



Asamblea General

Distr. general
15 de marzo de 2000
Español
Original: inglés

Comisión de Derecho Internacional

52° período de sesiones

Ginebra, 1° de mayo a 9 de junio
y 10 de julio a 18 de agosto de 2000

Tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados

Preparado por el Sr. James Crawford, Relator Especial

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción.....	1–11	3
A. Programa para terminar la segunda lectura.....	1–4	3
B. Las partes segunda y tercera aprobadas en primera lectura: consideraciones generales.....	5–11	4
II. Segunda parte. Consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito de un Estado.....	12–119	10
A. Capítulo I. Principios generales.....	13–119	10
1. Título y contenido del capítulo I.....	13–16	10
2. El principio general de la reparación.....	17–43	11
a) Disposiciones actuales.....	17–22	11
b) El Tribunal Permanente propone un principio general.....	23–37	14
c) Artículos 42 3) y 4).....	38–43	20
3. Cesación y cuestiones conexas.....	44–59	23
a) Disposiciones vigentes.....	44–48	23
b) Lugar de la cesación en el proyecto de artículos.....	49–50	25
c) Cuestión de la ubicación y formulación.....	51–52	25
d) Seguridades y garantías de no repetición.....	53–59	26

4.	Otras consecuencias jurídicas con arreglo al derecho internacional consuetudinario.	60-65	28
5.	El Estado lesionado	66-118	31
	a) Artículo 40: significado de “Estado lesionado”.	66-81	31
	b) Algunas cuestiones preliminares.	82-96	40
	c) Variantes para reformular el artículo 40.	97-118	47
6.	Conclusiones sobre el capítulo I de la segunda parte.	119	59

I. Introducción¹

A. Programa para terminar la segunda lectura

1. La Comisión, en su 51º período de sesiones (1999), terminó la segunda lectura de la primera parte del proyecto de artículos, que había empezado en 1998. El Comité de Redacción ha examinado los artículos 1 a 35 y ha presentado informes al pleno de la Comisión². Posteriormente, algunos gobiernos han formulado nuevas observaciones en el marco de los debates de la Sexta Comisión³. También ha habido novedades en la jurisprudencia⁴. A título de observación subjetiva, cabe decir que las modificaciones introducidas con carácter provisional a la primera parte en 1998 y 1999 han sido bien acogidas en general porque simplifican y aclaran la intención original de esos textos. El concepto básico de la primera parte (enunciar el marco de normas secundarias generales de derecho internacional para determinar si un Estado ha cometido un hecho internacionalmente ilícito) se ha mantenido básicamente sin variaciones y se ha conservado cada uno de los capítulos de esa parte.

2. La propia Comisión ha dejado libradas a un examen ulterior varias cuestiones relacionadas con la primera parte. Se trata de:

a) La necesidad de una disposición relativa a la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto (obligaciones *erga omnes*) y su relación con las disposiciones del artículo 19 aprobado en primera lectura⁵;

b) La formulación y ubicación del ex artículo 22 (Agotamiento de los recursos internos)⁶;

c) La formulación del artículo 30 (Contramedidas respecto de un hecho internacionalmente ilícito) a la luz del tratamiento de las contramedidas en otras disposiciones del proyecto⁷;

¹ El Relator Especial desea dar las gracias al Sr. Pierre Bodeau, becario de investigación en el Research Centre for International Law, por la importante asistencia prestada en relación con el presente informe y al Leverhulme Trust por su generoso apoyo financiero.

² Para el texto de los artículos del proyecto aprobados a título provisional por el Comité de Redacción, véanse los documentos A/CN.4/L.569 y Corr.1 (primera parte, caps. I y II) y A/CN.4/L.574 y Corr.1 a 4 (primera parte, caps. III a V). Véanse también los informes de los Presidentes del Comité de Redacción en 1998 (Sr. Simma, A/CN.4/SR.2562) y en 1999 (Sr. Candioti, A/CN.4/SR.2605 y A/CN.4/SR.2606).

³ Véase el resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión en sus períodos de sesiones quincuagésimo tercero (A/CN.4/496) y quincuagésimo cuarto (A/CN.4/504).

⁴ Por ejemplo, la decisión de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en la causa *El Fiscal contra Tadic*, causa No. IT-94-1-A, 15 de julio de 1999.

⁵ Véase Informe de la CDI ... 1998, párr. 331 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No.10, A/53/10*). También se refieren a esta cuestión las dudas expresadas por algunos en cuanto a la necesidad del artículo 29 *bis* que se ha propuesto (Cumplimiento de normas imperativas); véase el Informe de la CDI ... 1999, párrs. 309 a 315 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 10, A/54/10*).

⁶ Informe ... 1999, párrs. 223 a 243.

⁷ *Ibid.*, párr. 448.

d) La posibilidad de incluir otra circunstancia excluyente de la ilicitud, la del incumplimiento por la otra parte (*exceptio inadimpleti contractus*), propuesta por el Relator Especial en 1999⁸.

3. Cabe señalar que cada una de estas cuestiones guarda relación con lo que se ha de hacer con las disposiciones de la segunda parte actual⁹. Además, para que la CDI termine la segunda lectura del proyecto de artículos en el año 2001, como está previsto y como había pedido la Asamblea General, es indispensable que se presente a la Sexta Comisión en el curso de este año un texto completo del proyecto. Ello permitiría a la CDI examinar el proyecto de artículos en su conjunto a la luz de las observaciones que reciba antes de su próximo período de sesiones.

4. En consecuencia, en el presente informe se harán recomendaciones acerca de la segunda parte en su conjunto, tal como fue aprobada en primera lectura y, en el proceso, se examinarán las cuatro cuestiones que se indicaron en el párrafo 2 *supra*. Sobre esa base, el Relator Especial esperaría presentar en 2001 un texto completo del proyecto de artículos con comentarios, para que la CDI lo examinara y aprobara en su 53º período de sesiones.

B. Las partes segunda y tercera aprobadas en primera lectura: consideraciones generales

5. La segunda parte, aprobada en primera lectura, se refiere a una gran variedad de cuestiones:

a) Una exposición de principios generales, del cual el más importante es la “definición” del término “Estado lesionado” (cap. I, artículos 36 a 40);

b) Un capítulo con el prolongado título “Derechos del Estado lesionado y obligaciones del Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito”, que enuncia los principios básicos de cesación y reparación, así como el contenido concreto de la reparación (cap. II, artículos. 41 a 46);

c) Un capítulo relativo a las contramedidas (cap. III, artículos. 47 a 50);

d) Un capítulo que se refiere brevemente a las consecuencias de los crímenes internacionales definidos en el artículo 19 (cap. IV, artículos. 51 a 53).

⁸ *Ibid.*, párrs. 334 a 347. Para la propuesta del Relator Especial, véase Segundo informe ..., A/CN/498 Add.2, párrs. 314 a 329.

⁹ Así, si tomamos las cuatro cuestiones indicadas en el párrafo 2, cada una de ellas guarda relación con problemas de la actual parte segunda según se indica a continuación:

a) Existe una clara relación entre los artículos 19, 40 y 51 a 53, ya que el artículo 19, considerado aisladamente, no tiene consecuencias;

b) Se ha dicho que sería preferible que el artículo 22 estuviese ubicado en una sección relativa a la forma de hacer valer la responsabilidad y no en la primera parte;

c) Si no se hiciera referencia al régimen de las contramedidas en otra parte del proyecto de artículos, habría muy buenos argumentos para desarrollar el propio artículo 30; en cambio, si se hace referencia a la cuestión en la segunda parte, debería bastar con una simple formulación del artículo 30 de la índole de una referencia cruzada;

d) Según una opinión, la *exceptio inadimpleti contractus* coexiste con el régimen de las contramedidas o queda comprendida suficientemente en él y es en ese contexto que la Comisión ha aplazado su examen.

6. En lo que toca al arreglo de controversias, el hecho de que se haya de mantener o no la tercera parte dependerá de la decisión que se adopte en cuanto a la forma del proyecto de artículos. El Relator Especial ya ha indicado las razones por las cuales no está de acuerdo con el nexo especial adoptado en primera lectura entre el arreglo obligatorio de controversias y la adopción de contramedidas¹⁰ y muchos miembros de la Comisión hicieron suyas esas razones en el curso del debate del segundo informe¹¹. De esta manera, es posible y, a juicio del Relator Especial conveniente, centrar la atención en la esencia del derecho de la responsabilidad de los Estados, incluida su puesta en práctica, antes de examinar las cuestiones conexas de la forma del proyecto de artículos y el arreglo de controversias.

7. Al examinar las cuestiones que se plantean en la segunda parte, habría que hacer algunas observaciones iniciales:

1) **Aplicación interna del proyecto de artículos.** Las obligaciones relacionadas con la cesación, la reparación y las contramedidas, a que se hace referencia en la segunda parte, son en sí obligaciones internacionales del Estado de que se trate y, por lo tanto, los artículos, que se aplican a todas las obligaciones internacionales de los Estados, son reflexivos. Así, el artículo 4, según el cual un Estado no puede hacer valer su derecho interno como excusa por no haber cumplido sus obligaciones internacionales, es aplicable a las obligaciones internacionales de la segunda parte. Lo mismo ocurre en el caso de las circunstancias excluyentes de la ilicitud y un Estado debería tener derecho a hacer valer, por ejemplo, la fuerza mayor como circunstancia excluyente de la ilicitud de no pagar una indemnización en la medida en que lo permita el capítulo V de la primera parte. Este carácter reflexivo de la primera parte tal vez no siempre se haya tenido claramente en cuenta al redactar la segunda parte. Por ejemplo, los elementos de fondo del artículo 4 se repiten en el artículo 42 4), repetición que no es estrictamente necesaria y puede dar lugar en otras disposiciones de la segunda parte a interpretaciones *a contrario sensu*, que no son convenientes¹².

2) **La segunda parte y la distinción entre el procedimiento y el fondo.** El proyecto de artículos, si bien se refiere a una materia que cabría calificar de “formas judiciales de subsanar el daño”¹³, está formulado en general desde el punto de vista de los derechos y las obligaciones de los Estados. En muchos sistemas jurídicos nacionales, las disposiciones equivalentes estarían expresadas desde el punto de vista de las atribuciones de los tribunales en cuanto a esas formas. Ello no es posible en un sistema en que, a priori, no se tiene derecho a recurrir a un tribunal y en el que una amplia variedad de cortes, tribunales y otros órganos pueden tener que resolver cuestiones de responsabilidad. A pesar de estas diferencias, en las decisiones judiciales internacionales suelen aparecer términos de derecho interno (la llamada

¹⁰ Véase el artículo 58 2) aprobado en primera lectura y, para una crítica, Segundo informe ... A/CN/498/Add.4, párrs. 384 a 387.

¹¹ Informe ... 1999, párrs. 441 a 447.

¹² Véase también *infra*, párr. 42

¹³ Véase C. Gray, *Judicial Remedies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1987); D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law* (Oxford, Clarendon Press, 1999). El Presidente del Comité de Redacción calificó de “medios de subsanar el daño” a la restitución, la indemnización y otros al presentar el artículo 42 1); *Anuario ... 1992*, vol. I, pág. 229 (párr. 17).

“analogía con el derecho privado”¹⁴. Si bien el proyecto de artículos no se refiere a cuestiones tales como la jurisdicción de los tribunales, suele decirse que las limitaciones a los medios de subsanar el daño (la indemnización punitiva, por ejemplo) dimanarían del texto de un compromiso o una cláusula compromisoria¹⁵ y que hay una clara superposición entre cuestiones jurisdiccionales tales como la atribución de indicar o decretar medidas provisionales y la obligaciones de cesación. Esto constituye un problema especial en el caso de las declaraciones, que los tribunales internacionales suelen hacer partiendo de la base de que la constatación oficial de una infracción es reparación suficiente en las circunstancias de un caso¹⁶. De hecho, en muchos casos de responsabilidad de los Estados (al igual que en muchas causas entre tribunales nacionales en materia de derecho público), la reparación primordial que se pide es de índole declaratoria.

3) **Los derechos y los medios de subsanar el daño: El problema de las facultades discrecionales.** Hay un elemento conexo. Al formular la segunda parte desde el punto de vista de los derechos no sólo se tiende a excluir aspectos de la reparación tales como el declaratorio, sino que también se hace necesario que el texto esté redactado en términos tales que indiquen que el derecho internacional determina previamente cuál es la forma adecuada de reparación. En realidad, los tribunales internacionales han demostrado un alto grado de flexibilidad al conocer de cuestiones de reparación¹⁷. En un sistema en que las normas de responsabilidad se pueden formular desde el punto de vista de las atribuciones o facultades discrecionales de los tribunales, ello no causa mayor problema. En un sistema en que todo está concebido desde el punto de vista de los derechos y las obligaciones¹⁸, la situación es distinta y esa es una de las razones por las que se ha criticado la segunda parte o por ser excesivamente rígida o por ser excesivamente ambigua¹⁹.

¹⁴ Véase el examen que hace el arbitro Mahmassani en el mismo párrafo de las cuestiones de la restitución y el cumplimiento en especie en el asunto *Liamco* (1977) 62 *ILM* 140, pág. 198.

¹⁵ Respecto de la relación entre la indemnización punitiva y las cláusulas de un compromiso, véase, entre otras, la causa relativa al *Lusitania* (1923) 7 *UNRIAA* 32, págs. 41 y 42; la causa relativa a la *responsabilidad de Alemania por actos cometidos después del 31 de julio de 1914 y antes de que Portugal entrara en la guerra* (1930) 2 *UNRIAA* 1035, págs. 1076 y 1077 y *Grimm v. Irán*, case No. 71, Iran–United States Claims Tribunal (1983) 2 *IUCTR* 78, págs. 78 y 79.

¹⁶ Véase, por ejemplo, el asunto del *Canal de Corfu (Fondo)*, *I.C.J. Reports 1949*, párr. 35; el arbitraje en la causa de *Rainbow Warrior Arbitration (Nueva Zelanda v. Francia)* (1990) *UNRIAA*, vol. XX, párrs. 122 y 123. Véase en general Gray, *Judicial Remedies*, págs. 127 a 131; Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, págs. 68 y 69.

¹⁷ Véase, por ejemplo, el asunto relativo al *Proyecto Gabckovo–Nagygyaros*, *I.C.J. Reports, 1997*, pág. 7. Para un caso en que esta flexibilidad llegó casi al punto de vulnerar el principio de *ne ultra petita*, véase *Rainbow Warrior Arbitration (New Zealand v. France)* (1990) 82 *ILR* 499, págs. 574 y 575 (párrs. 116 a 120) y 577 y 578 (párr. 124 a 128). Véase en general respecto de la distinción entre cesación y reparación los párrafos 47 a 50 y 54 del presente informe.

¹⁸ Véase, sin embargo, el artículo 42 2), según el cual al determinar la forma y el monto de la reparación, “se tendrá en cuenta” la negligencia o el dolo de otro y el artículo 46, que prevé seguridades y garantías “cuando proceda”. Ambos artículos dan a entender no sólo un cierto grado de discreción y flexibilidad sino también alguna forma de arreglo por terceros.

¹⁹ Esta afirmación se puede ejemplificar haciendo remisión a un derecho a intereses devengados por una indemnización no pagada. En algunos casos, existen fundamentos para ordenar incluso el pago del interés compuesto; en otros, tal vez no proceda el pago de intereses, o el valor de la suma impaga se puede tener en cuenta de otra manera. En todo caso, resulta muy difícil especificar de antemano las condiciones en que puede proceder el pago de intereses (incluido el interés compuesto). Véase, por ejemplo, *Compañía de Desarrollo de Sana Elena, S.A. v. República de Costa Rica* (ICSID, caso No. ARG/96/1, laudo de 1º de febrero de 2000), párrs. 96

En última instancia, estos elementos no ponen en entredicho ni la estructura básica ni el planteamiento de la segunda parte. Sin embargo, habrá que tenerlos en cuenta al examinar determinadas disposiciones y, particularmente, en la labor de redacción.

8. La segunda parte aprobada en primera lectura tiene aspectos positivos y negativos. Desde un punto de vista positivo, algunos aspectos fundamentales del proyecto (la cesación, la reparación y las contramedidas) fueron formulados sobre la base de informes detallados y minuciosos del anterior Relator Especial, el Sr. Gaetano Arangio-Ruiz²⁰. Naturalmente no hay que repetir esa labor y, más bien, hay que centrarse en la formulación y la posible elaboración de algunos artículos del proyecto, especialmente a la luz de las observaciones de los gobiernos. Desde un punto de vista negativo, hay que tener en cuenta varios elementos, tanto en relación con la segunda como con la tercera parte:

- Se ha criticado la relación entre los conceptos de reparación en el artículo 42 y de restitución en especie en el artículo 43 porque son confusos y se superponen; más en general, hay que prestar más atención a la cuestión de la selección entre las formas de reparación (especialmente la restitución y la compensación).
- Cualquiera que sea el criterio que se adopte acerca de la cuestión de los “crímenes internacionales” definidos en el artículo 19 aprobado en primera lectura, los artículos 51 y 53 han sido objeto de amplias críticas por ser inadecuados y no estar bien integrados en el texto²¹.
- Varias de las disposiciones generales de la segunda parte (el artículo 37 (*lex specialis*) y el artículo 39 (Relación con la Carta de las Naciones Unidas)), por ejemplo, corresponden más a una parte final de carácter general y deberían ser aplicables al proyecto de artículos en su integridad. Tal vez haya que incluir asimismo otras disposiciones generales²².
- La tercera parte se refiere únicamente al arreglo de controversias y no al tema sustantivo, más amplio, de la puesta en práctica de la responsabilidad.
- En lo que toca a la puesta en práctica de la responsabilidad, puede haber buenos argumentos para examinar cuestiones tales como la pérdida del derecho a hacer valer la responsabilidad (por analogía con el artículo 45 de la

a 107. La Comisión no aprobó en primera lectura la propuesta del Relator Especial Arangio-Ruiz de que se incluyera un artículo separado sobre los intereses, únicamente se hace una referencia ambigua a ellos en el artículo 44 2). Véase G. Arangio-Ruiz, Segundo informe, *Anuario ... 1989*, vol. II (primera parte), págs. 23 a 31 y 57 y 58; comentario del artículo 44 [8], párrs. 24 a 26, *Anuario ... 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 76.

²⁰ Para los informes sobre responsabilidad de los Estados preparados por Gaetano Arangio-Ruiz, véase *Anuario ... 1988*, vol. II (primera parte), pág. 6 (Informe preliminar); *Anuario ... 1989*, vol. II (primera parte), pág. 1 (Segundo informe); *Anuario ... 1991*, vol. II (primera parte), pág. 1 (Tercer informe); *Anuario ... 1992*, vol. II (primera parte), pág. 1 (Cuarto informe); documento A/CN.4/453 y Add. 1 a 3 (1993) (Quinto informe); documento A/CN.4/461 y Add.1 a 3 (1994) (Sexto informe); documento A/CN.4/469 y Add.1 y 2 (1995) (Séptimo informe); documento A/CN.4/476 y Add.1 (1996) (Octavo informe).

²¹ Véase *Informe ... 1998*, párrs. 298 a 301.

²² Por ejemplo, el artículo A propuesto (Responsabilidad por la conducta de una organización internacional); véase el Primer informe, A/CN.4/490/Add.5, párrs. 256 a 262; *Informe ... 1998*, párrs. 427 a 429.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Hay varias otras cuestiones que tal vez queden comprendidas en ese encabezamiento general.

9. Además, la división de la segunda parte en cuatro capítulos plantea varias cuestiones:

- El capítulo I apunta a enunciar los principios generales aplicables, pero básicamente consiste en cláusulas introductorias o de salvaguardia, junto con una “definición” lata del Estado lesionado. Los principios básicos propios de la segunda parte, de haberlos, se encuentran en su mayor parte en capítulos ulteriores.
- El capítulo II continúa artículos relativos a la cesación y la reparación en el sentido amplio (restitución, compensación, satisfacción, seguridades y garantías de no repetición). Sin embargo, la cesación es distinta de la reparación y está comprendida en un aspecto por una disposición del capítulo I (artículo 36 2)). Además el capítulo II enuncia únicamente algunos de los “derechos del Estado lesionado” mientras que en los capítulos III y IV se especifican otros puntos. Parecería conveniente distinguir las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito que se refieren a la cuestión del cumplimiento permanente de la obligación de que se trate (la cesación y, tal vez, las seguridades y las garantías de no repetición, por ejemplo) de las que se refieren a la reparación en el verdadero sentido del término. Además puede ser útil enunciar en el capítulo I el principio general de la reparación como corolario de los principios generales enunciados en los artículos 1 y 3. Sobre esa base, se puede utilizar el capítulo II para formular el contenido de la reparación en relación con casos especiales.
- El capítulo III, relativo a las contramedidas, no parece referirse tanto al “contenido, formas o grados” de la responsabilidad de los Estados como a la forma lícita en que puede reaccionar el Estado lesionado frente al incumplimiento de una obligación internacional. El concepto de que las contramedidas son fundamentales y apuntan no sólo a castigar al Estado responsable sino también a hacerlo cumplir las obligaciones de cesación y reparación está expresado en el artículo 47 y fue afirmado por la Corte Internacional en el asunto *Gabcikovo–Nagymaros*²³. Por lo tanto, sería mejor que las disposiciones relativas a las contramedidas estuviesen en una parte (en lo sucesivo la segunda parte bis) relativa a la forma de poner en práctica la responsabilidad²⁴.
- El capítulo IV apunta a enunciar las consecuencias concretas de los crímenes internacionales definidos en el anterior artículo 19, pero, como se señalaba en el primer informe²⁵, estas consecuencias son más bien limitadas y no se trata de consecuencias “penales” en la acepción normal del término. No incluyen por ejemplo la indemnización punitiva, para no hablar de otras sanciones que puedan ser procedentes en el caso de las infracciones más graves del derecho internacional. La Comisión decidió en 1998 que iba a tratar de resolver las cuestiones que planteaba el artículo 19 recurriendo a los conceptos

²³ *I.C.J. Reports 1997*, párrs. 83 a 87

²⁴ Para las razones aducidas por el Sr. Arangio–Ruiz para incluir las contramedidas en la segunda parte y dejar de lado el concepto de la puesta en práctica de la responsabilidad, véase el *Anuario ... 1988*, vol. 2 (primera parte), párr. 19. Las únicas cuestiones relativas a la forma de hacer valer la responsabilidad que se tuvieron en cuenta se referían a las contramedidas.

de obligaciones con la comunidad internacional en su conjunto y de normas imperativas²⁶. Esas obligaciones, en la medida en que tienen consecuencias jurídicas similares a aquellas a que se hace referencia en el capítulo II, deberían sin lugar a dudas ser precisadas en ese capítulo o en otro de la segunda parte. Habida cuenta de que pueden dar lugar a medidas colectivas contra el Estado responsable, cabría hacer referencia a ellas en la segunda parte bis que se ha propuesto.

- No se encuentran en la segunda parte disposiciones que rijan las situaciones en que haya más de un Estado lesionado o más de un Estado responsable por el mismo hecho ilícito internacional. Tampoco hay una disposición que se refiera expresamente a la relación entre las formas de reparación que tiene el Estado primordialmente perjudicado por un hecho de esa índole y otros Estados con un interés jurídico en la cuestión (los Estados lesionados de otra forma)²⁷. Esas cuestiones revisten particular importancia en el caso de las obligaciones multilaterales, esto es, aquellas respecto de un grupo de Estados a título colectivo o de la comunidad internacional en su conjunto.

10. Por estas razones, y otras que se indicarán en el curso del presente informe, se sugiere dar la estructura siguiente a las secciones sustantivas restantes del proyecto de artículos:

Segunda parte. Consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito del Estado

Capítulo I. Principios generales

Capítulo II. Formas de reparación

[Capítulo III Casos en que haya pluralidad de Estados]

Segunda parte bis. Puesta en práctica de la responsabilidad del Estado

Capítulo I. Formas de hacer valer la responsabilidad del Estado

Capítulo II. Contramedidas

[Capítulo III. Formas de hacer valer la responsabilidad respecto de la comunidad internacional en su conjunto]

Cuarta parte. Disposiciones generales

Esta estructura comprenderá los elementos de fondo de todos los artículos de la segunda parte del proyecto aprobados en primera lectura y también debería hacer posible resolver las cuestiones pendientes que se han indicado más arriba.

