



Asamblea General

Distr. general
2 de abril de 2001
Español
Original: inglés

Comisión de Derecho Internacional

53° período de sesiones

Ginebra, 23 de abril a 1° de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001

Cuarto informe sobre la responsabilidad de los Estados

Preparado por el Sr. James Crawford, Relator Especial

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1-4	2
II. Cuestiones generales restantes	5-26	3
A. La solución de controversias respecto de la responsabilidad de los Estados	7-20	4
B. La forma del proyecto de artículos	21-26	8
III. La invocación de la responsabilidad: “daño”, “lesión” y “el Estado lesionado”	27-42	10
IV. “Violaciones graves de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto”: segunda parte, capítulo III	43-53	17
V. Contramedidas: segunda parte bis, capítulo II	54-76	22

Anexo

Enmiendas concretas a los proyectos de artículo, a la luz de las observaciones recibidas (véase A/CN.4/517/Add.1)

I. Introducción¹

1. En el 52° período de sesiones de la Comisión (2000) el Comité de Redacción aprobó provisionalmente en segunda lectura un texto completo del proyecto de artículos sustantivos². Aún no se han debatido los artículos en sesión plenaria pero se incluyeron, como texto provisional, en el informe de la Comisión sobre su 52° período de sesiones³. Esto se hizo a fin de brindar una nueva oportunidad para hacer observaciones. El texto del Comité de Redacción fue objeto de un debate sustancial en la Sexta Comisión⁴ y de nuevas observaciones escritas presentadas por algunos gobiernos⁵, así como por un grupo de estudio de la Asociación de Derecho Internacional⁶.

2. Las observaciones formuladas hasta ahora por los gobiernos acerca del texto provisional sugieren que, en general, su estructura básica y la mayoría de las disposiciones consideradas en forma individual son aceptables. Esto incluye muchos de los artículos propuestos y aprobados por primera vez en 2000. Por ejemplo, la distinción entre las obligaciones secundarias del Estado responsable (segunda parte) y el derecho de otro Estado a invocar esa responsabilidad (segunda parte bis) contó con amplio apoyo. La distinción en principio entre “Estados lesionados” (artículo 43) y otros Estados con interés jurídico en la obligación violada (artículo 49) contó asimismo con el apoyo general, aunque la formulación de los artículos requiere mayor atención. Lo mismo puede decirse de los artículos omitidos del texto anterior a la lectura⁷: hubo pocas solicitudes de que se reinsertaran en el texto, incluso respecto del artículo [19]⁸. En general el debate se ha centrado en algunas pocas cuestiones restantes, especialmente los capítulos que se ocupan de las “violaciones graves” (segunda parte, capítulo III) y las contramedidas (segunda parte bis, capítulo II).

¹ El Relator Especial desea agradecer nuevamente al Sr. Pierre Bodeau, becario de investigación en el Research Centre for International Law; a la Sra. Jacqueline Peel, profesora de derecho de Queensland University of Technology, al Sr. Christian Tams, Gonville and Caius College, Cambridge, y al Leverhulme Trust por su generoso apoyo financiero.

² Véase A/CN.4/L.600, la intervención del Presidente del Comité de Redacción, Sr. Giorgio Gaja, figura en el documento A/CN.4/SR.2662. En el presente informe se utilizará en las referencias al proyecto de artículos la numeración de los artículos aprobada provisionalmente en 2000. Los artículos de la primera lectura figurarán entre corchetes.

³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/55/10)*, cap. IV, apéndice.

⁴ Véase el resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo quinto período de sesiones preparado por la Secretaría (A/CN.4/513, secc. A).

⁵ Véase “Responsabilidad de los Estados: Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos” (A/CN.4/515 y Add.1). En el presente informe se hacen referencias a extractos de las observaciones presentadas por escrito por los gobiernos en la parte correspondiente al artículo pertinente.

⁶ El primer informe del Grupo de Estudio se presentó el 8 de junio de 2000: véase el texto en www.ila-hg.org. El Grupo de Estudio está formado por Peter Malanczuk (Países Bajos, presidente y convocador), Koorosh Ameli (República Islámica del Irán), David Caron (Estados Unidos de América), Pierre-Marie Dupuy (Francia), Malgosia Fitzmaurice (Reino Unido), Vera Gowlland-Debbas (Suiza), Werner Meng (Alemania), Shinya Murase (Japón), Marina Spinedi (Italia), Guido Soares (Brasil), Zhaojie Li (China) y Tiyanjana Maluwa (Malawi).

⁷ Los siguientes artículos aprobados en primera lectura se han omitido del todo o no tienen un equivalente directo en la segunda lectura: artículos [2], [11], [13], [párrafos 3 a 5 del artículo 18], [19], [20], [21], [26] y [51].

