

EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL A ESTADOS EN EL CONTEXTO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL. APORTES DESDE LA TEORÍA DE LAS EMOCIONES*

TOMÁS MARIANO GUISADO LITTERIO**

Resumen: Si bien el instituto del daño moral, tal como fue concebido en el Derecho Privado, se sustenta en la reparación de lesiones emocionales de individuos, cabe preguntarse si también los Estados pueden ser susceptibles de sufrir tales agravios. Ello, en virtud de que, si bien en el plano de lo jurídico configuran entes ideales, esconden desde lo sociológico, como toda persona jurídica, una realidad social. Esta realidad social viva es reconocida como un sujeto de derecho, pero aquello no es más que una herramienta desarrollada por juristas para facilitar el desarrollo de relaciones jurídicas. Si bien la subjetividad es una construcción jurídica ideal, no debe ignorarse el hecho de que detrás de cada Estado hay una población, con una identidad colectiva, vinculada por lazos emocionales fuertes pero sensibles. Podría considerarse que esta experiencia intersubjetiva que conecta los individuos integrantes de un grupo (en este caso, los nacionales de un Estado), permite que un agravio “moral” —o sencillamente inmaterial— al grupo en su conjunto (en el caso, al Estado como personificación jurídica del grupo) repercuta como daño emocional a los integrantes del grupo. La teoría de las emociones moderna entiende que las sociedades pueden desarrollar “emociones colectivas”, que se definen como la acumulación de emociones individuales que distintas personas experimentan como resultado de sentirse identificadas con un grupo determinado. Para que una sociedad pueda desarrollar su propia orientación emocional, debe tener experiencias comunes y normas compartidas

* Recepción del original: 26/11/2019. Aceptación: 30/12/2019.

** Auxiliar docente de Derecho Internacional Público (UBA). El presente trabajo de investigación fue realizado en el marco del Proyecto DeCyT DCT1407 “Las pasiones del derecho internacional: Improntas afectivas, emociones estatales y sentimientos políticos en la historia del *ius gentium*” (2014-2016), a cargo del Dr. Emiliano J. Buis.

por sus miembros, atributos paradigmáticos de los Estados. Así, los Estados son moldes propensos para la formación de colectividades que sienten una intensa identificación con su nacionalidad como grupo de pertenencia. Ello conlleva el riesgo de que un agravio de orden moral infligido al grupo se traslade a cada uno de sus miembros, quienes sentirán en su persona el impacto de la afronta emocional debido a su íntima identificación con el colectivo agraviado.

Palabras clave: derecho internacional — daño moral — responsabilidad internacional — reparación — emociones

Abstract: Although the institute of moral damage, as conceived in Private Law, is based on the reparation of individuals’ emotional injuries, it is worth asking whether states may also be susceptible to such grievances. Although at the legal level, they form ideal entities, they contain from a sociological perspective, like any legal person, a social reality. This living social reality is recognized as a subject of law, but that is nothing more than a tool developed by jurists to facilitate the development of legal relations. While subjectivity is an ideal legal construct, the fact that behind each State there is a population, with a collective identity, linked by strong but sensitive emotional ties, should not be ignored. It could be considered that this intersubjective experience that connects the individual members of a group (in this case, the nationals of a State), allows a “moral” offense —or simply immaterial— to the group as a whole (in this case, to the State as legal personification of the group) acting as emotional damage to the members of the group. Modern emotions theory understands that societies can develop “collective emotions”, which are defined as the accumulation of individual emotions that different people experience as a result of feeling identified with a particular group. In order for a society to develop its own emotional orientation, it must have common experiences and norms shared by its members, paradigmatic attributes of States. Thus, States are prone molds for the formation of collectivities that feel an intense identification with their nationality as a membership group. This entails the risk that a grievance of a moral order inflicted on the group are transferred to each of its members, who will feel in their person the impact of the emotional confrontation due to their intimate identification with the aggrieved group.

Keywords: international law — moral damage — international responsibility — reparation — emotions

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo postulará que los Estados, como sujetos de Derecho Internacional, son susceptibles de sufrir daño moral y el Derecho Internacional debe reconocerlo y respetarlo, asegurando un régimen de reparación para tales perjuicios, cuando estos sean causados por hechos internacionalmente ilícitos atribuibles a otro sujeto de *ius gentium*.

Si bien el instituto del daño moral, tal como fue concebido en el Derecho Privado, se sustenta en la reparación de lesiones emocionales de individuos, cabe preguntarse si también los Estados pueden ser susceptibles de sufrir tales agravios. Ello, en virtud de que, si bien en el plano de lo jurídico configuran entes ideales, esconden desde lo sociológico, como toda persona jurídica, una realidad social. Esta realidad social viva es reconocida como un sujeto de derecho, pero aquello no es más que una herramienta desarrollada por juristas para facilitar el desarrollo de relaciones jurídicas. Si bien la subjetividad es una construcción jurídica ideal, no debe ignorarse el hecho de que detrás de cada Estado hay una población, con una identidad colectiva, vinculada por lazos emocionales fuertes, pero sensibles. Podría considerarse que esta experiencia intersubjetiva que conecta a los individuos integrantes de un grupo (en este caso, los nacionales de un Estado), permite que un agravio “moral” —o sencillamente inmaterial— al grupo en su conjunto (en el caso, al *Estado* como personificación jurídica del grupo) repercuta como daño emocional a los integrantes del grupo. El agravio moral puede ser reparado de diversas formas dependiendo de su índole; en muchos casos, un gesto simbólico como una disculpa pública puede bastar para dar una cabal reparación del perjuicio sentimental; otras veces podría entenderse que una indemnización pecuniaria puede hacer las veces de resarcimiento.

La teoría de las emociones moderna entiende que las sociedades pueden desarrollar “emociones colectivas”, que se definen como la acumulación de emociones individuales que distintas personas experimentan como resultado de sentirse identificadas con un grupo determinado.¹ Para que una sociedad pueda desarrollar su propia orientación emocional, debe tener experiencias comunes y normas compartidas por sus miembros,² atributos paradigmáticos de los Estados. Así, los Estados son moldes propensos para

1. BAR-TAL, “Collective Emotions in Conflict Situations: Societal Implications”, p. 442.

2. BAR-TAL, “Collective Emotions in Conflict Situations: Societal Implications”, p. 442.

la formación de colectividades que sienten una intensa identificación con su nacionalidad como grupo de pertenencia. Ello conlleva el riesgo de que un agravio de orden moral infligido al grupo se traslade a cada uno de sus miembros, quienes sentirán en su persona el impacto de la afronta emocional debido a su íntima identificación con el colectivo agraviado

Cabe aclarar que este artículo no tratará cómo el Derecho Internacional ha manejado la reparación del daño moral respecto de individuos, ya que no se encuentra en discusión que los individuos son susceptibles de daño moral, y que cuando un Estado provoca tales agravios, puede configurarse su responsabilidad internacional en concepto de violación de las numerosas normas convencionales y consuetudinarias en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La cantidad de jurisprudencia internacional que ha cubierto estos casos es extensísima.³ No así la relativa a los casos en que son Estados, no individuos, quienes se ven vulnerados emocionalmente por conductas internacionalmente ilícitas llevadas a cabo por sujetos del derecho de gentes.

Para encarar esta interesante temática, estudiaremos en primer lugar el instituto del daño moral, su génesis en el derecho privado y su desarrollo en el derecho comparado contemporáneo, y luego trataremos de entender de qué formas las personas jurídicas del Derecho Privado han visto reconocidos sus reclamos por daño moral, pese a no tener, en el sentido estricto, emociones. Luego nos adentraremos en el ámbito del Derecho Internacional, particularmente el estudio de la responsabilidad internacional, y analizaremos en qué instrumentos y en qué sentencias y laudos internacionales se ha llegado a reconocer que los Estados podían ser sujetos de agravios extrapatrimoniales. Esto será examinado a la luz de los estudios que se han realizado en los últimos tiempos en la disciplina de las relaciones internacionales, en particular respecto del estudio de las emociones estatales. Este enfoque multidisciplinario enriquecerá el aspecto jurídico del trabajo, permitiendo que conceptos propios del campo emocional se filtren en una obra que, de otra forma, sería netamente jurídica.

3. Para un cabal desarrollo del tema, ver GONZÁLEZ NAPOLITANO, *La responsabilidad internacional del Estado por...*

II. EL DAÑO MORAL EN EL DERECHO PRIVADO

II.A. Aspectos teóricos generales del daño moral

Para comenzar a tratar el tema desde la teoría general del Derecho Privado, podemos invocar la tradicional definición de Llambías:

“El daño moral es el menoscabo en los sentimientos [...] Consiste en el desmedro o la desconsideración que el agravio pueda causar en la persona agraviada, o los padecimientos físicos, la pena moral, las inquietudes o cualesquiera otras dificultades o molestias que puedan ser la consecuencia del hecho perjudicial”.⁴

Otra célebre definición es la de Pizarro, quien teoriza que el daño moral es una:

“modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este, y anímicamente perjudicial”.⁵

En otras palabras, mientras que el daño patrimonial es aquel que “repercute en el patrimonio, de manera directa o indirecta”, el daño extrapatrimonial, o moral, “repercute en lo moral”.⁶ Esta proyección debe ser evaluada sin perjuicio de que el objeto inmediato del agravio haya sido un derecho patrimonial o extrapatrimonial.

Históricamente se han planteado objeciones a la admisibilidad del reclamo por daño moral, fundándose en distintos argumentos, como la alegada inmoralidad de mensurar el dolor sentimental en dinero, o su imposibilidad, pero esta postura ha ido perdiendo arraigo con el tiempo, hasta caer en el desprestigio. Según Borda, “el principio de la reparación integral, cada vez más extendido en el derecho moderno, ha hecho triunfar definitivamente la

4. LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones*, p. 300.

5. PIZARRO, *Daño Moral*, p. 47.

6. ALTERINI, AMEAL & LÓPEZ CABANA, *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, p. 245.

teoría de que el daño moral debe indemnizarse”.⁷ Para Cifuentes, el daño moral se presenta en las lesiones de los *derechos personalísimos* (aquellos derechos subjetivos inherentes a la persona y relativos a su integridad física y espiritual y a su libertad), ya que estos son extrapatrimoniales y su infracción no puede medirse económicamente, por lo que el daño moral requiere “un resarcimiento aproximativo y por satisfacción”. De esta manera, la reparación no es por equivalencia pecuniaria como en el daño material, sino que “la moneda se proyecta en este caso como medio para obtener goces más o menos compensatorios de los sufrimientos soportados”,⁸ pero la reparación de las lesiones a los derechos personalísimos siempre es más efectiva en los casos en que es posible la reposición en especie. Así, existen distintas formas de reposición en especie, como la retractación pública o el ejercicio de derecho a réplica en los casos en que se hayan publicado noticias deshonrosas. La indemnización y la reposición en especie podrían incluso aplicarse simultáneamente para lograr una más acabada satisfacción.

Debe aclararse en primer el lugar que el término “daño moral” es usado en el derecho comparado de dos maneras distintas. En un sentido estricto, se trata de un “menoscabo a los sentimientos de la víctima, al modo en el que esta pueda estar afectada en su honor, su reputación o su estima”. En un sentido amplio, “agrupa al conjunto de perjuicios que no afectan directamente un patrimonio”,⁹ incluyendo, verbigracia, aquellos derivados de lesiones físicas, habitualmente conocidos como “precio del dolor” (*pretium doloris*). Esta última concepción asimila la figura del daño moral a la del daño inmaterial o extrapatrimonial, y fue considerada como preferible¹⁰ debido a que los distintos subrubros de lesiones personales entrañan una misma naturaleza, resultando irrelevante si la experiencia emocionalmente disvaliosa se debió al dolor causado por una lesión psicossomática o una agresión “puramente” moral.