11. En el presente informe, los artículos del proyecto no serán examinados en el orden que tienen actualmente en la segunda parte, sino, en general, en el nuevo orden que se propone. Por las razones que se han indicado en el párrafo 6, se dejará de lado por el momento la tercera parte, relativa al arreglo de controversias.

²⁵ A/CN.4/490/Add.1, párr. 51.

²⁶ *Informe ... 1998*, párr. 331.

²⁷ Omisión que se señala en el comentario del artículo 42 [6 bis] nota 155 en *supra*, nota 19.

II. Segunda parte. Consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito de un Estado

12. La segunda parte se titula en la actualidad “Contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional”, lo cual ni es muy claro ni arroja mayores luces acerca del contenido. Por ejemplo, la adopción de contramedidas no es parte del “contenido” de la responsabilidad, ni es una de sus “formas”. Ello no constituirá un problema si, como se sugiere, las contramedidas son consideradas un aspecto de la forma de hacer valer la responsabilidad (segunda parte bis). De todas maneras, haría falta que la segunda parte tuviera un título más claro y menos complicado y se sugiere el de “Consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito de un Estado”.

A. Capítulo I. Principios generales

1. Título y contenido del capítulo I

13. El capítulo I, actualmente titulado “Principios generales”, consta de los cinco artículos siguientes:

Artículo 36.	Consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito
Artículo 37.	<i>Lex specialis</i>
Artículo 38.	Derecho internacional consuetudinario
Artículo 39.	Relación con la Carta de las Naciones Unidas
Artículo 40.	Significado de Estado lesionado

Varios de estos artículos son básicamente cláusulas de salvaguardias (artículos 36 2), 37, 38 y 39). El artículo 36 1) es de carácter introductorio. El artículo 40 tiene la forma de una definición, cuya aplicación queda determinada por el empleo del término “Estado lesionado” en artículos ulteriores. Como ya se ha señalado, de haber “principios generales” en la segunda parte, en el capítulo I no están.

14. De todas maneras, procede que el capítulo I de la segunda parte enuncie principios generales en cuanto a las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito del Estado, tal como las enuncia el capítulo I de la primera parte en el contexto de los requisitos para la existencia de un hecho internacionalmente ilícito. En ese sentido, los artículos 41 y 42 1) parecen enunciar principios generales, que cabría incluir en este capítulo junto con el artículo 36 y dejar las formas concretas de reparación para el capítulo II. Las cuestiones que plantea el artículo 40 están también en el ámbito de los principios generales y su ubicación únicamente podrá decidirse en el contexto de un examen de esas cuestiones.

15. Los artículos 37 y 39, en cambio, expresan principios o disposiciones aplicables al proyecto de artículos en su integridad y tendrían que quedar en la nueva cuarta parte.

16. Sobre esa base, quedarían en el contexto del capítulo I cuatro cuestiones de principios generales. Se trata de:

- El principio general de la reparación dimanada de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por un Estado. Esto corresponde a los artículos 36 1) y 42 1);

- La cuestión de la cesación por el Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito de carácter continuo (que corresponde a los artículos 36 2) y 41); convendría examinar en el mismo contexto el artículo 46 (seguridades y garantías de no repetición);
- La cuestión de si las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito que se enuncian en la segunda parte son exhaustivas. Esto corresponde al artículo 38;
- La cuestión del Estado o los Estados que pueden considerarse lesionados por un hecho internacionalmente ilícito. Esto corresponde al artículo 40.

Examinaremos estas cuestiones en su orden.

2. El principio general de la reparación²⁸

a) Disposiciones actuales

Artículo 36 1)

17. El artículo 36 constituye una introducción formal con el título “Consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito”. El párrafo 2 se refiere a un aspecto de la cesación y se examinará más adelante. Según el párrafo 1:

“1. La responsabilidad internacional del Estado que, de conformidad con las disposiciones de la primera parte, nace de un hecho internacionalmente ilícito cometido por ese Estado produce las consecuencias jurídicas que se enuncian en esta parte.”

Según el comentario, su “único objeto” consiste en hacer “la transición y el enlace” entre las partes primera y segunda²⁹. El comentario señala también que el artículo 36 1) “no obsta para que un hecho internacionalmente ilícito entrañe consecuencias jurídicas en las relaciones entre Estados y otros ‘sujetos’ de derecho internacional”³⁰. Ello, naturalmente, es cierto y se desprende del propio artículo 1 que se refiere a todas las obligaciones internacionales del Estado y no sólo a las obligaciones con otros Estados. Así, el proyecto de artículos comprende, por ejemplo, las violaciones de derechos humanos, esto es, casos en que el beneficiario primario de las obligaciones no es un Estado³¹. En cambio, la segunda parte no se refiere al caso en que una entidad que no es un Estado, como una organización internacional³²

²⁸ Véase Arangio-Ruiz, Informe preliminar, pág. 6, Segundo informe, pág. 1 y véase también I. Brownlie, *State Responsibility* (Oxford, Clarendon Press, 1983) cap. XIII; B. Graefrath, “Responsibility and Damage Caused: Relations between Responsibility and Damages”, *R.C.A.D.I.*, vol. 185 (1984-II) págs. 9 a 149; M. Iovane, *La riparazione nella teoria e nella prassi dell' illecito internazionale* (Milan, Giuffrè, 1990); E. Dacaux, “Responsabilité et réparation”, en S.F.D.I., *La responsabilité dans le système international* (París, Pédone, 1991), págs. 147 a 190; C. Dominicé, “La réparation non contentieuse”, *ibid.*, págs. 191 a 223 y “De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un Etat”, en *Liber Amicorum Jiménez de Aréchaga* (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994), págs. 505 a 522.

²⁹ Comentario del artículo 36 [1], párr. 1, *Anuario ...*, 1983, vol. II (segunda parte).

³⁰ Comentario del artículo 36 [1], párr. 4 (en cursiva en el original), *ibid.*

³¹ En los artículos 19 3) c), 40 2) c) iii) y 50 d) aprobados en primera lectura se hace referencia expresa a obligaciones en materia de derechos humanos.

³² Véase Crawford, Primer informe, A/CN.4/490/Add.4 y Corr.1 y Add.5; véase también el proyecto de artículo A aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en 1998 (A/CN.4/569 y Corr.1).

(o incluso una entidad privada cuando ello es posible³³), hace valer responsabilidad ni a la reparación que puede obtener la víctima primaria o el beneficiario en esos casos. Esta discrepancia aparente será examinada más adelante en el contexto de la definición del “Estado lesionado” en el artículo 40.

18. Muy pocos gobiernos han formulado hasta ahora observaciones acerca del artículo 36 y ello obedece sin duda a su carácter introductorio. Según la Argentina, los capítulos I y II de la segunda parte “codifican adecuadamente las reglas básicas de la responsabilidad y desarrollan de manera satisfactoria la materia”³⁴. Francia sugiere un nuevo texto del artículo 36 a fin de establecer una relación entre sus disposiciones y la obligación de cesación enunciada en el artículo 41. Según la propuesta de Francia, el artículo 36 1) podría revestir la forma de una cláusula de salvaguardia, con el texto siguiente:

“Esta obligación [de cumplir la obligación o poner fin al comportamiento ilícito] se entenderá sin perjuicio de las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito estipuladas en la presente parte.”³⁵

Artículo 42 1), 3), 4)

19. En relación con el artículo 36 1) también es necesario examinar el artículo 42, cuyo párrafo 2 se refiere a la atenuación de la responsabilidad en razón de la negligencia o la acción u omisión dolosa de la víctima. Ese concepto debería probablemente quedar ubicado en las disposiciones más detalladas del capítulo II, y no como principio general, y será examinado posteriormente. El texto de las demás disposiciones del artículo 42 es el siguiente:

“Reparación

1. El Estado lesionado podrá obtener del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito la íntegra reparación del daño causado en forma de restitución en especie, indemnización, satisfacción y seguridades y garantías de no repetición, indistintamente o por varias de esas formas.

...

3. En ningún caso podrá la reparación tener por resultado privar a la población de un Estado de sus propios medios de subsistencia.

4. El Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito no podrá hacer valer las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de su obligación de reparar íntegramente el daño causado.”

20. El Relator Especial Arangio-Ruiz no propuso originalmente una versión del artículo 42, si bien sus informes se refieren a varias de las cuestiones que comprende. El Comité de Redacción lo formuló como “artículo introductorio general sobre el concepto de reparación que enumeraría las diversas formas de ésta, reagruparía las consecuencias jurídicas sustantivas de un hecho ilícito y aclararía sus relaciones

³³ Por ejemplo, en los casos en que los particulares tienen *locus standi* ante un tribunal internacional para hacer valer derechos reconocidos por tratados (tribunales del CIAD, órganos internacionales de derechos humanos, por ejemplo).

³⁴ A/CN.4/488/Add.1, pág. 6.

³⁵ A/CN.4/488, pág. 92.

entre sí”³⁶. El comentario observa que, en consonancia con la interpretación del término “reparación” según el artículo 36 2) d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el párrafo 1 “enuncia la norma general de que debe darse una reparación íntegra a fin de hacer desaparecer en toda la medida de lo posible las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito”³⁷. Señala también el contraste entre el artículo 41 (cesación), formulado como obligación del Estado responsable, y el artículo 42, que se refiere al derecho del Estado lesionado³⁸.

21. El comentario indica luego que la obligación de reparación no se extiende a los resultados indirectos o remotos que pueda tener una infracción, a diferencia de los directos o inmediatos. “La lesión puede ... ser resultado de factores concomitantes entre los cuales cabe al hecho ilícito un papel decisivo pero no exclusivo. En esos casos, imputar al Estado autor la responsabilidad por la reparación de la lesión íntegra no sería equitativo ni estaría de conformidad con la aplicación adecuada de la teoría del nexo causal, cuestión a la cual se hace extensa referencia en el comentario del artículo [44]”³⁹. En todo caso, el requisito de que haya un nexo causal suficiente entre el comportamiento y el daño se aplica no solo a las cuestiones de indemnización sino también al propio principio de la reparación.

22. Los gobiernos que han formulado observaciones acerca del artículo 42 aprueban en general el principio de la reparación íntegra enunciado en el párrafo 1. Alemania, por ejemplo, expresa que “... está de acuerdo con el principio básico ... según el cual el Estado lesionado tiene derecho a obtener la íntegra reparación en las formas que establece dicho párrafo”⁴⁰. Sin embargo, la mayoría de estos gobiernos expresa reservas en cuanto a los párrafos 2 y 3, en los cuales se establecen “... dos excepciones al principio general de la íntegra reparación que pueden tener consecuencias importantes”⁴¹. La obligación de no privar a la población de sus propios medios de subsistencia suscita particular inquietud porque podría utilizarse “... para negarse a reparar íntegramente el daño”⁴². El Reino Unido critica el párrafo 3 por otras razones, a saber, su pertinencia en el contexto de la reparación; a su juicio, la única forma de reparación a que puede referirse el párrafo 3 es la indemnización, pero incluso en ese caso se plantean cuestiones difíciles (en cuanto al grado de dificultades financieras que se contempla, por ejemplo). Tampoco se explica por qué [la capacidad de pago] no podría ser un factor en todos los casos⁴³ y no únicamente cuando exista el peligro de que la población pierda sus medios de subsistencia. En

³⁶ *Anuario ... 1992*, vol. I, párr. 14 y véase además el texto aprobado en el Comité de Redacción para el nuevo artículo, *ibíd.*, párrs. 15 a 28.

³⁷ Comentario del artículo 42 [6 bis], párr. 2, en *supra*, nota 19.

³⁸ Comentario del artículo 42 [6 bis], párr. 4, *ibíd.*

³⁹ Comentario del artículo 42 [6 bis], párr. 6, *ibíd.*

⁴⁰ A/CN.4/488, pág. 111. Véanse también las observaciones de los Estados Unidos (*ibíd.*), el Reino Unido (que considera que el artículo “no da lugar a controversias”, *ibíd.*), Mongolia, (*ibíd.*, pág. 108) y Australia (A/C.6/54/SR.23, párr. 43).

⁴¹ Estados Unidos (A/CN.4/488, pág. 108).

⁴² Japón (A/CN.4/492, pág. 14). Véanse asimismo Estados Unidos (que reconoce que la exigencia inmediata de reparación puede originar “una grave inestabilidad social”, pero critica los resquicios y las posibilidades de abuso a que se presta el párrafo 3; A/CN.4/488, pág. 111); Francia (que sugiere que se suprima el párrafo; *ibíd.*; pág. 102) y Australia (A/C.6/54/SR.23, párr. 43).

⁴³ A/CN.4/488, pág. 110. El Gobierno británico sugiere que haya un artículo separado sobre la reparación en la forma de “una declaración de principio relativa al otorgamiento de reparación [y que debería señalarse] que un Estado lesionado no puede insistir en un determinado tipo o nivel de reparación” (*ibíd.*).

cambio, Alemania considera que el párrafo 3 “deriva su validez del derecho internacional y del contexto del proyecto de artículos”⁴⁴. El párrafo 3 se remite a la práctica internacional en casos tales como las infracciones atroces causadas por la guerra, en que no se ha concedido una reparación íntegra de todos y cada uno de los daños sufridos. La justificación en esos casos es que no hay que dejar al Estado derrotado sumido en la indignancia y crear mayor inestabilidad para el futuro. Alemania insta a que la Comisión examine minuciosamente la forma en que se han cumplido las resoluciones del Consejo de Seguridad 662 (1990) y 687 (1991), según las cuales procedía la íntegra reparación de los actos relativos a la agresión contra Kuwait⁴⁵.

b) El Tribunal Permanente propone un principio general

23. El principio general de las consecuencias de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito fue enunciado por el Tribunal Permanente en la causa relativa a la *Chorzów Factory (Competence)* en los términos siguientes:

“Constituye un principio del derecho internacional que la infracción de un compromiso entraña la obligación de dar reparación en la forma debida. Por lo tanto, la reparación es el complemento indispensable del incumplimiento de una convención y no es necesario expresar esto en la propia convención. Las diferencias relativas a la reparación, que pueden obedecer al incumplimiento de una convención, son en consecuencia diferencias relativas a su aplicación”⁴⁶.

En este párrafo, el Tribunal utilizaba la palabra “reparación” en su sentido más general y rechazaba el alegato de Polonia de que la competencia para interpretar y aplicar un tratado no entrañaba la competencia para conocer de controversias en cuanto a la forma y el monto de una reparación. A esa altura de la controversia, Alemania ya no pedía que se devolviera a su nacional ni la fábrica de que se trataba ni los bienes decomisados con ella⁴⁷.

24. En una etapa más avanzada de la misma causa, el Tribunal especificó en más detalle el contenido de la obligación de reparación y declaró que:

“El principio esencial que consagra el concepto real de hecho ilícito (principio que parece establecido por la práctica internacional, y en particular, por los laudos de tribunales arbitrales) es que la reparación debe, en toda la medida de lo posible, hacer desaparecer todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido de no haberse cometido el hecho. Los principios que habían de servir para determinar el monto de la indemnización debida por un hecho contrario al derecho internacional eran la restitución en especie o, si ello no fuera posible, el pago de una suma correspondiente al valor que arrojaría la restitución en especie y la concesión, de ser necesario, de una indemnización por los daños o perjuicios sufridos que no quedasen comprendidos en la restitución en especie o el pago en lugar de la restitución”⁴⁸.

⁴⁴ *Ibid.*, pág. 111

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *P.C.I.J., Series A*, No. 9 (1927), pág. 21.

⁴⁷ Como señaló el Tribunal, *ibid.*, pág. 17.

⁴⁸ *P.C.I.J., Series A*, No. 17 (1928), pág. 47.

En la primera oración, el Tribunal daba una definición general de la reparación e insistía en que su función consistía en restablecer la situación como si no hubiese habido incumplimiento⁴⁹. En la segunda oración, se refería al aspecto de la reparación consistente en la “indemnización” por un hecho ilícito, a saber, la restitución en especie o su valor en dinero y, además, la indemnización por los daños o perjuicios sufridos como consecuencia del hecho ilícito.

La reparación, ¿obligación o derecho?

25. En cada uno de los textos que anteceden, el Tribunal pudo formular el principio de la reparación sin especificar a quién se debía hacer, esto es, sin emplear el término “Estado lesionado” o un equivalente. Un motivo consistía, tal vez, en que el procedimiento concurrente de las empresas alemanas ante un tribunal arbitral mixto constituía un problema para que ejerciera competencia respecto de lo que era básicamente la misma materia en la forma de una demanda entre Estados. En cambio, el artículo 42 1), al igual que todos los demás artículos del capítulo II de la segunda parte, salvo el artículo 41 (cesación), está formulado desde el punto de vista de los derechos del “Estado lesionado”. Esto funciona suficientemente bien en el contexto estrictamente bilateral, en el cual la obligación corresponde exclusivamente a un Estado en favor de otro y este último es (en consecuencia) la única parte lesionada posible. Sin embargo, causa una dificultad considerable cuando se tiene la misma obligación simultáneamente respecto de varias entidades, muchas de ellas o todas ellas Estados, y de las cuales algunas o todas tienen un interés jurídico en el incumplimiento. En el comentario del artículo 42 se señala que:

“... La Comisión examinará posteriormente las posibles consecuencias para las disposiciones sobre reparación de la existencia de una pluralidad de Estados lesionados, incluida la cuestión de los llamados Estados lesionados indirectamente u otra forma”⁵⁰

En la práctica, los artículos relativos a la reparación fueron examinados en primera lectura partiendo de la base de que se trataba únicamente del incumplimiento de obligaciones bilaterales y no fueron reconsiderados en el contexto, por ejemplo, de los artículos 51 a 53⁵¹.

26. La cuestión será examinada más a fondo en el contexto del artículo 40. A los fines que nos ocupan, en todo caso, parece posible formular la obligación general de reparación como el corolario simple e inmediato de la responsabilidad de un Estado, esto es, la obligación del Estado como consecuencia del incumplimiento. En el comentario del artículo 42 se justifica la conversión de la reparación en un derecho del Estado lesionado aduciendo que “es por decisión de ese Estado que se inicia el proceso de ejecución de este derecho en sus diferentes formas”⁵². En lo que atañe a la selección entre las distintas formas de reparación, bien puede ocurrir que así sea. En

⁴⁹ Véase P-M Dupuy, “Le fait générateur de la responsabilité internationale des États”, *Recueil des cours*, vol. 188 (1984-V), 9, pág. 94, que emplea el término “restauration” para expresar esta idea general.

⁵⁰ Comentario del artículo 42 [6 bis] nota 155. En el mismo sentido, véase el comentario del artículo 44 [8], párr. 15, *ibid.*, pág. 76

⁵¹ En el comentario se describe posteriormente el principio general de la reparación desde el punto de vista de una obligación del Estado responsable y sin hacer referencia al concepto de “Estado lesionado”; comentario del artículo 42 [6 bis], párr. 6) en *supra*, nota 19, pág. 59.

⁵² Comentario del artículo 42 [6 bis], párr. 4, en *supra*, nota 19, pág. 54.

particular, la víctima de un hecho internacionalmente ilícito tiene derecho, en circunstancias normales, a optar por la indemnización en lugar de la restitución en especie, a renunciar a una satisfacción o de hecho a pedir la cesación o el cumplimiento en el futuro en lugar de pedir una reparación de cualquier tipo. En todo caso, dejando de lado las cuestiones que se plantean cuando más de un Estado tiene derecho a hacer valer la responsabilidad, sigue siendo cierto que la obligación general de reparar surge automáticamente de la comisión del hecho internacionalmente ilícito y que, esa obligación, como tal, no depende de una demanda o una protesta del Estado lesionado por más que la forma que haya de revestir la reparación en las circunstancias sí pueda depender de ella. Por estas razones, el artículo general que se propone debería estar formulado desde el punto de vista de las obligaciones del Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito⁵³.

Otros problemas en la formulación: la relación causal, la distancia y la mitigación del daño

27. El artículo general que se propone debería especificar también que la reparación se refiere, en general, a la situación que se produce como consecuencia del hecho ilícito y que es imputable a él⁵⁴. Como se señalaba en el comentario de la primera parte, la responsabilidad del Estado no queda determinada únicamente sobre la base de la “causalidad de hecho”⁵⁵. Más bien, la imputación del daño o perjuicio a un hecho ilícito constituye, en principio, un proceso jurídico y no un proceso meramente histórico o causal. Ese principio no se limita a la indemnización. Es aplicable por lo menos a la restitución en especie y, probablemente, también a otras formas de reparación y es demasiado importante como para que quede enunciado, como ocurre ahora, únicamente en el comentario del artículo 44.

28. La cuestión consiste en determinar en qué forma hay que expresar ese nexo. En la práctica de los Estados, los laudos arbitrales y la doctrina se emplean diversos términos. Por ejemplo, se hace referencia a los daños y perjuicios “imputables [al hecho ilícito] como causa próxima”⁵⁶ o a los daños o perjuicios de carácter “demasiado indirecto, remoto e incierto como para ser evaluados”⁵⁷ o “a los daños o perjuicios directos, incluido el daño al medio ambiente y el agotamiento de recursos naturales o la lesión a gobiernos, ciudadanos y empresas extranjeras como resultado

⁵³ Véase, a los mismos efectos, A. de Hoogh, *Obligations Erga Omnes and International Crimes* (Kluwer, La Haya 1996), págs. 138 a 140.

⁵⁴ Para un examen del requisito del nexo causal, véase Arangio-Ruiz, Segundo informe, págs. 12 a 17 y el comentario del artículo 44 [8], párrs. 6 a 13 en *supra*, nota 19, págs. 73 a 75. Véase además C. Gray, *Judicial Remedies in International Law*, págs. 21 a 26.

⁵⁵ Comentario del artículo 3, párr. 6), *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 184.

⁵⁶ Véase United States–Germany, Mixed Claims Commission, *Administrative Decision No. 2*, Reports of International Arbitral Awards, vol. VII, pág. 30 (1923).

⁵⁷ Véase el arbitraje del *Trail Smelter* (1938) 3 RIAA 1905, pág. 103, reproducido en 1 *International Environmental Law Reports* (C. Robb, ed.) (Cambridge, Cambridge University Press, 1999), págs. 231 a 271.

del hecho ilícito”⁵⁸. Esta causalidad de hecho es una condición necesaria pero no suficiente para la reparación. Hay otro elemento, vinculado a la exclusión del daño, de carácter demasiado “remoto” o “indirecto” como para ser objeto de reparación. En algunos casos se emplea el criterio de la “relación directa” y, en otros, el de la “proximidad” o el de la “previsibilidad”⁵⁹. Sin embargo, hay otros factores que entran en la ecuación, por ejemplo, si el daño causado estaba comprendido en el ámbito de la norma incumplida, teniendo en cuenta el propósito de ésta⁶⁰.

29. Tanto en el derecho internacional como en el nacional, la cuestión del carácter remoto del daño “no era una parte del derecho que pueda resolverse satisfactoriamente buscando una fórmula verbal única”⁶¹. Queda de manifiesto, en todo caso, que hay un elemento o un conjunto de elementos por encima del de la causalidad natural y que ello debe tenerse en cuenta en la exposición del principio general de la reparación que se propone.