⁸ Véase el resumen por temas ... (A/CN.4/513), párrs. 89 a 91.

3. Muchas de las observaciones se refieren esencialmente a cuestiones de redacción. El Comité de Redacción las podrá examinar durante su revisión del texto en su conjunto. En un anexo del presente informe figuran diversas sugerencias de redacción, con breves comentarios al respecto. El informe mismo se centrará solamente en las cuestiones de fondo que siguen sin resolver. Parecen ser las siguientes:

- La definición de “daño” y “lesión” y su función en los artículos, conjuntamente con los artículos 43 y 49 que especifican los Estados que están facultados para invocar la responsabilidad;
- La mantención del capítulo III de la segunda parte y los cambios que se le podrían hacer;
- Si debe conservarse un capítulo aparte para tratar las contramedidas, o si basta con ampliar el tratamiento de las contramedidas en el contexto del artículo 23; si debe conservarse el capítulo II de la segunda parte bis, y los cambios que se requirieren en los tres artículos controvertidos (artículos 51, 53 y 54).

4. Como podrá verse en el anexo algunas de las observaciones no se refieren a los artículos mismos sino a la necesidad de abundar en ellos o de explicarlos en los comentarios. Los comentarios aprobados en primera lectura no son de modo alguno coherentes en cuanto a estilo o contenido. Los de la primera parte son extensos. Suministran justificaciones sustantivas detalladas y citan extensamente antecedentes judiciales y de otro orden de las disposiciones adoptadas. Los comentarios de la segunda parte son más breves y asumen en mayor medida la forma de comentarios acerca de la redacción y la intención de disposiciones específicas. El Relator Especial ha preparado comentarios que son en cierto modo una transacción entre ambos estilos: más sustantivos y detallados que los de la segunda parte, con menor carácter de argumento y teoría que los de la anterior primera parte. Corresponderá a la Comisión decidir si se ha logrado un equilibrio apropiado.

II. Cuestiones generales restantes

5. Es necesario comenzar con dos asuntos de carácter general. En primer lugar, la cuestión de la solución de controversias, objeto de la tercera parte del proyecto de artículos adoptado en la primera lectura, y, en segundo lugar, la cuestión de la forma del proyecto de artículos⁹. En cuanto al primer asunto, la Comisión hasta ahora se ha abstenido de proponer procedimientos de arreglo de controversias en sus artículos finales¹⁰. Pero se ha apartado de esta práctica en la tercera parte, que a su vez ha generado una cantidad sustancial de observaciones de los gobiernos. En cuanto a la segunda, la práctica de la Comisión ha consistido en hacer algunas recomendaciones a la Asamblea General acerca de cuestiones de forma, y hay fundadas razones para hacerlo así en el presente caso.

6. Ambas cuestiones están relacionadas entre sí, desde luego. Sólo si se considera el proyecto de artículos como una convención internacional tiene sentido incluir disposiciones relativas a la solución de controversias por terceros. Por otra parte, es

⁹ Las razones de que se hayan dejado de lado estas cuestiones hasta ahora figuran en el tercer informe del Relator Especial, A/CN.4/507, párr. 6.

¹⁰ Por ejemplo, los artículos sobre el derecho de los tratados no contenían disposición alguna respecto de la solución obligatoria de controversias por un tercero en cuanto al artículo 53 (*jus cogens*); el artículo 66 se agregó en la Conferencia de Viena.

conveniente examinar la cuestión de la solución de controversias por sus méritos antes de ocuparse de la cuestión de la forma.

A. La solución de controversias respecto de la responsabilidad de los Estados

El sistema de la tercera parte aprobado en primera lectura

7. Tal como se aprobó en primera lectura, el proyecto de artículos contenía disposiciones bastante extensas respecto del arreglo de controversias.

8. Concretamente en relación con las contramedidas, el párrafo 2 del artículo [48] vinculaba la adopción de contramedidas con procedimientos obligatorios de solución de controversias. Si no había procedimientos de ese tipo en vigor para las partes, eran aplicables los de la tercera parte. El efecto de ese vínculo era que un Estado que recurriera a tomar contramedidas podía ser obligado por el Estado “objetivo” a justificar su acción ante un tribunal arbitral.