“Queda claro que un perjuicio moral no se puede reparar de igual forma que uno patrimonial; el daño moral requiere ‘un resarcimiento aproximativo y por satisfacción’. Como expresa el jurista peruano Fernández Sessarego, las técnicas

7. BORDA, *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones*, p. 171.

8. CIFUENTES, *Elementos de Derecho Civil: Parte General*, p. 57.

9. PIERRE, “L’indemnisation du préjudice moral en Droit français”, p. 1.

10. DINTILHAC, “Rapport du groupe de travail chargé...”.

reparatorias: ‘Deben adaptarse necesariamente a la naturaleza del ente dañado. Cada tipo de ente exige, por consiguiente, un tratamiento indemnizatorio diverso en atención a su peculiar calidad ontológica’.¹¹

El autor invoca el voto de dos jueces en el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Loayza Tamayo”,¹² en que estos expresan que:

“El ser humano tiene necesidades y aspiraciones que trascienden la medición o proyección puramente económica [...] La determinación de las reparaciones debe tener presente la integralidad de la personalidad de la víctima, y el impacto sobre esta de la violación de sus derechos humanos: hay que partir de una perspectiva integral y no sólo patrimonial de sus potencialidades y capacidades [...] De todo esto resulta claro que las reparaciones no pecuniarias son mucho más importantes de lo que uno podría *prima facie* suponer”.

Los jueces definen la *restitutio in integrum* (o resarcimiento pleno) como “la forma de reparación *par excellence*, siempre que sea posible su aplicación”. De esta manera debe preferirse en todos los casos la reparación en especie como forma más próxima a la *restitutio in integrum*, y sólo en los supuestos en que esta no sea posible recurrir a una indemnización pecuniaria, con la reserva de que el dinero nunca será un sustituto perfecto de lesiones emocionales. Así, existen distintas formas de reposición en especie, como la disculpa pública, la publicación de la sentencia o el ejercicio del derecho a réplica.

II.B. La evolución histórica del daño moral en el Derecho Privado comparado

En la tradición jurídica romana, el delito civil de *iniuria* (“injuria”) consistía en toda afronta física o moral producida a una persona, y se diferenciaba del *damnum* en que este último implicaba la provocación de un perjuicio en el patrimonio de otro.¹³ En la antigua Ley de las XII

11. FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Apuntes sobre el Daño a la Persona”, p. 333.

12. Corte IDH, “Caso Loayza Tamayo c. Perú”, voto concurrente de los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli.

13. DI PIETRO, *Derecho Privado Romano*, pp. 315-319.

Tablas, sólo se configuraba la injuria en casos casuísticamente previstos de lesiones físicas (como la ruptura de un miembro). Empero, con el desarrollo del Derecho Romano clásico, los pretores comenzaron a entender también como injurias las afrontas morales (como los ataques al honor o a la dignidad pública y social). Si bien en principio las penas para este delito estaban tarifadas, con el correr del tiempo se admitió que la víctima solicitase al pretor cualquier monto que estimase corresponder, y el pretor analizaría su pertinencia. El reconocimiento de los perjuicios morales continuaría luego de la caída del Imperio Romano, y serían rememorados en la Baja Edad Media, cuando fueron dictadas las *Siete Partidas* de Alfonso X. En ellas, el daño fue definido como todo “empeoramiento, menoscabo o destrucción que el hombre recibe *en sí mismo* o en sus cosas, por culpa de otro”.¹⁴ Las partidas seguían un criterio casuístico para la previsión de ofensas a la persona, y tarifaban las penas correspondientes a cada caso. La regulación de las ofensas corporales o al honor y decoro de las personas en la Edad Media siguió de cerca la tradición románica.¹⁵

El Código Civil napoleónico de 1803 no previó explícitamente la figura del daño moral. No obstante, los amplios términos con que disponía que todo hecho dañoso engendraba el deber de reparar permitieron que los juristas interpretasen que el daño moral se encontraba comprendido en la noción genérica de daño. Particularmente, los notorios jueces de casación Aubry y Rau se explayaron a favor de la existencia de este rubro.¹⁶ Si se analiza la legislación argentina, pueden encontrarse referencias al daño moral en el Código Civil de Vélez Sarsfield, profundamente influido por la doctrina francesa. En aquel cuerpo legal el agravio moral afectaba a la víctima “molestándole en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes o hiriendo sus afecciones legítimas”.¹⁷ En este antiguo sistema, la reparación del daño sea material o moral, debía realizarse a través de una indemnización pecuniaria fijada por el juez. En 1968, se reformó el sistema de reparación de todos los hechos ilícitos, sentando la regla general de que el resarcimiento debe consistir en la reposición de las cosas a su estado ante-

14. La cursiva me pertenece.

15. GARCÍA MENDIETA, “La obligación de reparar el daño moral a través del tiempo”.

16. GOBETTI, “Daños y perjuicios en la legislación argentina”.

17. República Argentina, “Código Civil”, art 1078, aprobado en 1869 por Ley 340 y derogado en 2015 por la Ley 26.994.

rior, y sólo corresponderá la indemnización por equivalente si aquella fuera imposible o si el damnificado optare por ello.¹⁸ Más adelante, también en el siglo XIX, los códigos civiles español y austríaco siguieron la misma fórmula genérica que el código napoleónico, mientras que los códigos italiano, portugués y prusiano, también inspirados en la obra francesa, reconocerían expresamente el deber de reparar el daño moral.¹⁹ Si se analiza la legislación latinoamericana, puede encontrarse una regulación del daño moral en el Código Civil argentino de 1869, que fue de gran influencia para el proceso de codificación civil en el continente.²⁰ El jurista estadounidense Malawer, en 1976, hizo un estudio de Derecho Comparado²¹ que terminó concluyendo que una abrumadora cantidad de ordenamientos jurídicos con fundamento en el Derecho Continental preveían, implícita o explícitamente, regímenes de reparación de daño moral,²² así como también había países que no tenían tradición jurídica romana, pero que también habían acogido el instituto.²³ Desde entonces, resulta evidente que todavía más Estados han establecido regímenes de reparación de esta clase de lesiones.

El actual Código Civil y Comercial argentino dispone sobre la indemnización, que esta:

“Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”.²⁴

18. Reforma a través de la Ley 17.711.

19. MENEGHINI, “Dano moral no tempo, no espaço e sua reparaçao no Brasil”.

20. El Código Civil argentino, además de servir de modelo para los códigos que serían dictados durante el siglo XX, fue directamente adoptado por dos países: Paraguay y Nicaragua.

21. MALAWER, “Moral Damages in Wrongful Death Cases...”, pp. 545-550.

22. Entre ellos se encontraban Francia, Bélgica, Brasil, Italia, España, Argentina, China, Egipto, Etiopía, Grecia, Japón, Corea, Libia, Noruega, las Filipinas, Portugal, Suiza, Turquía y Escocia.

23. Como, por ejemplo: Irlanda, Australia, Indonesia, Bulgaria, Yugoslavia y Alemania.

24. República Argentina, “Código Civil”, art 1738, aprobado por Ley 26.994 en 2014. El Proyecto de Código Civil argentino de 1998, redactado por eminentes juristas, pero que nunca fue aprobado legislativamente, contenía una amplia y enriquecedora definición del daño moral, que lo hacía comprender todo aquello que “interfiere en el proyecto de vida, perjudicando a la salud física o psíquica o impidiendo el pleno disfrute de la vida, así como al que causa molestias en la libertad, en la seguridad personal, en la dignidad personal, o en cualesquiera otras afecciones legítimas” (art. 1600, inc. b del Proyecto).

Por demás, el Código se alinea con la doctrina moderna en la materia, consagrando el principio general de la “reparación plena”. Esta regla es definida de la siguiente manera: “Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie”,²⁵ agregando que “en el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia”. Esta modalidad constituye de por sí, una forma de reparación por satisfacción. La habilitación de reparación en especie del daño moral permite que los jueces dispongan nuevas y originales formas para lograr la reparación efectiva de esa especie de daño, tratando cada caso con la particularidad que merece y sin verse atados a fórmulas genéricas.

A simple vista parecería que el daño moral es un concepto más propio del Derecho Continental derivado de la ciencia jurídica romana, y que resulta extraño al *Common Law* anglosajón, pero si se lo analiza con mayor detenimiento se puede vislumbrar que los juristas anglosajones han desarrollado institutos análogos. Toda lesión genera el deber de compensación, que en el Derecho Anglosajón se denomina *damages* (“daños”). Los *damages* pueden dividirse en especiales o generales; los especiales son daños cuantificables en forma pecuniaria, y los generales daños no susceptibles de tal estimación.²⁶ Estos últimos también son denominados *hedonic damages* (“daños hedónicos”), y comprenden “la pérdida del placer de estar vivo”.²⁷ Esta amplia categoría incluye distintos rubros tales como *pain and suffering* (incomodidad física o angustia emocional),²⁸ *loss of consortium* (pérdida de los beneficios que un cónyuge deriva del otro, tales como compañía, afecto, asistencia o relaciones sexuales), *loss of amenity* (pérdida de la capacidad para hacer lo que se hacía según el plan de vida),²⁹ *loss of reputation* (pérdida de reputación), y *emotional distress* (aflicción emocional), entre otros. El *emotional distress*, quizás el mejor acercamiento al “daño moral” en sentido estricto del Derecho Continental, es “una reacción mental altamente desagradable (como angustia, pena, temor, humillación, o furia)”.³⁰

25. República Argentina, “Código Civil”, art. 1740.

26. MARTIN, *A Dictionary of Law*, p. 237.

27. GARNER, *Black's Law Dictionary*, p. 444.

28. GARNER, *Black's Law Dictionary*, p. 1218.

29. MARTIN, *A Dictionary of Law*, p. 298.

30. GARNER, *Black's Law Dictionary*, p. 602.

Como se ve, la preocupación por la reparación de las afecciones espirituales es común a todos los ordenamientos jurídicos, incluso aquellos que derivaron de tradiciones jurídicas diferentes. Sin perjuicio de ello, los juristas anglosajones desarrollaron paralelamente a la construcción de los *hedonic damages* la idea de los *punitive damages* (daños punitivos). Los daños punitivos, también presentes en los ordenamientos continentales, tienen claramente una naturaleza distinta que las reparaciones, puesto que consisten en sanciones punitivas con fines disuasorios, pero en la práctica terminaron siendo utilizadas para la compensación de perjuicios extrapatrimoniales. Por otra parte, existe también el instituto de la *personal injury* (“lesión personal”), que comprende cualquier lesión psicosomática causada a una persona, abarcando cualquier invasión de un derecho personal, incluyendo sufrimiento mental o encarcelamiento ilegítimo.³¹ Estos parches fueron resultado de la necesidad de dar cobertura jurídica a situaciones de agravios morales ante la obstinación de algunos jueces por reconocer explícitamente este rubro. Como se ve, la preocupación por la reparación de las afecciones espirituales es común a todos los ordenamientos jurídicos, incluso aquellos que evolucionaron a partir de tradiciones jurídicas diversas.