30. La cuestión de la mitigación del daño es otro elemento que afecta al alcance de la reparación. Frente a la lesión, se espera que incluso la víctima absolutamente inocente de un comportamiento ilícito actúe en forma razonable. Si bien suele estar expresada en la forma de una “obligación de mitigar”, no se trata de una obligación en

⁵⁸ Resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad, párr. 16. Se trataba de una resolución aprobada en virtud del Capítulo VII, pero expresa la responsabilidad que incumbe al Iraq “en derecho internacional ... como resultado de [su] invasión y ocupación ilícitas de Kuwait”... La Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas y el Consejo de Administración han impartido cierta orientación acerca de la interpretación de los requisitos de relación directa y nexo causal previstos en el párrafo 16. Véase, por ejemplo, *Reclamaciones contra el Iraq (reclamaciones de la categoría “B”)* y los documentos de las Naciones Unidas S/AC.26/1994/1, de 14 de abril de 1994, 109 ILR 206, aprobado por la decisión 20 del Consejo de Administración; S/AC.26/Dec.20 1994, de 26 de mayo de 1994, 109 ILR 622; *Well Blowout Control Claim*, Informe de 15 de noviembre de 1996; S/AC.26/1994/1, párrs. 66 a 86, 109 ILR 480, págs. 506 a 511, aprobado por la Decisión 40 del Consejo de Administración y S/AC.26/Dec.40,1996, de 17 de diciembre de 1996, 109 ILR 669.

⁵⁹ En algunos sistemas jurídicos nacionales, se aplican distintos criterios para resolver el problema del carácter remoto del daño, según cuál sea la naturaleza de la reclamación. Por ejemplo, en el *common law*, la “previsibilidad” era el criterio en casos de negligencia y la “relación directa” en casos de intromisión. Al igual que los dos cuasidelitos, los dos criterios se superponían pero no eran idénticos. Para un estudio comparado de las cuestiones del nexo causal y el carácter remoto véase, por ejemplo, H. L. A. Hart/A. M. Honoré, *Causation in the Law* (Oxford, Clarendon Press, 2nd. edn., 1985); A. M. Honoré, “Causation and Remoteness of Damage”, en *International Encyclopedia of Comparative Law* (A. Tune, ed.), vol. XI, Part. 1 cap. VII, pág. 156; K. Zweigert/H. H. Kotz, *Introduction to Comparative Law* (3rd edn. Oxford, Clarendon Press, 1998), págs. 601 a 627 (esp. págs. 609 y sigs.); B. S. Markesinis, *The German Law of Obligations. Volume II. The Law of Torts: A Comparative Introduction* (Oxford, Clarendon Press, 3rd edn., 1997), págs. 95 a 108, con muchas referencias bibliográficas.

⁶⁰ Sirve de ejemplo la decisión adoptada por el Tribunal de Reclamaciones entre el Irán y los Estados Unidos en *Islamic Republic of Iran v. United States of America, Cases Nos. A15 IV) y A24*, laudo No. 590 – A15(IV)/A24–FT, de 28 de diciembre de 1998, a que el autor hace referencia en su Segundo informe (1999) págs. 65 a 67. El Tribunal preveía que los daños indemnizables serían aquellos que resultaran directamente de la infracción, partiendo de los supuestos de que: a) los Estados Unidos habían logrado por algún otro medio legítimo que las causas que no estaban comprendidas en la competencia del Tribunal fuesen presentadas nuevamente o reanudadas en sus propios tribunales y b) el Irán había adoptado medidas razonables para protegerse en las causas suspendidas. Esta conclusión no se desprende de un examen de la causalidad de hecho.

⁶¹ P. S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract* (Clarendon Press, Oxford, 5th edn, 1995), pág. 466.

derecho que dé lugar a su vez a responsabilidad. Más bien, es la circunstancia de que la parte lesionada no mitigue el daño lo que puede obstar a la indemnización de la parte no mitigada del daño⁶². La Corte Internacional de Justicia se expresó claramente en ese sentido en el asunto relativo al *Proyecto Gabčíkovo–Nagymaros*:

“Eslovaquia sostenía también que, al aplicar la variante C, actuaba en razón de la obligación de mitigar los daños. Señaló que ‘constituye un principio general del derecho internacional el de que la parte lesionada por el incumplimiento de la otra parte en el contrato debe tratar de mitigar los daños que ha sufrido’. De ese principio se desprendería que el Estado lesionado que no hubiese adoptado las medidas necesarias para limitar los daños sufridos no tendría derecho a reclamar indemnización por los daños que podría haber evitado. Este principio, que bien puede servir de base para el cálculo de la indemnización, no puede justificar un hecho por lo demás ilícito.”⁶³

La disminución de la reparación cuando hay causas concurrentes

31. Constituye un problema conexo el de las causas concurrentes, esto es, aquél (muy frecuente en la práctica) en que dos causas separadas se combinan para causar la lesión. Ambas son causas eficientes de la lesión y sin ellas no habría tenido lugar. Por ejemplo, en el caso relativo al *Personal diplomático y consular*⁶⁴, la toma de rehenes por los estudiantes militantes (que a la sazón no actuaban como órganos o agentes del Estado) era imputable inicialmente a la combinación del acto independiente de los propios estudiantes y a que las autoridades iraníes no habían tomado las medidas necesarias para proteger la Embajada. En el caso relativo al *Canal de Corfu*⁶⁵, el daño a los buques británicos fue causado tanto por la acción de un tercer Estado que sembró las minas como por la omisión de Albania, que no advirtió de la presencia de éstas. Cabría dar muchos otros ejemplos.

32. También se hace referencia a esta cuestión en el comentario del artículo 44 y no en el texto. Según el comentario:

“Innumerables elementos, de los cuales los actos de terceros y los factores económicos, políticos y naturales son sólo algunos, pueden contribuir como causas de la producción de un daño. En tales casos ... tener por responsable de una compensación íntegra al Estado autor no sería equitativo ni conforme a la debida aplicación del criterio del nexo causal. La solución debe ser el pago de una indemnización por daños y perjuicios proporcional al importe del daño presuntamente atribuible al hecho ilícito y sus efectos, determinándose la cuantía de la indemnización sobre la base de los criterios de normalidad y previsibilidad. Habida cuenta de la diversidad de situaciones posibles, la Comisión no ha tratado de hallar criterios rígidos aplicables a todos los casos o

⁶² En el contexto de la *Well Blowout Control Claim*, un grupo de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas señaló que “en virtud de los principios generales de derecho internacional relativos a la mitigación de los daños ... el reclamante no sólo estaba autorizado sino de hecho estaba obligado a tomar medidas razonables para ... mitigar los daños, perjuicios o lesiones que se estaban causando” (1996) 109 ILR 480, págs. 502 a 503 (párr. 54). Ello es aceptable si significa que el costo de una mitigación razonable constituye una consecuencia indemnizable del hecho ilícito y, a la inversa, que tal vez no sea indemnizable el daño dimanado de la circunstancia de no haber mitigado.

⁶³ *I.C.J. Reports*, 1997, pág. 55 (párr. 80).

⁶⁴ *I.C.J. Reports*, 1980, págs. 29 a 32.

⁶⁵ *I.C.J. Reports*, 1949, págs. 17 y 18 y 22 y 23.

señalar los porcentajes que habría que aplicar a la indemnización de daños y perjuicios impuesta al Estado o agente cuando su acción hubiera sido una de las causas, decisivas pero no exclusivas, del daño sufrido por otro Estado.”⁶⁶

33. La posición expresada en el comentario planteaba varias dificultades. La primera consiste en que no está reflejada para nada ni en el artículo ni en general en la segunda parte. Salvo en el caso especial de la acción u omisión de la otra parte (a que se hace referencia en el artículo 42 2)), no se dispone que la reparación haya de reducirse o atenuarse en razón de que el daño haya sido causado en una práctica por una combinación de factores, de los cuales uno sólo era imputable al Estado responsable⁶⁷. La Comisión, si quisiera recoger el principio de la atenuación del daño por causas concurrentes (en casos distintos del de la acción u omisión de la otra parte), debería hacerlo en los artículos propiamente dichos.

34. La segunda dificultad, sin embargo, consiste en que este principio no es compatible con la práctica internacional y con las decisiones de tribunales internacionales. En el caso relativo al *Canal de Corfu*, por ejemplo, el Reino Unido obtuvo el monto íntegro de la indemnización que pedía porque Albania, ilícitamente, no había advertido de la existencia de las minas⁶⁸ y ello ocurrió a pesar de que la Corte era plenamente consciente de que Albania no las había sembrado. Ese resultado debería tener lugar a a fortiori en los casos en que la causa concurrente no fuese el hecho de otro Estado (al que podría imputarse responsabilidad separada) sino de particulares o algún accidente natural como una inundación. Así, en la causa relativa al *Personal diplomático y consular*, se imputó a la República Islámica del Irán plena responsabilidad por la detención de los rehenes desde el momento en que no había tomado medidas para protegerlos⁶⁹. Esa conclusión es evidente, porque en el plano internacional los Estados Unidos no tenían recurso alguno contra los que habían tomado a los rehenes. Sin embargo, debería dimanar en todo caso del incumplimiento de la obligación.

35. Es cierto que pueden haber casos en que proceda imputar un elemento identificable del daño a una sola de varias causas concurrentes. Sin embargo, a menos que pueda demostrarse que parte del daño obedecía a una causa distinta de la del daño imputado al Estado responsable, debe imputarse a éste la responsabilidad de todas las consecuencias (que no sean indirecta o remotas) de su comportamiento ilícito. De hecho, en el asunto relativo al *Zafiro*, el Tribunal fue más allá e impuso al Estado responsable la carga de probar qué proporción del daño no era imputable a su conducta. El Tribunal declaró:

⁶⁶ Comentario del artículo 44 [8], párr. 13, en *supra*, nota 19, pág. 76.

⁶⁷ La reducción de la compensación en los casos a que se refiere el artículo 42 2) tiene lugar no porque el hecho internacionalmente ilícito del Estado no sea causa eficiente de la agresión sino por consideraciones de equidad. El hecho de que la víctima contribuya a la agresión no limita la reparación a la que de otra manera habría tenido derecho. No cabe extraer inferencia alguna respecto de la cuestión general de las causas concurrentes.

⁶⁸ Véase *Corfu Channel (Assessment of the Amount of Compensation)*, *I.C.J. Reports*, 1949, pág. 250. Hay que señalar, sin embargo, que Albania no se hizo representar en esa parte del procedimiento y, por lo tanto, no se hicieron valer ante la Corte factores que podían haber contrarrestado la posición de la contraparte.

⁶⁹ *I.C.J. Reports*, 1980, págs. 31 a 33. Véase Crawford, Primer informe, A/CN.4/490/Add.5, párr. 283.

“Nos parece claro que no todo el daño fue obra de la tripulación china del *Zafiro*. Las pruebas indican que una parte no determinable fue obra de insurgentes filipinos y es probable que otra parte haya sido obra de los empleados chinos de la compañía. Sin embargo, no creemos que recaiga sobre Gran Bretaña la carga de probar exactamente qué elementos del daño son imputables al *Zafiro*. Habida cuenta de que se ha demostrado que la tripulación china había participado en un grado considerable y de que no puede identificarse la parte imputable a desconocidos, nos vemos obligados a imputar a los Estados Unidos la responsabilidad por el daño íntegro. En vista, sin embargo, de que hemos llegado a la conclusión de que una parte considerable, aunque no determinable, del daño no es imputable a la tripulación china del *Zafiro*, fallamos que no hay lugar a la petición de intereses.”⁷⁰

36. En tercer lugar, hay que señalar que el planteamiento de las causas concurrentes que se propone en el comentario no es compatible con el planteamiento sistemático de ellas en el derecho interno. Tras proceder a un minucioso estudio de la experiencia en derecho comparado, Weir llega a la conclusión de que:

“Existe una regla muy general en el sentido de que, si se ha de sostener que el comportamiento del autor es la causa del daño sufrido por la víctima, el autor es responsable de todo el daño causado a pesar de que haya habido una causa concurrente y de que haya otro responsable por esa causa. En otras palabras, la responsabilidad de quien causa el daño respecto de la víctima no cambia por el hecho de que concurrentemente haya otros responsables.”⁷¹

37. El caso en que los actos concurrentes de varios Estados causan al mismo tiempo una lesión será examinado más adelante en mayor detalle. A los fines que nos ocupan ahora, basta con llegar a la conclusión de que habría que incluir en el principio general de reparación que se propone el concepto de un nexo causal suficiente que no sea demasiado remoto. El comentario debe dejar en claro que, una vez demostrado que el daño sufrido ha sido causado por el hecho ilícito de un Estado, este debe pagar una reparación. No cabe más salvedades en razón del concepto de causa concurrente.

c) Artículos 42 3) y 4)

38. En el artículo 42 3) se dispone que la reparación no debe “tener por resultado privar a la población de un Estado de sus propios medios de subsistencia”. Según el comentario, esa disposición tenía por objeto hacer frente a casos extremos, en que la exigencia de una reparación daría lugar al empobrecimiento de la población del Estado responsable, y apuntaba ciertamente a los numerosos casos de reparaciones de guerra exigidas a Alemania al finalizar la primera guerra mundial. En el comentario, se indica, además, que:

⁷⁰ *Earnshaw & others (Great Britain v. United States). The Zafiro (1925)* 6 UNRIAA 160, págs. 164 y 165.

⁷¹ J.A. Weir, “Complex Liabilities”, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts* (A. Tunc, Chief Editor, 1983), pág. 41. Los Estados Unidos recurrieron al derecho comparado en los alegatos de los *Aerial Incident Cases (United Nations of America v. Bulgaria)* cuando sostuvieron, remitiéndose al artículo 38 1) c) y d) del Estatuto que “la regla es sustancialmente la misma en todos los países civilizados. El agraviado puede demandar, conjunta o solidariamente, a cualquiera de los responsables o a todos, si bien sólo podrá

“Esto no tiene nada que ver, naturalmente, con la obligación de cesación, en particular la devolución al Estado lesionado, por ejemplo, del territorio ilícitamente arrebatado. Pero en otros contextos [...] las cantidades exigidas [en concepto de indemnización] o las condiciones en que se exija el pago no deben ser tales que priven a la población de sus propios medios de subsistencia. El texto del párrafo 3 refleja un principio jurídico de aplicación general”⁷².

No todos los miembros de la Comisión estaban de acuerdo con la disposición. En particular, se destacó que “no debería aplicarse si la población del Estado lesionado resultara igualmente perjudicada de no hacerse, por esos motivos, una reparación plena”⁷³. Las observaciones del gobierno en relación con el párrafo 3 también ha resultado diversas⁷⁴.

39. No cabe ninguna duda de que, como se indica en el párrafo 2 del artículo 1 de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966, ningún pueblo debe verse privado de sus propios medios de subsistencia. Así, las medidas que se adopten en el marco de las relaciones interestatales no deben entrañar una amenaza de hambre para la población de ningún Estado. El problema que se plantea es determinar cómo puede aplicarse ese principio en el contexto de la obligación secundaria de reparación. En cuanto a la restitución, el elemento básico de ésta es la devolución de lo que se había tomado ilícitamente. Ciertamente ello puede exigir la adopción de medidas enérgicas y no se circunscribe a la devolución de elementos con entidad física, como personas, bienes o territorio. No obstante, el concepto de restitución en especie no debe considerarse en un sentido demasiado amplio ni confundirse con la reparación en sentido general. Así, es difícil concebir casos de restitución que priven a una población de sus propios medios de subsistencia. De hecho, en casos extremos, en lugar de privar a la población de sus propios medios de subsistencia, la restitución exigiría, por el contrario, la devolución a otra población de *sus* medios de subsistencia, tomados ilícitamente⁷⁵.

40. La satisfacción y las garantías contra la repetición suelen tener un carácter simbólico o entrañar la adopción de medidas concretas como las disculpas, el reconocimiento de no haber obrado conforme a derecho o tal vez la adopción de medidas tales como el procesamiento de los culpables de la violación. En cuanto a la satisfacción por el daño, si ésta no se acuerda entre las partes, en la práctica únicamente se pagará sobre la base de fallos razonados de un tribunal o de otro órgano con competencia al respecto. No hay antecedentes de tribunales que dicten órdenes o mandamientos de pagos excesivos en relación con esas categorías.

41. Así pues, el problema real, en caso de haberlo, se circunscribe a cuestiones de indemnización monetaria por pérdidas dimanantes directamente de un hecho ilícito

cobrarles, a uno o más de ellos, el monto íntegro de los daños sufridos”. Memoria de 2 de diciembre de 1958 en *Pleadings ...*, pág. 229.

⁷² Comentario del artículo 42, párr. 8 a), *Anuario ... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 66 de la versión inglesa.

⁷³ *Ibid.*, párr. 8 b). Para el debate, véase *Anuario ... 1996*, vol. I., págs. 153 y 155 de la versión inglesa.

⁷⁴ Véase *supra*, párr. 22.

⁷⁵ En los casos en que la restitución pudiera privar a la población del Estado responsable de sus propios medios de subsistencia sin producir un efecto equivalente en la población del Estado lesionado, probablemente la restitución quedaría excluida con arreglo al criterio de la desproporción del artículo 43 c).

internacional⁷⁶. No cabe duda de que en los casos de violaciones graves o sistemáticas, esa indemnización puede ser muy cuantiosa, como ciertamente lo han sido las cantidades fijadas en concepto de indemnización por la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas⁷⁷. No obstante, ello resulta excepcional⁷⁸ y, en cualquier caso, ha de distinguirse entre la cuantía de la indemnización, que, por definición refleja las pérdidas realmente sufridas de resultas de la violación y el modo de pago. En circunstancias extremas, cabría contemplar la excepción de necesidad o de fuerza mayor como base para aplazar los pagos debidos, posibilidad ésta que se prevé en el *Asunto de la indemnización rusa*⁷⁹. Sin embargo, también en este caso se da la circunstancia de que, en la práctica, las instituciones financieras internacionales han establecido métodos para calcular y reprogramar la deuda pública; además, las cantidades realmente fijadas o que se conviene en pagar en concepto de indemnización desde 1945 son relativamente pequeñas en comparación con la cuantía total de los fondos o la deuda pública de los Estados correspondientes.

42. En resumen, no hay precedentes de órdenes de restitución en sentido estricto ni de satisfacción de daños que hayan amenazado con privar a la población de sus

⁷⁶ El debate se ve influido por el “precedente” perjudicial del tratado de Versalles de 1919 y la disposición sobre la culpabilidad de la guerra. No obstante, ese tratado de paz fue impuesto y las cantidades que se ventilaban superaban con mucho a las que un tribunal habría fijado por los actos ilícitos cometidos por Alemania tras el estallido de la guerra. Los antecedentes históricos del debate pueden consultarse, por ejemplo, en J. M. Keynes, *The Economic Consequences of the Peace* (Londres, 1919); E. Mantoux, *The Carthaginian Peace* (OUP, Londres, 1946) y sobre todo B. Kent, *The Spoils of War. The politics, Economics and Diplomacy of Reparations 1918–1932* (Oxford, Clarendon Press, 1989). En relación con el plan Dawes, véase H. Coing en (1992) 2 Enc. *P.I.L.* 961.

⁷⁷ La Comisión ha adoptado numerosas decisiones favorables a los reclamantes, pero al mismo tiempo ha reducido considerablemente el alcance de las indemnizaciones reclamadas en el marco de un procedimiento no contencioso. Por ejemplo, en su decisión de 10 de diciembre de 1999, el Consejo de Administración aprobó el pago de 88 reclamaciones de la categoría E2 presentadas por los gobiernos, por un total de 290 millones de dólares de los EE.UU., si bien se habían presentado 177 reclamaciones por un total de 2.160 millones de dólares. Puede consultarse información general sobre la Comisión en R. B. Lillich (e), *The United Nations Compensation Commission* (Transnational Publishers, Irvington, 1995); P. d’Argent, “Le Fonds et la Commission de compensation des Nations Unies”, *R.B.D.I.*, 1992, págs. 485 a 518; B. Stern, “Un système hybride: la procédure de règlement pour la réparation des dommages résultant de l’occupation illicite du Koweït par l’Irak”, *McGill Law Journal*, vol. 37, 1992, págs. 625 a 644; J. Crook, “The United Nations Compensation Commission — A New Estructure to Enforce State Responsibility” (1993) 87 *AJIL* 144; R. J. Bettauer, “The United Nations Compensation Commission—Developments sine October 1992” (1995) 89 *AJIL* 416; M. Frigessi di Rattalma, “Le régime de responsabilité internationale institué par la conseil d’administration de la Commission de compensation des Nations Unies”, *R.G.D.I.P.*, 1997; págs. 45 a 90; V. Heiskanen & R. O’Brien, “UN Compensation Panel Sets Precedents on Government Claims” (1998) 92 *AJIL* 339.

⁷⁸ Al ocuparse de las reclamaciones de indemnización, los tribunales frecuentemente se han limitado a fijar cantidades bastante reducidas o incluso han sugerido una solución sin desembolsos netos, que abarca otros elementos del restablecimiento de la relación jurídica. Véase, por ejemplo, *Case concerning the Gabčíkovo–Nagymaros Project*, *I.C.J. Reports*, 1997, pág. 81 (párr. 153) (donde se distinguen las reclamaciones por daños de la cantidad adeudada respecto de la realización de la obra).

⁷⁹ UNRIAA, vol. XI, pág. 443 (1912). Aunque se consideró fuerza mayor, se trataba de un caso de necesidad. La excepción fue rechazada teniendo en cuenta los hechos. Se hace referencia al asunto en el comentario del artículo 33, párr. 7, *Anuario ... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 35.

propios medios de subsistencia. En cuanto a la indemnización compensatoria, en el párrafo 3 parece ser que no se distingue entre la cuestión de la cuantía debida (la cual, por definición, guarda relación con las pérdidas realmente dimanantes del correspondiente hecho ilícito) y la cuestión del modo de pago. El posible problema que se plantea a los Estados que, por el momento, no pueden hacer frente al pago de grandes sumas en concepto de indemnización se aborda debidamente al reconocerse que las circunstancias que excluyen la ilicitud en el capítulo V de la primera parte también se aplican a las obligaciones que se consignan en la segunda parte⁸⁰. Es suficiente con dar cuenta de ello en el comentario

43. En el artículo 42 4) se dispone lógicamente que ningún Estado puede ampararse en su derecho interno para eludir la obligación de reparar su conducta ilícita⁸¹. Aunque no cabe ninguna duda respecto del principio, éste ya se recoge claramente en el artículo 4, artículo cuya aplicación es bastante general y, por ello, se aplica a las obligaciones secundarias de la segunda parte. En este caso, también bastará con que se destaque en el comentario⁸².

3. Cesación y cuestiones conexas

a) Disposiciones vigentes

44. Tal como fue aprobado en primera lectura, el proyecto de artículos contiene dos disposiciones que se ocupan de las cuestiones conexas de las consecuencias que produce la violación de una obligación internacional respecto de la continuación del cumplimiento de la obligación, por una parte, y la cesación de esa violación, por otra. Los artículos correspondientes son el 36 2) y el 41⁸³.

45. El artículo 36 2) constituye una cláusula de salvaguardia. En él se dispone que:

“2. Las consecuencias jurídicas a que se refiere el párrafo 1 se entienden sin perjuicio del deber a que sigue estando sujeto el Estado que ha sometido el hecho internacionalmente ilícito de cumplir la obligación que ha violado.”

En el comentario se destaca lo siguiente:

“El hecho de que, como resultado de un hecho internacionalmente ilícito, se establezca un nuevo conjunto de relaciones entre el Estado autor y el Estado lesionado no significa que la relación anterior desaparezca ipso facto. Incluso si el Estado autor cumple su obligación secundaria, no queda automáticamente exento de su deber de cumplir la obligación que ha violado. El párrafo 2 enuncia esta norma. Lo hace en la forma de una cláusula de salvaguardia que permita la posibilidad de excepciones, como el supuesto de la renuncia del Estado lesionado a su derecho al cumplimiento continuo de la obligación.”⁸⁴

⁸⁰ Véase *supra*, párr. 7, observación 1).

⁸¹ Véase Arangio-Ruiz, Informe preliminar, párr. 125. No cabe duda de que ese principio puede precisarse en virtud de la norma primaria pertinente o de una *lex specialis* secundaria: véase, por ejemplo, el artículo 50 de la Convención Europea de Derechos Humanos, de 1950 (exclusivamente una satisfacción en lugar de una reparación plena “si el derecho interno de dicha Parte no permite suprimir sino imperfectamente las consecuencias de esta decisión o medida”); véase el artículo 41 aprobado en virtud del undécimo protocolo, 1994.