9. Más en general, la tercera parte se ocupaba de la solución de controversias “en relación con la interpretación o la aplicación de los presentes artículos”. Las partes en una controversia de ese tipo, en primer lugar, tenían que tratar de solucionarla mediante negociaciones (artículo [54]). Otros Estados partes podían brindar sus buenos oficios u ofrecerse para mediar en la controversia (artículo [55]). Si no se solucionaba la controversia dentro del plazo de tres meses cualquiera de las partes en ella podía someterla a conciliación de conformidad con el procedimiento establecido en el anexo I (artículo [56]). La tarea de la Comisión de Conciliación no consistía en fallar sino “en dilucidar las cuestiones controvertidas ... mediante una investigación o por cualquier otro medio y procurar que las partes en la controversia lleguen a una solución” (párrafo 1 del artículo [57]). Lo único que la Comisión de Conciliación podía hacer si las partes no convenían en una solución era presentar un informe definitivo con “su propia evaluación de la controversia y sus recomendaciones para solucionarlas” (párrafo 4 del artículo [57]). El proyecto de artículos disponía además un arbitraje facultativo de conformidad con lo dispuesto en el anexo II, ya sea en lugar de la conciliación o después de ella (párrafo 1 del artículo [58]). En el caso del arbitraje con arreglo al artículo [58], se daba competencia a la Corte Internacional de Justicia para confirmar o dejar de lado el laudo arbitral (artículo [60]).

10. La única forma de solución obligatoria de controversias por terceros prevista en la tercera parte, sin embargo, era el arbitraje a pedido de cualquier Estado objeto de contramedidas (párrafo 2 del artículo [58]). El Relator Especial analizó esta disposición en su segundo informe¹¹. Lo esencial es que lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo [58] habría otorgado un privilegio al Estado que hubiera cometido un hecho internacionalmente ilícito. Por definición, ese Estado, como blanco u objeto de contramedidas, habría cometido un hecho internacionalmente ilícito: la esencia de las contramedidas, es que se adopten en respuesta a un hecho de ese tipo. De esta manera el efecto del párrafo 2 del artículo [58] era otorgar un derecho unilateral a solicitar un arbitraje no al Estado lesionado sino al Estado responsable. Esa desigualdad entre los dos Estados interesados no podía justificarse en principio, e incluso podía dar al Estado lesionado un incentivo para adoptar contramedidas con el objeto de obligar al Estado responsable a recurrir al arbitraje. La Comisión en general hizo

¹¹ A/CN.4/498/Add.4, párrs. 384 a 387.

suya esta crítica, aunque muchos miembros siguieron destacando la importancia de la solución pacífica de controversias por terceros como una alternativa de la adopción de contramedidas¹². El debate realizado en la Comisión en 1999 terminó con dos conclusiones: en primer lugar, que la forma concreta de arbitraje unilateral propuesta en el párrafo 2 del artículo [58] revestía dificultades graves, y, en segundo lugar, que había que considerar la conveniencia del arreglo obligatorio de controversias tanto para el Estado lesionado como para el Estado supuestamente responsable.

11. Tanto antes como después de 1999 el resto de las observaciones de los gobiernos ha ido en contra de la vinculación de las contramedidas con la solución obligatoria de controversias¹³.

¿Disposición especial relativa a la solución de controversias en el proyecto de artículos?

12. Por cuanto sólo podría incluirse en un tratado una disposición relativa a la solución obligatoria de controversias es necesario presumir, a los efectos de la discusión, que esa será la forma que asumirá el proyecto de artículos. De hecho en la tercera parte se presume claramente, con su reiterada referencia a los “Estados partes en los presentes artículos”. La cuestión es si, sobre la base de ese supuesto, deberían tomarse medidas para la solución obligatoria de controversias, abiertas tanto a los Estados lesionados como al Estado supuestamente responsable.

13. Al exponer el asunto de esta manera el Relator Especial descuenta tanto las formas de arbitraje facultativo de solución de controversias como las no obligatorias. No es necesario que el proyecto de artículos contemple otro mecanismo facultativo de solución judicial de controversias¹⁴. En cuanto a las formas no obligatorias de solución de controversias, como la conciliación, la mediación y la indagación, no cabe duda de que tienen valor, al menos en contextos especializados. Los Estados ya pueden recurrir a ellas de conformidad con la obligación general de solución de controversias prevista en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, y hay disposición expresa, por ejemplo, en los dos Convenios de La Haya de 1899 y 1907¹⁵. Pero persiste el hecho de que, fuera del contexto de los incidentes marítimos, se ha recurrido en escasa medida a esos métodos para la solución de controversias relativas a la responsabilidad de los Estados¹⁶. Además, atendido el desarrollo de la solución de controversias general y/u obligatoria por terceros en tratados tan importantes como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y sus acuer-

¹² Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/55/10)*, párrs. 438 a 449.

¹³ Véase, por ejemplo, las observaciones que figuran en el documento A/CN.4/488, págs. 142 a 146 (sobre el proyecto de artículos en la forma en que se aprobó en 1996) y las opiniones recientes reproducidas en el resumen por temas ... (A/CN.4/513), párrs. 19 a 21, y los Comentarios y observaciones ... (A/CN.4/515).

