

(102) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1975, Vol. I, Responsabilidad internacional del Estado, A/CN.4/264 y Add. 1, 1345 sesión, 7 de julio de 1975, p. 230.

(103) PISILLO MAZZESCHI, R., “The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States”, *German Yearbook of International Law*, Volume 35, Berlin, 1992, p. 46.

del elemento objetivo del hecho ilícito al que nos referimos, estará supeditado a que se materialicen sus condiciones necesarias: \*comportamiento omisivo o insuficiente del Estado o de cualquier órgano o persona que actúa por cuenta del Estado y \*comportamiento de la persona ajena al Estado.

Pese a la aprobación en primera lectura del artículo 11 por la CDI en sus períodos de sesiones 25º, 26º y 27º (1976), el Primer Informe del Relator Especial James Crawford, correspondiente al 50º Período de sesiones (1998) (104) de la CDI y referido al *“Examen del Proyecto de artículos de la Primera Parte”* (105), propuso su exclusión del texto del Proyecto de REHII. La razón fundamental sobre la que el Relator fundamentó su posición fue la consideración del artículo 11 como una norma circular (106) sin contenido autónomo (107).

Crawford expresó que el artículo 11 no constituía una norma de atribución en sí misma porque se limitaba a fijar un principio de atribución negativa (*“no se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas que no actúe por cuenta del Estado”*) y posteriormente se remitía a los demás supuestos de atribución de un hecho al Estado (*“artículos 5º a 10”*). Asimismo, Crawford (108) enfatizó que el artículo 11 no intentaba determinar *“si los hechos de las personas privadas en su calidad de tales pueden atribuirse al Estado (la respuesta es negativa) sino hasta qué punto tiene el Estado la obligación de impedir esos hechos o de responder cuando se cometen”* (109), mandato que como sabemos, no se desprendería nunca de una norma secundaria y cuya aproximación estaría ligada a la existencia de una norma sustancial, por encima de los límites de lo previsto en la metodología del Proyecto.

Es de observar que, este argumento no puede atribuirse con exclusividad a Crawford, sino que canaliza las ideas que ya se habían expresado en el seno de la CDI con ocasión del debate del artículo 11 propuesto por Ago (110), y que a la vez se desprende del propio comentario al artículo 11 cuando establece que el artículo 11 *“confirma las reglas definidas en los artículos precedentes”* (111) y que por tanto *“si a veces se invoca una responsabilidad internacional del Estado con ocasión de actos de personas privadas esta responsabilidad*

---

(104) SANTULLI, C., “Travaux de la Commission du droit international (cinquante deuxième session)”, *Annuaire français de droit international*, volume 46, 2000. pp. 403-431 ([http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/afdi\\_0066-3085\\_2000\\_num\\_46\\_1\\_3623](http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/afdi_0066-3085_2000_num_46_1_3623)).

(105) *Yearbook of International Law Commission*, 1998, ob. cit., p. 54.

(106) *Yearbook of International Law Commission*, 1998, ob. cit., p. 48.

(107) *Ibidem*.

(108) Vid. CRAWFORD, J., “La seconde lecture du projet d’articles sur la responsabilité des États de la Commission du droit international”, *Revue Générale de Droit International Public*, 2000, p. 919.

(109) *Yearbook of International Law Commission*, 1998, ob. cit., p. 48.

(110) Tal como lo señaláramos precedentemente, la segunda crítica que efectúan los miembros de la CDI al artículo 11 propuesto por Ago, refiere al contenido superfluo, vacuo y repetitivo del texto.

(111) Comentario al artículo 11 del Proyecto de artículos aprobado en Primera lectura por la CDI.

*tiene únicamente como base el comportamiento internacionalmente ilícito observado por los órganos del Estado en relación con los actos de la persona privada” (112).*

La posición de Crawford, es entendible si consideramos que en realidad, el supuesto de responsabilidad internacional del Estado por falta de diligencia debida constituye un caso de responsabilidad internacional del Estado por omisión frente a los hechos de actores privados, que ya encontraba sustento en la norma básica de atribución al Estado del “*hechos de sus órganos*” prevista en el artículo 5º del Proyecto de artículos sobre “*Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*” aprobado en primera lectura (y actualmente en el artículo 4º del Proyecto de artículos sobre “*Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*” (REHII) aprobado en segunda lectura (C.IV) el 26 de julio de 2001).

Desde la perspectiva expuesta, adherimos con Crawford y otros miembros de la CDI ya referidos, a la crítica al artículo 11, y consideramos que el principio general de no atribución del hecho de una persona al Estado debería formar parte de los principios generales previstos en el Capítulo I del Proyecto de artículos, y que el párrafo segundo, debería haber formado parte del comentario al artículo 5º del Proyecto de artículos.

Sin embargo, es imprescindible no dejar de considerar que la propuesta de Crawford no se limitó a afirmar que el supuesto expuesto en el artículo 11 ya encontraba respaldo en otras previsiones del Proyecto y por ende debe ser eliminado. Crawford avanzó aún más proponiendo la sustitución de dicho artículo por otro (artículo 15 bis) referido a la “posterior adopción de una conducta por el Estado”, que disponía que:

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

La vinculación entre el artículo 11 y el nuevo artículo 15 bis es puesta en evidencia por el propio Relator en su Primer Informe de Responsabilidad internacional (113) en que establece que “*for de reasons given in paragraphs 241-245 above, it is recommended that article 11 be deleted. However, the substantial point which it seeks to make is covered by the proposed new article 15 bis to which the commentary to article 11 can be attached*”. Asimismo, enfatizó que el artículo 15 bis “*is a refinement, not a major change in direction*” (114) respecto del artículo 11.

Al respecto no compartimos la visión de Crawford. Contrariamente sostenemos que la situación jurídica referida a la responsabilidad internacional del Estado por falta de diligencia debida en relación a hechos de personas que carecen de vínculo con el Estado (Artículo 11 eliminado), difiere sustancialmente de la situación que subyace a la responsabilidad internacional del Estado por reconocimiento y adopción de hecho de personas que no actúan por cuenta del Estado (Artículo 11 actual), y por tanto, no consideramos

(112) *Ibidem*.

(113) *Yearbook of International Law Commission*, 1998, ob. cit., p. 57.

(114) CRAWFORD, J., “Revising the Draft Articles on State Responsibility”, ob. cit., p. 439.

que ambos artículos puedan cumplir “idéntica función”. Más aún, del Informe de la CDI respecto del 50º sesión se desprende que el nuevo artículo 15 bis fue apoyado por la totalidad de los representantes en el seno de la CDI justamente por constituir una situación jurídica innovadora que no estaba contemplada en el Proyecto de artículos:

*“442. Support was expressed for the proposed article as addressing an **important lacuna** in the draft. However, the comment was made that article 15 bis should be concerned with cases where the acknowledgement of the earlier conduct amounted to a form of recognition of an existing situation, that is to say, where it had a probative value, as distinct from cases where the adoption of conduct occurred de novo without any earlier involvement by the State.” (115)*

Por tanto, consideramos que se trata de dos hechos ilícitos distintos conformados por elementos constitutivos diferentes. Tomando en cuenta el elemento subjetivo del hecho ilícito internacional, podemos decir que en el caso de reconocimiento y adopción del hecho de personas que no actúan por cuenta del Estado, el hecho del particular no coexiste con el hecho del Estado sino que, el hecho del particular deja de existir para transformar su naturaleza jurídica (116) en hecho del Estado, como consecuencia del reconocimiento y la adopción que realiza el Estado y que le da el valor de hecho del Estado.