⁸² En lo concerniente a la formulación propuesta del principio general, véase *infra*, párr. 119.

⁸³ Ambas disposiciones se agregaron por sugerencia del Sr. Arangio-Ruiz. El examen detallado de esas cuestiones puede consultarse en el *Anuario ... 1998*, vol. II, primera parte, párrs. 29 a 52.

⁸⁴ Comentario del artículo 36 [1], párr. 5, *supra* en nota 19, pág. 59.

Para que surja un hecho ilícito continuo, es necesario que continúe cumpliéndose una obligación internacional, pese a que haya una violación⁸⁵.

46. El artículo 41 se ocupa de la cesación del comportamiento ilícito, actualmente enmarcada en el capítulo II. En dicho artículo se dispone lo siguiente:

“El Estado cuyo comportamiento constituya un hecho internacionalmente ilícito de carácter continuo está obligado a hacer que cese ese comportamiento, sin perjuicio de la responsabilidad en que ya haya incurrido.”

47. En el comentario se observa que la obligación de cesación puede dimanar de la aplicación ordinaria de la norma primaria pertinente. No obstante, se justifica su inclusión en el proyecto de artículos por diversas razones. Entre ellas figuran su relación con la reparación, especialmente en el momento de la comisión del hecho ilícito, y su importancia práctica en las relaciones entre Estados⁸⁶. En el comentario se indica que la cesación suele ser el aspecto principal de la controversia generada por una conducta que constituye una violación de una obligación internacional. Además, la cesación, aunque relacionada con la restitución en su calidad de manifestación primaria de la reparación, no está sujeta a las mismas limitaciones que la restitución⁸⁷. El comentario remite al fallo del Tribunal de Arbitraje en el asunto del *Rainbow Warrior* y, en particular, al pasaje siguiente:

“La potestad para decretar la cesación de un acto u omisión ilícitos emana de las atribuciones inherentes a un tribunal competente que conoce de la violación continua de una obligación internacional que está en vigor y que continúa estando en vigor. Una providencia de esta índole depende, pues, de dos condiciones esenciales íntimamente ligadas entre sí, a saber, que el hecho ilícito tenga carácter continuo y que la norma violada siga en vigor en el momento en que se dicta esa providencia.”⁸⁸

48. El artículo 41 ha sido objeto de escasas observaciones de los gobiernos, probablemente porque se considera poco controvertido. A juicio de Venezuela, la obligación de cesar una conducta ilícita constituye “la necesidad principal”⁸⁹. El Reino Unido sugiere que se incluya una adición en el comentario de esa disposición para dejar claro que, cuando una circunstancia excluya la ilicitud de una conducta concreta, el Estado correspondiente “sigue teniendo el deber de actuar de conformidad con sus obligaciones internacionales y es internacionalmente responsable si no lo hace inmediatamente después de que las circunstancias que generan la exención dejan de existir”⁹⁰. Francia propone que se suprima el artículo 41, cuyo contenido quedaría incluido dentro de una nueva versión del párrafo 1 del artículo 36⁹¹.

⁸⁵ Para el concepto de “hecho ilícito continuado”, véase el artículo 24 2) aprobado provisionalmente en segunda lectura (A/CN.4/L.574 y Corr.1 a 4) y Crawford, Segundo informe, A/CN.4/498, párrs. 107 a 115.

⁸⁶ Comentario del artículo 41 [6], párrs. 4 y 5 *supra*, nota 19, pág. 60.

⁸⁷ *Ibid.*, párr. 6.

⁸⁸ UNRIAA, vol. XX, pág. 217 (30 de abril de 1990), párr. 114; pasaje citado en un comentario del artículo 41 6), párr. 13, *supra*, nota 19, pág. 62.

⁸⁹ A/C.6/54/SR.23, párr. 56.

⁹⁰ A/CN.4/488, pág. 108.

⁹¹ *Ibid.*, pág. 107. Para la propuesta de Francia, véase *infra*, párr. 52. La relación se examina con más detalle en relación con el artículo 43, *infra*.

b) Lugar de la cesación en el proyecto de artículos

49. Como indica el pasaje anteriormente citado del laudo arbitral en el asunto del *Rainbow Warrior*, la violación de una obligación internacional plantea dos cuestiones inmediatas, aparte de la reparación. La primera es el efecto que produce la conducta del Estado responsable en la obligación que se ha violado; la segunda es la cesación de la violación, en caso de que sea continua. Ambas cuestiones son aspectos de otra cuestión clave que suscita la violación de una obligación internacional: a saber, el restablecimiento y el futuro de la relación jurídica de que se trate.

50. La duda principal que plantea el artículo 41 estriba en que la cesación de un hecho ilícito continuo puede ser considerada una función de la obligación de cumplir con la norma primaria. Según eso, no es una consecuencia secundaria de la violación de una obligación internacional y no corresponde que figure en el proyecto de artículos. El Representante Especial no está de acuerdo con ese análisis por las razones que se resumen a continuación:

1) La cuestión de la cesación únicamente puede plantearse en el caso de una violación. Lo que ha de ocurrir después depende ciertamente de la interpretación de la norma primaria, pero también de las normas secundarias relacionadas con los remedios, las cuales es conveniente abordar, por lo menos en términos generales, en un texto que se ocupa de las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito.

2) El concepto de hecho ilícito continuo ya figura en el proyecto de artículos y es un elemento común de los asuntos planteados en relación con la responsabilidad de los Estados; sus consecuencias deben especificarse en la segunda parte.

3) Es conveniente incluir la disposición del artículo 41. De no hacerse, puede inferirse que un Estado que ofrece cierta forma de reparación puede excusarse de seguir cumpliendo con sus obligaciones, en tanto que las demás partes vinculadas por la obligación habrán de aceptar ese ofrecimiento.

4) En muchos asuntos relacionados con la responsabilidad interesa más determinar si se ha producido una violación y restablecer su cumplimiento que conseguir una reparación por los hechos ocurridos.

5) Existe una estrecha relación entre los conceptos de cesación y de restitución, al tiempo que es preciso dejar claramente constancia de esa relación con objeto de formular el principio de restitución de manera satisfactoria⁹².

6) La supresión del artículo 41 no encuentra respaldo en las observaciones de los gobiernos.

c) Cuestión de la ubicación y formulación

51. No cabe duda de que el artículo 36 2) se ocupa de la continuación de la obligación y no de la cesación del hecho ilícito, al que se refiere el artículo 41. Es clara e importante la distinción entre ambas disposiciones, las cuales deben mantenerse por las razones expuestas. No obstante, el Relator Especial está de acuerdo con la opinión expresada, por ejemplo, por el Gobierno de Francia, de que ambas cuestiones deben ponerse en relación entre sí. Se sugiere que ambos aspectos de la cesación, que es lo que inicialmente se exige a raíz de la violación de una

⁹² La relación se examina con más detalle en el marco del artículo 43, *infra*.

obligación internacional, deben incluirse entre los principios generales del capítulo I de la segunda parte.

52. En lo concerniente a la redacción de esas disposiciones, Francia propone que se refundan en una única versión nueva del artículo 36 de la manera siguiente:

“1) Todo Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito deberá cumplir con respecto al Estado lesionado la obligación que ha vulnerado o poner fin al comportamiento ilícito cuando éste tenga carácter de continuidad.

2) Esta obligación se entenderá sin perjuicio de las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito estipuladas en la presente parte”⁹³.

En el párrafo 1 se conjugan las dos cuestiones que actualmente figuran por separado en los artículos 36 2) y 41, razón por la que tiende a difuminarse la distinción entre ellas. A juicio del Relator Especial, es conveniente que figuren en un único artículo, en el que se dispondría que la continuación de la obligación violada (a menos que se acuerde o determine otra cosa) no se verá afectada por el hecho internacionalmente ilícito y el Estado responsable estará obligado a poner fin a todo acto continuado que constituyera una violación de esa obligación⁹⁴. El párrafo 2 propuesto sustituiría al antiguo artículo 36 1), si bien éste desempeña una útil función de introducción de la segunda parte en general, razón por la que podría mantenerse en su actual redacción positiva.

d) **Seguridades y garantías de no repetición**

53. Con la cuestión planteada guarda relación la cuestión de la seguridades y garantías de no repetición, de las que se ocupa el artículo 46, cuyo texto es el siguiente:

“El Estado lesionado podrá, cuando proceda, obtener del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito seguridades o garantías de no repetición de ese hecho.”

Ciertamente si ha cesado la obligación a raíz de su violación, no entrarán en juego las seguridades y garantías. Parece ser más conveniente considerar el artículo 46 en el contexto presente — es decir, la continuación y el restablecimiento de la relación jurídica afectada por la violación — que considerarlo un aspecto de la obligación secundaria de reparación.

54. En el comentario del artículo 46 se destaca que las seguridades y garantías contra la repetición se han considerado frecuentemente un aspecto de la satisfacción. Se cuestiona ese planteamiento por considerarse que:

“Las seguridades y garantías de no repetición desempeñan una función distinta y autónoma. A diferencia de otras formas de reparación que tratan de restablecer la situación anterior, éstas se orientan al futuro. Por lo tanto, tienen una función preventiva más que reparadora. Además, presuponen el riesgo de repetición del hecho ilícito. Estas características hacen de ellas un remedio bastante excepcional que ... no debería estar automáticamente a disposición de

⁹³ A/CN.4/488, pág. 95.

⁹⁴ Véase *infra*, párr. 94, para el texto de la disposición propuesta.

todo Estado lesionado, particularmente teniendo en cuenta el amplio significado de ese término según el [artículo 40].”⁹⁵

Así pues, “el Estado lesionado exige garantías contra la repetición porque estiman que la mera reposición de la situación normal preexistente no le protege satisfactoriamente”⁹⁶; la cuestión que se plantea no es la de la reparación, sino, por decirlo así, un fortalecimiento de la relación jurídica (partiendo de la hipótesis de la continuidad). En ese sentido, las seguridades y garantías guardan relación con el futuro cumplimiento de la obligación, sobre la base de que haya sobrevivido a la violación. Unas y otras podrían considerarse el aspecto positivo del cumplimiento en el futuro, en tanto que la cesación de un hecho ilícito continuado sería el aspecto negativo (y el mantenimiento en vigor de la obligación sería la premisa necesarias de ambas).

55. El comentario continúa con la descripción de las diferentes formas que pueden adoptar las seguridades y garantías, lo que incluye, por ejemplo, la derogación de la legislación que permitió que tuviera lugar la violación⁹⁷. Aunque en el comentario se “reconoce que el Estado autor del hecho ilícito está obligado a dar tales garantías siempre que lo pida el Estado lesionado y cuando las circunstancias lo justifiquen”⁹⁸, el propio artículo no intenta especificar el contenido de esa obligación, amparándose en las palabras “cuando proceda”. De ello se infiere que la obligación de dar garantías y seguridades es frágil o incluso ilusoria cuando no existe un tercero con competencia para “determinar si se dan las condiciones requeridas para conceder ... un remedio excepcional y también desestimar las reclamaciones abusivas que menoscaben la dignidad del Estado autor del hecho ilícito”⁹⁹.

56. A excepción de Alemania, los escasos gobiernos que han formulado observaciones sobre el artículo 46 suelen estar de acuerdo con su contenido¹⁰⁰. Sin embargo, ello no significa que esos gobiernos compartan la misma opinión por lo que respecta al alcance y el objetivo. A juicio de la Argentina, los Estados que no se ven directamente afectados por un hecho ilícito pueden pedir la cesación y garantías de no repetición, pero no una reparación¹⁰¹. La República Checa es partidaria de endurecer el régimen de seguridades y garantías, por lo menos en los casos de “crimen”: “la obtención de las medidas de seguridad o garantías de no repetición por parte del Estado autor del ‘crimen’ debería ser obligatoria, sistemática e incondicional; en

⁹⁵ Comentario del artículo 46 [10 bis], párr. 1, *supra*, nota 19, pág. 88.

⁹⁶ *Ibid.*, párr. 2.

⁹⁷ *Ibid.*, párr. 4, en la que se menciona las opiniones del Comité de Derechos Humanos en el asunto *Torres Ramírez*, fallo de 23 de julio de 1980, A/35/40 (párr. 19). En los casos en que la propia existencia de la legislación entrañe una violación de una obligación internacional, la derogación de la legislación sería un aspecto de la cesación. En los casos más frecuentes, la violación no es el resultado de la legislación, sino de su aplicación a una situación determinada: véase, por ejemplo, el informe del grupo de la OMC, *United States — Sections 301–310 of the Trade Act of 1974* (WT/DS152/R, 22 de diciembre de 1999), párrs. 7.46 y siguientes. En el último caso, la derogación tal vez no sea realmente necesaria, si bien puede constituir una garantía importante para el Estado o Estados lesionados. Ello pone de manifiesto la estrecha relación existente entre la cesación y las garantías de no repetición.

⁹⁸ Comentario del artículo 46 [10 bis] párr. 5, *supra*, nota 19, pág. 90.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ Véanse las observaciones formuladas por la República Checa (según las cuales, esas garantías y seguridades “podrían constituir un elemento muy importante de la reparación”; A/CN.4/488, pág. 120), Mongolia (que considera que las disposiciones son “sumamente importantes”; *ibid.*, pág. 120) y la Argentina (A/CN.4/488/Add.1, págs. 6 y 7).

¹⁰¹ A/C.6/54/SR.21, párr. 26.

cambio, en el caso de los ‘delitos’, su obtención estaría sujeta a apreciación, dependiendo de las circunstancias del caso”¹⁰². De manera similar, Uzbekistán manifiesta que “el artículo 46 debería establecer de qué manera el Estado lesionado tiene derecho a recibir garantías”¹⁰³. Por el contrario, Alemania cuestiona la asistencia, con arreglo al derecho internacional consuetudinario, del derecho del Estado lesionado a obtener garantías de no repetición en todos los casos¹⁰⁴.

57. Aunque el artículo 46 no ha suscitado muchas observaciones de los Estados ni de la doctrina, plantea diferentes cuestiones. La primera guarda relación con el régimen de seguridades y garantías de no repetición en el contexto de la responsabilidad internacional. En el comentario se las considera un remedio sui generis, si bien la definición que se da parece indicar claramente que están vinculadas a la cesación y que no constituyen un aspecto de la reparación. La cesación y las garantías de no repetición guardan relación con el restablecimiento de la confianza en una relación continua, aunque las seguridades y garantías no se circunscriben a los hechos ilícitos continuados que entrañan elementos de flexibilidad de mucha más envergadura.

58. Ese elemento de flexibilidad se pone de manifiesto en el artículo 46, en el que se utilizan las palabras restrictivas “cuando proceda”. Sin embargo, ello plantea una segunda cuestión, a saber, si puede considerarse que el artículo 46 contiene verdaderamente una obligación. Cabe preguntarse cuáles pueden ser las consecuencias de una violación de esa obligación. Por ejemplo, cuando un Estado haya ofrecido una reparación completa por una violación, ¿podría ese Estado ser objeto de contramedidas si no hubiese dado seguridades y garantías contra la repetición que fueran satisfactorias para el Estado lesionado? No parece que ello sea muy probable. Cuando, pese a haber dado seguridades, se produce una repetición de la violación, ésta puede ser considerada una circunstancia agravante, pero ello podría ser así en cualquier caso. Así pues, tal vez haya motivos para utilizar una redacción más flexible en el artículo 46.

59. En tercer lugar, es realmente dudoso que una determinada redacción pueda ser suficiente para orientar previamente sobre las seguridades y garantías adecuadas para una determinada situación. Así pues, se depende en buena medida de las circunstancias concretas, incluido el carácter de la obligación y de la violación¹⁰⁵. En resumidas cuentas, sin embargo, se propone que en el capítulo I de la segunda parte se incluya una versión limitada del artículo 46 en calidad de principio general vinculado a la continuación de la relación jurídica afectada por la violación¹⁰⁶.

4. Otras consecuencias jurídicas con arreglo al derecho internacional consuetudinario

60. En el artículo 38 se dispone lo siguiente:

“Las reglas del derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito del Estado que no estén previstas en las disposiciones de esta parte.”

¹⁰² A/CN.4/488, pág. 120.

¹⁰³ *Ibid.*, pág. 120.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pág. 108.

¹⁰⁵ Véanse las seguridades y garantías amplias y muy concretas que el Consejo de Seguridad exigió o impuso tras la invasión de Kuwait por el Iraq: véanse, por ejemplo, las resoluciones 664 (1990), 686 (1991) y 687 (1991).

¹⁰⁶ Para la relación propuesta, véase *infra*, párr. 120.

Eso significa que un hecho internacionalmente ilícito produce otras consecuencias jurídicas sin especificar (al margen de las establecidas en otra *lex specialis* que resulte aplicable). Se plantea la cuestión de cuáles podrían ser esas consecuencias. Ciertamente una de las consecuencias de un hecho intencionalmente ilícito podría ser la terminación de la obligación violada, como, por ejemplo, en el caso de una “violación grave” de un tratado bilateral según se dispone en el artículo 60 1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Sin embargo, ello nada tiene que ver con la responsabilidad y no es preciso establecer ninguna cláusula de salvaguardias adicional al respecto.

61. En el breve comentario se advierte de que la segunda parte “no será exhaustiva en lo que respecta a las consecuencias jurídicas de los hechos internacionalmente ilícitos”¹⁰⁷. No obstante, los dos únicos ejemplos que se exponen guardan relación con la validez o terminación de los tratados. Esos ejemplos son, en primer lugar, la invalidez de un tratado causada por la utilización ilícita de la fuerza (Convención de Viena, artículo 53) y, en segundo lugar, la exclusión de la posibilidad de ampararse en un cambio fundamental en las circunstancias cuando el cambio en cuestión obedece a una violación de una obligación internacional que el Estado que alega el cambio fundamental tiene con otro Estado parte (Convención de Viena, artículo 62 2 b)). En el comentario se observa que “estos tipos de consecuencias jurídicas no se tratarán en la segunda parte del presente proyecto de artículos”¹⁰⁸. Ello obedece a que no son consecuencias que no entran en modo alguno dentro del ámbito del proyecto de artículos.

62. Por lo que respecta a las observaciones de los gobiernos, el Japón considera que la referencia a las reglas del derecho internacional consuetudinario es bastante ambigua. A su juicio, no queda claro si con esas palabras se intenta abordar la relación entre la responsabilidad de los Estados y otras consecuencias jurídicas en el ámbito del derecho de los tratados o entre el proyecto de artículos y el derecho internacional consuetudinario. En este último caso, el Japón cuestiona la pertinencia de la redacción, habida cuenta de que el objetivo del proyecto de artículos es codificar las reglas de derecho internacional consuetudinario en materia de responsabilidad de los Estados. A su juicio, la Comisión debería especificar las reglas consuetudinarias previstas en la disposición¹⁰⁹. Francia destaca el vínculo conceptual existente entre los artículos 37, 38 y 39, que “se refieren a las relaciones entre el proyecto de artículos y las normas externas y resaltan el carácter supletorio de este texto”¹¹⁰. Así pues, Francia sugiere que esos tres artículos se incluyan en las disposiciones finales o introductorias del proyecto de artículos.

63. En cuanto a los artículos 37 y 39, el Relator Especial está de acuerdo con las observaciones del Gobierno de Francia y propone que los artículos pasen a una sección de conclusiones generales¹¹¹. Por lo que respecta al artículo 38, la posición es menos clara. La razón por la que los artículos 37 y 39 deben aplicarse a todo el proyecto de artículos estriba en que también guardan relación con la primera parte. Ello no ocurre así en el caso del artículo 38, que se ocupa concretamente de las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito y, por consiguiente, se refiere a la

¹⁰⁷ Comentario del artículo 38 [3], párr. 3, *supra*, nota 29, pág. 48.

¹⁰⁸ *Ibid.*, párr. 1.

¹⁰⁹ A/CN.4/492, pág. 13.

¹¹⁰ A/CN.4/488, pág. 97.

¹¹¹ Véase *supra*, párr. 8.

segunda parte. Así pues, la duda planteada por el Japón cobra una importancia suplementaria. Una posibilidad es que el principio de derecho de la máxima *ex injuria jus non oritur* genere nuevas consecuencias jurídicas en un caso dado, consecuencias que no serían suficientemente concretas ni explícitas para quedar abarcadas dentro de la excepción de la *lex specialis*.

64. Una posible solución es el denominado principio de “aplicación aproximada”, formulado por Sir Hersch Lauterpacht en la opinión consultiva relativa al asunto *Hearing of Petitioners*. Sir Lauterpacht dijo:

“Según un acertado principio de derecho, cuando un instrumento jurídico de validez continua no puede aplicarse literalmente a causa de la conducta de una de las partes, ha de procederse, sin permitir que esa parte se aproveche de su propia conducta, a aplicar el instrumento de una manera que se aproxime lo más posible a su objetivo primario. Con ello se interpreta y se pone en práctica el instrumento, pero no se modifica.”¹¹²

En el *Asunto relativo al proyecto Gabčíkovo–Nagymaros*, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que:

“No es necesario que la Corte determine si se trata de un principio del derecho internacional o un principio general del derecho de ‘aplicación aproximada’, dado que, aun cuando existiera ese principio, éste, por definición, únicamente podría aplicarse dentro de los límites del tratado en cuestión.”¹¹³

Esa “condición cardinal” no se cumplió, a juicio de la Corte, dadas las circunstancias del caso. Además, el modo en que la Corte trató la cuestión indica que, más que un principio autónomo de derecho, es una conclusión generada, dentro del ámbito de aplicación de los tratados, por el principio general del derecho de que un Estado no puede ampararse en las consecuencias de su propia conducta ilícita. Habida cuenta de ello y de su función concreta de guía interpretativa, no es necesario incluir esa cuestión en el proyecto de artículos y, por consiguiente, no es preciso determinar su ámbito de aplicación. No obstante, constituye un ejemplo de la capacidad de los principios generales del derecho internacional de generar consecuencias en la esfera del cumplimiento de las obligaciones jurídicas.

65. En la esfera de responsabilidad de los Estados, no parece ser que existan otras consecuencias jurídicas *generales* dimanantes de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, al margen de las indicadas en esta segunda parte, a saber, la cesación, la restitución, la indemnización, la satisfacción y la posibilidad de que se adopten contramedidas en caso de que un Estado no cumpla con esas obligaciones secundarias. Además, resulta algo extraño que, en un texto que pretende indicar las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito, se mantengan ciertas consecuencias jurídicas suplementarias no especificadas, particularmente cuando no pueden darse ejemplos concretos. No cabe duda de que, cualquiera que sea la forma que llegue a adoptar, ningún proyecto de artículos puede congelar el derecho y que existe permanentemente la posibilidad de que surjan nuevas normas de derecho internacional en esa esfera. No obstante, esa precisión puede hacerse en el comentario y también será de aplicación el principio de la *lex specialis*. En resumidas cuentas,

¹¹² *Admissibility of Hearings of Petitioners by the Committee on South West Africa*, opinión separada de Sir Hersch Lauterpacht, *I.C.J. Reports*, 1956, pág. 46. Para un examen de ese pasaje, véase S. Rosenne, *Breach of Treaty* (Grotius, Cambridge, 1985), págs. 96 a 101.

¹¹³ *I.C.J. Reports*, 1997, párr. 76.

no hay razones de peso para mantener el artículo 38. Si se mantuviera, no queda claro por qué debe circunscribirse a las reglas del derecho internacional consuetudinario. También podrían ser pertinentes las normas de derecho internacional dimanantes de otras fuentes. El Relator Especial propone más adelante que se redacte de nuevo el artículo 38, que figura entre corchetes para dejar patentes las dudas del Relator Especial acerca de su utilidad¹¹⁴.

5. El Estado lesionado

a) Artículo 40: significado de “Estado lesionado”

Labor preparatoria

66. En la primera parte del proyecto de artículos, tal como fue aprobada en primera lectura, no se utilizaba la expresión “Estado lesionado”. No obstante, se hacía frecuentemente referencia al concepto en el comentario y se consideraba que sería necesario que en otro lugar del texto se indicara qué Estado o Estados estarían facultados para exigir responsabilidad a causa de haber sido lesionados por la violación¹¹⁵.