II.C. El daño moral en las personas de existencia ideal en el Derecho Privado

Tradicionalmente se consideraba que el daño extrapatrimonial o moral, entendido exclusivamente como sufrimientos emocionales derivados de afecciones espirituales y lesiones fisiológicas y psíquicas, sólo puede ser sufrido por personas físicas, que no son construcciones artificiales, sino realidades ontológicas vivas con emociones susceptibles de ser lesionadas. Sin embargo, la tendencia actual en el Derecho contemporáneo es la de abandonar esta visión restrictiva del agravio moral y extenderlo a las personas jurídicas. Las personas jurídicas son instrumentos que emplean las personas físicas, o seres humanos, para emprender conjuntamente objetivos que, de ser intentados individualmente, serían desde sumamente dificultosos hasta imposibles. Estas figuras:

31. GARNER, *Black's Law Dictionary*, p. 857.

“Son herramientas, que sólo existen en el mundo del derecho, por cuanto actúan en el plano jurídico de forma colectiva. Si bien no son un organismo natural [...] no debe olvidarse que tras las personas jurídicas están personas, personas de carne y hueso, es decir que son una creación del hombre, es una construcción del pensamiento y del lenguaje de los juristas y no de otra cosa”.³²

Borda sostiene que se trata de “realidades humanas que el legislador no puede desconocer”, y que ellas son el recurso técnico que las habilita para desarrollarse y prosperar, pero siempre teniendo en cuenta que el destinatario final es el hombre. Es que el derecho siempre tiene por objeto seres humanos, no se da sino entre hombres.³³ En definitiva, la razón por la que se personifica a estos entes ideales es porque “denotan una realidad irreductible a las manifestaciones meramente individuales de la acción humana”, y a la vez “se presenta(n) como una exigencia ineludible de los individuos humanos, cuya negación constituiría una deformación arbitraria de la realidad de las conductas que el orden jurídico pretende pautar”.³⁴

En un principio, cuando se empezó a pensar en daño moral respecto de personas jurídicas, se lo asociaba con agravios a su nombre y honor, más no por “sentimientos de afección”. Varios autores han desarrollado esta línea, que comprende daños a la confianza de la sociedad en la persona jurídica (entendidos estos como la reputación comercial, el prestigio de la marca, el secreto en los negocios, etcétera). Estos rubros representan en realidad intereses económicos relacionados a la percepción pública de una persona jurídica, que, de verse afectados, pueden ocasionarle pérdidas monetarias a futuro. Se trataría más bien de un daño material: el lucro cesante derivado de la pérdida de confianza del público en la actividad comercial llevada por el sujeto.³⁵

Basso y Monjo, sin embargo, señalan que ha ido creciendo el entendimiento de que las personas jurídicas pueden sufrir un denominado daño moral objetivo, entendido como aquél que afecta la parte social del patrimonio moral de una persona colectiva. Restringir el daño moral solamente a la reputación mercantil responde a una cosmovisión economicista que

32. BORDA, “Persona jurídica y persona humana: el abuso de la personería”, p. 358.

33. BORDA, “Persona jurídica y persona humana: el abuso de la personería”, p. 358.

34. TRIGO REPESAS & MOLINA SANDOVAL, “Daño moral a las personas jurídicas”, pp. 895 y ss.

35. TAPIA RODRÍGUEZ, “Daño moral de las personas jurídicas en el derecho chileno”, pp. 630 y ss.

circunscribe la vida de estos entes a fines puramente económicos (algo que ni siquiera se plantea enteramente en las sociedades comerciales).³⁶ Lamentablemente, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias argentinas se alinean con esta postura restrictiva.³⁷ Un importante número de juristas todavía adscribe a la opinión de que:

“Las personas jurídicas no tienen los derechos de la personalidad que se le reconocen a los seres humanos y, por ende, no podrían nunca invocar el daño moral porque no puede existir lesión a los sentimientos ni alteración a su equilibrio emocional, tampoco tienen ‘vida privada’ y en cuanto a su ‘vida jurídica’ se encontraría protegida por los daños patrimoniales que puedan sufrir por el ataque al ‘buen nombre’ o a la ‘probidad comercial’”.³⁸

Pese a que muchos sostengan que las personas de existencia ideal no poseen “afecciones espirituales” en el sentido tradicional, sí debe admitirse que puedan ser vulneradas en sus atributos personalísimos, particularmente cuando estos tengan proyección a sus integrantes. Cifuentes rescata esta idea respecto de las personas jurídicas privadas sin fines de lucro, como las asociaciones y las fundaciones,³⁹ a la vez que descarta que las sociedades comerciales puedan sufrir daño moral. Ello, en virtud de que la existencia de las sociedades comerciales está ligada a fines patrimoniales, y cualquier agresión a sus cualidades de la personalidad (como su nombre comercial o su reputación) tiene efectos meramente económicos que no pueden ser proyectados a una esfera extrapatrimonial.⁴⁰ En particular, las personas jurídicas sin fines de lucro tienen una honra que no se confunde con metas patrimoniales; “por su nacimiento y destino tienen ese bien separado de todo contacto con la idea patrimonial”.

Crovi identifica:

“En una fundación desprestigiada en su accionar o en una asociación civil agraviada burlándose de sus fines o de los métodos aplicados para la formación de

36. BASSO & MONJO, “El daño moral a las personas jurídicas”, pp. 623 y ss.

37. TRIGO REPRESAS & MOLINA SANDOVAL, “Daño moral a las personas jurídicas”, pp. 895 y ss.

38. CROVI, “El daño moral y las personas jurídicas”.

39. CIFUENTES, “El daño moral y la persona jurídica”, p. 413.

40. CIFUENTES, “El daño moral y la persona jurídica”, p. 413.

sus integrantes, no hay lesión patrimonial identificable, pero ciertamente hay un agravio que se traslada de manera colectiva o institucional a la entidad”.

De manera que no admitir un agravio al honor o al prestigio institucional de este tipo de personas jurídicas, obligaría a una especie de acción colectiva de todos sus miembros para que cada uno reclame en estos casos, la “porción” que le corresponde en esa “afección moral” que en realidad, no pertenece a los miembros, sino “a la entidad injuriada”.⁴¹ Trigo Represas y Molinas Sandoval destacan, por su parte, que los derechos personalísimos tutelan los bienes jurídicos de personas en cuanto tales, y siempre que se atente contra ellos se habrá ocasionado un agravio moral, independientemente de si la víctima es una persona de existencia visible o ideal. Los autores destacan que la jurisprudencia y la doctrina francesas, significativas fuentes históricas del Derecho de Daños moderno, han reconocido mayoritariamente que las personas jurídicas pueden padecer agravios morales, y también recuerdan que el Tribunal Supremo italiano ha reconocido el daño extrapatrimonial sufrido por el Estado luego de un caso de corrupción.⁴²

Por su parte, la investigadora Pérez Fuentes realizó una reseña⁴³ del estado de reconocimiento de las personas jurídicas como sujeto pasivo de daño moral en el Derecho Comparado. Luego de concluir que, en México, el ordenamiento jurídico permite a las personas colectivas efectuar reclamos por daño moral, encontró que en la jurisprudencia de diversos países de tradición jurídica romano-francesa —entre ellos la Argentina, Chile, España, Francia e Italia— también se ha reconocido tal derecho.

El jurista argentino Brebbia opina que las personas jurídicas gozan de los “derechos extrapatrimoniales que integran la personalidad moral de los sujetos de derecho”, sin diferenciar personas de existencia ideal o visible, y ejemplifica su tesis argumentando que, entre otros, “tienen derecho al honor, a la libertad de acción, a la seguridad personal, a la intimidad, a la protección de los valores de la afección y el derecho moral del autor”. Esta comprensión es mucho más amplia que la doctrina restrictiva que sólo reconoce derecho a una reputación comercial. El

41. CROVI, “El daño moral y las personas jurídicas”.

42. TRIGO REPRESAS & MOLINA SANDOVAL, “Daño moral a las personas jurídicas”, pp. 895 y ss.

43. PÉREZ FUENTES, “Daño moral en las personas jurídicas: una reflexión en el derecho mexicano”.

autor concluye sosteniendo que “este patrimonio moral de las personas jurídicas no está compuesto por la simple suma de los bienes personalísimos de los miembros que constituyen el soporte de su personalidad, que es independiente de las personas de sus miembros”,⁴⁴ de manera que “la personalidad moral de las personas jurídicas, como la personalidad patrimonial, nacen de la circunstancia de poseer el ente colectivo una voluntad y conciencia propias, como así también, un patrimonio moral particular”.⁴⁵ Brebbia da varios ejemplos de agravios morales que pueden ser sufridos por personas jurídicas.⁴⁶ Por ejemplo, cada vez que una persona ideal se vea impedida en el cumplimiento de sus fines, provocándole un riesgo de extinción, se origina una lesión a su seguridad personal. Asimismo, si es intervenida ilegítimamente u obstruida en sus actos, se estaría coartando su libertad de acción. Estos son perjuicios morales que pueden sufrir las personas jurídicas, incluso las sociedades comerciales, que pese a estar sometidas al principio de especialidad societario y estar afectadas por una finalidad de lucro no pueden ser consideradas como no susceptibles de sufrir agravios espirituales.

Por su parte, Basso y Monjo sostienen que incluso partiendo:

“De la definición del daño moral como el menoscabo producido a la subjetividad o espiritualidad en virtud de la lesión a un interés extrapatrimonial, también las personas jurídicas pueden sufrir un daño moral, atento la existencia de una espiritualidad o subjetividad colectiva”.⁴⁷

Al respecto, expresan que:

“A esta altura del desarrollo de la humanidad en general, y de las ciencias jurídicas en particular, no es posible negar la existencia de una espiritualidad o subjetividad colectiva ni es posible retacear el resarcimiento en los casos en que dicha espiritualidad o subjetividad se ve menoscabada”.

44. BREBBIA, “La persona jurídica como sujeto pasivo...”.

45. BREBBIA, “Las personas jurídicas — y las sociedades...”.

46. BREBBIA, “Las personas jurídicas — y las sociedades...”.

47. BASSO & MONJO, “El daño moral a las personas jurídicas”, pp. 623 y ss.

No puede negarse la dimensión social de las personas, ya que el hombre-individuo no es ni puede ser la única realidad reconocida por el Derecho. Opinan que hoy en día la ciencia jurídica contemporánea requiere de la “creación de herramientas a los fines de regular las situaciones conflictivas ocasionadas y derivadas de los grupos, de las realidades colectivas”. Ello, sin perjuicio de que el principio de resarcimiento pleno o integral vela por el restablecimiento absoluto del equilibrio turbado, intentando, con la mayor eficacia posible, corregir todo perjuicio sufrido en la entidad patrimonial, física, psíquica y moral de la persona —física o jurídica— dañada.

En esta línea, puede destacarse un caso de 1996⁴⁸ en que la Cámara Civil y Comercial de Azul citó a los juristas Morello y Stiglitz, quienes desarrollaron la noción de “daño moral colectivo” partiendo de la idea de que “la noción de daño moral se halla vinculada con el concepto de desmedro extrapatrimonial o lesión a los sentimientos personales, afecciones legítimas o tranquilidad anímica, y tiene un matiz ‘social’”. Los camaristas emplean el concepto de daño colectivo para aplicarlo al perjuicio sufrido por la comunidad tandilense luego de la destrucción de un monumento municipal. Los jueces señalan que existen lesiones respecto de “los bienes propios y exclusivos de los particulares, personales y diferenciados” y otras en que “el daño lo soportan más bien en su calidad de miembros de ese determinado conjunto social”, siendo que en el daño colectivo “asume la condición de cierto sólo con relación al grupo o categoría, mas no singularmente respecto a sus miembros, titulares de cada fracción del interés menoscabado”. En estos casos, la reparación asume un rol especial porque “el destino del todo o parte de las indemnizaciones se liga con el matiz de lo social, pues deberían afectarse a un fondo de recuperación, reconversión o eliminación de las causas del daño colectivo”. Este pronunciamiento se encuentra en armonía con la doctrina sustentada por Basso y Monjo, que mantienen la idea de la subjetividad colectiva, y de ahí la espiritualidad colectiva. Al respecto, sostienen que “es innegable que los grupos y asociaciones adquieren una dinámica, una subjetividad que excede a sus miembros”. Por ende,

48. CACC de Azul, Sala A, “Municipalidad de Tandil c. Transportes Automotores La Estrella SA y otro”, 22/10/1996. Podría citarse también el fallo del JNC N° 62, “Partido Obrero c. Feinman Eduardo Guillermo y otro s/ daños y perjuicios”, 28/11/2013. En este último fallo, un juzgado nacional reconoció a un partido político el agravio moral sufrido por la difusión de noticias sobre la supuesta comisión de delitos por parte de integrantes del partido.