¹⁴ Aparte de la cláusula facultativa y los tratados multilaterales que disponen el recurso general a la solución judicial (por ejemplo, el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, Bogotá, 30 de abril de 1948; la Convención Europea sobre el Arreglo Pacífico de Controversias, de 29 de abril de 1957, puede hacerse referencia al Reglamento optativo de arbitraje de controversias entre dos Estados de la Corte Permanente de Arbitraje. Ningún Estado del mundo puede tener acceso a uno o más medios de solución judicial facultativa de controversias.

¹⁵ Véanse los artículos 2 a 8 y 9 a 14 del Convenio de 1899, y la reglamentación más detallada que figura en los artículos 2 a 8 y 9 a 36 del Convenio de 1907.

¹⁶ Véase la experiencia de las comisiones de indagación en J. G. Merrills, *International Dispute Settlement* (tercera edición, Cambridge, 1998), capítulo 3.

dos conexos de aplicación, el Acuerdo de Marrakesh sobre la Organización Mundial del Comercio (OMC) y el Protocolo II de la Convención Europea de Derechos Humanos, ofrecer solamente una forma “blanda” de solución de controversias en el proyecto de artículos podría incluso parecer un paso regresivo.

14. Al considerar la cuestión de la solución judicial obligatoria de controversias en el proyecto de artículos lo primero que hay que ver es el alcance. En la tercera parte se usa la fórmula normal de una “controversia en relación con la interpretación o la aplicación de los presentes artículos”. En el contexto del texto en general, especialmente los artículos 2 y 12, esta fórmula tiene la potencialidad de abarcar toda controversia relativa a la responsabilidad de un Estado por una conducta internacionalmente ilícita a instancia de cualquier Estado de los mencionados en los artículos 43 o 49, ya sea que la conducta implique el incumplimiento de un tratado o de cualquier otra obligación internacional. Es decir, el alcance de una disposición de ese tipo no estaría limitado a las controversias relativas a la aplicación concreta de disposiciones determinadas del proyecto de artículos en sí mismas (por ejemplo, las relativas a la atribución o a las circunstancias que excluyen la ilicitud). Se extendería a la aplicación e interpretación de las normas primarias, es decir, las que establecen obligaciones para los Estados cuyo incumplimiento entrañe su responsabilidad. En suma, toda controversia entre Estados en cuanto a la responsabilidad de uno de ellos por el incumplimiento de una obligación internacional, cualquiera que sea su origen, implicaría la aplicación o la interpretación del proyecto de artículos¹⁷.

15. Aunque se adoptara una visión más estrecha del alcance de la oración “interpretación o aplicación” se seguiría abarcando un amplio campo de las controversias relativas a la responsabilidad de los Estados. Por ejemplo, se incluiría lo siguiente: toda cuestión relativa a la atribución de conducta a un Estado (primera parte, capítulo II); toda cuestión relativa a la vigencia de una obligación respecto de un Estado (artículo 13) o a la existencia de un incumplimiento continuo de una obligación (artículo 14); toda cuestión relativa a la existencia de una circunstancia de exclusión de la ilicitud (primera parte, capítulo V) o al carácter y la medida de las obligaciones de cesación y reparación de una infracción (segunda parte, capítulos I y II). Además, aunque lo esencial de una controversia sea la interpretación o aplicación de una norma primaria u obligación determinada más bien que de las obligaciones secundarias resultantes abarcadas en el proyecto de artículos, sería fácil plantear una controversia internacional de manera de implicar estas obligaciones secundarias. En cualquiera de las dos opiniones, la solución obligatoria de controversias se extendería a todos o prácticamente todos los asuntos relacionados con la responsabi-

¹⁷ La oración “controversia en relación con la interpretación o la aplicación” de un tratado ha sido objeto de amplia interpretación. Véase, por ejemplo, el asunto de las *Concesiones palestinas Mavrommatis*, P C.I.J. Series A, No. 2 (1924), págs. 16 y 29, el asunto de las *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Objeciones preliminares)*, I.C.J. Reports, 1984, págs. 427 y 428 (párrs. 81 y 83); el asunto de la *Aplicación de la Convención para la prevención y el castigo del crimen de genocidio. Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia (Objeciones preliminares)*, I.C.J. Reports, 1996, págs. 615 a 617 (párrs. 31 y 32); el *Asunto relativo a las plataformas de petróleo (República Islámica del Irán c. Estados Unidos de América)*, *Objeciones preliminares*, I.C.J. Reports, 1996, pág. 820 (párr. 51). El *Asunto relativo a cuestiones de interpretación y aplicación del Convenio de Montreal de 1971 derivadas del incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriya Árabe Libia c. Reino Unido)*, I.C.J. Reports, 1998, pág. 17 (párrs. 24 y 25), y *Asunto relativo a cuestiones de interpretación y aplicación del Convenio de Montreal de 1971 derivadas del incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriya Árabe Libia c. Estados Unidos de América)*, I.C.J. Reports, 1998, pág. 123.

lidad de los Estados. De hecho, dado el vínculo estrecho entre las obligaciones primarias y secundarias de responsabilidad, es natural e inevitable que así sea.