67. El primer intento de formular el concepto fue realizado por el Sr. Riphagen en 1984 y cobró la forma de definición. En apoyo de su enfoque, el Sr. Riphagen explicaba que:

“como toda la segunda parte del proyecto debía versar sobre los nuevos derechos y obligaciones nacidos entre Estados como consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito cometido por uno de ellos, la determinación de qué Estados o qué Estados tenía que ser considerados ‘Estado lesionado’ debía hacerse al comienzo.”¹¹⁶

Su propuesta fue formulada después de un amplio debate sobre el concepto de Estado lesionado, celebrado en el marco de la Comisión en los años anteriores¹¹⁷. El Relator Especial ha excluido la existencia de un “derecho internacional del agravio” por considerar que, en la mayor parte de los casos, la determinación de cuál es el Estado lesionado no crearía ninguna dificultad particular. No obstante, podrían surgir problemas

¹¹⁴ Para la redacción propuesta, véase *infra*, párr. 119.

¹¹⁵ Véase, por ejemplo, el comentario del artículo 1, párr. 5 y siguientes en *supra*, nota 55, págs. 167 y 178. En el artículo 33 1) b), tal como fue aprobado en primera lectura, se utilizaban las palabras “el Estado para con el que existía la obligación” (lo que entraña un enfoque exclusivamente bilateral): véase el Segundo informe, A/C.4/498/Add.2, párr. 290.

¹¹⁶ Informe de la CDI, *Anuario ... 1984*, vol. II, (segunda parte), párr. 355. Al año siguiente, el Sr. Riphagen reiteró su propuesta bajo la forma de artículo 5 de la segunda parte del proyecto de artículos, junto con un comentario al respecto (véase el Sexto informe ... *Anuario ... 1985*, vol. II (primera parte), págs. 5 a 9).

¹¹⁷ Véase Riphagen, Tercer informe ... *Anuario ... 1982*, vol. II (primera parte), párrs. 90 a 101, y Cuarto informe, *Anuario ... 1983*, vol. II (primera parte), especialmente los párrafos 72 a 78 (en que se distingue entre el Estado cuyo interés se haya visto afectado y el Estado “parte en el quebrantamiento”) y los párrafos 112 a 125 (en que se consignan las diferencias generales y los derechos que tiene un Estado lesionado para hacer valer las diferentes situaciones). Para los debates sobre el asunto antes de la propuesta de redacción, véase *Anuario ... 1982*, vol. I, págs. 243 a 250 (1776ª sesión) y *Anuario ... 1983*, vol. I (sesiones 1772ª, 1777ª y 1780ª).

“cuando una norma primaria del derecho internacional se ha establecido claramente para la protección de intereses extraestatales y cuando una norma secundaria de derecho internacional permite o incluso obliga a otros Estados a participar, activa o pasivamente, en la ejecución de una norma primaria.”¹¹⁸

68. Los miembros de la Comisión expusieron opiniones bastante divergentes en relación con ciertas cuestiones de fondo, particularmente en lo concerniente a la posición de los Estados en caso de la comisión de un crimen internacional en el sentido del artículo 19. Realmente nadie se oponía a la inclusión de una disposición que se ocupara del concepto de “Estado lesionado”. No obstante, se expresaron diversas opiniones en cuanto a su contenido. Algunos miembros de la Comisión hicieron suyo el enfoque bastante detallado que había propuesto el Relator Especial, en tanto que otros sugirieron “una fórmula general que fuese lo bastante flexible para abarcar todos los casos”¹¹⁹ o, por el contrario, una disposición más precisa, en la que se estableciera una distinción “entre los Estados directamente afectados y los demás Estados, sobre todo en vista del derecho atribuido a esos Estados individualmente de invocar las consecuencias jurídicas, según se indicaba en los artículos siguientes”¹²⁰.

69. En 1985 la Comisión aprobó provisionalmente el artículo 5 de la segunda parte con el comentario. El texto seguía la estructura de la disposición propuesta por el Relator Especial, aunque con algunas modificaciones¹²¹. La mayor parte de las modificaciones eran de escasa importancia, aunque hubo una sustancial que suscitó críticas en la Comisión. Como indicó uno de sus miembros:

“[E]l texto inicial del Relator Especial, en el que se definía el ‘Estado lesionado’ en términos de la violación de una obligación por el Estado autor, se ha sustituido por la fórmula menos satisfactoria de la lesión de un derecho. En circunstancias normales la violación de una obligación por un Estado supone la lesión de un derecho de otro Estado, pero no siempre es así.”¹²²

70. A pesar de que el artículo 5, que es el más largo de todo el texto, resulta muy detallado, no se ha pretendido que sea exhaustivo. Al presentar la disposición en el plenario, el Presidente del Comité de Redacción destacó que:

“Este artículo no tiene por objeto definir normas primarias de derecho internacional, ni proporcionar una lista exhaustiva de las situaciones en las que un Estado puede considerarse lesionado. Proporciona una norma general en el

¹¹⁸ Riphagen, Cuarto informe, *Anuario ... 1983*, vol. II (primera parte), párr. 114.

¹¹⁹ Informe de la CDI, *Anuario ... 1984*, vol. II (segunda parte), párr. 367. El Sr. Balanda hizo, por ejemplo, una lúcida observación:

“En lugar de examinar todos los casos en los que un Estado puede sufrir una lesión en relación con los derechos afectados, con el peligro de olvidar algunas posibilidades, la Comisión podría definir el Estado lesionado en el sentido de que es el que ha sufrido un perjuicio material o moral resultante de un hecho internacionalmente ilícito imputable a otro Estado.” (*Anuario ... 1984*, vol. I, pág. 332 (1867ª sesión).

¹²⁰ Informe de la CDI, *Anuario ... 1984*, vol. II (segunda parte), párr. 367.

¹²¹ Véase Informe de la CDI, *Anuario ... 1985*, vol. II (segunda parte) págs. 26 a 29. En 1996, esa disposición fue aprobada en primera lectura por la Comisión como artículo 40 (Informe de la CDI, 1996, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/51/10)*, pág. 149).

¹²² Sir Ian Sinclair, 1929ª sesión, *Anuario ... 1985*, vol. I, pág. 312.

párrafo 1 y una lista indicativa en el párrafo 2 y aborda el caso bastante especial de los crímenes internacionales en el párrafo 3.”¹²³

71. Durante el debate, se plantearon cuestiones sobre el enfoque del proyecto de artículo desde diferentes puntos de vista. Sir Ian Sinclair no estaba convencido de que pueda prescindirse “del concepto de Estado lesionado en el caso del incumplimiento de una obligación *erga omnes* y de que [pueda] considerarse que todo Estado, sin excepción, tiene igual interés jurídico en la cuestión.”¹²⁴ El Sr. Ushakov manifestó que preocupaciones similares, incluso respecto de los crímenes internacionales: no compartía la opinión “de que un crimen internacional lesiona necesariamente a todos los Estados de la comunidad internacional, ya que algunos de ellos son lesionados directamente y otros no. En realidad, en algunos casos ningún Estado resulta verdaderamente lesionado; más bien es la comunidad internacional de Estados, en calidad de tal, la afectada”¹²⁵. Dado que uno de los ejemplos que expuso era el caso de agresión, el Sr. Ushakov debía estar refiriéndose a Estados que no fuesen el objetivo primario. No cabe duda de que por cada acto de agresión hay un Estado víctima; ciertamente lo que había destacado Sir Ian Sinclair era la posible disparidad entre los intereses del Estado víctima y los de terceros Estados¹²⁶. También se planteó la cuestión de hasta qué punto era permisible reaccionar cuando todos o muchos Estados se consideraran “lesionados” por la violación de una obligación multilateral. Según el Sr. Lacleta–Muñoz, “si el acto internacionalmente ilícito afecta a los intereses colectivos de un conjunto de Estados partes, la reacción ha de ser también colectiva. Pero es preciso definir con exactitud cuáles son esos intereses colectivos”¹²⁷. El Relator Especial defendió su propuesta de manera algo indirecta. A su juicio, el artículo 5 era un “artículo clave”, que no podía limitarse simplemente a remitir a normas primarias no incluidas en el proyecto, habida cuenta de la precisión que se requería¹²⁸. Por otra parte, “en el apartado e) del artículo 5, al aludir a “todos los demás Estados” como Estados lesionados en relación con un crimen internacional, no se quiere decir que esos Estados estén lesionados en la misma medida o que cada uno de ellos pueda tomar las medidas que considere oportunas”¹²⁹. Ese aspecto fue recogido por el Presidente del Comité de Redacción, quien destacó que:

“El Comité de redacción ha examinado la cuestión de si en el caso de crimen internacional todos los Estados lesionados deben tener derecho a reaccionar de la misma manera, o si el derecho a reaccionar se ha de graduar según la gravedad de la lesión del derecho o interés en cada caso. Se ha considerado que, si ha de tratarse esta cuestión, el lugar adecuado para ello serían los artículos en los que se definan las consecuencias jurídicas de los crímenes internacionales.”¹³⁰

¹²³ Sr. Calero Rodrigues, 1929ª sesión, *Anuario ... 1985*, vol. I, pág. 308.

¹²⁴ 1777ª sesión, *Anuario ... 1983*, vol. I, pág. 141; véase también la 1985ª sesión, págs. 319 y 320. El Sr. Malek estuvo de acuerdo: *ibíd.*, pág. 327.

¹²⁵ 1861ª sesión, *Anuario ... 1984*, vol. I, pág. 293.

¹²⁶ Hizo de nuevo esta precisión en el debate que celebró el Comité de Redacción en relación con el proyecto de artículo 5: 1930ª sesión, *ibíd.*, pág. 312; véanse también la declaración del Sr. Roukounas, *ibíd.*, pág. 313, y la opinión contraria del Sr. Flitan, *ibíd.*, pág. 313.

¹²⁷ 1867ª sesión, *Anuario ... 1984*, vol. I, pág. 333.

¹²⁸ 1999ª sesión, *Anuario ... 1985*, vol. I, pág. 334.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ Sr. Calero Rodrigues, 1929ª sesión, *Anuario ... 1985*, vol. I, pág. 310.

Sin embargo, la Comisión no volvió a ocuparse de la cuestión al preparar los artículos 51 a 53. Además, la cuestión se plantea en términos más generales respecto de los violaciones que dan lugar a que todos o muchos Estados se consideren “lesionados” con independencia de que esas violaciones se califiquen de “crímenes internacionales”.

72. En otro orden de cosas, Paul Reuter cuestionó la distinción que se hacía en el texto entre las lesiones basadas en un tratado y en el derecho internacional general: “si ... algunas normas jurídicas crean derechos subjetivos, ¿no sería conveniente, a ese respecto, redactar un apartado que no establezca distinción entre normas consuetudinarias y normas escritas?”¹³¹ Uno de los miembros incluso dudó de la premisa básica del artículo 40 de que algunas lesiones podían afectar a todos o a muchos Estados. El Sr. Ushakov, manifestando su posición contraria al párrafo 3, destacó que “en el derecho internacional general existen ciertamente derechos y obligaciones *erga omnes*, pero las relaciones entre Estados siempre son, en última instancia, de carácter bilateral”¹³².

Artículo 40 y comentario correspondiente

73. Tal como fue aprobado en primera lectura, el artículo 40 dispone lo siguiente:

“*Artículo 40. Significado de ‘Estado lesionado’.*”

1. A los efectos de los presentes artículos, se entiende por ‘Estado lesionado’ cualquier Estado lesionado en uno de sus derechos por el hecho de otro Estado, si ese hecho constituye, de conformidad con la primera parte, un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado.

2. En particular, se entiende por ‘Estado lesionado’:

a) Si el derecho lesionado por el hecho de un Estado nace de un tratado bilateral, el otro Estado parte en el tratado;

b) Si el derecho lesionado por el hecho de un Estado nace de un fallo u otra decisión obligatoria dictada por una corte internacional de justicia o por un tribunal internacional de arbitraje para la solución de una controversia, el otro Estado parte o los otros Estados partes en la controversia y beneficiarios de ese derecho;

c) Si el derecho lesionado por el hecho de un Estado nace de una decisión obligatoria de un órgano internacional que no sea una corte internacional de justicia ni un tribunal internacional de arbitraje, el Estado o los Estados que, de conformidad con el instrumento constitutivo de la organización internacional de que se trate, sean beneficiarios de ese derecho;

d) Si el derecho lesionado por el hecho de un Estado nace para un tercer Estado de la disposición de un tratado, ese tercer Estado;

e) Si el derecho lesionado por el hecho de un Estado nace de un tratado multilateral o de una norma de derecho internacional consuetudinario, cualquier otro Estado parte en el tratado multilateral u obligado por la norma pertinente de derecho internacional consuetudinario, si consta que:

¹³¹ 1861ª sesión, *Anuario 1984* vol. I, pág. 294.

¹³² 1929ª sesión, *Anuario 1985*, vol. I pág. 310. La observación es significativa, habida cuenta de la importancia de la doctrina soviética en relación con el artículo 19.

- i) El derecho ha sido creado o está reconocido en su favor;
- ii) La lesión del derecho por el hecho de un Estado afecta necesariamente el disfrute de los derechos o el cumplimiento de las obligaciones de los demás Estados partes en el tratado multilateral u obligados por la norma de derecho internacional consuetudinario, o
- iii) El derecho ha sido creado o está reconocido para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales;
- f) Si el derecho lesionado por el hecho de un Estado nace de un tratado multilateral, cualquier otro Estado parte en el tratado multilateral, si consta que el derecho ha sido estipulado expresamente en ese tratado para la protección de los intereses colectivos de los Estados partes.

3. Asimismo, se entiende por ‘Estado lesionado’, si el hecho internacionalmente ilícito constituye un crimen internacional, todos los demás Estados.”

74. En el comentario del artículo 40¹³³ se indica que a la pregunta de qué Estado es responsable de un hecho internacionalmente ilícito se responde en principio en la primera parte del proyecto de artículos, en la que se define el hecho internacionalmente ilícito

“Simplemente en función de las obligaciones, no de los derechos. Se hace así partiendo del supuesto de que todas y cada una de las obligaciones corresponden *per definitionem* a un derecho de, por lo menos, otro Estado.”¹³⁴

De la misma manera, Ago había afirmado en el segundo informe que había siempre “una correlación entre obligación jurídica por una parte y derecho subjetivo por otra”. Según esa opinión, era “totalmente legítimo en derecho internacional ... considerar la idea de violación de una obligación como enteramente equivalente a la de lesión del derecho subjetivo ajeno”¹³⁵. Esa equivalencia “exacta” se manifiesta con algunas palabras cruciales en el artículo 40 1)¹³⁶. Más adelante, en la segunda parte del proyecto de artículos, se habla de los derechos “del” Estado lesionado y no de las obligaciones del Estado responsable de la conducta internacionalmente ilícita (en lo sucesivo denominado el Estado responsable).

¹³³ El comentario del artículo 40 [5], que fue aprobado en 1985 (véase *Anuario ... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 27 a 29), no fue revisado cuando el proyecto de artículos se aprobó en primera lectura en 1996. La única modificación fue una nota al pie de página en relación con el párrafo 3, en la que se indicaba lo siguiente:

“Se ha empleado el término ‘crimen’ para mantener la coherencia con el artículo 19 de la primera parte. Se observó, sin embargo, que podrían usarse expresiones como ‘un hecho ilícito internacional de carácter grave’ o ‘un hecho ilícito excepcionalmente grave’ en sustitución de la palabra ‘crimen’, a fin de evitar, entre otras cosas, la connotación penal de este término.”

¹³⁴ Comentario del artículo 40 [5], párr. 2, *ibíd.*, pág. 27.

¹³⁵ Ago, Segundo informe, *Anuario ... 1970*, vol. II (primera parte), pág. 206.

¹³⁶ Curiosamente, sin embargo, el artículo 40 1), en el que se utiliza la conjunción condicional “si”, parece referirse al caso en que podría no ser ilícito un hecho que lesione el derecho de un Estado. Ello podría tratarse simplemente de un desliz en la redacción o tal vez se haya incluido para abarcar los casos en que un derecho lesionado, pero el capítulo V de la primera parte excluye la ilicitud del hecho.

75. Así pues, el artículo 40 constituye el eje de todo el proyecto, es decir, el elemento de conexión entre el modo en que se consideran las consideraciones en la primera parte y el modo en que se consideran los derechos en la segunda. En el párrafo 1 se indica la correlación concreta de obligaciones y derechos, en tanto que en el párrafo 2 se consignan, de manera no exclusiva, los casos en que cabe considerar que un Estado o Estados tienen un derecho que es correlativo a una obligación violada. Esos casos van desde la dicotomía derecho–deber de un tratado bilateral o un fallo de un tribunal internacional a los casos en que el derecho dimana de una norma de derecho internacional general y puede considerarse “lesionados” a todos o muchos de los Estados obligados por la norma o que sean partes en el tratado. Además, en el artículo se dispone que, en el caso de “crímenes internacionales”, *todos* los demás Estados son lesionados y tienen derecho a reaccionar.

76. Como aclara el comentario, la larga y desproporcionada lista del párrafo 2 tiene únicamente carácter de presunción. En un determinado tratado o norma se puede indicar cuáles son los sujetos (Estados u otras personas) que tienen derecho a exigir responsabilidad por una violación de manera inclusiva o exclusiva. De conformidad con el principio de la *lex specialis*, prevalecería esa disposición¹³⁷. Sin embargo, no es frecuente que un tratado multilateral cuente con su propio reglamento de aplicación y menos frecuente aún que ello ocurra en el caso de las normas de derecho internacional general. En la mayor parte de los casos, la determinación del “Estado lesionado” del artículo 40 se llevará a cabo por exclusión.

Observaciones de los gobiernos sobre el artículo 40

77. El artículo 40 ha sido objeto de numerosas observaciones por parte de los gobiernos. En ellas se recogen opiniones detalladas y diversas, pero en ningún caso se cuestiona la necesidad de que el proyecto de artículos cuente con una disposición que se ocupe del concepto de Estado lesionado. Singapur, por ejemplo, manifiesta que el proceso de determinación del Estado lesionado “es indispensable para atribuir ciertos privilegios [y] legitimar actos posteriores que de lo contrario serían ilícitos”¹³⁸. Algunos gobiernos se manifiestan preocupados por considerar que las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito tienen un alcance demasiado amplio. Así, según Austria, el concepto que figura en el artículo 40 “es valioso ... en la medida en que los Estados son afectados directamente en sus derechos por violaciones del derecho internacional”¹³⁹. Esas dudas dieron lugar a que algunos gobiernos se preguntaran si el elemento de la pérdida o daño real no tendría que ser el componente principal de la definición de Estado lesionado. En consonancia con el enfoque que había formulado en relación con el artículo 1 del proyecto, Francia considera que el artículo 40 debe hacer “referencia expresa al daño material o moral sufrido por un Estado a consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito cometido por otro”, pero no descarta la idea “de que un Estado pueda sufrir un perjuicio jurídico por el mero hecho de que se haya incumplido una obligación contraída con él”,

¹³⁷ Comentario del artículo 40 [5], párrs. 5 y 6, en *supra*, nota 133, pág. 27.

¹³⁸ A/CN.4/488/Add.3, pág. 2; véanse también A/CN.4/496, pág. 19, párr. 122, y A/CN.4/488, pág. 103 (el Reino Unido no tiene “observaciones que formular sobre la mayor parte del artículo 40 del proyecto”). Uzbekistán sugiere que la disposición se incluya en el capítulo II de la segunda parte (*ibíd.*, pág. 101).

¹³⁹ A/CN.4/488, pág. 100. Así, Austria se pregunta si el concepto de Estado lesionado es viable cuando no existe un Estado directamente afectado (se refiere, entre otras cosas, a las violaciones de los derechos humanos).

siempre que el perjuicio tenga “carácter especial”¹⁴⁰. Otros gobiernos manifiestan su absoluta oposición a ese punto de vista, por considerar que el hecho de no incluir el daño como elemento de un hecho ilícito impide que todos los Estados tengan derecho a exigir responsabilidad al Estado autor del hecho ilícito. Por el contrario, “sólo podrán exigirla el Estado o los Estados cuyos derechos u objetivos hayan sido lesionados, es decir, aquellos respecto de los cuales se haya incumplido una obligación”¹⁴¹. Aunque de forma un tanto diferente, la cuestión vuelve a aparecer como un aspecto importante en el debate sobre los párrafos 2 y 3 del artículo 40, que han sido objeto de numerosas observaciones y críticas.

78. No cabe duda de que algunos Estados están de acuerdo con el enfoque general adoptado por la Comisión en primera lectura. Alemania, por ejemplo, destaca que “la naturaleza de las normas primarias del derecho internacional y el círculo de Estados que han participado en su elaboración son las que indican cuáles son los Estados lesionados por el incumplimiento de una obligación establecida en esas normas primarias”¹⁴². No obstante, la mayoría de los gobiernos que formulan observaciones sobre el proyecto de artículo 40 manifiesta profunda preocupación por la redacción y el contenido de los párrafos 2 e) y f) y del párrafo 3. Hay una primera cuestión que guarda relación con los “resultados absurdos” a que podrían dar lugar esas disposiciones si hicieran surgir “conflictos de competencia o ... la acumulación de competencia de los Estados que invocasen las consecuencias jurídicas de una violación”¹⁴³. Así pues, se ha respaldado la distinción propuesta¹⁴⁴ entre los Estados concretamente lesionados por un hecho internacionalmente ilícito y los Estados que tengan un interés jurídico en el cumplimiento de la obligación¹⁴⁵. Los Estados que hayan resultado concretamente lesionados tendrían derecho a pedir una indemnización, en tanto que los Estados con un interés jurídico podrían únicamente reclamar la cesación de la conducta ilícita, dado que la reparación se concedería al Estado concretamente lesionado¹⁴⁶. Además, a juicio del Reino Unido, la Comisión debería considerar si “el derecho de los Estados a considerarse ‘lesionados’... debería modificarse si el Estado principalmente lesionado ha indicado que ha decidido libremente

¹⁴⁰ *Ibid.* Así, Francia propone otra redacción del artículo 40: véase *ibid.*, pág. 100. De manera similar, el Japón considera “más apropiado que el Estado lesionado cuyos intereses no hayan sufrido daños tangibles tenga en principio derecho únicamente a pedir al Estado que ha cometido el hecho ilícito que cese su comportamiento que constituye un hecho internacionalmente ilícito” (A/CN.4/492, pág. 14). Véanse A/C.6/54/SR.23, párr. 67 (Bulgaria) y A/C.6/54/SR.26, párr. 42 (Burkina Faso) (este último país sugiere que la definición incluya también el elemento de causalidad entre el perjuicio y el acto). Véase asimismo A/CN.4/504, párr. 62.

¹⁴¹ Italia (A/CN.4/488/Add.2, pág. 3); véanse también A/C.6/54/SR.23, párr. 54 (Venezuela) y A/CN.4/504, párr. 62.

¹⁴² A/CN.4/488, págs. 99 y 100. Véase también Italia, que está de acuerdo con los conceptos del artículo 40 (A/CN.4/488/Add.2, pág. 3).

¹⁴³ Austria (A/CN.4/488, pág. 101). Para los Estados Unidos, esas disposiciones ponen de manifiesto “una concepción inaceptable y demasiado amplia de los daños” (*ibid.*, pág. 102).

¹⁴⁴ Véase el informe de la CDI correspondiente a 1999, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 10* (A/54/10), párr. 29, pág. 10.

¹⁴⁵ Véase A/CN.4/504, párr. 64. No obstante, la distinción ha sido criticada por no servir para ningún fin útil, habida cuenta de la ambigüedad del concepto de Estados que tengan un interés jurídico; véase A/C.6/54/SR.22, párr. 4 (Dinamarca, en nombre de los países nórdicos).

¹⁴⁶ *Ibid.* Véase también Austria (A/CN.4/488, pág. 101).

renunciar a los derechos derivados del incumplimiento o si ese Estado consiente en el ‘incumplimiento’¹⁴⁷.”