Por su parte, en el caso de la responsabilidad del Estado por falta de diligencia debida, la independencia fáctica entre el hecho dañoso del particular y la omisión de los órganos del Estado “en relación” o “en ocasión” de ese hecho se preserva. El Estado no asume la responsabilidad de este hecho como propio, sino que responderá por las consecuencias del hecho dañoso del particular en la medida que haya omitido cumplir con su obligación de actuar con la debida diligencia en la prevención o represión del hecho del particular.

Es de observar, que la diferencia sustancial entre ambos comportamientos ya había sido puesta de manifiesto por Roberto Ago en su Cuarto Informe sobre Responsabilidad Internacional del Estado (117), cuando sostuvo que había que distinguir dos situaciones distintas que se derivan de hechos de simples particulares que carecen de vínculo con el Estado: la “aprobación” del hecho del particular por el Estado (118) y la omisión de actuar con la debida diligencia en relación al hecho del particular. Respecto del primer supuesto, Ago sostuvo que *“la acción del simple particular se atribuiría al Estado, sería el propio Estado quién actuaría por mediación de él y quién por tanto, habría incumplido*

---

(115) *Yearbook of the International Law Commission*, 1998, Vol. II, Part Two, A/CN.4/SER.A/1998/Add.I (Part 2), Report of the International Law Commission on the work of its fiftieth session (20 April-12 June and 27 July-14 August 1998), p. 87.

(116) Esta idea se reproduce en Case Concerning the United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran al decir la CIJ que: “The result of that policy was fundamentally to transform the legal nature of the situation created by the occupation of the Embassy and the detention of its diplomatic and consular staff as hostages”. (ICJ, Reports of judgments, Advisory Opinions and Orders, Case Concerning the United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran, United States vs. Irán, Judgment 24 of May 1980, p. 35, párr. 74).

(117) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1972, ob. cit., p. 103.

(118) Le reconoce los mismos efectos que lo actualmente previsto en el artículo 11.

*una obligación internacional*" (119). En cambio, en el segundo supuesto, Ago concluye que frente a la omisión del Estado de actuar con diligencia debida "*este incumplimiento fue directa y únicamente cometido por los propios órganos del Estado y que el hecho del Estado susceptible de crear una responsabilidad internacional sólo podía haber sido la acción u omisión de tales órganos*" (120).

Es menester señalar, que en los casos de reconocimiento y adopción, el comportamiento de la persona que no actúa por cuenta del Estado no le era atribuible al momento de su comisión, pero ulteriormente es asumido por el Estado (121). Lo que significa que la configuración del ilícito en los términos del actual artículo 11, siempre será una vez producido el hecho dañoso del particular. Por el contrario, en el caso de la responsabilidad internacional por falta de diligencia debida, la omisión de los órganos es atribuible al Estado tomando en cuenta incluso el momento anterior a la comisión del hecho dañoso por las personas ajenas al Estado (prevención) o con posterioridad a su ejecución (represión).

En relación al elemento objetivo del hecho ilícito internacional, la importancia de cuestionarse cuál es la infracción que se le imputa al Estado como un criterio delimitador (122) entre el reconocimiento y adopción de un hecho y la responsabilidad por falta de diligencia debida también fue introducida por Ago en su Cuarto Informe sobre Responsabilidad Internacional del Estado que hemos referido supra. En el caso de reconocimiento y adopción de la conducta de personas ajenas al Estado, la obligación internacional violada es aquella que transgredida por el particular, ha sido asumida por el Estado, y donde es la misma acción del particular la que conforma "el núcleo del comportamiento internacionalmente ilícito del Estado" (123). Contrariamente en el supuesto de responsabilidad internacional del Estado por falta de diligencia debida, la infracción que se atribuye al Estado es la omisión de cumplir con la obligación de actuar con la debida diligencia frente al hecho dañoso del particular que conlleva de por sí la violación a otra obligación internacional (124). Se trata de dos obligaciones diferentes donde solo la primera es valorada a efectos de la constitución del hecho ilícito internacional.

La sentencia de la CIJ en el asunto *Caso del Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán* (125) (1980) pone de manifiesto la existencia de estas dos

---

(119) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1972, ob. cit., p. 102.

(120) *Ibidem*.

(121) Texto del Comentario artículo 11 aprobado en Segunda Lectura por la CDI (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2001, Vol. II, Segunda Parte, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53º período de sesiones, 23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001, pp. 54-56).

(122) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1972, ob. cit., p. 103.

(123) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1972, ob. cit., p. 102.

(124) El Relator Especial Ago, pone como ejemplo la toma de una embajada y la existencia de dos obligaciones internacionales violadas: la inviolabilidad de propiedad consular y la obligación de actuar con la debida diligencia (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1972, ob. cit., p. 102).

(125) ICJ, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ob. cit. nota 119.

situaciones jurídicas a las que nos estamos refiriendo en el presente aparatado, y reconoce la existencia de dos argumentos jurídicos diferentes para atribuir responsabilidad internacional al Estado iraní distinguiendo en dos etapas fácticas distintas. Respecto de la primera etapa, la CIJ establece que las misma abarca la invasión de los militantes fundamentalistas iraníes a la Embajada de Estados Unidos en Teherán, y de los Consulados Estados Unidos en Tabriz y Shiraz, así como el secuestro del personal diplomático y consular y de la apropiación de documentos diplomáticos. Como argumento jurídico para atribuir responsabilidad internacional al Estado, la CIJ apela a la violación de la obligación jurídica de actuar con la diligencia debida en la prevención y en la represión del hecho ilícito (126):

*“(...) Iran was placed under the most categorical obligations, as a receiving State, to take appropriate steps to ensure the protection of the United States Embassy and Consulates, their staffs, their archives, their means of communication and the freedom of movement of the members of their staffs (127).*

*“(...) (D)espite assurances previously given by them to the United States Government and despite repeated and urgent calls for help, they took no apparent steps either to prevent the militants from invading the Embassy or to persuade or to compel them to withdraw. Furthermore, after the militants had forced an entry into the premises of the Embassy, the Iranian authorities made no effort to compel or even to persuade them to withdraw from the Embassy and to free the diplomatic and consular staff whom they had made prisoner” (128).*

En relación a la segunda etapa, la CIJ establece que la misma está constituida por todos los hechos seguidos a la ocupación de la Embajada y de los Consulados de Estados Unidos en Irán y específicamente por la aprobación que efectúan las autoridades del gobierno iraní de la invasión de la Embajada y Consulados. En su sentencia la CIJ estableció que:

*“71. In any event expressions of approval of the take-over of the Embassy and indeed also of the Consulates at Tabriz and Shiraz by militants came immediately from numerous Iranian authorities, including religious, judicial, executive, police and broadcasting authorities. Above all, the Ayatollah Khomeini himself made crystal clear the endorsement by the State both of the take-over of the Embassy and Consulates and of the detention of the Embassy staff as hostages. At a reception in Qomon 5 November the Ayatollah Khomeini left his audience in no doubt as to his approval of the action of the militants in occupying the Embassy. To which he said they had resorted ‘because they saw that the shah was allowed in America.’ Saying that he had been informed that the ‘centre occupied by our young men has been a lair of espionage and plotting,’ he asked how the young people could be expected ‘simply to remain idle and witness all these things.’ Furthermore he expressly stigmatized as ‘rotten roots’ those in Iran who were ‘hoping we would mediate*

---

(126) Dupuy adhiere a esta distinción entre la violación de la obligación internacional de actuar con diligencia debida en la primera etapa y el reconocimiento y adopción del hecho como propio en la segunda (DUPUY, P. M., “Dionisio Anzilotti and the Law of International Responsibility of States”, ob. cit., p. 142).

(127) ICJ, *Case Concerning the United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran*, ob. cit., p. 31, párr. 63.