expresan, sería incoherente que el Derecho les otorgue a las personas la posibilidad de llevar adelante una empresa común unificando sus esfuerzos en un solo centro de imputación de derechos y obligaciones patrimoniales y extrapatrimoniales a la vez que les niegue el derecho de reclamar reparaciones para las afecciones espirituales disvaliosas para el conjunto, más allá de los individuos.⁴⁹

III. LA PROYECCIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL

III.A. La responsabilidad internacional por daño moral en el Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad Internacional

En 1949, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas decidió abocarse al estudio de la responsabilidad internacional. De este cometido surgió finalmente en 2001 un *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*⁵⁰ (en adelante, simplemente “el Proyecto”). Las circunstancias de su elaboración y aprobación determinaron que el Proyecto se haya encontrado con una rápida convicción extendida de parte de la comunidad internacional de que la generalidad de sus artículos, tanto aquellos que pretendían codificar costumbre preexistente como aquellos que pretendían ser de desarrollo progresivo, tienen fuerza jurídica por vía consuetudinaria.⁵¹ Varios artículos de este instrumento de *soft law* recibieron trato normativo de parte de la Corte Internacional

49. BASSO & MONJO, “El daño moral a las personas jurídicas”, pp. 623 y ss.

50. CDI, *Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*.

51. GONZÁLEZ NAPOLITANO, “Responsabilidad internacional del Estado por actos...”, p. 304. Varios artículos del Proyecto recibieron trato normativo de parte de la Corte Internacional de Justicia y de otros tribunales relevantes de la esfera internacional en numerosas ocasiones. Para nombrar algunos ejemplos, pueden citarse: CIJ, “Caso relativo al Proyecto Gabčíkovo–Nagymaros”, Hungría c. Eslovaquia, 21/09/1997, sentencia de fondo; CIJ, “Las Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en Territorio Ocupado Palestino”, opinión consultiva del 13/06/2004; los siguientes casos de los tribunales arbitrales del CIADI: “Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredient Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos”, 2007, y “Bitwater Gauff Ltd. c. República Unida de Tanzania”, 2008; el caso M/V “Saiga”, 1997, del Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

de Justicia y de otros tribunales relevantes de la esfera internacional en numerosas ocasiones.⁵²

El segundo párrafo del art. 31 del Proyecto dispone que “el perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado”. Los comentarios oficiales de la Comisión al Proyecto⁵³ especifican que “daño material” es todo agravio a la “propiedad u otros intereses del Estado y sus nacionales que sean mensurables en términos financieros”, mientras que el “daño moral” se conceptualiza de forma diferente si fue sufrido por el Estado, o sus nacionales. Así, el daño moral sufrido por los nacionales —individuos—, abarca aquellos rubros tales como “dolor y sufrimiento individual, pérdida de seres queridos u ofensa personal asociada con la intrusión en el hogar o la vida privada”. En cambio, el sufrido por un Estado consiste en una afronta no mensurable financieramente al Estado, como una violación a su soberanía o su integridad territorial.⁵⁴

Antes de adentrarnos en lo atinente a lo específico del daño moral, examinaremos las disposiciones generales sobre reparación de perjuicios plasmadas en el Proyecto. El Proyecto sienta el principio de la reparación plena —la *in integrum restitutio*—, que consiste en “borrar, tanto como sea posible, todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que habría existido de no haberse cometido el acto”.⁵⁵ La reparación puede adoptar tres formas o “remedios”: restitución, indemnización y satisfacción. De acuerdo con las circunstancias del caso, podrá emplearse un solo remedio o combinar varias formas. La restitución es, claramente, el modo preferible, puesto que importa el restablecimiento

52. Para nombrar algunos ejemplos, pueden citarse: CIJ, “Caso relativo al Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros”, Hungría c. Eslovaquia, 21/09/1997, sentencia de fondo; CIJ, “Caso relativo a las Plantas de Celulosa sobre el Río Uruguay”, Argentina c. Uruguay, 20/04/2010, sentencia de fondo; CIJ, “Las Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en Territorio Ocupado Palestino”, opinión consultiva, 13/06/2004; los siguientes casos de los tribunales arbitrales del CIADI: “Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredient Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos”, 2007; “Corn Products International, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos”, 2008 y “Bitwater Gauff Ltd. c. República Unida de Tanzania”, 2008; el caso M/V “Saiga”, 1997 del Tribunal Internacional del Derecho del Mar; el caso “Fiscal c. Tadić”, 1999 del Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia, etcétera.

53. CDI, “Draft Articles on Responsibility of States...”, p. 92.

54. CRAWFORD, *State Responsibility*, p. 487.

55. CPJI, “Caso de la Fábrica de Chorzow”, Alemania c. Polonia, 13/09/1928, sentencia de fondo.

de las cosas al *statu quo ante*; se trata de la reparación en especie. Se la debe entender como la forma de reparación predilecta, pues logra el verdadero resarcimiento pleno ("*in integrum restitutio*"); y sólo podría apartarse de ella en dos casos: si su realización es materialmente imposible, o si es desproporcionadamente onerosa con relación al beneficio que se derivaría de recurrir a ella en lugar de a otros medios. Ello, sin perjuicio de que el Estado perjudicado normalmente tendrá el derecho de elegir la forma de reparación que prefiera.⁵⁶

La indemnización está destinada a compensar daños susceptibles de evaluación financiera (art. 36, 2º párr.) que no pueden ser reparados por la restitución. El art. 36, 2º párrafo del Proyecto dispone que este remedio operará solo para los casos en que el daño sea susceptible de evaluación financiera. Los comentarios oficiales⁵⁷ especifican que es financieramente evaluable tanto el daño sufrido por el propio Estado en su propiedad, o su personal, o con respecto a los gastos que haya tenido que devengar debido al ilícito, como el daño sufrido por sus nacionales, tanto individuos como personas jurídicas, en cuyo nombre el Estado ejerce la protección diplomática. Queda excluido de este remedio el daño moral al Estado, pero sí queda incluido el daño moral a los individuos nacionales de ese Estado, que el Proyecto considera susceptible de tasación. Los comentarios al Proyecto sostienen con firmeza que el daño moral a individuos es evaluable financieramente, y que en la práctica ha sido objeto de reparación mediante indemnizaciones pecuniarias al Estado que ejerció la protección diplomática de sus nacionales.⁵⁸ De esta manera, en los términos del Proyecto, "daño moral" no es sinónimo de daño no susceptible de evaluación financiera, puesto que de este último concepto queda excluido una especie de daño moral: el sufrido por individuos, que son tratados como asimilables a propiedad del Estado.⁵⁹

56. CRAWFORD, *State Responsibility*, p. 508.

57. CDI, "Draft Articles on Responsibility of States...", p. 99.

58. CDI, "Draft Articles on Responsibility of States...", pp. 101-102.

59. Esto debe ser destacado como una deficiencia del Proyecto. Si bien históricamente el daño moral a nacionales fue reparado por indemnizaciones pecuniarias a los Estados que ejercieron la protección diplomática, los autores del Proyecto debieron haber previsto la posibilidad de que el Estado infractor tenga el deber de reparar *in specie* las ofensas morales sufridas por los individuos extranjeros. El principio del resarcimiento pleno se hubiese visto exaltado de disponerse esa directiva.

Un caso de gran relevancia histórica que puede ilustrar esta distinción es aquel del hundimiento del crucero transatlántico británico RMS Lusitania —que transportaba un número considerable de pasajeros estadounidenses— por un submarino alemán en plena Primera Guerra Mundial. El gobierno de los Estados Unidos le exigió a Alemania el pago de una indemnización a favor de las víctimas norteamericanas a bordo, una disculpa pública, y la promesa de que el incidente no se repetiría. El reclamo combinaba así una indemnización pecuniaria y dos formas de satisfacción a favor del Estado. Sin embargo, Alemania desoyó el reclamo, y en 1923 una Comisión de Reclamos Mixtos estadounidense-alemana ordenó el pago de indemnizaciones pecuniarias a los Estados Unidos, para que este la distribuyera entre las víctimas. El importante laudo⁶⁰ consideraba el daño moral sufrido por los nacionales como rubro indemnizatorio, y de esta manera representa un hito en sede internacional. En su informe, el árbitro Parker, a cuyo voto se adhirieron sus dos colegas, declaró:

“Es una regla general de tanto el derecho civil como el *common law* que toda invasión de un derecho privado importa una lesión y que para cada lesión el derecho otorga un remedio. En términos generales, ese remedio debe ser proporcional al daño recibido [...] y es mensurado por estándares pecuniarios porque, dice Grocio, ‘el dinero es la medida común de las cosas valiosas’”.

Para medir este daño, Parker tuvo en cuenta no sólo el perjuicio patrimonial sufrido por los herederos, sino que alegó que estos tienen derecho a una “compensación razonable” por el “sufrimiento mental” provocado por la “violenta incisión de los lazos familiares”. Si bien reconoció que es “manifiestamente imposible computar matemáticamente o con cualquier grado de precisión o mediante el uso de alguna forma precisa” los daños fruto del “sufrimiento mental”, ello no conlleva ninguna razón que amerite que el responsable escape del deber de reparar su acto o que quien ha sufrido no deba recibir reparaciones medidas por reglas de precisión tan aproximada como el ingenio humano pueda desarrollar. Sostiene que “negar tal reparación sería negar el principio fundamental de que existe un remedio para la invasión directa de todo derecho”. De

60. CPA, “Opinión sobre los Casos del Lusitania”, Estados Unidos c. Alemania, 01/11/1923, laudo sobre el fondo.

esta manera, el laudo ordenó la inclusión del "sufrimiento mental" como rubro indemnizatorio, junto con otras pérdidas pecuniarias derivadas del fallecimiento de cada víctima para los familiares del difunto.

Así, puede observarse que la comisión arbitral empleó el criterio que sería seguido por la CDI en su Proyecto, de que el daño moral sufrido por individuos es evaluable en términos financieros y debe ser atendido por una indemnización pecuniaria al Estado de la nacionalidad de las víctimas; por lo tanto, no puede ser considerado como daño moral causado al Estado, y no es susceptible de satisfacción. No obstante, no debe soslayarse el valor de este precedente que tuvo en cuenta el daño moral de los individuos como rubro indemnizatorio. Este razonamiento fue algo especialmente valioso considerando que, en otro caso de hundimiento de un buque, la Corte Internacional de Justicia, en un fallo dictado décadas más tarde,⁶¹ sólo reconoció como rubros indemnizatorios los costos pecuniarios en que se incurrió a raíz de las muertes, abarcando gastos médicos, pensiones y otras erogaciones administrativas.

El art. 37 del Proyecto analiza en detalle la satisfacción. Como se aclaró previamente, este es un modo de reparación subsidiario, sujeto a la indisponibilidad de la restitución, pero también reservado a los daños no susceptibles de ser evaluados financieramente, que los comentarios al Proyecto describen como afrontas al Estado de carácter simbólico.⁶² El Proyecto no describe en qué consiste la satisfacción, sino que se limita a proveer ejemplos de sus posibles formas ("puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada") y a circunscribir su modo de aplicación ("no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable"). Respecto de los ejemplos de satisfacción, la enumeración transcrita no debe ser tenida por taxativa ni sujeta a jerarquía alguna, sino que en cada caso debe estarse por la más apropiada dadas las circunstancias. Muchas veces, una disculpa formal bastará para recomponer las relaciones entre dos Estados.

Los comentarios al Proyecto expresan que los pedidos u ofrecimientos de disculpas son frecuentes en la práctica diplomática, y "la oferta de

61. CIJ, "Caso del Canal de Corfú", Reino Unido c. Albania, 15/12/1949, sentencia sobre la valuación de la indemnización debida al Reino Unido.