79. En relación con los párrafos 12 e) y f) se han planteado otras cuestiones, que pueden resumirse de la manera siguiente:

- La remisión conjunta a los tratados multilaterales y al derecho internacional consuetudinario parece plantear problemas. Para algunos gobiernos, sería preferible que esas fuentes fueran tratadas en disposiciones separadas¹⁴⁸; para otros gobiernos, también se debe hacer mención de los usos bilaterales o de las obligaciones dimanantes de actos unilaterales¹⁴⁹.
- En cuanto al párrafo 2 e) ii) varios gobiernos están preocupados por el hecho de su incompatibilidad o “posibles duplicidades ... [con] el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”¹⁵⁰, cuyas disposiciones parecen ser “más restringida (s)”¹⁵¹. Así, el Reino Unido es firmemente partidario del enfoque del artículo 60 de la Convención de Viena, el cual, comparado con el vago criterio del artículo 40, “tiene el efecto de limitar el concepto de Estado lesionado a aquellos Estados que resulten materialmente afectados”¹⁵². En términos más generales, algunos gobiernos destacan que la posición de los Estados lesionados en caso de violación de una obligación de un tratado multilateral debe regirse en primer lugar por el propio tratado y, cuando proceda, por el derecho de los tratados¹⁵³.
- Algunos gobiernos piden aclaraciones del párrafo 2 e) iii), particularmente por lo que respecta a la exigencia de una reparación por los Estados partes que no se hayan visto realmente perjudicados por la violación¹⁵⁴.
- En cuanto al párrafo 2 f), Francia considera “totalmente improcedente permitir así que un Estado intervenga en situaciones que no le conciernen directamente”¹⁵⁵, en tanto que, a juicio de otros gobiernos, es preciso que se aclare el concepto de “intereses colectivos” o el tipo de tratados que quedan abarcados¹⁵⁶.

80. En cuanto al párrafo 3, los gobiernos han manifestado diferentes opiniones. Algunos consideran que, también en el caso de los crímenes, deben establecerse varias categorías de Estados lesionados “y, consecuentemente, diferentes derechos para

¹⁴⁷ A/CN.4/488, pág. 104.

¹⁴⁸ A/CN.4/496, pág. 20. Singapur considera que una de las condiciones para exigir responsabilidad con arreglo al derecho internacional consuetudinario estriba en que exista un “nexo suficiente” “entre el Estado infractor y el Estado ... lesionado” (A/CN.4/488/Add.3, págs. 2 a 7).

¹⁴⁹ A/CN.4/504, párr. 66. Además, se manifestaron preferencias por una lista ilustrativa y no exhaustiva: *ibíd.*

¹⁵⁰ Alemania (A/CN.4/488, pág. 101).

¹⁵¹ Reino Unido (A/CN.4/488, pág. 103).

¹⁵² *Ibid.*, pág. 104. Véase también la propuesta de los Estados Unidos: *ibíd.*, págs. 102 y 103.

¹⁵³ Estados Unidos (*ibíd.*, pág. 102); véase también A/C.6/54/SR.23, párr. 58 (Israel).

¹⁵⁴ Estados Unidos (A/CN.4/488, pág. 102); Japón (A/CN.4/492, pág. 14); véase también A/C.6/54/SR.23, párr. 41 (Australia sugiere que la reparación en esos casos se limite a las seguridades y garantías de no repetición).

¹⁵⁵ A/CN.4/488, pág. 103.

¹⁵⁶ Estados Unidos (*ibíd.*, págs. 102 y 103); Japón (A/CN.4/492, pág. 14); véase también A/C.6/54/SR.23, párr. 42 (Australia).

esos Estados”¹⁵⁷. Así, los Estados Unidos manifiestan preocupación por los “resultados perturbadores” a que puede dar lugar el párrafo 3. A su juicio, el hecho de que los Estados se encuentren todos lesionados individualmente y no colectivamente por un crimen en el sentido del artículo 19 puede dar lugar a una “multiplicidad de las demandas de reparación ... [y] provocar que se indemnizara insuficientemente a los Estados propiamente lesionados”¹⁵⁸. Sin embargo, otros gobiernos están de acuerdo con el enfoque adoptado por la Comisión en primera lectura y consideran, en particular, que, cuando se comete un crimen en el sentido del artículo 19, todo Estado resulta lesionado y puede exigir responsabilidad al Estado que lo haya cometido¹⁵⁹. Suiza formula la útil observación de que “en la medida en que los conceptos de crimen y de violación de las normas imperativas del derecho internacional coinciden” todos los Estados pueden considerarse lesionados independientemente de que el hecho ilícito se califique de crimen; en consecuencia, la tipificación de ciertos comportamientos no es indispensable “para atribuir consecuencias especialmente graves” a esos comportamientos¹⁶⁰.

81. La doctrina se hace eco de muchas de esas críticas del artículo 40¹⁶¹.

¹⁵⁷ Alemania distingue entre el derecho a pedir la cesación y la reanudación del cumplimiento de la obligación, por una parte, y el derecho a reclamar una reparación, por otra (A/CN.4/488, pág. 104); véase también A/CN.4/496, párr. 123 (en que se establece como criterio para distinción la “proximidad de un Estado a la violación”).

¹⁵⁸ A/CN.4/488, pág. 106. No obstante, los Estados Unidos destacan que, incluso cuando haya un Estado principalmente afectado, el hecho ilícito “puede afectar ... secundariamente a otros” (ibid).

¹⁵⁹ Véanse A/CN.4/488/Add.2, pág. 3 (Italia) y A/CN.4/504, párr. 65. A juicio de la República Checa, la disposición del párrafo 3 “no es anodina”; tiene consecuencias importantes tanto por lo que respecta a la reparación como por lo que respecta a las contramedidas” (A/CN.4/488, pág. 107).

¹⁶⁰ A/CN.4/488, pág. 107.

¹⁶¹ Véanse, por ejemplo, K. Sachariew, “State Responsibility for Multilateral Treaty Violations: Identifying the ‘Injured State’ and its Legal Status” (1988) 35 *NILR* 273; D.N. Hutchinson, “Solidarity and Breaches of Multilateral Treaties” (1988) 59 *BYIL* 151; K. Kawasaki, “The Notion of ‘Injured State’ in the Law of International Responsibility of States: The ILC’s Draft Article 5 of Part Two on State Responsibility (3 parts)”, *Shudo Law Review*, vol. 11, 1989, págs. 319 a 353; vol. 12, 1990, págs. 95 a 120; vol. 13, 1991, págs. 225 a 262 (en japonés); B. Simman, “Bilateralism and Community Interest in the Law of State Responsibility”, en Y. Dinstein (ed.), *International Law at the Time of Perplexity* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1989) 821; J. Charney, “Third State Remedies in International Law”, 10 *Michigan JIL* (1989) 57; V. Vadapalas, “L’intérêt pour agir en responsabilité internationale” (1993) 20 *Polish YBIL* 17; J. A. Frowein, “Reactions by Not Directly Affected States to Breaches of Public International Law”, 248 *Recueil des cours* (1994/IV) pág. 349; B. Simma, “From Bilateralism to Community Interest in International Law” (1994/VI) 250 *Recueil des cours* 219; C. Annacker, “Part Two of the International Law Commission’s Draft Articles on State Responsibility”, *German Yearbook of International Law*, vol. 37, 1994, 206; A. de Hoogh, *Obligations Erga Omnes and International Crimes: A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States* (Kluwer, La Haya, 1996); G. Perrin, “La détermination de l’Etat lésé. Les régimes dissociables et les régimes indissociables”, en *Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, Kluwer, La Haya, 1996, págs. 243 a 249; M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes* (Clarendon Press, Oxford, 1997); D. J. Bederman, “Article 40 2) e) and f) of the ILC Draft Articles on State Responsibility: Standing of Injured States under Customary International Law and Multilateral Treaties” (1998) 92 *ASIL Proceedings* 291; K. Kawasaki, “The ‘Injured State’ in the International Law of State Responsibility” (200) 28 *Hitotsubashi J. Law & Politics* 17; J. Crawford, “The Standing of

b) Algunas cuestiones preliminares

82. Antes de examinar las posibles maneras de resolver esos problemas, es necesario analizar más a fondo el artículo 40. Cabe destacar cuatro cuestiones.

Identificación del interés legítimo y del interés subjetivo

83. Una cuestión inicial es la identificación general de la responsabilidad con los derechos subjetivos del Estado o los Estados lesionados. Ello se basaba en teorías anteriores de la responsabilidad de los Estados (particularmente de Anzilotti), que partían del paradigma de las relaciones bilaterales como característica del derecho internacional. Al preparar su segundo informe (publicado el mismo año que el pronunciamiento de la Corte en relación con el *Asunto de la Barcelona Traction*), el Relator Especial Ago sólo había comenzado a concebir la idea de la responsabilidad respecto de toda la comunidad internacional. A tal efecto, poco importa si utilizamos la terminología del artículo 19 (“crímenes internacionales”) o la de la propia Corte cuando se refiere a una obligación contraída con toda la comunidad internacional (*erga omnes*)¹⁶². En cualquier caso, plantea un problema la identificación inmediata de esa responsabilidad con los derechos “subjetivos” de los Estados concretos.

84. En el presente contexto, cabe utilizar el término “subjetivos” para destacar que las relaciones jurídicas “secundarias” dimanantes de una violación de una obligación internacional son forzosamente relaciones jurídicas entre el autor de la violación y otras personas o entidades. No existe una “responsabilidad abstracta”, ya que la responsabilidad siempre se tiene respecto de personas y, en ese sentido, es “subjetiva”¹⁶³. Pero eso no significa que las obligaciones de carácter colectivo o comunitario consistan únicamente en relaciones bilaterales. Para examinar la correlación estricta entre las obligaciones y los derechos, se utilizó implícitamente como base la obra de W. N. Hohfeld y sus “correlaciones jurídicas”¹⁶⁴. Sin embargo, Hohfeld destacó la diversidad de relaciones jurídicas existentes y no tuvo ciertamente ningún interés en reducir esas relaciones a una forma única. En el ámbito de las relaciones internacionales, ya no existe (si es que existió alguna vez) ninguna razón a priori para reducir todas las relaciones de responsabilidad a la forma de una relación bilateral derecho–deber entre dos Estados, como si se tratara de un tratado bilateral.

85. Por ejemplo, Etiopía y Liberia no fueron los beneficiarios de las obligaciones que hacían valer en los asuntos *Second South West Africa*¹⁶⁵. El beneficiario era el pueblo del África sudoccidental; éste tenía un derecho “subjetivo” a que su territorio fuera administrado en su nombre y en su beneficio, derecho éste que estaba en

States: A Critique of Article 40 of the ILC’s Draft Articles on States Responsibility” (2000, en prensa).

¹⁶² Por las razones aducidas en su Primer informe, el Relator Especial prefiere la terminología que utiliza la Corte de obligaciones con toda la comunidad internacional. Ese es ciertamente el caso en el contexto del artículo 40, que se refiere al derecho a exigir responsabilidad más que las consecuencias de proceder así: véase el Primer informe, A/CN.4/490/Add.3, párr. 98.

¹⁶³ A juicio del Relator Especial, la posible confusión entre el sentido muy inusual del término “subjetivos” y su sentido más usual es razón suficiente para eludir ese término. En su sentido ordinario, no puede existir ninguna obligación o derecho “no subjetivo”; así pues, el término es innecesario y puede inducir a error. Véase el Segundo informe, A/CN.4/498, párr. 6, y, a efectos similares, de Hoogh, *Obligations Erga Omnes and International Crimes*, pág. 20.

¹⁶⁴ Véase W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions* (Yale UP, New Haven, 1923, reimpresso en 1964).

¹⁶⁵ *I.C.J. Reports*, 1966, pág. 6.

peligro¹⁶⁶. Etiopía y Liberia hacían valer un derecho adjetivo o de procedimiento para conseguir que Sudáfrica cumpliera con las obligaciones que tenía con el pueblo del territorio. No existe ninguna razón analítica para rechazar esa relación jurídica¹⁶⁷ y Hohfeld no habría tenido ninguna dificultad en incluirla en su planteamiento¹⁶⁸. Es deficiente un sistema jurídico que pretende reducir a una relación bilateral las relaciones jurídicas entre Sudáfrica, la población del territorio y los dos Estados demandantes. No obstante, eso es lo que parece perseguir el artículo 40, con sus equivalencias “exactas”¹⁶⁹.

Consideración de las obligaciones de derechos humanos

86. Una segunda cuestión se refiere a la consideración de las obligaciones de derechos humanos. Con arreglo al artículo 40 2) e) iii), todo Estado vinculado por obligaciones de derechos humanos resulta lesionado si se violan esas obligaciones¹⁷⁰. De hecho, a la vista de esa disposición todo Estado se considera lesionado incluso por una violación individual y comparativamente menor del derecho fundamental de una persona (que no sea nacional suyo). Según el comentario, “es evidente que no cabe considerar que todos los derechos enumerados en estos instrumentos, ni todos los actos u omisiones atribuibles a un Estado que puedan considerarse incompatibles con respecto de esos derechos ... reúnen necesariamente los requisitos para dar lugar a la aplicación del presente inciso”¹⁷¹. Sin embargo, esa exclusión no se pone de manifiesto en el texto del párrafo 2 e) iii). Tampoco se ha intentado (por ejemplo, mediante una remisión al concepto de

¹⁶⁶ En su opinión sobre Namibia, *I.C.J. Reports, 1971* (párr. 127), la Corte destacó que, en el caso del África sudoccidental, “la entidad perjudicada es un pueblo” y no un Estado o grupos de Estados. Véase Riphagen, Informe preliminar, *Anuario ... 1980*, vol. II, primera parte, párrs. 56 y 57.

¹⁶⁷ En 1996, la Corte, por mayoría simple de sus miembros, consideró que los Estados demandantes no tenían ningún interés en la debida administración del Mandato, la cual podían reivindicar con arreglo a la cláusula de compromiso. No obstante, la “mayoría” no negaba que el Mandato *podía* haber reconocido el derecho de todos los Estados Miembros de la Sociedad a hacer cumplir las obligaciones al mandatario incoando actuaciones ante la Corte: véase, por ejemplo, *I.C.J. Reports, 1996*, párr. 16. Se llegó a esa conclusión en virtud de una interpretación restrictiva de la cláusula de compromiso. En cualquier caso, el fallo fue muy criticado y actualmente ha de examinarse teniendo en cuenta el pronunciamiento de la Corte en el *Asunto de la Barcelona Traction*, *I.C.J. Reports, 1970*, págs. 32 y 33.

¹⁶⁸ En algunos casos (por ejemplo, los artículos 45 y 48 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, de 1950; o la disposición que lo sustituyó, a saber, el artículo 33 del undécimo Protocolo, de 1994), en que ese interés general ha sido reconocido, sin equiparar los derechos de los Estados que adoptan medidas con los derechos sustantivos que intentan proteger.

¹⁶⁹ En el *Asunto de la Barcelona Traction*, la Corte destacó que la “responsabilidad es el corolario necesario de un derecho” (*I.C.J. Reports, 1970*, párr. 36). No obstante, la Corte hizo esa afirmación después de haber distinguido entre los derechos de los Estados respecto de otros Estados (por ejemplo, en el ámbito de la protección diplomática) y las obligaciones *erga omnes*, las cuales todos los Estados tienen un “interés legítimo” en proteger. Con ello no quería decir que los únicos casos de responsabilidad eran aquellos en que se violaban los derechos individuales de un Estado.

¹⁷⁰ Tal como está redactado, el artículo 40 2) e) iii) se aplica a cualquiera “derecho ... creado o ... reconocido para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”. Resulta sorprendente referirse a un derecho reconocido para la protección de un derecho: ese problema, aunque parece exclusivamente de redacción, suscita, además, dudas en cuanto al alcance de ese inciso.

¹⁷¹ Comentario del artículo 40 [5], párr. 22, en *supra*, nota 133.

violaciones sistemáticas o graves) distinguir entre los casos en que todos los Estados resultan lesionados y aquéllos en que resulta lesionado el beneficiario individual del derecho humano y los Estados partes en una obligación de derechos humanos tienen un interés general en su cumplimiento.

87. Incluso en el caso de violaciones suficientemente comprobadas, graves o sistemáticas de los derechos humanos, se sugiere que se distinga entre los derechos de las víctimas y las reacciones de los Estados. De lo contrario, el artículo 40 2) iii) produciría el efecto de convertir los derechos humanos en derechos de los Estados, lo que no parece que esté más justificado en el caso de las violaciones sistemáticas que en el de las violaciones aisladas. Puede ocurrir que se considere que ciertos terceros Estados tienen más derecho a intervenir o a reaccionar en caso de violaciones sistemáticas de los derechos humanos que cuando se producen violaciones aisladas, pese a que ello no se afirma así en los Pactos Internacionales de 1966¹⁷². No obstante, aun cuando tengan más derecho los terceros Estados, no parece ser que ese derecho tenga una naturaleza distinta. Los Estados afectados pueden representar a las víctimas, pero no pueden identificarlas con ellos ni atribuirse los derechos de las víctimas, dado que se reconoce que tienen un interés legítimo en que el Estado autor de la violación cumpla con sus obligaciones de derechos humanos.

88. Por otra parte, el párrafo 2 e) iii) plantea la cuestión de por qué los derechos humanos figuran en una categoría distinta, que es objeto de una consideración especial. Según el comentario:

“Los intereses que protegen esas disposiciones [de derechos humanos] no son atribuibles a un determinado Estado. De ahí la necesidad de considerar en primer lugar como Estados lesionados a todos los demás Estados partes en la convención multilateral u obligados por la norma de derecho consuetudinario pertinente.”¹⁷³

Sin embargo, el mero hecho de que las obligaciones de derechos humanos con arreglo a tratados multilaterales o al derecho internacional general no sean “atribuibles” a un determinado Estado ni contraídas con él no da lugar forzosamente a que todos los Estados afectados deban considerarse tenedores de obligaciones y ciertamente no “en primer lugar”. Además, las obligaciones de derechos humanos no son el único tipo de obligaciones internacionales cuyo cumplimiento no cabe considerar que afecte a un “determinado Estado” de manera individual. Ello ocurre también en el caso de algunas obligaciones en ámbitos tales como el desarrollo humano, el patrimonio de la humanidad y la protección del medio ambiente, que también podían haberse mencionado en el artículo 40.

89. La peculiaridad de las obligaciones de derechos humanos (comparadas con las obligaciones de otros ámbitos) estriba en que están formuladas concretamente como derechos de los particulares, en tanto que, por ejemplo, los instrumentos internacionales sobre protección del medio ambiente se refieren a obligaciones de los Estados. Por el contrario, las normas de derecho internacional relacionadas con el trato debido a los extranjeros en el ámbito de la protección diplomática se

¹⁷² Se aplican normas diferentes sobre la admisibilidad de las denuncias que formulan los Estados y los particulares en relación con las violaciones sistemáticas de los derechos humanos: véase, por ejemplo, el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *Asunto Irlanda contra el Reino Unido*, ECHR, Series A, No. 25 (1978), párr. 159.

¹⁷³ Comentario del artículo 40 [5], párr. 20, en *supra*, nota 133.

articularon deliberadamente con el propósito de que se refirieran a los derechos de los Estados, tal como destacó la Corte Permanente en el *Asunto de las concesiones de Maronitas en Palestina*¹⁷⁴. Las referencias a los derechos humanos en la Carta de las Naciones Unidas y en los textos de derechos humanos a partir de 1948 dieron lugar a un cambio de terminología deliberado y sistemático que ha de tener una significación jurídica. No obstante, ello no es razón para que los derechos humanos se consideren obligaciones “atribuibles” a Estados “en primer lugar”.

Otros casos de lesiones dimanantes de relaciones jurídicas multilaterales

90. Al margen de los “crímenes internacionales”, en el artículo 40 figuran otros dos casos de reconocimiento de derechos multilaterales. También es preciso tener en cuenta otro caso, que no se indica en el artículo 40.

a) *Obligaciones integrales*

91. De conformidad con el artículo 40 2) e) II), todo Estado parte en un tratado multilateral u obligado por una norma de derecho internacional consuetudinario resulta lesionado por la violación de una “obligación integral”¹⁷⁵. Esa violación se define como la que “afecta necesariamente al disfrute de los derechos o al cumplimiento de las obligaciones” de los demás Estados partes. El comentario no va más allá de decir que esa disposición “trata de una situación de hecho, reconocida como especial también en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en lo que concierne a los tratados multilaterales (véase, por ejemplo, el inciso i) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 41, el inciso i) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 58 y, en un contexto y una redacción algo diferentes, el apartado c) del párrafo 2 del artículo 60)”¹⁷⁶. No obstante, de las tres disposiciones de la Convención de Viena que se indican en el comentario¹⁷⁷, sólo el artículo 60 2) c) se ocupa realmente de cuestiones relacionadas con la responsabilidad¹⁷⁸. El artículo 60 2) c) se

¹⁷⁴ *PCIJ*, Series A, No. 2 (1924), pág. 12. La Corte Internacional afirmó el mismo principio en el asunto de las *Reparaciones por lesiones sufridas al servicio de las Naciones Unidas*, *I.C.J. Reports, 1949*, págs. 181 y 182, y en el *Asunto de la Barcelona Traction* (segunda etapa) *I.C.J. Reports, 1970*, págs. 32 y 33.

¹⁷⁵ El concepto de obligaciones “integrales” fue desarrollado por Fitzmaurice cuando era Relator Especial sobre el derecho de los tratados: véase *Anuario ... 1957*, vol. II, párr. 124 a 127, y véase también K. Sachariew, “State Responsibility for Multilateral Treaty Violations: Identifying the Injured State and its Legal Status” (1988) 35 *NILR* 273, pág. 281.

¹⁷⁶ Comentario del artículo 40 [5], párr. 19, en *supra*, nota 133.

¹⁷⁷ El artículo 41 1) b) se refiere a la modificación *inter se* de un tratado multilateral únicamente por alguna de sus partes. Esa modificación es permisible si no está prohibida por el tratado y “no afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones”. En este caso, para determinar si resulta permisible, habrá que tener en cuenta si la modificación concreta afecta de hecho a la posición de otras partes en la convención. No se trata de una determinación a priori y no se limita a las modificaciones que “afectan necesariamente” a otras partes. Por el contrario, abarca las modificaciones que, de hecho, les afectan en un caso concreto. No es necesario que afecte a *todas* las demás partes: quedaría excluida una modificación que afectara a algunas o tal vez a una de ellas. El artículo 58 1) b) se refiere a la suspensión de la aplicación de las disposiciones de un tratado multilateral únicamente entre algunas de las partes en él: acertadamente utiliza el mismo criterio que el artículo 41 de la Convención de Viena a los efectos de las modificaciones *inter se*.

¹⁷⁸ El artículo 60 dispone lo siguiente:

“2. Una violación grave de un tratado multilateral por una de las partes facultará:

refiere a todo tratado que sea “de tal índole que una violación grave de sus disposiciones por una parte modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones en virtud del tratado”. Esa redacción resulta más restringida que la del proyecto de artículo 40 2) e) ii). Además de utilizar el criterio a priori de los efectos sobre otros Estados, se aplica a todo el tratado y no a la obligación concreta que se haya violado. Probablemente esa diferencia obedece a la diferencia de contexto. La Convención de Viena se ocupa de los tratados en su conjunto, en tanto que el proyecto de artículos se refiere a obligaciones concretas. Así, no parece que haya dificultad alguna en trasladar el concepto de obligaciones integrales al derecho de la responsabilidad a los Estados y tampoco en considerar a cada Estado como individualmente lesionado a causa de la violación de una obligación integral.

b) *Obligaciones erga omnes partes*

92. Además, en el artículo 40 2 f) se considera lesionados a todos los demás Estados partes en un tratado multilateral “si el derecho lesionado ... ha sido estipulado expresamente en ese tratado para la protección de los intereses colectivos de los Estados partes”. Esos intereses pueden considerarse obligaciones *erga omnes partes*. Según se reconoce, son obligaciones en cuyo cumplimiento todos los Estados partes tienen un interés común, por encima de cualquier interés individual que puede existir en un determinado caso. En el comentario se da como ejemplo “el concepto de ‘patrimonio común de la humanidad’ recientemente aceptado con respecto a los recursos minerales de los fondos marinos y del subsuelo más allá de la jurisdicción nacional”¹⁷⁹. Eso indica que el requisito de la estipulación expresa ha de interpretarse con cierta flexibilidad. No obstante, en el comentario se indica que “en la presente etapa de desarrollo de la comunidad internacional en su conjunto el reconocimiento o establecimiento de un interés colectivo de los Estados sigue todavía limitado en cuanto a su aplicación”, la cual queda textualmente limitada por dos factores: las estipulaciones expresas y las estipulaciones de los tratados multilaterales¹⁸⁰. En

- a) A las otras partes, procediendo por acuerdo unánime, para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente o darlo por terminado, sea:
 - i) En las relaciones entre ellas y el Estado autor de la violación; o
 - ii) Entre todas las partes;
- b) A una parte especialmente perjudicada por la violación, para alegar ésta como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente en las relaciones entre ella y el Estado autor de la violación;
- c) A cualquier parte, que no sea el Estado autor de la violación, para alegar la violación como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente con respecto a sí misma, si el tratado es de tal índole que una violación grave de sus disposiciones por una parte modificara radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones en virtud del tratado”.