(128) *Ibidem*, párr. 66.

and tell the young people to leave this place.' The Ayatollah's refusal to order 'the young people' to put an end to their occupation of the Embassy, or the militants in Tabriz and Shiraz to evacuate the United States Consulates there, must have appeared the more significant when on 6 November. He instructed 'the young people' who had occupied the Iraqi Consulate in Kermanshah that they should leave it as soon as possible. The true significance of this **was only reinforced when**, next day, he expressly forbade members of the Revolutionary Council and responsible officials to meet the special representatives sent by President Carter to try and obtain the release of the hostages and evacuation of the Embassy." (129)

"73. The seal of **official government approval** was finally set on this situation by a decree issued on 17 November 1979 by the Ayatollah Khomeini. His decree began with the assertion that the American Embassy was "a centre of espionage and conspiracy" and that "those people who hatched plots against our Islamic movement in that place do not enjoy international diplomatic respect." He went on expressly to declare that **the premises of the Embassy and the hostages would remain as they were until the United States had handed over the former Shah for trial and returned his property to Iran.**" (130)

74. The policy thus announced by the Ayatollah Khomeini, of maintaining the occupation of the Embassy and the detention of its inmates as hostages for the purpose of exerting pressure on the United States Government **was complied with by other Iranian authorities and endorsed by them repeatedly in statements made in various contexts.** The result of that policy was fundamentally to transform the legal nature of the situation created by the occupation of the Embassy and the detention of its diplomatic and consular staff as hostages. **The approval given to these facts by the Ayatollah Khomeini and other organs of the Iranian State, and the decision to perpetuate them, translated continuing occupation of the Embassy and detention of the hostages into acts of that State.** The militants, authors of the invasion and jailers of the hostages, **had now become agents of the Iranian State for whose acts the State itself was internationally responsible.**" (131)

Es de observar que, si bien el comentario al nuevo artículo 11 aprobado en segunda lectura (C.IV) por la CDI el 26 de julio de 2001, establece que el término "reconocimiento" y "adopción" al que se refiriere el artículo debe distinguirse de los términos "aprobación" o "apoyo" (132), contrariamente el mismo comentario cita como un ejemplo del supuesto de atribución del hecho al Estado por reconocimiento y adopción la sentencia del *Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán* (1980) que paradójicamente sólo se refiere a los términos "simple aprobación" (approval) o "apoyo" (endorse) del hecho del particular. Más aún, el comentario al artículo 2º del mismo Proyecto cita la sentencia *Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán* como un

---

(129) *Ibidem*, párr. 71.

(130) *Ibidem*, párr. 73.

(131) *Ibidem*, párr. 74.

(132) Cabe destacar que la intención de Crawford de distinguir el término reconocimiento y adopción de apoyo y aprobación recae en que éstos últimos han sido utilizados equívocamente por la jurisprudencia arbitral de fines del siglo XIX para referir a la responsabilidad internacional del Estado por falta de diligencia debida y no para referir al supuesto de reconocimiento y adopción. Ago cita como ejemplo el caso "Cotesworth and Powell" dictado el 5 de noviembre de 1875 (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1972, ob. cit., p. 107).

ejemplo de responsabilidad internacional del Estado por omisión de sus órganos (133), lo que correspondería asociarlo al artículo 4º del actual Proyecto referido a la atribución al Estado del hecho de sus órganos y no al artículo 11. Lo expuesto, nos demuestra la imprecisión y confusión en el que se halla el estado actual de la cuestión, y la ausencia de sustento jurisprudencial que tiene el alcance del actual artículo 11 en los términos propuestos por Crawford.

Por último, cabe preguntarse si un Estado puede ser responsable por ambos hechos: la omisión de prevención y represión del hecho del actor privado y el reconocimiento y adopción posterior del hecho, o si por el contrario el reconocimiento posterior absorbe la falta de diligencia debida inicial del Estado involucrado. En este caso la CIJ enfatiza la distinción entre las dos violaciones a obligaciones internacionales que se producen en el presente caso a través de la utilización de la expresión “*cumulative effect*”:

*“91. At the same time the Court finds itself obliged to stress the cumulative effect of Iran’s breaches of its obligations when taken together. A marked escalation of these breaches can be seen to have occurred in the transition from the failure on the part of the Iranian authorities to oppose the armed attack by the militants on 4 November 1979 and their seizure of the Embassy premises and staff, to the almost immediate endorsement by those authorities of the situation thus created, and then to their maintaining deliberately for many months the occupation of the Embassy and detention of its staff by a group of armed militants acting on behalf of the State for the purpose of forcing the United States to bow to certain Demands.” (134)*

Al respecto consideramos que sería factible en razón de tratarse de dos situaciones fáctico- jurídicas distintas perfectamente delimitables. No obstante Gutiérrez Espada refiriéndose expresamente al caso objeto de estudio, ha sostenido que se trataría de un mismo comportamiento que se imputa al Estado sobre la base de dos fundamentos distintos (135).

### **3. Obligación internacional de medios vs. obligación internacional de resultado**

La importancia central que revestía la noción de diligencia debida en las discusiones de la CDI vuelve a ponerse en evidencia con la introducción de la clasificación entre “obligaciones de comportamiento” (artículo 20) y “obligaciones de resultado” (artículo 21) que incorpora Ago en sus Sexto (1977) y Séptimo (1978) Informes sobre Responsabilidad Internacional del Estado elaborado por Roberto Ago, y que fueron aprobados en primera lectura, por la CDI en su 48º período de Sesiones de 1996 (136). Los textos de los artículos mencionados se configuraban de la siguiente forma:

---

(133) *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, ob. cit., p. 35.

(134) ICJ, *Case Concerning the United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran*, ob. cit., p. 42, párr. 91.

(135) GUTIERREZ ESPADA, C., “El hecho ilícito internacional”, ob. cit., pp. 105-106.

(136) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Vol. II, Segunda Parte, 1996.

*Artículo 20: Violación de una obligación que exige observar un comportamiento específicamente determinado. Hay violación por un Estado de una obligación internacional que le exige observar un comportamiento específicamente determinado cuando el comportamiento de ese Estado no está de conformidad con el que de él exige esa obligación.*

*Artículo 21: Violación de una obligación internacional que exige el logro de un resultado determinado. 1. Hay violación por un Estado de una obligación internacional que le exige el logro de, por el medio que elija, de un resultado determinado si el Estado, mediante el comportamiento observado, no logra el resultado que de él exige esa obligación (...).*

Es de observar que, el elemento distintivo entre ambas modalidades de obligación esta dado por la determinación anticipada del comportamiento específico que debe llevar adelante el Estado para alcanzar un resultado (obligaciones de medios) y la flexibilidad en la elección de los medios para alcanzar el resultado (obligaciones de resultado), pero ambas obligaciones tienen implícitamente en la mira la obtención de un resultado y se asientan sobre la base de comportamientos ya sea determinados o indeterminados.

Es dable destacar que, tanto los criterios de distinción como el contenido de obligaciones de medios y de resultado que subyacen a los sistemas jurídicos internos de los Estados, no se ven reflejados en la clasificación prevista por Ago. Al respecto, Reuter (137) (138), Dupuy (139), Pisillo Mazzeschi (140), Crawford (141) señalan claramente que la clasificación pro-

---

(137) REUTER, P., "Principes de droit international public", *Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, volume 113, 1996, tomo II, p. 536.