16. Hay una nueva dificultad derivada del entrelazamiento de la obligación primaria y secundaria y la interconexión de los diferentes “compartimentos” del derecho internacional. No sólo es difícil aislar un dominio de la aplicación de las obligaciones secundarias de la responsabilidad de los Estados; es difícil aislar un dominio de obligaciones de la responsabilidad de los Estados como tal, para diferenciarlo de otras esferas. Por ejemplo, las cuestiones que se refieren esencialmente al ámbito del territorio planteadas ante la Corte Internacional pueden incluir la afirmación de la responsabilidad del Estado por la ocupación de territorios en disputa o de incursiones en ese territorio¹⁸, o el ejercicio de facultades de aplicación en las zonas marítimas en disputa puede implicar cuestiones relacionadas con la responsabilidad del Estado¹⁹. La responsabilidad de los Estados es un aspecto de la estructura del derecho internacional general en su conjunto. No sería simplemente muy difícil aislar las cuestiones a las que se refiere concretamente el proyecto de artículos a los efectos de la solución de controversias; aunque se puede hacer, produciría resultados muy artificiales.

17. Como se señaló anteriormente, el proyecto de artículos tal como se aprobó en primera lectura disponía el arbitraje obligatorio sólo respecto de las controversias relativas a las contramedidas, y en ese caso solamente a solicitud del Estado objeto de las contramedidas. En lo que se refiere a las observaciones de los gobiernos, si bien se ha destacado la importancia de la solución pacífica de controversias, pocos gobiernos han tratado de ir más allá de ello. La mayoría de los gobiernos han considerado que no es pragmático incluir en los artículos disposiciones generales relativas a la solución obligatoria de controversias²⁰.

18. El Relator Especial está de acuerdo con lo anterior. Por las razones que ya se han dado, un sistema optativo de solución de controversias asociado con el proyecto de artículos agregaría poco o nada a lo que ya existe. Un sistema obligatorio residual de solución de controversias por terceros tendría el efecto, en casi todo sentido, de establecer el arreglo de controversias por terceros para toda la esfera del derecho internacional que de muchas maneras está relacionada con el cumplimiento por un Estado de sus obligaciones internacionales. No hay indicación alguna de que los Estados estén actualmente dispuestos a contraer una obligación tan general. Se han hecho progresos en el contexto de esferas determinadas del derecho internacional y de regiones particulares, y ésta es desde luego la manera de progresar.

19. Además, aunque los Estados estén dispuestos a contraer mayores compromisos de carácter general en relación con la solución de controversias, no hay probabilidad de que lo hagan en el contexto de los artículos relativos a la responsabilidad del Estado, aspectos del cual siguen siendo controvertidos. En el supuesto de que los Estados aprobaran los artículos en forma de convención general no cabe esperar que esa convención contenga disposiciones relativas a la solución general y obligatoria de controversias por arbitraje o fallo judicial. En opinión del Relator Especial, deben suprimirse la tercera parte y los dos anexos. Las cuestiones relativas a la solución de

¹⁸ Como en el *Asunto relativo a los límites terrestres marítimos (Camerún c. Nigeria)*: véase *I.C.J. Reports, 1998*, págs. 317 a 319 (párrs. 95 a 102).

¹⁹ Véase, por ejemplo, el *Asunto de las pesquerías anglo-noruegas, I.C.J. Reports, 1951*, pág. 116.

²⁰ Véase el párrafo 11 *supra*.

controversias en relación con la responsabilidad de los Estados deben dejarse para que se resuelvan con arreglo a las disposiciones y los procedimientos existentes.

20. Es necesario mencionar una sugerencia más. China conviene en que las disposiciones actuales de la tercera parte sobre la solución de controversias no son compatibles con el principio de la libre selección de un medio indicado en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. No obstante, no concuerda con la simple supresión de todos los artículos relativos a la solución de controversias. Por cuanto la cuestión de la responsabilidad de los Estados implica derechos y obligaciones entre Estados, así como sus intereses fundamentales, se trata de una esfera delicada del derecho internacional en que surgen fácilmente las controversias. Con el objeto de tratar esas cuestiones apropiadamente es necesario enunciar disposiciones generales que sirvan de principios de la solución de controversias derivadas de la responsabilidad de los Estados, incluido en particular el cumplimiento estricto de la obligación de solucionar las controversias en forma pacífica según se dispone en el párrafo 3 del Artículo 2 y en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas²¹. En consecuencia, China propone que la cuarta parte contenga una disposición general en relación con la solución pacífica de controversias en lo que se refiere a la responsabilidad de los Estados. Una disposición de ese tipo, que podría utilizar como modelo el Artículo 33 de la Carta, atendería parcialmente la preocupación por que la responsabilidad de los Estados no sirviera de ocasión para la imposición de medidas coercitivas unilaterales por ningún Estado. La Comisión tal vez desee considerar esa idea, incluso aunque, a falta de una convención vinculante que contenga disposiciones relativas a la solución obligatoria, no podrán imponerse nuevas obligaciones significativas en esa esfera.