Esas disposiciones son contrarias a una disposición que figura en el propio Tratado (art. 60 4)) y no se aplican en ciertos casos, como en los tratados de asistencia humanitaria, que deben mantenerse íntegramente en vigor con independencia de las violaciones (art. 60 5)). No se define la expresión “especialmente perjudicada” y el comentario del artículo 60 tampoco se ocupa de hacerlo. Véase *Anuario ... 1966*, vol. II, párr. 7. En la opinión sobre Namibia, la Corte manifestó que el artículo 60 era “en la mayor parte de sus aspectos” una declaración del derecho internacional vigente: *I.C.J. Reports, 1971*, párr. 94.

¹⁷⁹ Comentario del artículo 40 [5], párr. 23, en *supra*, nota 133.

¹⁸⁰ Comentario del artículo 40 [5], párr. 24, *ibíd.* De todos modos, se afirma que ello no “excluye ni puede excluir el desarrollo de normas consuetudinarias de derecho internacional en el mismo sentido”: *ibíd.*, párr. 25.

lo que concierne al primer factor, existe una amplia variedad de tratados multilaterales modernos que defienden intereses colectivos, razón por la que aparece demasiado restrictivo exigir una estipulación expresa. Por lo que respecta al segundo, el proyecto de artículos se desarrolla sobre la base de que las obligaciones dimanantes de los tratados y del derecho internacional general han de ser consideradas equivalentes¹⁸¹ y bien puede darse el caso de que el derecho internacional general iguale y refuerce a una disposición de un tratado multilateral en aras del interés público. Además, no hay razón alguna para que la “protección de los intereses colectivos” se limite a los intereses colectivos de los Estados considerados de manera restringida. Los tratados de derechos humanos están encaminados claramente (aunque no siempre de manera expresa) a proteger el interés común general. Por ello, es más adecuado considerar que el párrafo 2 e) iii) está relacionado con el párrafo 2 f)¹⁸².

c) *Estados especialmente perjudicados*

93. El artículo 40 2), aunque reconoce la posibilidad de que todos los Estados o un nutrido grupo de ellos puedan tener un interés legítimo en el cumplimiento de una obligación, no reconoce visiblemente el caso de un Estado o Estados “especialmente perjudicados” por una violación. A ese respecto, no sigue la lógica del artículo 60 2) de la Convención de Viena. Resultaría paradójico que un Estado especialmente perjudicado por una violación tuviese derecho a dejar en suspenso la obligación subyacente pero no a insistir en su cumplimiento. De hecho, la suspensión de la obligación puede ser realmente *conveniente* por lo que respecta al Estado que haya cometido la violación. Aun cuando no libere al Estado de las obligaciones secundarias que ya hayan surgido¹⁸³, dará lugar a que se vea liberado de toda obligación de cesación (por lo que se refiere a las relaciones con el Estado que procede a la suspensión) y a que quede exonerado de las consecuencias jurídicas que produciría lo que en otro caso sería un hecho ilícito continuado. La suspensión de las relaciones establecidas en virtud de un tratado no puede sustituir a un régimen adecuado de responsabilidad de los Estados.

Consecuencias de la determinación de múltiples “Estados lesionados”

94. Con arreglo al artículo 40, todos los “Estados lesionados” parecen tener exactamente la misma consideración. Todo Estado lesionado a causa de un hecho internacionalmente ilícito tiene derecho a pedir la cesación y una reparación¹⁸⁴ y a adoptar contramedidas cuando no tengan lugar la cesación y la reparación¹⁸⁵. Ello puede ser procedente por lo que se refiere a los derechos “subjctivos” o individuales de los Estados. Un Estado cuyo derecho haya sido violado está facultado para protestar, insistir en la restitución o (aun cuando la restitución sea posible) decidir que preferiría una indemnización. Puede insistir en reivindicar su derecho o decidir, según las circunstancias, que renuncia a hacerlo y consiente en la violación. No

¹⁸¹ Véase el proyecto de artículo 16 (tal como fue provisionalmente aprobado en segunda lectura, A/CN.4/L.574 y Corr. 1 a 4); Crawford, Segundo informe, A/CN.498, párrs. 16 a 26.

¹⁸² De manera general, las obligaciones de derechos humanos son obligaciones *erga omnes partes* u obligaciones *erga omnes*, en función de su universalidad e importancia.

¹⁸³ Véase la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 72 1).

¹⁸⁴ Véanse los artículos 41 y 42.

¹⁸⁵ Véase el artículo 47. La única limitación (indirecta) figura en el artículo 49, en el que se dispone que las contramedidas “no deberán ser desproporcionadas en relación con el grado de gravedad del hecho internacionalmente ilícito o los efectos de éste sobre el Estado lesionado”.

obstante, cuando la obligación es multilateral, la situación puede ser muy diferente. Así, el beneficiario concreto de una obligación sustantiva (por ejemplo, el particular cuyo derecho haya sido violado por incumplimiento de una obligación de derechos humanos, el pueblo al que se haya denegado su derecho a la libre determinación o incluso el Estado realmente perjudicado por una violación de una obligación *erga omnes*) pueden preferir válidamente una indemnización a la restitución. ¿En virtud de qué derecho podrían otros, incluso aunque tuvieran un interés legítimo reconocido en el cumplimiento, oponerse a esa preferencia?

95. Nuevamente hay diferencias con el artículo 60 2) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que se esfuerza por definir las medidas que los Estados “especialmente perjudicados” o “integralmente perjudicados” pueden adoptar contra el Estado responsable. Esas medidas afectan únicamente a las relaciones del Estado perjudicado con el Estado responsable y únicamente permiten la suspensión de las relaciones establecidas en virtud de un tratado. La adopción de medidas más enérgicas exige el acuerdo unánime de los demás Estados partes.

Conclusiones sobre el artículo 40

96. Como pone de manifiesto la presente exposición, los aspectos del artículo 40 que guardan relación con las obligaciones multilaterales, incluidas las obligaciones *erga omnes*, nunca se han examinado a fondo. En particular, la Comisión no volvió a examinar la definición a la vista de las consecuencias de la que se ocupa más adelante la segunda parte. A juicio del Relator Especial, están justificadas muchas de las críticas del artículo 40 formuladas por los miembros durante su redacción, por los gobiernos desde su aprobación y por la doctrina. El artículo 40 tiene algunas deficiencias:

- Abandona prematuramente las obligaciones (concepto clave de la primera parte) para ocuparse de derechos;
- Parece ser que parte de la hipótesis de que todas las relaciones basadas en la responsabilidad han de asimilarse a las clásicas relaciones bilaterales entre derechos y deberes (hipótesis que contradujo la Corte Internacional en el *asunto de la Barcelona Traction*) o no explica en qué se diferencian las relaciones multilaterales basadas en la responsabilidad de las relaciones bilaterales;
- Equipara todas las categorías de Estados lesionados, todos los cuales parece ser que tienen los mismos derechos de manera independiente;
- En particular, no distingue entre Estados “especialmente perjudicados” por la violación de una obligación multilateral y Estados no perjudicados¹⁸⁶;
- Considera de manera desigual las obligaciones multilaterales (por ejemplo, no explica la distinción entre obligaciones dimanantes y no dimanantes de tratados, no justifica la hipótesis de que los regímenes de interés común únicamente pueden ser creados por los tratados multilaterales en virtud de estipulaciones expresas y destaca derechos humanos que han de ser objeto de una consideración especial de manera vaga y sumamente amplia, de manera que la disposición entra en conflicto con otras disposiciones de la definición o se superpone a ellas);

¹⁸⁶ Véase la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, art. 60 2) b).

- Tiene un párrafo 2 redactado de manera tortuosa y prolija, que eclipsa el aspecto básico del párrafo 1.

Tal como está redactado, es dudoso que el artículo 40 constituya una base adecuada para la codificación y el desarrollo progresivo de las consecuencias jurídicas de la responsabilidad de los Estados.

c) Variantes para reformular el artículo 40

97. En el derecho internacional moderno, la manifestación primaria del concepto de lesión jurídica y de *locu standi* para reclamar en su caso fue formulada por la Corte Internacional en el *Asunto de la Barcelona Traction*. La Corte distinguió entre los derechos dimanantes de un contexto bilateral (el de la protección diplomática) y los intereses legítimos de la comunidad internacional respecto de determinadas obligaciones esenciales. El pasaje crucial es el siguiente:

“... Debe hacerse una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado respecto de la comunidad internacional en su conjunto y las obligaciones respecto de otro Estado en el ámbito de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras obligaciones mencionadas conciernen a todos los Estados. Habida cuenta de la importancia de los derechos en cuestión, cabe considerar que todos los Estados tienen un interés legítimo en su protección; se trata de obligaciones *erga omnes* ... Las obligaciones cuyo cumplimiento queda sujeto a la protección diplomática no son de la misma categoría. No cabe sostener, cuando se considera una de esas obligaciones en particular, que todos los Estados tienen un interés legítimo en su observancia. Para poder presentar una reclamación respecto de una violación de esas obligaciones, los Estados han de establecer primero su derecho a hacerlo ...”¹⁸⁷

Se distingue de manera muy clara entre los derechos individuales de los Estados y los intereses legítimos de varios Estados o de todos ellos. Además, esa “distinción esencial” no dejaba de tener importancia para ese asunto. Aunque los accionistas de la empresa canadiense eran belgas (y en ese sentido Bélgica podría haber sido considerada “especialmente perjudicada” por las medidas adoptadas por España), habida cuenta de las circunstancias, España tenía contraída una obligación únicamente con el Canadá en su calidad de Estado del que era nacional la sociedad, razón por la que Bélgica no tenía derecho a exigir responsabilidad¹⁸⁸. De este pasaje cabe inferir que, si hubiese entrado en juego una obligación *erga omnes*, los resultados podrían haber sido diferentes.

98. Si, a los efectos de la responsabilidad de los Estados, se establece una distinción esencial entre las violaciones de las obligaciones bilaterales y las violaciones de las obligaciones multilaterales (en particular, las obligaciones *erga omnes*), es necesario considerarlas separadamente al examinar el artículo 40.

¹⁸⁷ *I.C.J. Reports, 1970*, párrs. 33 a 35.

¹⁸⁸ La Corte destacó la existencia de casos excepcionales en que tendría derechos un Estado distinto del Estado de la nacionalidad; *I.C.J. Reports, 1970*, págs. 38 a 40. En ese caso, España podría haber tenido obligaciones bilaterales paralelas con diferentes Estados, cada uno de los cuales podría ejercitar de los “derechos correlativos de protección” a título individual.

El artículo 40 y las obligaciones bilaterales

99. Una obligación internacional es aquella en la que hay dos partes (el tenedor de la obligación y el obligado). Ahora bien, es posible que una de esas partes, a saber, el obligado, no sea un Estado; puede tratarse de una organización internacional o de algún otro “sujeto” de derecho internacional. A pesar del carácter general de la primera parte, que se ocupa de todas las obligaciones de los Estados, la segunda parte no regula todos los derechos secundarios y las reacciones permisibles de las personas o grupos que no son Estados. Así pues, hay una discrepancia entre el alcance de las partes primera y segunda, si bien, como se ha indicado *supra*¹⁸⁹, no hay razón alguna para limitar el alcance de la primera parte. No obstante, debería incluirse una cláusula de salvaguardia en la segunda parte para advertir del alcance diferente de esa parte y evitar que se puedan hacer deducciones, *a contrario*, partiendo de la forma detallada en que se presenta a los Estados obligados en las partes segunda y segunda bis. Se sugiere la disposición siguiente:

“La presente [parte] se entiende sin perjuicio de los derechos dimanantes de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por un Estado que correspondan a una persona o entidad distinta de un Estado.”

100. En relación con las obligaciones estrictamente bilaterales entre dos Estados, lo primero que hay que destacar es que las obligaciones bilaterales pueden nacer de diversas fuentes, incluidos el derecho internacional general, los tratados bilaterales o multilaterales o los actos unilaterales. Así, parece ser que las relaciones jurídicas que dimanen de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (y las normas equivalentes de derecho internacional general) son esencialmente de carácter bilateral. Esas disposiciones dan lugar a obligaciones entre el Estado concreto de envío y el Estado concreto de recepción. Lo mismo cabe decir de las normas propias del derecho internacional general y de la protección diplomática, tal como puso de manifiesto la Corte en el *Asunto de la Barcelona Traction*.

101. Sin embargo, a los efectos del presente proyecto de artículos, es innecesario especificar en qué casos generan obligaciones bilaterales determinados tratados multilaterales o normas de derecho internacional; esa especificación sería incompatible con la distinción básica entre obligaciones primarias y secundarias, en la que se basa el proyecto de artículos. No procede que en el proyecto de artículos se especifique la forma ni el contenido de obligaciones primarias individuales. Así pues, basta, para el fin que se persigue, con reconocer la existencia de obligaciones bilaterales y multilaterales, dejando que sean otros foros los que apliquen esa distinción.

102. Partiendo de esa base, el régimen de las obligaciones bilaterales es relativamente sencillo. Así:

- a) Únicamente el Estado obligado resulta “lesionado” por una violación;
- b) Ese Estado puede consentir válidamente en una conducta que, de otro modo, constituiría una violación¹⁹⁰, o aceptar sus consecuencias;
- c) Ese Estado puede optar por una indemnización en lugar de por una restitución o considerarse satisfecho por las garantías que se le den respecto del futuro en lugar de exigir algún tipo de reparación;

¹⁸⁹ Véase *supra*, párr. 7.

¹⁹⁰ Véase el proyecto de artículo 29 (tal como fue provisionalmente aprobado en segunda lectura, A/CN.4/L.574 y Corr.1 a 4); Crawford, Segundo informe, A/CN.4/498/Add.2, párrs. 230 a 241.

d) Ese Estado puede adoptar contramedidas respecto de la violación, a reserva de las condiciones generales que se establecen para las contramedidas en el proyecto de artículos.

103. Por lo que respecta a la manera en que está estructurado, el artículo 40 2) dedica no menos de cuatro párrafos a situaciones que se refieren básicamente a obligaciones bilaterales. Esas situaciones se consignan en los apartados a) a d)¹⁹¹. Esa relación de situaciones se considera innecesaria y desaconsejable. No procede que el proyecto de artículos indique cuándo un Estado es el (único) beneficiario u obligado respecto de una obligación internacional, dado que ello depende de las condiciones y la interpretación de esa obligación. Todas las situaciones “bilaterales” de que se ocupa el artículo 40 2) pueden sintetizarse con términos sencillos de la manera siguiente:

“A los efectos del presente proyecto de artículos, un Estado resulta lesionado por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado cuando la obligación violada se haya contraído con él [a título individual].”

Se plantea ciertamente una cuestión en relación con las palabras “a título individual”. Por una parte, parece conveniente distinguir el caso de las obligaciones contraídas colectivamente con un grupo de Estados o con la comunidad internacional en su conjunto. Por otra parte, ello no debe ocultar la posibilidad de que el Estado A tenga contraída al mismo tiempo la misma obligación de manera bilateral (o, por decirlo de manera más precisa, una obligación con el mismo contenido) con un tercer Estado o muchos terceros Estados. Por ejemplo, un Estado de recepción puede tener contraídas obligaciones idénticas con un gran número de Estados de envío en el ámbito de la inmunidad diplomática o consular. Sin embargo, la posibilidad de que un Estado tenga contraídas obligaciones bilaterales paralelas e idénticas con otros Estados puede explicarse en el comentario; de ahí que bien podrían mantenerse las palabras “a título individual”.

104. Cabe objetar que todos los Estados tienen un interés general en la observancia del derecho internacional y en la continuación de las instituciones y acuerdos (como la inmunidad diplomática) que se hayan establecido a lo largo de los años. Como manifestó la Corte Internacional en el *Asunto relativo al personal diplomático y consular*, después de referirse al “carácter fundamentalmente ilícito” de la participación de la República Islámica del Irán en la detención de personal diplomático y consular:

“Recordando una vez más la suma importancia que tienen los principios de derecho que ha de aplicar en relación con este asunto, la Corte considera que está obligada a señalar a la atención de toda la comunidad internacional, de la que el Irán es miembro desde tiempo inmemorial, el daño irreparable que pueden causar los acontecimientos de la índole de los que está examinando la Corte. Esos acontecimientos no pueden sino menoscabar la estructura de derecho cuidadosamente construida por la humanidad durante siglos, cuyo mantenimiento es esencial para la seguridad y el bienestar de la compleja comunidad internacional actual, para la cual es más esencial que nunca que se respeten de manera

¹⁹¹ Véase *supra*, párr. 73.

constante y escrupulosa las normas establecidas para garantizar el desarrollo ordenado de las relaciones entre sus miembros.”¹⁹²

Así pues, cabe sostener que, aun cuando determinadas obligaciones pueden ser bilaterales, debe reconocerse de alguna manera el interés más general de los Estados en que se observa el derecho internacional. No obstante, al margen del ámbito de las obligaciones “integrales” o de las obligaciones *erga omnes partes*, cuyo contenido ya se ha explicado, es dudoso que los Estados tengan un derecho o incluso un interés protegido jurídicamente, a los efectos de la responsabilidad de los Estados, en las relaciones jurídicas de los terceros Estados *inter se*.

105. Ciertamente es posible incluir cierto grado de solidaridad, incluso en los contextos exclusivamente bilaterales. En la práctica diplomática, no es infrecuente que haya terceros Estados que tomen nota de una violación manifiesta y recuerden sus preocupaciones al Estado responsable. Sin embargo, parece ser que ello no equivale a que un tercer Estado exija responsabilidad a otro Estado, razón por la que no es necesario incluir esa situación en el proyecto de artículos. Basta que en el comentario se deje constancia de que la definición de “Estado lesionados” guarda relación con la exigencia de responsabilidad y no afecta a las gestiones diplomáticas informales con terceros Estados a los efectos de manifestar preocupación y prestar asistencia en la solución de conflictos¹⁹³.

El artículo 40 y las obligaciones multilaterales

a) Tipos de obligaciones multilaterales

106. Al delimitar el concepto de “Estado lesionado” a los efectos de la responsabilidad, el problema básico que se plantea se refiere ciertamente a las obligaciones multilaterales. Se trata de obligaciones que se tienen no a título individual con un determinado Estado sino con un colectivo, un grupo de Estados, o incluso la comunidad internacional en general. Aquí, tampoco es necesario indicar qué obligaciones concretas son multilaterales en ese sentido. Basta afirmar que existe la categoría. No obstante, puede resultar útil reconocer la existencia de algunas otras subcategorías o tipos de obligaciones multilaterales. Cabe distinguir tres casos:

a) **Obligaciones con la comunidad internacional en general (*erga omnes*)**. El primer caso se refiere a una obligación que se tiene con la comunidad internacional en general, de resultas de lo cual todos los Estados del mundo tienen un interés legítimo en que se cumpla la obligación. Esa es la obligación *erga omnes* a que se refiere la Corte en el *Asunto de la Barcelona Traction*¹⁹⁴. De la referencia de la Corte a la comunidad internacional en general y del tipo de ejemplos que expuso, cabe inferir que los casos básicos de obligaciones *erga omnes* son los correspondientes a obligaciones indeclinables de carácter general que dimanen directamente del derecho internacional general o de tratados multilaterales de aceptación generalizada (por ejemplo, en la esfera de los derechos humanos). Así

¹⁹² *I.C.J. Reports*, 1980, párr. 92.

¹⁹³ Las palabras “gestiones diplomáticas informales” están tomadas del artículo 27 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, de 1965. El contexto del Convenio es diferente (pese a ser bilateral): el Estado de que se trate, después de haber renunciado a su derecho a la protección diplomática con arreglo al artículo 27 (1), tiene sin embargo interés en facilitar la solución de la controversia. No obstante, el texto también parece adecuado para la situación de los terceros Estados.

¹⁹⁴ Véase *supra*, párr. 97.

pues, prácticamente coexisten con obligaciones perentorias (que dimanen de normas de *jus cogens*). Si una determinada obligación puede soslayarse o relegarse entre dos Estados, resulta difícil explicar cómo esa obligación se tiene con la comunidad internacional en general;

b) **Obligaciones contraídas con todas las partes en un determinado régimen (*erga omnes partes*)**. El segundo caso se refiere al régimen internacional, en cuya conservación y aplicación todos los Estados partes tienen un interés legítimo común. Cabe denominarla obligación *erga omnes partes*. Incluye, en particular, las obligaciones que guardan relación expresamente con asuntos de interés común para las partes (o de las que forzosamente se infiere eso)¹⁹⁵. Hay ejemplos de esas obligaciones en los ámbitos del medio ambiente (por ejemplo, en relación con la diversidad biológica o el calentamiento de la atmósfera) y el desarme (por ejemplo, un tratado regional en el que se declara una zona libre de armas nucleares o un tratado de prohibición de los ensayos nucleares). En esos casos, aunque es concebible que uno o varios Estados puedan verse especialmente perjudicados por una violación, ello es improbable y, en cualquier caso, sin perjuicio del interés general en el asunto, que comparten todos los Estados de manera colectiva. Como cuestión de principio, no hay razón alguna para excluir del ámbito de las obligaciones *erga omnes partes* a las obligaciones que dimanen del derecho internacional general¹⁹⁶. Tampoco hay ninguna razón para exigir que los regímenes creados en virtud de un tratado multilateral reconozcan el interés colectivo de manera expresa. Es suficiente con que lo hagan claramente con fines interpretativos de las disposiciones en cuestión. Así, quedarían abarcadas, por ejemplo, obligaciones nacidas de un tratado regional de derechos humanos, en el que se reconozca que todos los Estados partes tienen un interés legítimo en el cumplimiento¹⁹⁷. Esa categoría incluye el caso indicado en el proyecto de artículo 40) 2) e) iii) y f);

c) **Obligaciones en las que son partes algunos o muchos Estados, pero respecto de las cuales se reconoce que tienen un interés legítimo determinados Estados o grupos de Estados**. En el caso de las obligaciones multilaterales, con independencia de que sean o no sean *erga omnes*, puede ocurrir que se reconozca que determinados Estados o subgrupos de Estados tienen un interés legítimo especial en el cumplimiento. En primer lugar, la existencia de un interés legítimo sería una cuestión relacionada con la interpretación o aplicación de las normas primarias pertinentes. No obstante, parece razonable inferir del artículo 60 2) b) que un “Estado especialmente perjudicado” por la violación de una obligación multilateral ha de estar facultado para exigir responsabilidad por esa violación al Estado de que se trate.

Debe destacarse de nuevo que esas subcategorías no se excluyen mutuamente en el sentido siguiente: un Estado puede verse perjudicado directa y específicamente por la violación de una obligación *erga omnes* (por ejemplo, el Estado víctima de un ataque armado ilícito) o de una obligación *erga omnes partes* (por ejemplo, el Estado a cuyo buque se le deniegue el derecho de paso por una vía de agua

¹⁹⁵ En el artículo 60 2) c) se definen las obligaciones integrales como una subcategoría de obligaciones *erga omnes partes*. En el caso de una obligación integral, toda violación menoscaba la posición de los demás Estados partes, hasta el punto de que está justificado considerar a cada Estado parte como individualmente lesionado.