(138) En la nota 27 del Sexto Informe sobre Responsabilidad Internacional del Estado Roberto Ago cita la opinión de Reuter en la que este último manifiesta que el criterio distintivo entre las obligaciones de medios y de resultado debiera ser idéntico al del derecho civil. Ago explica que: "P. Reuter propone una aplicación ingeniosa al derecho internacional de nociones propias del derecho civil. Pero debe señalarse que si en la mayoría de los casos una 'obligación de comportamiento' en el sentido que se preconiza aquí es al mismo tiempo una 'obligación de comportamiento' en el sentido con que se emplearía en el derecho civil, no siempre ocurre así; y ello es válido también para las 'obligaciones de resultado'. Según el criterio de derecho civil que exige, por ejemplo, que la obligación del médico de sanar al enfermo sin por otra parte poder asegurar su curación, sea una obligación de comportamiento, debería calificarse de obligación internacional de comportamiento la que incumbe al Estado de proteger a los extranjeros y sobre todo a ciertas personas extranjeras contra los atentados de terceros, obligación que, en cambio, aparece como obligación de resultado con arreglo a los criterios preconizados en esta sección. El Estado tiene en efecto la elección de los medios que estima más adecuados para asegurar la protección de que se trata". (Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1977, Vol. II, Primera Parte, Sexto informe sobre la responsabilidad de los Estados, "El hecho internacionalmente ilícito del Estado como fuente de responsabilidad internacional", 15 de abril, 7 de junio, 5 y 14 de julio de 1977, A/CN.4/SER.A/1977/Add.1, pp. 8-9). Sin embargo, en la 1455ª sesión de la CDI con motivo del debate en torno al artículo 20 propuesto por Ago, Reuter sostuvo que "su propuesta de aplicar ciertas nociones de derecho civil al derecho internacional, al que el Relator Especial se ha referido en la nota 27 de su sexto informe carecía probablemente de rigor terminológico, en consecuencia, el Sr. Reuter se suma a la opinión del Relator Especial" (Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1977, Vol. I, p. 234).

(139) DUPUY, P.M., "Reviewing the difficulties of Codification: On Ago's classification of obligations of Means and Obligations of result in relation to state responsibility", *European Journal of International Law*, Vol. 10, No. 2, Paris, 1999, 378.

(140) PISILLO MAZZESCHI, R., "The Due Diligence Rule (...)", ob. cit. nota 105, p. 46.

(141) CRAWFORD, J., "Revising the Draft Articles (...)", ob. cit. nota 59, p. 441.

puesta por Ago invierte el sentido y alcance de la distinción tradicional de obligaciones de medio y obligaciones de resultado que se desprende de los sistemas jurídicos internos de los Estados y por ello, proponen retornar al significado original de la distinción (142).

Es menester señalar, que del análisis del debate de los proyectos de artículos (20 y 21) en la CDI durante las sesiones 1455<sup>o</sup> a 1457<sup>o</sup> (1977), no es posible advertir una postura coincidente con la que posteriormente elaborarían Dupuy y Pisillo Mazzeschi. Contrariamente, las críticas a la clasificación de las obligaciones internacionales propuesta por Ago fueron efectuadas respetando el alcance y elemento distintivo entre ambos introducido por el Relator (si los medios estaban o no predeterminados) (143).

De la mano, de un cambio de perspectiva coincidente con el derecho civil, Dupuy define la obligación de conducta, como *“an obligation to endeavour or to strive to realize a certain result”* (144) *mientras que en el caso de la obligación de resultado, “there is a burden on the person who owes such an obligation to attain a precise result”* (145).

Por su parte, Pisillo Mazzeschi se refiere a la obligación de comportamiento como *“an obligation to make every effort”* y a la obligación de resultado como *“an obligation to succeed”*. El argumento central para arribar a esta categorización de las obligaciones, reside para Pisillo Mazzeschi en la existencia de un mayor o menor riesgo en la realización del objetivo de la obligación. En el caso de las obligaciones de resultado, el riesgo de no alcanzarlo es menor que en las obligaciones de medios, donde a raíz del carácter aleatorio o incierto de dicho resultado, las probabilidades de alcanzarlo son menores (146).

Por su parte, Crawford sobre la base de las críticas efectuadas por Dupuy (147) sostuvo que *“in the civil law understanding, obligations of result involve in some measure a*

---

(142) DUPUY, P.M, “Reviewing the difficulties of Codification (...)”, ob. cit. nota 143, p. 378.

(143) De esta forma, la distinción entre obligaciones de medios y de resultado fue apoyada sin mayores objeciones de fondo por Tabibi Dadzie, Calle y Calle. Contrariamente Sahovic se manifestó escéptico respecto de la clasificación sosteniendo que “desde un punto de vista general lo que importa es el resultado”. Desde una posición intermedia Sette Camara Ushakov Quentin-Baxter, El-Erian Sucharitkul Francis Vallat, Verosta transmitieron su preocupación respecto de los términos absolutos en que estaba planteada la distinción y las implicancias que ello conllevaría a la existencia de lagunas entre ambas modalidades. Al respecto, Sette Camara sostuvo que “puede que las medidas que adopten las autoridades legislativas o judiciales se aparten ligeramente del comportamiento requerido y sean no obstante plenamente satisfactorias desde el punto de vista del resultado”. Por su parte, Quentin-Baxter expresó que “no está seguro de que cada obligación internacional pueda clasificarse sin reservas en una u otra de estas categorías”. Sucharitkul explicó que “no es, pues seguro que el Relator Especial tenga razón al afirmar que, en derecho internacional positivo, la obligación de un Estado de proteger a los extranjeros debe calificarse de obligación internacional de resultado... puede calificarse también de obligación de comportamiento”. Con igual criterio, Ushakov defendió que “en ciertos casos una obligación puede ser al mismo tiempo una obligación de medio y una obligación de resultado”.

(144) DUPUY, P.M, “Reviewing the difficulties of Codification (...)”, ob. cit., p. 375.

(145) *Ibidem*.

(146) PISILLO MAZZESCHI R., “The Due Diligence Rule (...)”, ob. cit., p. 48.

(147) CRAWFORD J., “Revising the Draft Articles on State Responsibility”, ob. cit., p. 441.

*guarantee of the outcome, whereas obligations of conduct are in the nature of best efforts obligations, obligations to do all in one's power to achieve a result, but without ultimate commitment.*" (148) Más aún, al asumir como Relator Especial propuso abiertamente la eliminación de los artículos 20 y 21 del texto del Proyecto de artículos sobre REHII (149). Sin embargo, al proponer un nuevo artículo 20.2 que resumiera las ideas contenidas en los artículos analizados mantuvo la posición de Ago y reconoció al "resultado" como elemento central de las obligaciones internacionales (150).

De lo expuesto se desprende que, la discordancia entre la propuesta de Ago mantenida por Crawford, y las posiciones asumidas por Dupuy y Pisillo Mazzeschi, revisten una importancia fundamental para el objeto del presente trabajo, si consideramos que las características distintivas que atribuyen unos u otros a las obligaciones de medio y de resultado, determinan las condiciones de su violación.

Por ello, concluir que la obligación de actuar con diligencia debida ha sido violada en un caso concreto, dependerá esencialmente de cuál es la naturaleza jurídica que se haya asignado a la misma. No será lo mismo exigir a un Estado que se esfuerce en evitar un daño u "acontecimiento dado" (obligación de medios) que exigirle que lo evite (obligación de resultado).

La única aproximación (151) a la consideración del tema en el marco del Proyecto de artículos de REHII, se desprende del artículo 23 propuesto por Ago en su Séptimo Informe de Responsabilidad Internacional del Estado, relativo a la "*obligación de prevenir un acontecimiento dado*" que fue aprobado en Primera Lectura por la CDI en su 48º período de Sesiones (1996):

*"Artículo 23 Violación de una obligación internacional de prevenir un acontecimiento. Cuando el resultado exigido de un Estado por una obligación internacional sea prevenir, por el medio que elija, que se produzca un acontecimiento dado, sólo habrá violación de esa obligación si el Estado, mediante el comportamiento observado, no logra el resultado"* (152).

---

(148) *Yearbook of the Commission of International Law*, 1999, Vol. II, First Part, Documents of the fifty-first session, Second Report on State responsibility, A/CN.4/SER.A/1999/Add.1, 17 March, 1 and 30 April, 19 July 1999, p. 21.