B. La forma del proyecto de artículos

21. En cuanto a la cuestión de la forma que podría asumir el proyecto de artículos, los gobiernos han expresado una diversidad de opiniones, así como se hizo dentro de la Comisión²². Se pueden resumir las diferentes consideraciones de la manera siguiente.

¿Una convención sobre la responsabilidad de los Estados?

22. Quienes son partidarios de esta opción observan la influencia estabilizadora que ha tenido la Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados y la fuerte y continua influencia que ha ejercido sobre el derecho internacional consuetudinario, independientemente de si determinados Estados son partes en ella. Según esa opinión, la extensa y detenida labor de la Comisión en lo que respecta a la responsabilidad de los Estados merece reflejarse en un texto legislativo. La manera tradicional y establecida en que ello se hace es mediante un tratado aprobado ya sea en una conferencia diplomática o en el marco de la Sexta Comisión²³.

²¹ Comentarios y observaciones ... (A/CN.4/515).

²² Véase el Resumen por temas ... (A/CN.4/513), párrs. 22 a 24; Comentarios y observaciones ... (A/CN.4/515).

²³ Expresaron esta opinión general, por ejemplo, los países nórdicos, Eslovaquia y España. Véase Comentarios y observaciones ... (A/CN.4/515).

¿Aprobación por la Asamblea General en alguna forma?

23. Otros gobiernos y comentaristas dudan de que sea acertado tratar de codificar las normas generales de la responsabilidad de los Estados en forma de tratado. Observan la necesidad de flexibilidad y de un proceso continuo de desarrollo jurídico, así como el carácter más bien provisional y controvertido de algunos aspectos del texto. Dudan de que los Estados encuentren que sea en su interés ratificar un posible tratado en lugar de recurrir a algunos aspectos determinados del documento según sea la ocasión. Observan el efecto desestabilizador, incluso “descodificador”, que podría tener una convención que no tuviera éxito. En su opinión es más pragmático, y probablemente más eficaz, confiar en que los tribunales internacionales, la práctica de los Estados y la teoría jurídica adopten y apliquen las normas del texto. Éstas tendrán mayor influencia en el derecho internacional en la forma de una declaración o de otro tipo de expresión aprobada que la que tendrían si se incluyeran en un tratado sin ratificar y posiblemente controvertido. Observan que la Corte Internacional ya ha aplicado disposiciones tomadas del proyecto de artículos en algunas ocasiones²⁴, aunque éstas sólo habían sido aprobadas provisionalmente por la Comisión. Esa experiencia sugiere que los artículos pueden tener influencia en el largo plazo aunque no asuman la forma de una convención²⁵.

La cuestión del proceso

24. Algunos gobiernos expresaron preocupación acerca de la cuestión del proceso. Que se incorporen los artículos en una convención o en una declaración es menos importante, en su opinión, que la cuestión de si se ha de examinar y considerar el texto en cuanto al fondo y la forma en que ha de hacerse. Un proceso de Comisión Preparatoria como se siguió, por ejemplo, con el proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional, se considera muy prolongado en el tiempo. También es mucho menos conveniente que se haga en forma de declaración de normas secundarias de derecho internacional, extraídas de cualquier esfera concreta de obligaciones jurídicas primarias pero con consecuencias amplias para el derecho internacional en su conjunto. Como observó Austria, una conferencia diplomática con toda probabilidad implicaría la renovación, por no decir la repetición, de una discusión muy complicada, que amenazaría el equilibrio del texto preparado por la CDI²⁶. Lo mismo vale para un proceso de comisión preparatoria, que tendría que preceder a cualquier conferencia diplomática pero que además probablemente estaría implicada en la preparación de la aprobación del texto por la Asamblea General como declaración solemne en forma cuasilegislativa. En esa opinión un método menos divisionista y más sutil sería que la Asamblea General simplemente tomara nota del texto y lo recomendara a los Estados y a los tribunales internacionales, dejando que su contenido se tomara en los procesos normales de la aplicación y el desarrollo del derecho internacional.