¹⁹⁶ Véase *supra*, párr. 92.

¹⁹⁷ Por ejemplo, el derecho de paso por el Canal de Kiel, que fue objeto de la controversia en el *Asunto del Wimbledon, P.C.I.J.*, Series A. No. 1 (1923).

internacional). Así pues, es posible que un Estado resulte “lesionado” —dado que se han visto afectados sus intereses legítimos— de maneras diferentes respecto de la misma violación.

107. Por consiguiente, el esquema que figura en el cuadro 1 *infra* se hace eco de la posición adoptada respecto del artículo 40 o su equivalente. En el esquema no se tiene en cuenta el concepto que se intenta plasmar en el artículo 19, concepto que equivaldría a una violación seria de una obligación *erga omnes*. Sin embargo, a los efectos del artículo 40 o de cualquier otro equivalente, ese concepto no resulta necesario¹⁹⁸. Se da ya el caso de que todos los Estados tienen derecho a exigir responsabilidad en relación con una obligación a *erga omnes* y, a tal efecto, no es necesario que se exija, además, que la violación sea “grave”, “sistemática” o “seria”. No obstante, se sigue planteando la cuestión, que se examina más adelante, de si es necesario establecer nuevos requisitos por lo que respecta a las *consecuencias* de la responsabilidad¹⁹⁹.

Cuadro 1
Estados con derecho a exigir responsabilidad en relación con obligaciones multilaterales

<i>Tipo de obligación multilateral</i>	<i>Estados con derecho a exigir responsabilidad</i>	<i>Ámbito de aplicación</i>
Obligación <i>erga omnes</i>	Todos los Estados	Abarca las obligaciones <i>erga omnes</i> en el sentido expuesto por la Corte en el <i>Asunto de la Barcelona Traction</i>
Obligación <i>erga omnes partes</i>	Todos los Estados partes	Abarca todos los regímenes jurídicos en que entra en juego el interés público de todos los Estados partes, incluidas, en particular, las obligaciones integrales (véase el artículo 40 2) e) ii), iii); y f))
Obligación multilateral en general	A menos que se especifique otra cosa, todo Estado “especialmente perjudicado por la violación” o que se considere que tiene un “interés especial”	Abarca todas las obligaciones de origen multilateral en las que sea parte un Estado especialmente perjudicado; no abarca los contextos jurídicos (por ejemplo, la protección diplomática) que se considere que pertenecen específicamente a las relaciones de dos Estados <i>inter se</i>

¹⁹⁸ Tal como expone Suiza: véase *supra*, párr. 80.

¹⁹⁹ Véase *infra*, párr. 115.

b) *Reacciones permisibles por parte de los “Estados lesionados”*

108. Como se pone de manifiesto a la vista del debate anteriormente explicado, se distingue entre la víctima primaria de la violación de una violación multilateral y otros Estados que son partes en la obligación y pueden tener un interés legítimo en su cumplimiento. No cabe duda de que, en algunos casos de obligaciones multilaterales, tal vez no haya ningún tenedor de la obligación o beneficiario concreto. Por ejemplo, ese es probablemente el caso respecto de las obligaciones de los Estados partes de no emitir clorofluorocarbono sobrante en la atmósfera²⁰⁰. Se trata exclusivamente de una obligación de solidaridad y nunca existirá una vinculación demostrable con ninguna violación ni con las repercusiones en un determinado Estado parte. No obstante, hay otras obligaciones multilaterales en las que existe claramente un tenedor de la obligación. Por ejemplo, la libre determinación es antes que nada un derecho de la población de que se trate. Sin embargo, es una obligación *erga omnes* de los Estados, en particular de los Estados responsables de la administración de los territorios no autónomos²⁰¹. La obligación de no recurrir al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de otro Estado es una obligación *erga omnes*, si bien la víctima concreta es el Estado contra el que se haya utilizado la fuerza de las armas. Cabe citar otros ejemplos de casos en que el tenedor primario de la obligación es un Estado y de casos en que no lo es.

109. Cuando un Estado es la víctima concreta de una violación, la posición de los Estados “interesados” ha de ser en cierta medida subordinada o secundaria. Así, cuando ese Estado consiente válidamente en la conducta que en otras circunstancias constituiría una violación de una obligación multilateral, ese consentimiento excluye la ilicitud²⁰². Hay otros Estados que tienen un interés legítimo en el cumplimiento y, por consiguiente, tendrán una preocupación legítima en conseguir que se preste válidamente el consentimiento (por ejemplo, sin coacción u otros factores invalidantes). De todos modos, su consentimiento no excluiría la ilicitud, al igual que el consentimiento de Etiopía y Liberia tampoco podía excluir la ilicitud de la conducta de Sudáfrica respecto de la población del territorio que se le había encomendado. Del mismo modo, en el *Asunto Nicaragua (aspectos de fondo)* la Corte Internacional destacó que ningún tercer Estado podía adoptar medidas de legítima defensa colectiva salvo que lo hiciera a petición de la víctima (el Estado objeto del ataque armado)²⁰³. No obstante, las normas relacionadas con el recurso al uso de la fuerza dan lugar a obligaciones *erga omnes*. Eso indica que es necesario distinguir entre un determinado Estado que es víctima de la violación de una obligación multilateral y los Estados que, sin ser víctimas, tienen un interés legítimo en el cumplimiento de la obligación, dado que se ha contraído con ellos. Este último grupo no tendrá los mismos derechos que el primero, razón por la que no es satisfactoria la mera equiparación de los dos en la versión actual del artículo 40.

110. Así pues, además de distinguir entre los Estados que tienen derecho a exigir responsabilidad multilateral, tal vez sea necesario distinguir entre los diferentes tipos de medidas que pueden adoptar a título individual los Estados que comparten

²⁰⁰ Véase el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono, de 22 de marzo de 1985 (1987) 26 ILM 1529; el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, de 16 de septiembre de 1987 (1987) 26 ILM 1550.

²⁰¹ Como afirmó la Corte Internacional en el *Asunto relativo a Timor Oriental*, *I.C.J. Reports*, 1995, párr. 29.

²⁰² Véase el artículo 29; Segundo informe, A/CN.4/498/Add.2, párrs. 230 a 241.

²⁰³ *I.C.J. Reports*, 1986, párr. 199.

con otros un interés legítimo en el cumplimiento. Por el simple hecho de que exista un grupo común de Estados válidamente facultados para exigir responsabilidad, tal vez haya que diferenciar las formas en que los Estados pueden hacerlo a título individual, lo que plantea la cuestión de cómo establecer esa distinción. Si no se diferencian esas formas, se planteará la posibilidad, por ejemplo, de que un Estado lesionado optará por percibir una indemnización en sustitución de una restitución, en tanto que otro exigirá la restitución; o el caso de que un tercer Estado insista en adoptar contramedidas que la víctima primaria de la violación desea evitar por temor a que se intensifique el conflicto o a que no se pueda lograr un acuerdo negociado. Muchos gobiernos formularon observaciones sobre las posibilidades de confusión y de conflicto que podría generar un sistema exclusivamente individual y paralelo de exigencia de responsabilidad²⁰⁴.

111. Conviene examinar los grupos de Estados que pueden clasificarse dentro de las categorías de “legítimamente interesados” o “lesionados” de conformidad con el cuadro 1. Se sugiere que el Estado que sea víctima de la violación de una obligación multilateral pueda exigir al mismo tiempo la cesación y una reparación en todos los aspectos, así como adoptar contramedidas proporcionadas si se rechazan la cesación y la reparación. Además, ese Estado debe estar facultado legítimamente para optar por percibir una indemnización en lugar de que se le restituya en especie, por ejemplo, en el caso de que la violación haya dado lugar a que deje de tener valor para ese Estado el cumplimiento de la obligación en el futuro. De hecho, su posición es similar a la del Estado lesionado en un contexto bilateral (el Estado titular de un derecho subjetivo) por lo que respecta al hecho de exigir responsabilidad. Por analogía con el artículo 60 (2) de la Convención de Viena, los Estados “especialmente perjudicados” también han de tener esa misma consideración: su posición se verá especialmente perjudicada por la violación de una obligación internacional y, por ello, es razonable que se les reconozcan los mismos derechos respecto de la cesación y la reparación²⁰⁵.

112. En la mayor parte de los casos, sólo habrá uno o varios Estados concretamente lesionados en ese sentido, razón por la que las cuestiones de coordinación entre ellos plantean menos dificultades que en el caso de que se consideren lesionados un grupo numeroso de Estados o todos los Estados. Se sugiere que no se impongan más requisitos legales en materia de coordinación o de adopción de medidas conjuntas que los que se imponen a los Estados especialmente perjudicados o a los Estados beneficiarios de una obligación integral de conformidad con el artículo 60 2) de la Convención de Viena. Tal vez sea aconsejable coordinar las reacciones, si bien, dado que, por definición, todo Estado resulta perjudicado en su situación jurídica y de hecho, ha de tener libertad en ese sentido para reaccionar ante la violación.

113. La posición de la categoría más amplia de Estados con un interés legítimo suscitado por la violación de una obligación *erga omnes* o *erga omnes partes* da lugar a consideraciones en cierta medida diferentes. En primer lugar, parece ser que no se plantea ninguna dificultad ni surge ninguna posibilidad de conflicto por el hecho de reconocer a todos esos Estados el derecho a oponerse a un hecho internacionalmente

²⁰⁴ Véase *supra*, párrs. 77 a 80.

²⁰⁵ Los dos Estados no se encuentran en la misma posición jurídica en todos los aspectos. Un Estado lesionado en un contexto bilateral puede aceptar la violación en su totalidad y tener derecho a poner fin a las relaciones jurídicas subyacentes; un Estado “especialmente perjudicado” tal vez no pueda hacerlo, aun cuando acepte las consecuencias de la violación en la medida que le afecten.

ilícito y a pedir su cesación en caso de que sea continuado. Esas son, por decirlo así, las consecuencias mínimas de un comportamiento internacionalmente ilícito. Además, parece adecuado que todos esos Estados puedan insistir en la restitución, en caso de que la restitución sea posible y no haya renunciado válidamente a ella el Estado que sea la víctima primaria del hecho ilícito. Por otra parte, no queda claro si todos esos Estados, por el mero hecho de que se reconozca que tienen un interés legítimo en el cumplimiento de la obligación, deben estar facultados para exigir una indemnización o adoptar medidas por su cuenta²⁰⁶.

114. En particular, la analogía con el artículo 60 2) y la analogía con la legítima defensa colectiva apuntan a la necesidad de contar con cierto régimen de “contramedidas colectivas” en los casos en que los Estados actúan en defensa de ciertos intereses colectivos y no a causa de una determinada lesión que hayan sufrido. Con arreglo al artículo 62 2), los Estados que no estén especialmente perjudicados por la violación de un tratado multilateral (que no se refiera a una obligación integral) no pueden, a título individual, adoptar medidas para dejar en suspenso el tratado o darlo por terminado; sólo lo pueden hacer de manera colectiva. En la segunda parte bis habrá que examinar en qué medida los Estados pueden adoptar contramedidas en pro del interés colectivo. En caso de que puedan hacerlo, el principio de la proporcionalidad debería aplicarse presumiblemente de manera colectiva a las medidas adoptadas por todos ellos. En los casos en que un Estado sea el tenedor primario de una obligación (y de conformidad con el planteamiento de la Corte respecto de la legítima defensa colectiva en el *Asunto Nicaragua*), únicamente pueden adoptarse contramedidas a petición de ese Estado. Ello contrasta con las disposiciones actuales de la segunda parte, que permiten que todo Estado adopte, a título individual, contramedidas en pro del interés colectivo con independencia de la posición de la víctima, de cualquier otro “Estado lesionado” o del efecto acumulativo que produzcan esas contramedidas en el Estado contra el que se adopten. En caso de que se viole una obligación multilateral y no exista ningún Estado especialmente perjudicado, puede ocurrir que todos los demás Estados partes exijan la cesación o la restitución, si bien la adopción de las subsiguientes medidas colectivas requeriría la autorización de una organización internacional competente o tendría que ser acordada por los Estados correspondientes²⁰⁷. No obstante, cualesquiera que sean las medidas que se adopten en el marco de la segunda parte bis, parece claro que, antes que nada, hay que distinguir entre los diferentes grupos de Estados lesionados y Estados interesados. El nuevo examen que se propone del artículo 40 no servirá para responder a todas las interrogantes que suscita la segunda parte, pero, por lo menos, permitirá que se formulen las preguntas adecuadas.

115. Si el artículo 40 se examina de nuevo con esos parámetros, se planteará una nueva cuestión, a saber, si las modificaciones esbozadas en estas páginas son suficientes para dar respuesta a los casos en que todos los Estados del mundo se enfrenten a una violación grave de ciertas obligaciones fundamentales (por ejemplo, el genocidio o la agresión). El artículo 19 no resolvió claramente el problema que entraña el hecho de que la gravedad de la violación de una obligación no se equipare

²⁰⁶ En *Asunto del Wimbledon* (relacionado con una obligación *erga omnes partes*), Francia pidió una reparación por las pérdidas que habría sufrido, en tanto que los otros tres Estados tenían interés en dejar sentado el principio que era objeto de la controversia (es decir, estaban primordialmente interesados en la cesación): P.C.I.J. Series A. No. 1 (1923).

²⁰⁷ Las cuestiones relacionadas con la permisibilidad de las contramedidas se examinan más adelante en el presente informe.

forzosamente con el carácter fundamental de la propia obligación. Así, pueden darse casos aislados de tortura que no exijan un tratamiento excepcional, en tanto que resulta difícil concebir un caso de genocidio de escasa importancia²⁰⁸. Parece ser que hay buenas razones para que se permita la adopción de contramedidas en respuesta a violaciones graves de obligaciones multilaterales, sin imponer el requisito de la unanimidad entre los “Estados lesionados”. De lo contrario, cuanto más universal fuera la obligación violada (por ejemplo, en el caso de una obligación *erga omnes*), más difícil resultaría cumplir los requisitos establecidos para poder adoptar contramedidas, dado que se exigiría el acuerdo de un mayor número de Estados para la adopción de esas medidas. Resulta difícil determinar cuál es el límite mínimo concreto que debe establecerse para que los Estados adopten contramedidas a título individual, actuando no en su propio interés, sino en pro del interés colectivo. Se plantea la cuestión de la observancia de las “debidas garantías procesales” por lo que respecta al Estado contra el que se adopten medidas, dado que, en el momento de la adopción de las contramedidas colectivas, tal vez sólo se le pueda imputar responsabilidad por la violación, sin pruebas al respecto, y es probable que se hayan planteado y no se hayan resuelto cuestiones de hecho y posibles justificaciones. Se requiere una formulación como la siguiente: “violación grave y comprobada de manera fidedigna”.

116. Cuando la Comisión comenzó a analizar el concepto de “Estado lesionado”, el Relator Especial, Sr. Riphagen, manifestó que “cuanto más grave es la violación de una obligación internacional menos probabilidades hay de encontrar una valoración jurídica objetiva de las respuestas permisibles a tal violación”²⁰⁹. Desde entonces, se han desarrollado en cierta medida la práctica y la jurisprudencia pertinente, pero sigue siendo escasa la documentación jurídica. No obstante, se sugiere el cuadro 2 *infra* como sistema defensible. Si se adopta bajo alguna forma, permitirá que el proyecto de artículos se haga eco de inquietudes fundamentales que comparten los Estados (especialmente la violación de las obligaciones *erga omnes* de carácter perentorio), al tiempo que evitará que se faculte injustificadamente a terceros Estados a reaccionar a título individual en caso de violaciones.

²⁰⁸ Al margen de la prohibición del genocidio, la prohibición de la agresión es probablemente la única norma mencionada en el artículo 19 3), en el que, cada violación se considera, por decirlo así, grave. No obstante, la prohibición primaria es la del párrafo 4 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, que no se circunscribe la agresión, si bien sigue sin resolverse el problema de la definición de la “agresión”. Según la definición de la Asamblea General, es preciso que se determine la gravedad de la ilegalidad en cada caso, teniendo en cuenta, al parecer, las circunstancias que concurran en él: véase la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974, anexo, artículo 2.

²⁰⁹ Riphagen, Informe preliminar, *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), párr. 97.

Cuadro 2
Consecuencias jurídicas de la responsabilidad de un Estado que pueden hacer valer los Estados diferentemente perjudicados

	Obligaciones bilaterales		Obligaciones multilaterales ^a	
	Estado lesionado	Estado "especialmente perjudicado" ^b	Obligaciones erga omnes partes ^c	Obligaciones erga omnes
Cesación (y seguridades y garantías) ^d	Sí	Sí	Sí	Sí
Restitución	Sí	Sí	En nombre de la víctima/Estado especialmente perjudicado; en los demás casos, es preciso un acuerdo entre los Estados partes	En nombre de la víctima/Estado especialmente perjudicado; en los demás casos, es preciso un acuerdo entre los Estados partes
Indemnización y satisfacción	Sí	Sí	En nombre de la víctima/Estado especialmente perjudicado; en los demás casos, es preciso un acuerdo entre los Estados partes	En nombre de la víctima/Estado especialmente perjudicado; en los demás casos, es preciso un acuerdo entre los Estados partes
Contra medidas (con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos 47 a 50)	Sí	Sí	En nombre de la víctima/Estado especialmente perjudicado; en los demás casos, es preciso un acuerdo entre los Estados partes	En nombre de la víctima/Estado especialmente perjudicado; en los demás casos, es preciso un acuerdo entre los Estados partes; no obstante se pueden adoptar a título individual en los casos de violaciones graves suficientemente comprobadas

^a Es de destacar que el mismo Estado puede resultar lesionado o perjudicado de diversa manera por la misma violación, en cuyo caso se producirá un efecto acumulativo: véase *supra*, párr. 106.

^b Como se explica en el párrafo 106 *supra*, esta categoría incluye: a) los Estados considerados beneficiarios primarios de la obligación o víctimas primarias de la violación (proyecto de artículo 40 2) e) i); y b) otros Estados especialmente perjudicados por la violación de una obligación multilateral en la que sean partes (Convención de Viena, artículo 60 2) b)).

^c Se incluye el caso en que, con fines de interpretación, hay una obligación concreta contraída en los mismos términos con todos los Estados partes. Como ejemplos al respecto cabe señalar los casos que abarca el proyecto de artículo 40 2) e) iii) y f).

^d Se incluye aquí, como mínimo, el derecho a una declaración por un tribunal competente en relación con la violación.

Cuestiones de redacción y ubicación

117. En primer lugar, el Relator Especial pide a la Comisión que le oriente en relación con los principios en que debe basarse el nuevo examen propuesto del artículo 40. Las cuestiones planteadas son ciertamente fundamentales para la totalidad de las partes segunda y segunda bis. No obstante, para facilitar el debate de las cuestiones de principio, se propone *infra* un proyecto de artículo que sustituya al artículo 40 actual (sin perjuicio de su eventual ubicación en el texto). En el texto propuesto se establecen las categorías que se indican en el cuadro 1, pero no se abordan las consecuencias de esas categorías, que corresponderá consignar en los capítulos II y III y en la segunda parte bis.

118. Actualmente se plantean dos cuestiones:

a) **¿Un concepto unitario de “Estado lesionado”?** La primera cuestión es determinar si el proyecto de artículos debe, por lo menos formalmente, mantener un concepto unitario de “Estado lesionado” que abarque todas las categorías de lesiones e intereses legítimos que se indican en los cuadros 1 y 2 o si debe distinguirse entre “Estados lesionados” y Estados con un interés legítimo que no estén específicamente perjudicados por la violación. A los efectos del examen, se establece esa distinción en el texto del proyecto de artículo 40 bis;

b) **Ubicación del artículo propuesto.** La segunda cuestión es determinar si ese artículo ha de figurar en el capítulo I de la segunda parte o en otro lugar. Ello depende de si es posible y aconsejable consignar expresamente las obligaciones secundarias, que se especifican con más detalle más adelante, en los artículos de la segunda parte, sin hacer referencia al concepto de “Estado lesionado”. Ya se ha llegado a la conclusión de que los principios básicos de la cesación y la reparación, que figuran actualmente en el capítulo I, deben consignarse expresamente como obligaciones del Estado responsable. A juicio del Relator Especial, sería aconsejable redactar el resto de los artículos de la segunda parte del mismo modo; de hecho, como formas que la obligación básica de reparar puede adoptar en función de las circunstancias. Ello permitiría que el artículo propuesto figurase la segunda parte bis como aspecto clave para exigir responsabilidad. Ciertamente podría considerarse que su ubicación en ese lugar está implícita si se reconoce que los diferentes Estados resultan diferentemente perjudicados o tienen intereses diferentes, desde el punto de vista jurídico, de resultados de la violación de una obligación internacional y que del mismo modo ha de variar el alcance de las reacciones permisibles.

6. Conclusiones sobre el capítulo I de la segunda parte

119. Por las razones que anteceden, el capítulo I de la segunda parte debe redactarse en los términos siguientes:

Segunda parte **Consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito de un Estado**

Capítulo I **Principios generales**

Artículo 36

Contenido de la responsabilidad internacional

La responsabilidad internacional del Estado, que nace de un hecho internacionalmente ilícito de conformidad con las disposiciones de la primera parte, produce las consecuencias jurídicas que se anuncian en esta parte.

Artículo 36 bis

Cesación

1. Las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito con arreglo a lo dispuesto en los presentes artículos no afecta al deber continuado del Estado de que se trate de cumplir la obligación internacional.

2. El Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito estará obligado:

- a) Cuando esté realizando un hecho ilícito continuado, a cesar ese hecho de inmediato;
- b) A ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición.

Artículo 37 bis

Reparación

1. El Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito estará obligado a dar una reparación íntegra por las consecuencias causadas por ese hecho.

2. La reparación íntegra eliminará las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito mediante la restitución en especie, la indemnización y la satisfacción a título individual o conjunto, de conformidad con las disposiciones de los artículos siguientes.

[Artículo 38²¹⁰

Otras consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito

Las normas aplicables de derecho internacional seguirán rigiendo las consecuencias jurídica de un hecho internacionalmente ilícito de un Estado que no estén previstas en las disposiciones de esta parte.]

²¹⁰ Por las razones expuestas en el párrafo 65, el Relator Especial duda de la utilidad de esta disposición; por ello se coloca entre corchetes.

Artículo 40 bis²¹¹

Derecho de un Estado a exigir responsabilidad de otro Estado

1. A los efectos del presente proyecto de artículos, un Estado resultará lesionado por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado cuando:

a) La obligación violada haya sido contraída con él a título individual; o

b) La obligación en cuestión haya sido contraída con toda la comunidad internacional (*erga omnes*) o con un grupo de Estados del que forme parte y la violación de la obligación:

i) Perjudique especialmente a ese Estado; o

ii) Afecte forzosamente al disfrute de sus derechos o al cumplimiento de sus obligaciones.

2. Además, a los efectos del presente proyecto de artículos, un Estado tendrá interés legítimo en el cumplimiento de una obligación internacional en la que sea parte cuando:

a) La obligación haya sido contraída con toda la comunidad internacional (*erga omnes*);

b) La obligación se haya establecido para proteger los intereses colectivos de un grupo de Estados, incluido ese Estado.

3. El presente artículo se entiende sin perjuicio de los derechos que dimanen de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por un Estado y correspondan directamente a una persona o entidad distinta de un Estado.

²¹¹ Esos conceptos de lesión y de interés legítimo habrían de complementarse en artículos posteriores relativos a las diferentes consecuencias secundarias de la responsabilidad de un Estado por un hecho internacionalmente ilícito. Tal vez lo más conveniente sea servirse para ello de una parte separada que se ocupe del derecho a exigir responsabilidad de un Estado, razón por la que la ubicación del artículo 40 bis es provisional.