(149) Al decir en su Segundo Informe sobre Responsabilidad Internacional que "there is clearly a strong case for simply deleted them" (*Yearbook of the Commission of International Law*, 1999, ob. cit., p. 28).

(150) Conforme lo expone el texto propuesto por Crawford: "Article 20.2. An international obligation requiring a State to achieve or prevent a particular result by means of its own choice is breached if, by the means adopted, the State does not achieve or prevent that result."

(151) Hablamos de "aproximación" porque la obligación de diligencia debida no se da sólo en la prevención del hecho del particular sino en la obligación de represión del hecho, que no tiene cabida en el artículo 23 propuesto por Ago.

(152) *Anuario de Derecho Internacional*, 1978, Vol. II, Segunda Parte, Texto de los artículos 23 a 27 y comentarios relativos a los mismos aprobados por la Comisión en su 30º período de sesiones, pp. 79-80.

De esta forma, la obligación de actuar con la diligencia debida en la prevención de un acontecimiento dado, aparece como una “especie” (153) dentro de las obligaciones de resultado y se inscribe en plena consonancia con los elementos esenciales que solían caracterizar la propuesta de artículo 11 (154) efectuada por Ago respecto del “*comportamiento de simples particulares*” (que en realidad hacía referencia a la omisión del Estado “en ocasión” de hechos de particulares), a saber: \*un comportamiento del Estado; \* un acontecimiento dado (hecho del particular); \* la violación de la obligación de prevenir el hecho del particular (negligencia del Estado); y \* el nexo causal entre el comportamiento del Estado y el acontecimiento dado.

La segunda de las condiciones merece nuestra atención, en cuanto según Ago, para que el Estado sea declarado responsable por el hecho del particular, no basta con que efectivamente se haya producido el hecho, sino que exige además que “éste (refiriéndose al acontecimiento), haya podido producirse porque el Estado, por su comportamiento, no ha sabido o no ha querido prevenirlo y cuando resulta que hubiera podido evitarlo mediante comportamiento diferente puede llegarse a la conclusión de que no se ha logrado el resultado exigido por la obligación” (155). En sentido contrario, si el Estado hubiese adoptado todas las medidas preventivas suficientes y posibles, y sin embargo, no evita el acontecimiento (156), ¿podría declararse al Estado responsable por la violación de prevenir en los términos del artículo 23? Al respecto Ago contesta que:

*“(...) sea cual fuere el acontecimiento que se trata de prevenir, esa prevención no puede ser absoluta. No se puede exigir al Estado que consiga que el acontecimiento no se produzca en ningún caso, la obligación exige únicamente que adopte todas las medidas en su poder para prevenir el acontecimiento. Dicho de otro modo, el Estado no está obligado a lo imposible si el acontecimiento no puede prevenirse (157)”.*

De lo expuesto se desprende, que Ago reconoce que la obligación de prevenir como obligación de resultado no es una obligación absoluta. De lo contrario, tal y como lo había anticipado García Amador, su procedencia esta supeditada a la convergencia de dos condiciones. La primera, que el Estado tenga la posibilidad real y razonable de

(153) *Anuario de Derecho Internacional*, 1978, ob. cit., p. 84.

(154) El artículo 11 referido al “comportamiento de simples particulares” propuesto por Ago en 1972 establecía: 1. El comportamiento de un simple particular o de un grupo de particulares, en su calidad de tales, no puede considerarse en el plano del derecho internacional como un hecho del Estado. 2. Sin embargo, la regla enunciada en el párrafo que antecede no impide que pueda atribuirse al Estado la omisión eventual de sus órganos en el caso en que éstos hubieran debido actuar para prevenir o reprimir el comportamiento del particular o del grupo de particulares y no lo han hecho”.

(155) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1978, ob. cit., p. 81.

(156) Es necesario preguntarse además qué es lo que tiene que evitar el Estado: el acontecimiento dado (atentado terrorista, colocación de minas, invasión de la embajada), o el daño derivado del acontecimiento (muertes derivadas del terrorismo, daños a extranjeros y a sus bienes materiales, daño a la embajada sus archivos y personal presente etc.).

(157) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1977, vol. I, 1457º sesión, 11 de julio de 1977, A/CN.4/SER.A/1977, p. 248.

prevenir el acontecimiento del particular mediante la adopción de todas las medidas tendientes a prevenir el acontecimiento (158). Y la segunda condición radica en que el riesgo del acontecimiento sea previsible para el Estado, es decir no sea un riesgo imposible de prever.

Es de observar, que los miembros de la CDI han hecho referencia a las condiciones mencionadas *supra*, con motivo del debate respecto del proyecto de artículo 23 propuesta por Ago entre las sesiones 1476º y 1479º. Respecto a la exigencia de que el acontecimiento dado sea evitable, Calle y Calle sostuvo que “conviene precisar en el proyecto de artículo 23 que las medidas preventivas deben ser razonables puesto que de otro modo, la obligación que se impone al Estado de prever el futuro podría resultar demasiado amplia” (159) y por tanto propuso que el Estado solo incurra en responsabilidad internacional en la medida en que sea “manifiesto” que no adoptó las medidas de prevención” (160). Por su parte, Njenga ha expresado que el Estado tiene la obligación de “garantizar una protección razonable” (161). Por último, Quentin-Baxter ha manifestado que “es a todas luces evidente que los Estados no son todopoderosos, no pueden evitar que se produzcan ciertos acontecimientos” y ha avanzado aún más proponiendo que “más valdría hablar de tomar precauciones” (162).

Con respecto a la segunda condición (previsión del riesgo de daño) Reuter ha sostenido que el Estado sólo responde cuando el riesgo es “aparente”, es decir, sólo “cuando el riesgo puede ser determinado exactamente de antemano el Estado debe adoptar medidas de prevención proporcionales al riesgo” (163). Con igual criterio, Díaz González manifiesta que “*la responsabilidad del Estado se encuentra pues, limitada por la naturaleza de los riesgos vinculados a la realización de un acontecimiento determinado*” (164) y a tal efecto, considera que “*no se lo puede considerar sistemáticamente responsable de lo imprevisible*” (165). Finalmente, Sucharitkul ha expresado que “*el alcance de la obligación de comportamiento varía según las circunstancias de cada caso, como la inminencia o la gravedad de un peligro previsible*” (166).

La jurisprudencia internacional también se ha referido a las condiciones mencionadas a los fines de evaluar la procedencia o no de la obligación de actuar con diligencia

---

(158) Ago expone que el artículo 23 “deben entenderse normalmente dentro de los límites de lo razonable y posible” (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1978, vol. I, 1476º a 1478º, p. 10).

(159) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1978, vol. I, ob., p. 6.

(160) *Ibidem*.

(161) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1978, ob. cit., p. 8.

(162) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1978, ob. cit., p. 18.

(163) *Ibidem*.

(164) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1978, ob. cit., p. 10.

(165) *Ibidem*.