62. CDI, "Draft Articles on Responsibility of States...", p. 106.

una disculpa temporánea, cuando las circunstancias lo justifican, puede hacer mucho para resolver una disputa”.⁶³ El comentario oficial al Proyecto agrega algunos otros ejemplos: la investigación de los hechos, la formación de un fondo fiduciario destinado a compensar a las víctimas individuales del hecho, la sanción penal o disciplinaria de los individuos responsables, o la concesión de prestaciones monetarias simbólicas.⁶⁴ Agrega también el otorgamiento de garantías de no repetición como una eventual forma de satisfacción, y la forma más habitual de satisfacción empleada por los tribunales internacionales: la mera declaración de ilicitud de la actuación del Estado responsable. Una sentencia declaratoria puede ser, en muchos casos, satisfacción suficiente. Los comentarios al Proyecto de la CDI expresan que esta forma de satisfacción tiene la ventaja de ser autocontenida y no requerir procedimientos de ejecución, y nunca podría considerarse humillante para el Estado responsable ni desproporcionada respecto de la violación.⁶⁵

Por otro lado, explican que la declaración judicial no fue incluida en el Proyecto como ejemplo de forma de satisfacción porque este fue pensado como una guía para las relaciones entre Estados y no para la adjudicación de responsabilidades por terceras partes. Debe tenerse en consideración, además, que no necesariamente estas declaraciones de ilicitud deben tenerse como satisfacción, puesto que pueden ser tomadas como hallazgos preliminares a los fines del dictado de la sentencia, dado que cualquier tribunal que tenga jurisdicción sobre un caso tiene la potestad de declarar la responsabilidad de cualquiera de las partes.

III.B. El reconocimiento del daño moral estatal en arreglos extra jurisdiccionales

En el presente apartado se analizarán distintos casos que servirán de ejemplos de cómo los Estados han manejado en la práctica la comisión de hechos que derivaron en daño moral estatal. La enumeración no pretende ser profundamente exhaustiva, ni mucho menos una enunciación completa

63. CDI, “Draft Articles on Responsibility of States...”, p. 107.

64. La concesión de una prestación monetaria se trata de una forma de satisfacción, y no de indemnización, cuando no responde a un cómputo mecánico del daño sufrido, sino a una representación global y simbólica de daños no cuantificables.

65. CDI, “Draft Articles on Responsibility of States...”, p. 107.

de todas aquellas controversias de la historia reciente de las relaciones internacionales en que se haya reconocido —de manera tácita o expresa— la generación de daño moral a un Estado a partir de un hecho internacionalmente ilícito. Más bien se intentará mostrar una serie de ejemplos destacados, dado que muchos otros pueden encontrarse en la literatura de la materia y debido a que, en general, las fórmulas de solución se repiten. Lo importante a extraer es que la noción de que los Estados sufren daño moral no es meramente una teoría esbozada en los escritorios de los académicos, sino que es vivenciada en la práctica de la litigación ante las jurisdicciones internacionales y del arreglo extrajudicial amistoso de controversias.

Un caso de gran trascendencia histórica ocurrió en 2004 cuando Alemania se disculpó públicamente por la matanza perpetrada contra la etnia herero entre 1904 y 1907 en la actual Namibia, por entonces una colonia del Imperio Alemán. Este suceso había marcado la historia de aquel pequeño país, que vio diezmada su población nativa bajo modalidades opresivas que servirían de anticipo para los horrores del Holocausto tres décadas más tarde. La ministra de Desarrollo alemana admitió en 2004 que las brutalidades llevadas a cabo en ese entonces serían hoy en día calificadas como "genocidio".⁶⁶ Las autoridades del Estado africano recibieron con beneplácito la disculpa oficial del Estado alemán, así como el reconocimiento del carácter genocida del exterminio, expresando que era lo que habían estado esperando por un muy largo tiempo.⁶⁷ Un ejemplo de un incidente de menor entidad que pudo resolverse a partir de negociaciones bilaterales fue el del hundimiento del buque de patrulla bahamés HMBS Flamingo, por un avión de guerra cubano en un confuso episodio en 1980. El pueblo de la Mancomunidad de las Bahamas, no acostumbrado a esta clase de tragedias, sufrió una gran convulsión por el suceso, y aún hoy lo recuerda con dolor. El gobierno bahamés reclamó una disculpa categórica e incondicional, compensación por los daños producidos, y garantía de que la soberanía bahamesa sería respetada en el futuro. Para evitar que la crisis diplomática pase a mayores, Cuba terminó admitiendo completa responsabilidad por lo acontecido, expresando que el suceso se debió a una "lamentable

66. Este proceso de recomposición histórica podría ser eventualmente tomado como modelo para la reparación de otras injurias morales provocadas por genocidios no reconocidos, como el genocidio armenio, que Turquía aún se niega a reconocer pese a la abultada presión internacional, incrementado, con su reticencia, el agravio moral infligido al Estado armenio.

67. The Guardian, "German minister says sorry for genocide...", 16/08/2004.

confusión” y abonando una indemnización destinada a las familias de los fallecidos, a la vez que explicó que no buscó violar la soberanía bahamesa ni lo volvería a hacer en el futuro. La satisfacción lograda por la disculpa y la promesa cubana fueron consideradas por el gobierno de las Bahamas como una “honorable solución” al conflicto.⁶⁸

Otro caso resuelto por disculpas públicas luego de negociaciones bilaterales fue el del secuestro del exteniente coronel alemán Adolf Eichmann, alto oficial nazi que se encontraba refugiado en la Argentina, cuando fue apresado por un grupo comando israelí que lo trasladó a Israel para su juzgamiento en 1960.⁶⁹ El gobierno argentino consideró esta intromisión como una grave violación a su soberanía y, luego de no llegar a un arreglo directo con el gobierno israelí, llevó la controversia al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que ese mismo año emitió una resolución⁷⁰ considerando que las acciones del gobierno israelí en efecto constituían una violación de la soberanía argentina, y requirió que este le practique a la Argentina las reparaciones apropiadas de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y la costumbre internacional. Finalmente, los gobiernos de ambos Estados emitieron un comunicado conjunto en que se dejaba constancia sobre la violación de la soberanía argentina, e Israel expresaba sus disculpas públicas al respecto. También allí se anunció que la situación de tensión entre ambos Estados, que tradicionalmente habían disfrutado de una relación bilateral de amistad, había llegado a su fin.⁷¹

68. “The Flamingo Incident”. Existen varios otros casos en donde una disculpa sirvió para resolver tensiones diplomáticas de menor envergadura. Por ejemplo, puede citarse el incidente de 2002 que involucró al entonces presidente del Uruguay Jorge Batlle. En una conferencia de prensa en que creyó que no estaba siendo grabado, pronunció frases desafortunadas que ofendieron enormemente al pueblo argentino (“los argentinos son una manga de ladrones, del primero al último”) e hirieron gravemente las relaciones bilaterales. Después de diálogos diplomáticos entre ambos Estados, y arreglos directos entre el jefe de Estado uruguayo y el entonces presidente argentino, Eduardo Duhalde, Batlle se presentó en la residencia presidencial argentina, desde donde emitió un pedido formal de disculpas y prometió que el incidente no se repetiría. Las disculpas públicas fueron aceptadas por su par argentino, recomponiendo la relación bilateral. Este es un claro caso donde un presidente, en su investidura representativa del Estado, hirió emocionalmente a otro Estado, produciendo el mentado daño moral que luego fue reparado mediante un medio paradigmático de satisfacción: las disculpas públicas. “Los argentinos son una manga de ladrones, del primero al último”; OBARRIO, “Duhalde aceptó las disculpas de Batlle”.

69. BARBOZA, *Derecho Internacional Público*, p. 197.

70. CSNU, Resolución 138 del 23/6/1960.

71. The Israel State Archives, “The Eichmann Trial: Fifty Years After...”, 19/04/2013.

Un caso que reservo para el final por sus particularidades es el de la conclusión del acuerdo de reparaciones entre Israel y Alemania Occidental en 1952, luego de los horrores del Holocausto. Curiosamente, este tratado tuvo por objeto el pago de reparaciones por eventos transcurridos cuando la República Federal de Alemania no existía en su forma jurídica actual — aunque podía considerarse sucesora del Reich Alemán extinguido luego de la partición del territorio—, y el Estado de Israel no existía en absoluto.⁷² Si bien el convenio no tenía por objeto lograr reparaciones morales por el Holocausto, sí buscaba una reparación material. Empero, el reclamo monetario no respondía al daño material efectivamente sufrido por las víctimas, sino a una cifra mucho menor: el costo de absorción por parte de Israel de todos los judíos que habían emigrado allí luego de concluida la persecución en Europa y fundado el Estado.⁷³ El dinero ingresante fue utilizado para la inversión en infraestructura y permitió el crecimiento económico del país, que en ese momento se encontraba hundido en una profunda crisis luego de la Guerra Árabe-Israelí. Aunque el dinero recibido fue imputado a daños materiales, lo cierto es que en la realidad operaba como una prestación económica de un simbólico carácter moral. El tratado combinaba esta compensación pecuniaria con una expresa asunción de responsabilidad por parte de Alemania de los crímenes del régimen nazi contra la comunidad judía, permitiendo así el comienzo de un lento proceso de acercamiento entre los dos Estados, en una época en que Israel aún se mantenía distante y desconfiado respecto de Alemania. Este ejemplo permite vislumbrar el valor que tuvo un reconocimiento de responsabilidad sumado a una prestación simbólica para comenzar a sanar la profunda llaga emocional del pueblo israelí.

III.C. El reconocimiento del daño moral estatal en litigios internacionales

En 1913, la Corte Permanente de Arbitraje, en el caso del “Carthage”⁷⁴ sostuvo célebremente que el reconocimiento de un incumplimiento en un laudo es, en sí mismo, una sanción. Así, inauguró la idea de que una declaración jurisdiccional de ilicitud puede ser reparación suficiente ante una violación.

72. HONIG, *The Reparations Agreement between Israel and...*, pp. 564-578.

73. Jewish Virtual Library, “Holocaust Restitution: German Reparations”.

74. CPA, “Caso del Carthage”, laudo sobre el fondo.

Utilizando dicho argumento, rechazó el reclamo de Francia de una compensación monetaria por la violación al Derecho Internacional por parte de Italia cuando detuvo ilícitamente un buque francés. Además, Francia había reclamado la concesión simbólica de una indemnización de un franco por la afrenta a la bandera francesa, que la Corte, consideró impertinente. Este razonamiento fue luego empleado por la Corte Internacional de Justicia en el ya citado caso del Canal de Corfú.⁷⁵ La Corte Internacional de Justicia entendió que el barrido de minas no autorizado practicado por la Armada Real Británica en aguas territoriales de Albania constituía una violación de la soberanía de este último Estado y, por lo tanto, expuso al Reino Unido a responsabilidad internacional. Sin hacer mención expresa del daño moral sufrido por Albania —aunque no hubo daño material alguno—, la Corte sostuvo que la declaración de ilicitud del accionar del Reino Unido “constituye, en sí misma, satisfacción apropiada”.

Otro caso que puede citarse para entender más acabadamente el empleo de la declaración judicial como remedio por la Corte Internacional de Justicia fue aquel desencadenado por el genocidio ocurrido en Srebrenica entre 1992 y 1995, en que el tribunal terminó resolviendo que Serbia y Montenegro había violado la obligación de prevenir el genocidio.⁷⁶ No obstante, entendió que no estaba acreditado un nexo causal que vinculaba el daño provocado por el genocidio con el incumplimiento de parte del demandado de su obligación de adoptar los medios disponibles para impedirlo. Por lo tanto, consideró que no cabía indemnización alguna, y la sentencia declaratoria de la violación debía bastar como satisfacción suficiente. Bosnia-Herzegovina también había solicitado a la Corte una compensación pecuniaria simbólica a modo de satisfacción por el incumplimiento adicional del demandado cuando omitió acatar la medida provisional que la propia CIJ había ordenado, en 1993, con el objeto de que Serbia y Montenegro efectivizara su obligación de prevenir el genocidio que, en ese momento, se encontraba en curso. Ante este pedido, la Corte prefirió entender que, por análogo fundamento a su decisión anterior, debía bastar la declaración judicial como satisfacción. En mi opinión, la naturaleza y entidad de las violaciones de parte de Serbia y Montenegro justificaban la concesión por parte de la Corte de —cuanto menos— una

75. CIJ, “Caso sobre el Canal de Corfú”, sentencia de fondo.

76. CIJ, “Caso sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio”, sentencia de fondo.

compensación pecuniaria simbólica. Incluso aunque el demandado no hubiese sido el responsable directo del genocidio, la ofensa moral sufrida por el pueblo bosnio cuando Serbia y Montenegro decidió discrecionalmente no emplear los medios que tenía a su alcance para detener las atrocidades que se cometían bajo sus narices cuando su Estado vecino padecía una limpieza étnica, merece una reparación moral mucho más acabada que una mera declaración judicial.