²⁴ Véase, por ejemplo, el *Asunto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungria c. Eslovaquia)*, *I.C.J. Reports 1997*, pág. 7, párrs. 47, 50 a 53, 58, 79 y 83; *Diferencia relativa a la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*, *I.C.J. Reports 1999*, párr. 62.

²⁵ Esta opinión general fue expresada, por ejemplo, por Austria, China, los Estados Unidos, el Japón, los Países Bajos y el Reino Unido: *Comentarios y Observaciones ... (A/CN.4/515)*. Los Países Bajos afirman que el resultado no debe expresarse en una forma más débil que una declaración de la Asamblea General: *ibíd.*

²⁶ *Ibíd.*

Conclusión

25. En opinión del Relator Especial los argumentos están bastante equilibrados. Por una parte, la forma tradicional de aprobación de los textos de la Comisión ha implicado una conferencia diplomática y una convención. En muchos casos (incluidos, más recientemente, la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de aguas internacionales para fines distintos de la navegación y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional) esto ha permitido que los Estados hagan una plena aportación al texto que en definitiva se ha aprobado, y ha dado durabilidad y autoridad al texto que de otra manera no las habría tenido. Por otra parte, a diferencia de otros textos que han tenido que incorporarse en una convención para que tuvieran efectos jurídicos, no hay razón alguna en principio para que una declaración sobre la responsabilidad de los Estados o algún instrumento semejante no pudiera pasar a ser parte del *droit acquis*. El derecho de la responsabilidad de los Estados opera en el plano internacional y no requiere que lo ponga en práctica la legislación nacional. Los Estados, los tribunales y los académicos se referirán al texto, cualquiera que sea su condición, porque será un texto de autoridad en la esfera que abarca. El proyecto de artículos ya ha sido citado con frecuencia y ha tenido un decidido efecto formativo incluso en calidad de proyecto. Cabe esperar que continúe este proceso de apoyo y aplicación de disposiciones por separado, y lo realizará la aprobación del texto por la Asamblea General.

26. En definitiva se trata de una cuestión de política de la Comisión en su conjunto. La recomendación que la Comisión hará en definitiva a la Asamblea General dependerá de diversos factores. Entre ellos se incluyen: la opinión que en definitiva se adopte acerca de la solución de controversias; la apreciación general del equilibrio del texto (equilibrio que es discutible que se haya logrado), y la evaluación del carácter y el resultado probables de cualquier proceso de comisión preparatoria, ya sea que desemboque en una declaración o en una conferencia diplomática. Por su parte el Relator Especial se inclina por la opinión de que una resolución de la Asamblea General en que tome nota del texto y lo recomiende a los gobiernos podría ser la forma más sencilla y práctica, en particular si permite que la Asamblea General evite un debate extenso y probablemente áspero de algunos artículos. El Relator Especial sugiere que la Comisión se ocupe nuevamente de la cuestión más avanzado el período de sesiones, atendido el equilibrio que se logre en definitiva en el texto y, en particular, la decisión que se llegue en cuanto a la suerte de la actual tercera parte.

III. La invocación de la responsabilidad: “daño”, “lesión” y “el Estado lesionado”

27. En cuanto a cuestiones de fondo, la primera cuestión general se refiere al grupo de artículos que define lo que constituye “daño” y “perjuicio” a los efectos de la responsabilidad de los Estados (artículos 31 y 37), así como las disposiciones conexas (artículos 43 y 49) que se ocupan de la invocación de la responsabilidad por un “Estado lesionado” y “otros” Estados. Estos artículos se introdujeron en el período de sesiones más reciente de la Comisión en sustitución del artículo [40] y en aclaración de los artículos 42 y 44²⁷.

²⁷ Véase el tercer informe del Relator Especial, A/CN.4/507, párrs. 66 a 118.

28. Los gobiernos han acogido con beneplácito la distinción entre Estados “lesionados” y “otros” Estados en los artículos 43 y 49, planteando a la vez algunas cuestiones en cuanto a la formulación de esos artículos, así como acerca de la definición de “daño”. En cuanto a ésta, parece haber una aceptación general de la propuesta de que el daño no es un constituyente necesario de toda infracción del derecho internacional, y que, por lo tanto, en los artículos 1 y 2 no se debe incluir ninguna referencia concreta al “daño”. Corresponderá a la norma primaria en cuestión determinar cuál es el umbral de una violación: en algunos casos puede ser la ocurrencia de un daño efectivo, en otros la amenaza de un daño de ese tipo, y todavía en otros, el mero incumplimiento de una promesa, independientemente de las consecuencias del incumplimiento en ese momento. Asimismo, corresponderá a las normas primarias y su interpretación especificar la diversidad de intereses protegidos por una obligación internacional, cuyo incumplimiento dará lugar a una obligación secundaria correspondiente de reparar. En el caso de algunas obligaciones, las que tienen alcance limitado o están encaminadas a proteger un interés concreto, es probable que no toda consecuencia de una infracción sea susceptible de compensación. En otros casos la posición puede ser diferente. Esas cuestiones se refieren por sobre todo a la interpretación y aplicación de la norma primaria de que se trate. No están definidas *a priori* por las normas secundarias de responsabilidad de los Estados²⁸. Todo lo que puede exigirse es que las normas secundarias se formulen de manera de permitir todas las diversas posibilidades.