(166) *Ibidem*.

debida. En el asunto *“Fundición de Trail (Estados Unidos/ Canadá)”* del 11 de marzo de 1941, el Tribunal Arbitral estableció que

*“(...) under the principles of international law, as well as of the law of the United States, no State has the right to use or permit the use of its territory in such manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequences and the injury is established by clear and convincing evidence (...).”* (167)

*“Considering the circumstances of the case, the Tribunal holds that the Dominion of Canada is responsible in international law for the conduct of the Trail Smelter.”* (168)

Por su parte, en el asunto, *“Estrecho de Corfú (Gran Bretaña vs. Albania)”*, 9 de abril de 1949 referido a la responsabilidad internacional de Albania por las explosiones de unas minas en el Estrecho de Corfú que afectaron a personas y barcos británicos (169), la CIJ sostuvo que:

*“The obligations incumbent upon the Albanian authorities consisted in notifying, for the benefit of shipping in general, the existence of a minefield in Albanian territorial waters and in warning the approaching British warships of the imminent danger to which the minefield exposed them. Such obligations are based, not on the Hague Convention of 1907, No. VTII, which is applicable in time of war, but on certain general and well recognized principles, namely: elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war; the principle of the freedom of maritime communication; and every State’s obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States.”* (170)

*“(...) Albania neither notified the existence of the minefield, nor warned the British warships of the danger they were approaching.”* (171)

*“(...) nothing was attempted by the Albanian authorities to prevent the disaster. These grave omissions involve the international responsibility of Albania (...).”* (172)

*“The Court therefore reaches the conclusion that Albania is responsible under international law for the explosions which occurred on October 22nd 1946, in Albania waters and for the damage and loss of human life which resulted from them (...).”* (173)

Por su parte, en la sentencia del caso *“The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina vs. Serbia*

(167) Tribunal Arbitral, *Asunto Trail Smelter Arbitration United States/Canada*, 11 de marzo de 1941.

(168) *Ibidem*.

(169) Vid. WAIBEL, M., *“Corfu Channel Case”*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, pp. 1-6. CARTY, A., *“The Corfu Channel and the missing admiralty orders”*, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 3, 2004, pp. 1-35.

(170) ICJ, *The Corfu Channel Case*, 9 de April de 1949, Reports 1949, p. 22.

(171) *Ibidem*.

(172) *Ibidem*, p. 23.

(173) *Ibidem*.

and Montenegro” del 26 febrero de 2007, la CIJ refiriéndose al artículo I de la Convención (174) estableció que:

“438. In view of their undeniable influence and of the information, voicing serious concern, in their possession, the Yugoslav federal authorities should, in the view of the Court, have made the best efforts within their power to try and prevent the tragic events then taking shape, whose scale, though it could not have been foreseen with certainty, might at least have been surmised. The FRY leadership and President Milošević above all, were fully aware of the climate of deep-seated hatred which reigned between the Bosnian Serbs and the Muslims in the Srebrenica region. As the Court has noted in paragraph 423 above, it has not been shown that the decision to eliminate physically the whole of the adult male population of the Muslim community of Srebrenica was brought to the attention of the Belgrade authorities. Nevertheless, given all the international concern about what looked likely to happen at Srebrenica, given Milošević’s own observations to Mladic, which made it clear that the dangers were known and that these dangers seemed to be of an order that could suggest intent to commit genocide, unless brought under control, it must have been clear that there was a serious risk of genocide in Srebrenica. Yet the Respondent has not shown that it took any initiative to prevent what happened, or any action on its part to avert the atrocities which were committed. It must therefore be concluded that the organs of the Respondent did nothing to prevent the Srebrenica massacres, claiming that they were powerless to do so, which hardly tallies with their known influence over the VRS. As indicated above, for a State to be held responsible for breaching its obligation of prevention, it does not need to be proven that the State concerned definitely had the power to prevent the genocide; it is sufficient that it had the means to do so and that it manifestly refrained from using them.” (175)

Es de observar que, si bien no es objeto de nuestro trabajo efectuar un análisis exhaustivo de la jurisprudencia internacional en materia de diligencia debida (176), en el caso

---

(174) El artículo I de la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948 y entrada en vigor el 12 de enero de 1951, de conformidad con el artículo XIII establece que: “Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar”. La Convención se encuentra disponible en: <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDM6H>.

(175) ICJ, “*The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)”, 26 febrero de 2007, p. 157.

(176) Sin embargo, con motivo de la sentencia de la CIJ en el caso “*The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)” varios autores han interpretado que la jurisprudencia ha modificado dicha idea por la de “capacidad de influencia”. Para profundizar el tema Vid. ARREDONDO, R., “La prevención del Genocidio y la Responsabilidad de proteger”, pp. 231-259 en CONSIGLI, J.A. (coordinador), *El Genocidio ante la Corte Internacional de Justicia. Reflexiones en torno al caso de Bosnia contra Serbia sobre Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio*, CARI, Buenos Aires, 2009, pp. 1-267. GAETA, P., “On what conditions can a State be held responsible for genocide?”, *The European Journal of International Law*, Vol. 18 no. 4, 2007, pp. 631-648. CERNIC, J. L., “Catching the Conscience of Judges”, *Australian International Law Journal*, 14 Austl. Int’l L.J., 2007, pp. 255-260. CASSESE, A., “On the Use of Criminal Law Notions in Determining State Responsibility for Genocide”, *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, pp. 875-887. OLLIVIER, A., “The Judgment of the International Court of Justice in the “Genocide” between Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro”, *International Legal Materials*, Vol. 46, No. 2 (March 2007), pp. 185-187. GATTINI, A., “Breach of the Obligation to Prevent

del Genocidio de Srebrenica la CIJ modifica su criterio en varias cuestiones. En primer lugar, establece que la obligación de prevención constituye una obligación de conducta del Estado de “*power to try*” (177). En segundo lugar, y a diferencia de los casos anteriores la CIJ no evalúa si el daño (genocidio) era “evitable” conforme las posibilidades reales y razonables de prevención de Serbia sino que se limita a constatar que había medios de prevención que no fueron utilizados (influencia) sin importar si hubiesen evitado ciertamente el genocidio. En tercer lugar, la ICJ le otorga valor relativo al hecho de que Serbia conocía del riesgo de genocidio en Srebrenica, a diferencia de los casos anteriores donde tiene un valor determinante.

Con respecto a la postura de la doctrina internacional, podemos afirmar que la mayoría de los autores, entre los que encontramos a Dupuy (178), Pisillo Mazzeschi (179) y Koivurova (180), circunscriben el ámbito de actuación de la diligencia debida a las obligaciones de comportamiento, tanto en la prevención del hecho como en la persecución y castigo del mismo.

Sin embargo, pareciera no haber consenso doctrinal respecto de esta cuestión. Verdross sostiene que “el DI sólo exige que se dé un resultado” (181) en tanto el derecho interno es mero hecho. Asimismo, Drnas de Clément ha sostenido que “la falta de diligencia debida no es una simple omisión, ya que no constituye violación de una norma concreta de hacer, sino violación de una norma general, difusa, de resultado (vg. no causar daño transfronterizo), que se concreta a nivel interno en obligaciones de comportamiento para que no se produzcan efectos negativos en el ámbito internacional, efectos que, bajo ciertas condiciones, podrían generar responsabilidad internacional” (182). Más aún, refiriéndose al derecho medioambiental, la autora mencionada ha enfatizado que “la diligencia debida no constituye en este caso, en esta materia, una obligación de mero comportamiento sino una obligación de estructura compleja, más cercana a la obligación de resultado: la obligación del Estado de evitar que se produzca un daño transfronterizo por la actividad realizada por particulares en su territorio

---

and Reparation Thereof in the ICJ’s Genocide Judgment”, *European Journal of International Law*, Vol. 18 no. 4, 2007, pp. 695-713.

(177) *Ibidem*.

(178) DUPUY, P.M., “Reviewing the difficulties of Codification (...)”, *ob. cit.*, p. 375.

(179) PISILLO MAZZESCHI, R., “The Due Diligence Rule (...)”, *ob. cit.*, p. 48.

(180) KOIVUROVA, Timo, “Due Diligence”, *ob. cit.*, p.1.

(181) VERDROSS, A., “Derecho Internacional Público”, Ed. Aguilar, 5ª edición, Madrid, 1976, p. 106.