Más adelante, en el litigio entre la Argentina y el Uruguay a partir de la construcción de plantas de celulosa en la margen del río Uruguay, la CIJ volvió a emplear esta solución, que muy poca incidencia tiene a los efectos de lograr una verdadera reparación al daño moral infligido. En 2010, la Corte falló que Uruguay había incurrido en responsabilidad internacional al violar las obligaciones que emanaban del tratado en cuanto al procedimiento a seguir previamente a iniciar las obras para la construcción de las plantas de celulosa.⁷⁷ El caso tuvo una gran repercusión pública en ambos países y generó un deterioro profundo en sus relaciones bilaterales. Si bien surgía a todas luces que el hecho ilícito llevado adelante por Uruguay provocó un daño moral a la República Argentina, la Corte consideró que, debido a que se trataba de una violación meramente procedimental, la declaración de la ilicitud en su pronunciamiento era satisfacción suficiente para este último Estado. Esta solución es altamente cuestionable, toda vez que la Corte no debió poner el foco en la naturaleza sustantiva o adjetiva de la obligación violada a los fines de determinar el modo de reparación pertinente, sino en el daño efectivamente producido a raíz de la violación.

Fuera del ámbito de los tribunales judiciales, una comisión arbitral de reclamos en 1935 tuvo la perspicacia de encontrar otros medios de satisfacción moral que fuesen más efectivos. Los comisionados, en su laudo,⁷⁸ entendieron que los Estados Unidos habían violado el Derecho Internacional al hundir el buque canadiense *SS I'm Alone* y lo condenó a reconocer su violación y disculparse formalmente por el hecho frente al gobierno de Canadá, además de exigirle el pago de una suma pecuniaria por el daño provocado. Este histórico laudo es un importante precedente de la utilización simultánea de tres formas distintas de satisfacción: el reconocimiento, las disculpas y la compensación pecuniaria simbólica.

77. CIJ, "Caso sobre las Plantas de Celulosa en el Río Uruguay", sentencia de fondo.

78. Comisión Mixta Ad-Hoc, "Caso del *SS I'm Alone*", laudo sobre el fondo.

Por otra parte, el compromiso de no repetir una conducta ilícita puede resultar, en algunos casos, y suponiendo seriedad y buena fe, una satisfacción apropiada. Una controversia reciente que involucró esta modalidad fue aquella suscitada entre los Estados Unidos y Alemania luego de que dos nacionales alemanes fueran condenados a muerte por la justicia estadounidense en 1999, sin que se les hubiera informado del derecho de asistencia consular investido en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Luego de que las ejecuciones se practicasen, pese al esfuerzo diplomático alemán, y al dictado de una medida provisional de parte de la Corte Internacional de Justicia, el gobierno norteamericano emitió un pedido público de disculpas por lo acontecido, a la vez que se comprometió a no repetir la violación en el futuro. Alemania manifestó que las disculpas y el compromiso no eran suficientes, y debían proveerse garantías más sólidas de no repetición. En un fallo de 2001 sobre la cuestión de fondo,⁷⁹ la Corte declaró que los Estados Unidos habían violado el Derecho Internacional, pero entendió que el compromiso asumido por el gobierno estadounidense, unido a las disculpas ofrecidas, y a la luz del principio de la buena fe, eran suficiente garantía de no repetición como para satisfacer a Alemania.

Como una experiencia piloto modelo a seguir por los tribunales internacionales, debe destacarse finalmente el laudo dictado en el caso del *Rainbow Warrior*: una disputa entre Francia y Nueva Zelanda ocasionada cuando los servicios de inteligencia franceses plantaron bombas que hundieron al *Rainbow Warrior*, un buque perteneciente a la ONG ambientalista Greenpeace, mientras se encontraba amarrado en un puerto neozelandés. La nave se hallaba allí para impedir el desarrollo de los ensayos nucleares que el gobierno francés estaba llevando adelante en la Polinesia Francesa. Las autoridades neozelandesas lograron capturar y juzgar a dos de los agentes franceses involucrados en el hecho. Luego de una gestión de buenos oficios a cargo del Secretario General de la ONU, las partes llegaron a un acuerdo consistente en que Francia, además de reconocer públicamente el hecho y la violación en que incurrió, y disculparse por ello, abonara a Nueva Zelanda una suma pecuniaria simbólica por el daño sufrido, y esta última entregara a los agentes franceses condenados para que cumplan una pena no inferior a tres años en una prisión francesa.

79. CIJ, "Caso LaGrand", sentencia de fondo.

Cuando Francia liberó a sus agentes anticipadamente, surgió una nueva disputa, que fue sometida nuevamente a arbitraje, esta vez ante un tribunal colegiado presidido por el Secretario General de la ONU. Antes del laudo, las partes acordaron que las:

“[...] acciones ilícitas contra intereses no materiales, como actos afectando el honor, la dignidad o el prestigio de un Estado, hacen al Estado víctima acreedor de una reparación adecuada, incluso si esos actos no han resultado en pérdida pecuniaria o material para el Estado actor”.

El tribunal entendió que el incumplimiento francés provocó:

“[...] indignación y enfurecimiento público en Nueva Zelanda y causó un nuevo, adicional daño no material [...] de una naturaleza moral, política y jurídica, resultado de la ofensa a la dignidad y el prestigio no solo [...] de Nueva Zelanda como tal, pero también de sus más altas autoridades judiciales y ejecutivas”.⁸⁰

Con respecto a la reparación pertinente, el tribunal consideró que la declaración de responsabilidad recaída sobre la República Francesa, hecha pública por la decisión de los árbitros, era satisfacción apropiada a los fines de reparación del daño moral provocado a Nueva Zelanda.

Por otra parte, en un *obiter dictum*, los árbitros aclararon que la concesión de una indemnización pecuniaria puede servir como forma simbólica de satisfacción a los fines de la reparación de daños inmateriales, aunque no era necesaria en el caso. A su vez, destacaron que “hay una arraigada práctica de los Estados y las cortes y tribunales internacionales de usar la satisfacción como remedio o forma de reparación” en casos de “daño moral o legal causado directamente al Estado, especialmente en oposición al caso del daño a personas involucradas en responsabilidad internacionales”. La nota innovadora del laudo proviene de una curiosa cláusula añadida para asistir a las partes “a ponerle un fin al presente triste asunto”. Les encomendó a las partes del litigio constituir un fondo monetario para la promoción de relaciones de amistad entre los pueblos de ambas naciones,

80. Tribunal Arbitral Ad-Hoc, “Caso sobre la interpretación y aplicación...”, laudo sobre el fondo.

y le encargó a Francia hacer una contribución inicial de 2 millones de dólares a ese fondo. Aquella peculiar adición al fondo no sólo contribuye a la satisfacción debida a Nueva Zelanda, sino que impulsa decididamente la recomposición de la relación bilateral. Esta interesante e innovadora solución es un precedente importante a los fines de pensar nuevas maneras de resolver de forma real y efectiva lesiones morales sufridas por Estados.

Como acotación final, debe citarse el trabajo de Parish y otros/as,⁸¹ que luego de hacer un *racconto* de casos en que tribunales arbitrales constituidos en el ámbito del CIADI han concedido reparaciones monetarias a inversores por daño moral infligido por Estados,⁸² sostiene que los tribunales del CIADI no han, hasta el momento, concedido indemnizaciones monetarias por daño moral a Estados. No obstante, los tribunales han barajado la posibilidad en diversas ocasiones. En el caso “Europe Cement”⁸³, Turquía había requerido al tribunal que se le indemnizara el daño moral sufrido por el perjuicio a su reputación derivado de la demanda presentada por el inversor que, según el gobierno turco, había sido maliciosa y sustentada en evidencia fraudulenta. Si bien el tribunal no acató el pedido turco por la reparación pecuniaria, sí tuvo en cuenta, en cierta forma, el daño moral sufrido por Turquía al destacar que cualquier daño potencial a la reputación turca sería remediado por las conclusiones del laudo. En el proceso paralelo “Cementawnia”⁸⁴, Turquía invocó similares argumentos, y el tribunal sostuvo que efectivamente la demanda presentada era “fraudulenta y presentada en mala fe”. No obstante, si bien los árbitros destacaron que nada en los estatutos del CIADI les impedía conceder prestaciones monetarias por daño moral, el abuso procesal del inversor no ameritaba una condena pecuniaria, y que el perjuicio moral de Turquía sería suplido por la declaración en el laudo. Los autores del artículo sostienen que el detrimento a la reputación de un Estado a raíz de la presentación de una demanda maliciosa tiene un efecto altamente perjudicial para el demandado, y que los tribunales del CIADI deberían comenzar a aplicar la herramienta de la condena pecuniaria por daño moral, que ya reconocen como disponible en su arsenal de medidas resarcitorias.

81. PARISH, NEWLSON & ROSENBERG, “Awarding Moral Damages to Respondent States...”.

82. Los casos desarrollados son los siguientes: CIADI, “Benvenuti & Bonfant c. República Popular del Congo”; y CIADI, “Desert Line Projects LLC c. República de Yemen”.

83. CIADI, “Europe Cement Inv. & Trade S.A. c. República de Turquía”.

84. CIADI, “Cementownia ‘Nowa Huta’ S.A. c. República de Turquía”.

III.D. La fuente de la obligación de reparar el daño moral

Debido a que este capítulo plantea al deber de reparar el daño moral ocasionado a Estados como una obligación de Derecho Internacional, resulta pertinente una breve referencia a cuál es la fuente de derecho en que esta obligación se fundamenta.

En primer lugar, debe señalarse que en el acápite II.B, se expuso sucintamente el desarrollo histórico de la noción de daño moral. Este instituto tuvo su génesis en el Derecho Romano, como derivado del fundamental axioma *alterum non laedere* (“no dañar a nadie”), que fue jerarquizado como uno de los tres *iuris præcepta* (“preceptos del derecho”) en las *Institutas del Corpus Iuris Civilis*.⁸⁵ Desde entonces, el daño moral recorrió la historia hasta llegar a nuestros días como un instituto de aceptación generalizada en los ordenamientos jurídicos del mundo. Ya en 1923, el árbitro Parker en el ya citado caso del RMS Lusitania,⁸⁶ consideró que “es una regla general de tanto el derecho civil como el *common law* que toda invasión de un derecho privado importa una lesión y que para cada lesión el derecho otorga un remedio”, y que “negar tal reparación sería negar el principio fundamental de que existe un remedio para la invasión directa de todo derecho”. Hoy en día, la generalidad de los países del mundo recoge al instituto del daño moral en su legislación civil, tanto en lo atinente a personas humanas como jurídicas.

Para seguir ilustrando esta tendencia, no puede dejar de mencionarse el caso “Diallo”⁸⁷ de la Corte Internacional de Justicia. En la sentencia dictada en este caso, la Corte emitió un *obiter dictum* en que consideró que el daño moral o “no-pecuniario” cubre todo menoscabo distinto del material que pueda ser sufrido por una “entidad o individuo”. El hecho de que la Corte Internacional de Justicia haya considerado que entidades privadas no humanas son susceptibles de sufrir daño moral a los fines del ejercicio de la protección diplomática, hace que este fallo sea digno de nota. Así también lo ha decidido un tribunal arbitral del CIADI, cuando en el ya mencionado caso “Desert Line”⁸⁸ decidió que “es generalmente reconocido que una persona jurídica (en oposición a una persona natural)” puede sufrir daño

85. JUSTINIANO, *Instituciones de Justiniano: edición bilingüe*, p. 23.

86. CPA, “Opinión sobre los Casos del Lusitania”, laudo sobre el fondo.

87. CIJ, “Caso de Ahmadou Sadio Diallo”, sentencia de fondo.

88. CIADI, “Desert Line Projects LLC c. República de Yemen”.

moral. En el caso, el tribunal reconoció que el gobierno de Yemen era responsable frente a la compañía por la coerción física que había ejercido sobre los ejecutivos de la empresa.

Asimismo, la arraigada noción del daño moral, como objeto de estudio y desarrollo del Derecho Privado doméstico, es perfectamente extrapolable al plano del Derecho Internacional, en lo respectivo a los perjuicios de este género que sufren los sujetos paradigmáticos de este último ordenamiento jurídico: los Estados. Por todo lo expuesto, no cabe duda de que la obligación de reparar el daño moral a Estados es una norma no escrita de un amplio alcance, reconocida en las legislaciones internas de los Estados y extrapolable al nivel internacional,⁸⁹ por lo que cabe concluir que configura un principio general de derecho reconocido por las naciones civilizadas en los términos del art. 38, párr. 1, inc. c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Como tal, su prominencia en los ordenamientos internos le permite trascender al plano normativo internacional para regir las relaciones entre los Estados.

Por otra parte, este principio general de derecho, como muchos otros, ha devenido también en una norma consuetudinaria internacional. Los casos expuestos en el acápite III.B proveen harta evidencia de la existencia de una práctica por la cual los Estados actuaron con una convicción generalizada de que la obligación de reparar el daño moral que provocaron es una norma de Derecho Internacional General. A su vez, en el apartado III.C se mostró que los tribunales internacionales reconocieron a través de un sólido y consistente cuerpo jurisprudencial que, en efecto, existía una norma consuetudinaria en tal sentido. En varios casos, los Estados llegaron a arreglos amistosos en los cuales reconocían el daño moral provocado y procuraban repararlo, mientras que en los casos en que la controversia fue llevada a una instancia jurisdiccional, las diferencias no versaban sobre la existencia de la norma, sino por desacuerdos sobre los hechos efectivamente acontecidos. Asimismo, invariablemente los tribunales han afirmado la existencia del deber de reparar los daños morales sufridos por Estados, reflejando en sus sentencias y laudos la arraigada norma consuetudinaria que recoge aquel elemental principio de derecho.

Por lo expuesto, cabe concluir que la norma en estudio fue un principio general de derecho que dio lugar a la formación de una norma consuetudinaria

89. PELLET, "Article 38", p. 764.

general en el mismo sentido. Sin embargo, debido a que actualmente no existe un tratado que regule los alcances de la responsabilidad internacional del mismo modo que lo hace el Proyecto de la CDI —sin poder vinculante propio—, no puede decirse que tenga, por el momento, fuente convencional.

IV. APORTES DE LA TEORÍA DE LAS EMOCIONES

Los Estados, más allá de entes jurídicos abstractos, son realidades sociales complejas. El politólogo Sasley opina que existe un fenómeno por el cual las personas experimentan frecuentemente reacciones emocionales frente a ciertos eventos, no como individuos, sino como grupos. Por ejemplo, la reacción de indignación de parte de los estadounidenses cuando ocurrió el ataque a las Torres Gemelas en 2001 no se debió a que todos estos tuviesen algún involucramiento personal en la tragedia, sino que el atentado fue visto como un ataque a los Estados Unidos: al Estado y a todos sus integrantes.⁹⁰ El autor destaca que los académicos de la psicología social han desarrollado una teoría de emociones intergrupales, que postula que las emociones pueden ser acumuladas de individuos a grupos,⁹¹ de manera que aun cuando el individuo no haya vivenciado personalmente el evento desencadenante de las emociones, su identificación con el grupo produce una transferencia emocional y, por ende, una experiencia emocional compartida.⁹² Por supuesto, no debe pretenderse que todos los miembros de un grupo tengan una respuesta emocional uniforme frente a un evento; es claro que en todo grupo hay desacuerdos y diferencias, pero en términos generales los miembros del grupo tenderán a desarrollar una línea emocional conjunta.⁹³

Por otra parte, Sasley sostiene que el método de pensar a los Estados como grupos, o como entidades corporativas, permite entender cómo la acumulación de emociones individuales se convierte en un sentimiento grupal colectivo. El grupo y el individuo se retroalimentan: el individuo, como tal, siente la emoción, luego el grupo se vuelve parte del individuo en tanto este experimenta ese sentimiento no como sujeto indiviso, sino como integrante del grupo; y los miembros individuales del grupo convergen en

90. SASLEY, "Theorizing States' emotions", p. 452.

91. SASLEY, "Theorizing States' emotions", p. 453.

92. SASLEY, "Theorizing States' emotions", p. 460.

93. SASLEY, "Theorizing States' emotions", p. 466.

las mismas emociones, formando una única emoción colectiva.⁹⁴ Esto no significa que cualquier conjunto de individuos sea un grupo, ni que si estos comparten sus emociones necesariamente formen una emoción común. Debe presentarse una identidad social común que vincule a los miembros del grupo a través de una autocategorización de cada individuo como integrante de ese colectivo.⁹⁵ Sólo así, los individuos que se identifican con el grupo adoptarán como propias las percepciones del grupo, a la vez que el grupo se nutrirá con lo que las representaciones que los distintos miembros le aporten. Así, en tanto miembros del grupo, los integrantes pierden su individualidad y se autoperceben como piezas intercambiables de esa realidad superior que al mismo tiempo los une y los supera.⁹⁶

El psicólogo social israelí Bar-Tal hecha más luces sobre cómo funciona este mecanismo de formación de lo que denomina "emociones colectivas". El autor destaca la importancia del *contexto* que, según él, provee señales y pistas que son percibidas por los miembros de la sociedad y crean un ambiente psicológico que va a ser determinante de la emoción grupal. Los seres humanos pueden apreciar el contexto de diversas formas (como amenazante, pacífico, doloroso, etcétera) de acuerdo con las condiciones psicológicas imperantes en él, y dicha apreciación desencadenará una reacción emocional determinada en las personas.⁹⁷ En otras palabras, el contexto emocional evoca un determinado sentimiento entre los miembros de la sociedad. Cuando las personas son expuestas a un contexto por cierto período de tiempo, entran en sintonía con él y adoptan la emoción que profesa. Así, el contexto se generaliza, y se transmite con la ayuda de las vías sociales de comunicación y de los medios masivos, permitiendo que el proceso se vuelva automatizado a medida que se desarrolla. Es mediante este sistema que se difunde una determinada emoción entre los miembros de una sociedad, formando la mentada emoción colectiva.⁹⁸

Por supuesto, los Estados, en general y en toda su complejidad, encajan perfectamente en la categoría de grupos a los fines de las teorías esbozadas, y sus nacionales son individuos que habitualmente sienten suficiente identificación y solidaridad con el grupo como para que sus

94. SASLEY, "Theorizing States' emotions", p. 454.

95. SASLEY, "Theorizing States' emotions", p. 457.

96. SASLEY, "Theorizing States' emotions", p. 458.

97. BAR-TAL, "Collective Emotions in Conflict Situations: Societal...", p. 445.

98. BAR-TAL, "Collective Emotions in Conflict Situations: Societal...", p. 446.

emociones converjan en una única emoción: la emoción del Estado. Así, un Estado puede sentir felicidad cuando su equipo nacional gana un torneo, o tristeza cuando lo pierde, o puede sentir ansiedad si pasa por una crisis económica, o miedo si un vecino belicoso realiza ensayos militares en la frontera. De esta manera también sentirá sufrimiento, angustia, o dolor, cuando padece una ofensa que pudiese eventualmente calificarse como daño moral. Este daño moral puede producirse de diversas formas: con la muerte de connacionales, con el ultraje de la bandera nacional u otro símbolo patrio, con la violación del espacio aéreo territorial, con frases agraviantes, etcétera. Los casos analizados en los acápites anteriores son ejemplos históricos de este fenómeno que transcurre a diario y, a veces, es desatendido por ser erróneamente estimado como intrascendente.

El jurista Brebbia opina que los grupos humanos nucleados en personas jurídicas:

“[...] nacen de la circunstancia de poseer el ente colectivo una voluntad y conciencia propias, como así también, un patrimonio moral particular”.

Por su parte, Basso y Monjo sostienen que incluso partiendo:

“[...] de la definición del daño moral como el menoscabo producido a la subjetividad o espiritualidad en virtud de la lesión a un interés extrapatrimonial, también las personas jurídicas pueden sufrir un daño moral, atento la existencia de una espiritualidad o subjetividad colectiva”.⁹⁹

Al respecto, expresan que:

“[...] a esta altura del desarrollo de la humanidad en general, y de las ciencias jurídicas en particular, no es posible negar la existencia de una espiritualidad o subjetividad colectiva ni es posible retacear el resarcimiento en los casos en que dicha espiritualidad o subjetividad se ve menoscabada”.

99. BASSO & MONJO, “El daño moral a las personas jurídicas”.

No puede negarse la dimensión social de las personas, ya que el hombre-individuo no es ni puede ser la única realidad reconocida por el Derecho. La ciencia jurídica contemporánea necesita de herramientas que le permitan “regular las situaciones conflictivas ocasionadas y derivadas de los grupos, de las realidades colectivas”.

En esta línea, debe citarse también a los juristas Morello y Stiglitz, quienes desarrollaron la noción de “daño moral colectivo” partiendo de la idea de que “la noción de daño moral se halla vinculada con el concepto de desmedro extrapatrimonial o lesión a los sentimientos personales, afectaciones legítimas o tranquilidad anímica, y tiene un matiz social”.¹⁰⁰ Los autores distinguen las lesiones respecto de “los bienes propios y exclusivos de los particulares, personales y diferenciados” de otras lesiones en que “el daño lo soportan más bien en su calidad de miembros de ese determinado conjunto social”, siendo que en el daño colectivo “asume la condición de cierto sólo con relación al grupo o categoría, mas no singularmente respecto a sus miembros, titulares de cada fracción del interés menoscabado”. La noción de “daño moral colectivo”, como concepto jurídico, encaja a la perfección con la teoría de las “emociones colectivas” esbozada por Bartal desde el ámbito de la psicología social.

V. REFLEXIONES FINALES

La afección emocional de un Estado, denominada daño moral, es un fenómeno real, existente, que la psicología social ha estudiado y acreditado, y, ante el cual, el Derecho no puede quedarse estático. Siglos atrás los juristas del Derecho Privado inventaron y desarrollaron la teoría del daño moral como una forma de alcanzar un resarcimiento pleno de los perjuicios sufridos por las personas, de manera que la reparación debida contemple no sólo las vejaciones patrimoniales, sino también los agravios emocionales. Hoy en día, el reconocimiento del daño moral resulta una faceta indispensable de cualquier sistema jurídico que busque un estándar mínimo de justicia, pero esta idea que se acepta con cómoda naturalidad cuando se trata de personas físicas, en cambio, resulta extraña cuando se habla de entidades corporativas, como los Estados.