(182) DRNAS DE CLEMENT, Z., “La inconclusa puja entre Objetivistas y Subjetivistas en los Proyectos sobre Responsabilidad Internacional de la Comisión de Derechos Internacionales”, en ÁLVAREZ LONDOÑO, L.F. et al. *El derecho internacional entre lo jurídico y lo político. Homenaje al Profesor Rafael Nieto Navia*, Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá-Colombia, 2009, pp. 21-45. DRNAS DE CLEMENT, Z., “La Diligencia Debida como eje de articulación entre la responsabilidad por ilícito internacional y la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actividades no prohibidas por el Derecho Internacional”, ponencia publicada Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina) (<http://www.acader.unc.edu.ar>), 1997.

como consecuencia de la falta de adopción de medidas de prevención adecuadas a las circunstancias” (183).

En realidad, entendemos que la diferencia entre ambas posturas reside en la proyección *ad intra* o *ad extra* que se le otorgue a la obligación de actuar con diligencia debida y cuál es la norma primaria que se entiende violada en los supuestos de responsabilidad internacional del Estado por hechos de actores no estatales. Tanto Dupuy (184), Pisillo Mazzeschi (185) y Koivurova consideran que existe un estándar de diligencia debida interno del Estado que conforma el contenido de la obligación internacional de actuar con diligencia debida, y por tanto, la norma primaria violada es la obligación de actuar con diligencia debida. Mientras tanto, Drnas de Clément sostiene que las “normas dictadas por un Estado en cumplimiento de estándares mínimos de debida diligencia constituyen *tertium genus* entre las normas de derecho interno y las internacionales” (186) y por ello, la norma primaria es la obligación de no dañar a otro Estado.

Al respecto, adherimos la postura de Drnas de Clement, y agregamos que la obligación de no dañar como obligación de resultado será procedente en la medida en que confluyan en el caso concreto las condiciones de previsibilidad del riesgo de daño, y las posibilidades reales y razonables del Estado de actuar diligentemente en la prevención y represión del daño (u acontecimiento) (187).

Sin embargo, valorando la opción metodológica mantenida por los Relatores, no consideramos que fijar el alcance de la noción de diligencia debida sea competencia de la CDI a través de un Proyecto de REHII, sino que corresponde a los tribunales internacionales ponderarla en el caso concreto, tomando como base la práctica jurisprudencial previa e histórica en esta materia.

---

(183) DRNAS DE CLEMENT, Z., “Valor de las normas de Derecho Interno que cubren el contenido sustantivo de la Diligencia Debida”, Decimocuarto Congreso Ordinario de la A.A.D.I, Décimo Congreso Argentino de Derecho Internacional “Dr. Manuel Viera” (Mendoza, 25 a 27 de setiembre de 1997), p. 4.

(184) DUPUY, P.M., “Reviewing the difficulties of Codification (...)”, ob. cit., p. 375.

(185) PISILLO MAZZESCHI, R., “The Due Diligence Rule (...)”, ob. cit., p. 48.

(186) DRNAS DE CLEMENT, Z., “Valor de las normas de Derecho Interno (...)”, ob. cit. nota 183.

(187) Tomando en consideración lo expuesto es menester efectuar algunas observaciones. En primer lugar, que la obligación de prevención que introduce Ago en el artículo 23 hace expresa referencia a la obligación de prevenir “un acontecimiento dado” mientras que, la obligación de prevención a la que se refiere la jurisprudencia citada hace referencia a la prevención del daño. La diferencia no es menor, si tomamos en consideración que pueden existir casos en los que no habiéndose producido daño sería posible hacer responsable al Estado por la omisión en la prevención diligente del acontecimiento dado. Por ejemplo el caso de un Estado que tolera que su territorio sea utilizado para entrenar grupos terroristas, aun cuando no se haya producido ningún atentado ¿sería posible atribuir responsabilidad internacional al Estado por falta de diligencia debida? Al respecto Ago considera que la obligación de no permitir el uso perjudicial del territorio es una obligación de comportamiento del Estado. Por nuestra parte consideramos, que dicho principio forma parte de la norma compleja de diligencia debida.

## Reflexiones finales

La consideración de la noción de diligencia debida como un estándar de comportamiento vinculado a la norma primaria de no dañar, ha estado presente desde los mismos orígenes del proceso codificador de las normas que rigen la responsabilidad internacional en el seno de la CDI. Si bien su existencia en cuanto tal, no ha sido negada por la CDI, han existido profundos y arduos debates en cuanto su alcance e implicancias.

Al respecto, podemos afirmar que la discusión de la CDI en los últimos 40 años de debate, ha girado en torno una dialéctica circular que puede resumirse en: aceptar que existe como estándar de comportamiento de los Estados, introducirla implícitamente en el Proyecto, y excluirla por constituir una referencia demasiado directa, en oposición a la metodología del Proyecto.

En el fondo, más allá de las cuestiones formales, el voluntarismo político se impone, y de lo que se trata es de no cristalizar las complejas implicancias que subyacen a la utilización del estándar de diligencia debida en un caso concreto: excluir la ilicitud de un hecho que podría serle atribuido al Estado por omisión, o hacer procedente la responsabilidad internacional cuando la diligencia empleada por el Estado no es considerada ni suficiente ni razonable.

La discusión no es tan inconclusa como lo que parece. Cuando el Estado no cumple los estándares de diligencia debida razonablemente esperados, incurre en una omisión internacional en relación al hecho dañoso.

Por tanto, sostenemos que ha sido un error recurrente de la CDI haber querido, desde la misma génesis del proceso codificador, buscar una norma específica como sustento legal para atribuir responsabilidad internacional al Estado por hechos de actores privados que carecen de todo vínculo oficial con el Estado, cuando ya existía un consenso doctrinal respecto de la responsabilidad del Estado por omisión de sus órganos.

Más aún, consideramos que el artículo 11 actualmente vigente, no constituye la base legal de la responsabilidad internacional por falta de diligencia debida sino que por el contrario intenta ser una válvula de escape de los Estados para evitar asumir responsabilidad internacional, introduciendo estrictos requisitos para su procedencia (reconocimiento y adopción) que nada tienen que ver con los elementos esenciales que se encuentran presentes en los supuestos de responsabilidad por omisión de sus órganos frente al hecho de actores privados.

Tomando en consideración lo expuesto en el presente trabajo, podemos concluir que la única norma del Proyecto sobre REHII a partir de la cuál es posible fundamentar la responsabilidad internacional del Estado por falta de diligencia debida en la prevención o represión del hecho dañoso, es la norma básica de atribución de responsabilidad internacional del Estado por atribución del comportamiento de sus órganos previsto en el artículo 4º del Proyecto, y en este caso concreto de la omisión de sus órganos.

## Bibliografía

AGO, R. "Nouvelles réflexions sur la codification du droit international", *Revue Générale de Droit International Public*, 1988, pp. 539-576.

AGO, R. "Le délit international", *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1939-II, París, Sirey, 1947, t. 68.

ANZILOTTI, D. "La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers", *Revue Générale de Droit International Public*, Tomo XIII, 1906, p. 5.

ARREDONDO, R. "La Prevención del Genocidio y la responsabilidad de Proteger", en CONSIGLI, J.A. (Coord.), *El Genocidio ante la Corte Internacional de Justicia. Reflexiones en torno al caso Bosnia contra Serbia sobre la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio*, Ed. CARI, Buenos Aires, pp. 231-26.

BALCH, T.W. *The Alabama Arbitration*, Ed. Allen, Lane & Scott, Philadelphia, 1900, pp. 1-170.

BARNIDGE, R.J.R. "The Due Diligence Principle under International law", *International Community Review*, Vol. 8, 2006, pp. 81-122.

BECKER, T. *Terrorism and the State: Rethinking the Rules of State Responsibility*, Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 1-304.

BIRIGHAM, T. "Alabama Arbitration", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2010, pp.1-4.

BORCHARD, E.M. "The Law of Responsibility of States for damage done in their territory to the person or property of foreigners", *Harvard Research in International Law*, Original materials, 1966, pp. 186-195.