100. MORELLO & STIGLITZ, “La categoría del daño moral colectivo...”, pp. 1642 y ss.

Si bien ha habido casos en que distintos tribunales han reconocido la existencia del daño moral, todavía queda mucho por avanzar. El tribunal arbitral del caso del *Rainbow Warrior* fue vanguardista y abrió un nuevo paradigma en materia de daño moral estatal, creando innovadoras medidas para no sólo resarcir los perjuicios extrapatrimoniales sufridos por Nueva Zelanda, sino también intentar recomponer las relaciones con fondos destinados a restaurar la relación entre el Estado víctima y el responsable. Por su parte, la CIJ ha sido muy reticente en la materia. Si bien reconoció supuestos de daño moral en varios casos, sólo ha empleado la declaración judicial como medio de reparación. En algunas situaciones esto puede ser suficiente, pero en otras, como el caso de la Convención sobre Genocidio, resulta injurioso excluir medios resarcitorios más efectivos ante agravios morales de tal escala.

Quizás sea hora de que la ciencia jurídica reconozca con firmeza y determinación aquello sobre lo que la psicología social viene teorizando hace años. Los agravios emocionales provocados a los Estados deben encontrar en el Derecho Internacional una respuesta que les otorgue el resarcimiento pleno que los jueces domésticos conceden a las personas físicas y jurídicas en los tribunales civiles. Se trata de una exigencia de la justicia, que demanda que el sufrimiento de la población de un Estado no sea ignorado por las jurisdicciones internacionales. Conceder reparaciones sólo a perjuicios patrimoniales importa considerar a los Estados como entes económicos unidimensionales, olvidando la realidad social viva que se esconde detrás de esa abstracción jurídica que consideramos como el sujeto originario del Derecho Internacional. Esta experiencia intersubjetiva subyacente es la verdadera esencia del Estado, y mantenerla incólume debe ser la tarea prioritaria del Derecho Internacional. No debe perderse de vista aquel antiguo adagio romano que nos recuerda lo que es obvio pero que a veces olvidamos entre tantas formas que tapan la sustancia: *hominum causa ius constitutum est* ("es para el ser humano que el Derecho ha sido concebido").

BIBLIOGRAFÍA

ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar José & LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, 4ª ed., Abeledo Perrot, 2009, Buenos Aires.

- Ámbito, “Los argentinos son una manga de ladrones, del primero al último”, 04/06/2002, URL www.ambito.com/noticia.asp?id=74820 consultado 20/07/2019.
- BAR-TAL, Daniel, “Collective Emotions in Conflict Situations: Societal Implications”, en *Journal of Social Issues*, Vol. 63, N° 2, 2007, Nueva Jersey, pp. 441-460.
- BARBOZA, Julio, *Derecho Internacional Público*, 2ª ed., Zavallía, 2008, Buenos Aires.
- BASSO, Santiago M. & MONJO, Sebastián, “El daño moral a las personas jurídicas”, en *La Ley Córdoba*, 2010, Córdoba, pp. 623 y ss.
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones*, 8ª ed., Abeledo Perrot, 1998, Buenos Aires.
- BORDA, Guillermo J., “Persona jurídica y persona humana: el abuso de la personería”, en *La Persona Humana*, La Ley, 2001, Buenos Aires, pp. 350-369.
- BREBBIA, Roberto H., “La persona jurídica como sujeto pasivo de agravio moral. La prueba del daño moral”, en *La Ley*, cita online: AR/DOC/14597/2001.
- , “Las personas jurídicas —y las sociedades comerciales en particular— como sujetos pasivos de agravio moral”, en *La Ley*, 1991-A, 51.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Azul, Sala A, “Municipalidad de Tandil c. Transportes Automotores La Estrella SA y otro”, 22/10/1996.
- Comisión de Derecho Internacional, ONU, *Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, adoptados por la CDI en su 53º período de sesiones y anexado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resol. 56/83, 12/12/2001.
- , “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries”, en *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 2001, Ginebra.
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones, “Benvenuti & Bonfant c. República Popular del Congo”, Caso N° ARB/77/2, 15/08/1980.
- , “Cementownia ‘Nowa Huta’ S.A. c. República de Turquía”, Caso N° ARB (AF)/06/02, 17/09/2009.
- , “Desert Line Projects LLC c. República de Yemen”, Caso N° ARB/05/17, 06/02/2008.
- , “Europe Cement Inv. & Trade S.A. c. República de Turquía”, Caso

- N° ARB (AF)/07/02, 13/08/2009.
- CIFUENTES, Santos, "El daño moral y la persona jurídica", en Trigo Represas, Félix A. & Stiglitz, Rubén S. (dirs.), *Derecho de daños, Homenaje al profesor Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, La Rocca, Buenos Aires, 1991, pp. 400-423.
- , Elementos de Derecho Civil: Parte General, Astrea, 2009, Buenos Aires.
- Comisión Mixta Ad-Hoc, "Caso del *SS I'm Alone*", "Canadá c. Estados Unidos", 30/06/1933, laudo sobre el fondo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Loayza Tamayo c. Perú", 17/09/1997, sentencia de fondo.
- Corte Internacional de Justicia, "Caso de Ahmadou Sadio Diallo", "República de Guinea c. República Democrática del Congo", 19/06/2012, sentencia de fondo.
- , "Caso del Canal de Corfú", "Reino Unido c. Albania", 15/12/1949, sentencia sobre la valuación de la indemnización debida al Reino Unido.
- , "Caso LaGrand", "Alemania c. Estados Unidos", 27/06/2001, sentencia de fondo.
- , "Caso sobre el Canal de Corfú", "Reino Unido c. Albania", 09/04/1949, sentencia de fondo.
- , "Caso sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio", "Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro", 26/02/2007, sentencia de fondo.
- , "Caso sobre las Plantas de Celulosa en el Río Uruguay", "Argentina c. Uruguay", 20/04/2010, sentencia de fondo.
- Corte Permanente de Arbitraje, "Caso del Carthage", "Francia c. Italia", 06/05/1913, laudo sobre el fondo.
- , "Opinión sobre los Casos del Lusitania", "Estados Unidos c. Alemania", 01/11/1923, laudo sobre el fondo.
- Corte Permanente de Justicia Internacional, "Caso de la Fábrica de Chorzow", "Alemania c. Polonia", 13/09/1928, sentencia de fondo.
- CRAWFORD, James, *State Responsibility*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- CROVI, Luis D., "El daño moral y las personas jurídicas", en *Revista de responsabilidad civil y seguros*, 2014-VIII, P. 1.
- DINTILHAC, Jean-Pierre (dir.), *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, Ministère de la Justice, 2006, Paris.

- DI PIETRO, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, 2ª ed., Abeledo Perrot, 2014, Buenos Aires.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Apuntes sobre el Daño a la Persona”, en BORDA, Guillermo A. (dir.), *La Persona Humana*, La Ley, 2001, Buenos Aires, pp. 312-345.
- GARCÍA MENDIETA, Carmen, “La obligación de reparar el daño moral a través del tiempo” en *Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano* (1983), 1984, UNAM, México D.F.
- GARNER, Bryan A. (edit.), *Black’s Law Dictionary*, 9ª ed., West, 2009.
- GOBETTI, María E., “Daños y perjuicios en la legislación argentina” en *Ámbito Jurídico*, II, N° 7, 2001, Río Grande.
- GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *La responsabilidad internacional del Estado por violación de los derechos humanos: sus particularidades frente al derecho internacional general*, SGN Editora, 2013, Buenos Aires.
- , “Responsabilidad internacional del Estado por actos ilícitos”, en GONZÁLEZ NAPOLITANO, SILVINA S. (dir.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Erreius, 2015, Buenos Aires, pp. 296-318.
- HONIG, Frederick, “The Reparations Agreement between Israel and the Federal Republic of Germany”, en *The American Journal of International Law*, Vol. 48, N° 4, 1954, Washington D.C., pp. 564-578.
- Jewish Virtual Library, “Holocaust Restitution: German Reparations”, URL <https://www.jewishvirtuallibrary.org/german-holocaust-reparations> consultado 20/07/2019.
- JUSTINIANO, César F., *Instituciones de Justiniano: edición bilingüe*, 2ª ed., Heliasta, 2005, Buenos Aires.
- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 62, “Partido Obrero c. Feinman Eduardo Guillermo y otro s/ daños y perjuicios”, 28/11/2013.
- La Nación, “Duhalde aceptó las disculpas de Batlle”, OBARRIO, Mariano, 05/06/2002 URL <http://www.lanacion.com.ar/402675-duhalde-acepto-las-disculpas-de-batlle>, consultado 20/07/2019.
- LLAMBIÁS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones*, 2ª ed., Ed. Perrot, 1973, Buenos Aires.
- MALAWER, Stuart S., “Moral Damages in Wrongful Death Cases in Foreign Law: A Research Note”, en *The International Lawyer*, Vol. 10, 1976, Chicago, pp. 545-550.
- MARTIN, Elizabeth A. (edit.), *A Dictionary of Law*, 5ª ed., Oxford Univer-

- sity Press, 2003, Oxford.
- MENEGHINI, Maxweel S. D., "Dano moral no tempo, no espaço e sua reparação no Brasil" en *Ámbito Jurídico*, XIII, N° 83, 2010, Río Grande.
- MORELLO, Augusto M. & STIGLITZ, Gabriel A., "La categoría del daño moral colectivo ocasionada globalmente a íntegros grupos humanos, exige la previsión de una apertura legitimatoria para el ejercicio de la pretensión resarcitoria, en favor de los cuerpos intermedios adecuadamente representativos de la comunidad interesada" en *Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, Revista Notarial*, N° 877, 1984, San Juan, pp. 1642 y ss.
- PARISH, Matthew T., Newlson, Annalike K. & Rosenberg, Charles B., "Awarding Moral Damages to Respondent States in Investment Arbitration", en *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 29, 2011, California, pp. 225-245.
- PELLET, Alain, "Article 38", en Zimmermann, Andreas, Oellers-Frahm, Karin, Tomuschat, Christian y otros/as, *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2ª ed., Oxford University Press, 2012, Londres, pp. 754-798.
- PÉREZ FUENTES, Gisela M., "Daño moral en las personas jurídicas: una reflexión en el derecho mexicano" en *Derecho Privado*, N° 12, UNAM, 2005, México D.F.
- PIERRE, Phillippe, "L'indemnisation du préjudice moral en Droit français", para *Fondation pour le Droit Continental*, 2014, París.
- PIZARRO, Ramón D., *Daño Moral*, Hammurabi, 1996, Buenos Aires.
- Royal Bahamas Defense Force, "The Flamingo Incident", 08/04/2017, URL <http://rbdf.gov.bs/the-flamingo-incident/> consultado 14/07/2019.
- SASLEY, Brent E., "Theorizing States' emotions", en *International Studies Review*, Vol. 13, Arlington, 2011, pp. 452-476.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, "Daño moral de las personas jurídicas en el derecho chileno", en *La Ley*, 2015-A, Buenos Aires, pp. 630 y ss.
- The Guardian, "German minister says sorry for genocide in Namibia", MELDRUM, Andrew, 16/08/2004, URL <http://www.theguardian.com/world/2004/aug/16/germany.andrewmeldrum> consultado 14/07/2019.
- The Israel State Archives, "The Eichmann Trial: Fifty Years After, A Behind The Scenes View Of The Arrest And Trial Of Adolf Eichmann", 19/04/2013, URL http://www.archives.gov.il/archivegov_eng/publications/electronicpirsum/eichmantrial/eichmantrialintroduction.htm consultado 20/07/2019.

Tribunal Arbitral Ad-Hoc, “Caso sobre la interpretación y aplicación de dos acuerdos concluidos el 9 de julio de 1986 entre Nueva Zelanda y Francia relativos a los problemas derivados del Asunto del Rainbow Warrior”, “Nueva Zelanda c. Francia”, 30/04/1990, laudo sobre el fondo.

TRIGO REPRESAS, Félix A. & Molina Sandoval, Carlos A., “Daño moral a las personas jurídicas”, en *La Ley*, 2012-C, Buenos Aires, pp. 895 y ss.

TRIGO REPRESAS, Félix A. & Stiglitz, Rubén S. (dirs.), *Derecho de daños, Homenaje al profesor Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, La Rocca, 1991, Buenos Aires.