BOCHARD, E. M. "Responsibility of States at the Hague Codification Conference", *The American Journal of International Law*, Vol. 24, No. 3, 1930, p. 536.

BOCHARD, E.M. "International Responsibility of the State for Injuries Sustained by Aliens During Civil War", *Proceedings of the American Political Science Association*, Vol. 10, Tenth Annual Meeting, 1913, p.118.

BOCHARD, E.M. "The Citizen abroad", *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting*, (1921-1969), Vol. 21 (April 28-30, 1927), p. 24.

BODANSKY, D.-CROOK, J.R. "Symposium: The ILC'S State Responsibility articles", *American Society of International Law*, Volume 96, 2002, p. 779.

CASSESE, A. "On the Use of Criminal Law Notions in Determining State Responsibility for Genocide", *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, pp. 875-887.

CARTY, A. "The Corfu Channel and the missing admiralty orders", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 3, 2004, pp. 1-35.

CERNIC, J.L. "Catching the Conscience of Judges", *14 Austl. Int'l L.J.*, 2007, pp. 255-260.

COFFEY, H. C. "Responsibility of States for injuries suffered by foreigners within their territories on account of Mob Violence, Riots and Insurrection", *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting*, Vol. 21, 1927, p. 63.

CRAWFORD, J.-GRANT, T. "Responsibility of states for injuries to foreigners", Chapter 3, *Harvard Research in International Law*, 2007, pp. 77-126.

CRAWFORD, J. "The ILC's Articles on Responsibility if States for Internationally Wrongful Acts: Completion of the second reading", *European Journal of International Law*, 2001-12, pp. 963-991.

CRAWFORD, J. "La seconde lecture du projet d'articles sur la responsabilité des États de la Commission du droit international", *Revue Générale de Droit International Public*, 2000, p.919.

DRNAS DE CLEMENT, Z. "Prevención del Daño Transfronterizo a la Luz de los Proyectos de la Comisión de Derecho Internacional de NU en Materia de Responsabilidad Internacional", Colegio de abogados Madrid, 2002 (obtenible en <http://www.acader.unc.edu.ar>).

DRNAS DE CLEMENT, Z. "La Diligencia Debida como eje de articulación entre la responsabilidad por ilícito internacional y la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actividades no prohibidas por el Derecho Internacional", ponencia publicada Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina), 1997, <http://www.acader.unc.edu.ar>.

DRNAS DE CLEMENT, Z. "La inconclusa puja entre Objetivistas y Subjetivistas en los Proyectos sobre Responsabilidad Internacional de la Comisión de Derechos Internacional", en ÁLVAREZ LONDOÑO, L.F. et al. *El derecho internacional entre lo jurídico y lo político. Homenaje al Profesor Rafael Nieto Navia*, Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá-Colombia, 2009, pp. 21-45.

DUMAS, J. "La responsabilité des États à raison des crimes et délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers", *Recueil des cours*, Volume 36 (1931-II), pp. 257-258.

DUPUY, P.-M. "Reviewing the difficulties of Codification: On Ago's classification of obligations of Means and Obligations of result in relation to state responsibility", *European Journal of International Law*, Vol. 10, No. 2, Paris, 1999, 371-385.

DUPUY, P.-M. "The International Law of State Responsibility: revolution or evolution?" *Michigan Journal of International Law*, Vol. 11, Paris, 1989, pp. 105-128.

DUPUY, P.-M. "Dionisio Anzilotti and the Law of International Responsibility of States", *European Journal of International Law*, Vol. 3, Paris, 1992, pp. 139-148.

EAGLETON, C.-DUNN, F.S. "Responsibility for damages to persons and property of aliens in undeclared war", *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting*, Vol. 32, 1938, pp. 127-146.

FELLER, A. H. "Some Observations on the Calvo Clause", *The American Journal of International Law*, Vol. 27, No. 3, Jul., 1933, pp. 461-468.

GAETA, P. "On what conditions can a State be held responsible for genocide?", *The European Journal of International Law*, Vol. 18 no. 4, 2007, pp. 631-648.

GATTINI, A. "Breach of the Obligation to Prevent and Reparation Thereof in the ICJ's Genocide Judgment", *European Journal of International Law*, Vol. 18 no. 4, 2007, pp. 695-713.

GATTINI, A. "Smoking/No Smoking: Some Remarks on the Current Place of Fault in the Draft Articles on State Responsibility", *European Journal of International Law*, Vol. 10, N° 2, 1999, pp. 397-404.

GARCIA AMADOR FV. "State responsibility: some new problems", *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1958-II, Leyden, Sijthoff, 1959, t. 94.

GARCIA AMADOR, F.-SOHN, L. B.-BAXTER, R.R. *Recent codification of the law of state responsibility for injuries to aliens*, Ed. Oceana Publications Dobb Ferry New York, 1974, pp. 26-36.

GARNER, J.M. "Continuation of the round table Conference on the Responsibility of states for damage done in their territories to the persons or Property of foreigners", *American Society of International Law*, 1927, pp. 49-62.

GARNER, J.W. "Responsibility of States for injuries suffered by foreigners within their territories on account of Mob Violence, Riots and Insurrection", *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting*, Vol. 21, 1927, p. 50.

GORDON, A. C. "Attributing acts of omission to the state", *Michigan Law School*, vol. 12, 1991-1992, pp. 312-370.

GUTIERREZ ESPADA, C. *El hecho ilícito internacional*, Cuadernillos internacionales 5, Universidad Autónoma de Madrid, Ed. Dykinson S.L, Madrid, 2005, pp. 15-30.

HACKWORTH, G. H., "Responsibility of States for Damages caused in their Territory to the Person or Property of Foreigners: The Hague Conference for the Codification of International Law", *The American Journal of International Law*, Vol. 24, No. 3, 1930, p. 512.

HERSHEY, A.S. "The Calvo and Drago Doctrines", *American Journal of International Law*, Vol. 1, No. 1 (Jan. - Apr., 1907), pp. 26-45.

HESSBRUEGGE, J. A. "The Historical Development of de doctrines of attribution and due diligence in international law", *N.Y.U Journal of International Law and Politics*, Vol. 36, 2004, pp. 265-306.

KOIVUROVA, T. "Due Diligence", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, Oxford, pp.1-12.

OLLIVIER A. "The Judgment of the International Court of Justice in the "Genocide" between Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro", *International Legal Materials*, Vol. 46, No. 2 (March 2007), pp. 185-187.

PISILLO MAZZESCHI, R. "The due diligence rule and the nature of the international responsibility of states", *German yearbook of international law*; vol. 35, Berlin, 1993, pp. 9-51.

REMIRO BROTONS, A.R. "Spanish Zone of Morocco Claims", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg and Oxford, pp. 1-5.

REUTER, P. "Principes de droit international public", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, volume 113, 1996, tomo II, p. 536.

RUYS, T. - VERHOEVEN, S. "Attacks by private actors and the right of self defense", *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 10 No. 3, pp. 289-320, 2005, Oxford University Press.

SANTULLI, C. "Travaux de la Commission du droit international (cinquante deuxième session)", *Annuaire français de droit international*, Volume 46, 2000, pp. 403-431.

SOHN, L.B. - BAXTER, R. R. "Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens: II. Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens", *American Journal of International Law*, Vol. 55, No. 3, 1961, pp. 548-584.

SUMMERS, M.L. "The Calvo Clause", *Virginia Law Review*, Vol. 19, No. 5, 1933, pp. 459-484.

VERDROSS, A. *Derecho Internacional Público*, Ed. Aguilar, 5ª edición, Madrid, 1976, p. 106.

WAIBEL, M. "Corfu Channel Case", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, p. 1-6.

WAGNER M. "Non state actors", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, Oxford, pp. 1-10. ♦