29. En este caso es que se han determinado las dificultades, al menos en el nivel de redacción y comentario. Hay tres puntos distintos aunque conexos: el uso de expresiones como “lesión” y “daño” en las partes segunda y segunda bis, la invocación de responsabilidad por un Estado lesionado, tal como se define en el artículo 43, y el alcance del artículo 49, especialmente en el contexto de las obligaciones encaminadas a proteger un interés colectivo.

“Lesión” y “daño” en el proyecto de artículos

30. Las expresiones “lesión”, “perjuicio”, “daño”, “pérdida”, etc., no se definen de manera coherente en el derecho internacional y no hay equivalencias convenidas o exactas entre ellas en los idiomas oficiales de las Naciones Unidas. Un examen de una esfera determinada revelará diversas expresiones y definiciones especiales en el contexto. Por ejemplo, en la esfera de la protección ambiental, la expresión más común que se utiliza es “daño”. A veces se usa sin condiciones²⁹, a veces se condiciona con oraciones como “significativo”³⁰ o incluso “irreversible”³¹. En ocasiones se

²⁸ Véase J. Combacau y D. Alland, “Primary and Secondary Rules in the Law of State Responsibility: Categorizing International Obligations” (1985) 16 *Netherlands YBIL* 108. Véase también el primer informe del Relator Especial, A/CN.4/490, párrs. 112 a 121.

²⁹ Como el principio 21 de la Declaración de Estocolmo de 1972, reiterado como principio 2 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992 y utilizado en muchos otros instrumentos.

³⁰ Como en la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, 21 de mayo de 1997, artículo 7: “daño significativo”. Véase la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales, 17 de marzo de 1992, artículo 1 d) (“Para ‘efectos transfronterizos’ se entenderán los efectos graves ...”); la Convención sobre la evaluación de los efectos sobre el medio ambiente en un contexto transfronterizo, 25 de febrero de 1991, párrafo 1 del artículo 2 (“efecto ambiental transfronterizo adverso significativo”); el Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra de 1949, 8 de junio de 1977, párrafo 3 del artículo 35 (“daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural”), véase también el párrafo 1 del artículo 55.

utilizan los términos sin perjuicio de las cuestiones relativas a la responsabilidad, pero de manera que indica que la ocurrencia del daño no basta o incluso no es una base necesaria de la responsabilidad³². En ocasiones la expresión general “daño” se condiciona con la exclusión de determinadas categorías de daños susceptibles de ser recuperados³³. En su breve examen en la opinión consultiva sobre las armas nucleares, la Corte Internacional evitó toda expresión de condicionamiento, empleando en su lugar el vago verbo “respetar”³⁴. En la esfera del derecho mercantil internacional se utilizan diferentes normas, por ejemplo, el párrafo 8 del artículo 3 del Entendimiento relativo a la solución de diferencias incluido en un anexo del Acuerdo de Marrakech de 1994, que dispone lo siguiente:

“En los casos de incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo abarcado, se presume que la medida constituye un caso de anulación o menoscabo. Esto significa que normalmente existe la presunción de que toda transgresión de las normas tiene efectos desfavorables para otros miembros que sean partes en el acuerdo abarcado, y en tal caso corresponderá al miembro contra el que se haya presentado la reclamación refutar la acusación.”

Esto refleja una jurisprudencia de larga data en el sistema del GATT/OMC. De hecho, parece que no hay ningún caso hasta ahora en que se haya dejado sin efecto la presunción. Como se dijo en el informe del Grupo Especial en el asunto de los Estados Unidos relativo al Superfondo:

“Por tanto, la demostración de que una medida incompatible con [una disposición de un acuerdo abarcado] ejerce efectos nulos o insignificantes no constituiría ... demostración suficiente de que las ventajas resultantes de esa disposición no se han anulado o menoscabado, aun en el caso de que tal refutación fuera, en principio, legítima.”³⁵

31. En la situación actual del derecho internacional sería erróneo presumir que existe una definición concreta de “daño” o “perjuicio” aplicable en general. Las muchas declaraciones y acuerdos que establecen normas primarias de responsabilidad no parecen derogar ninguna norma general acerca de los daños o perjuicios. No incorporan muchas disposiciones especiales en vigor por la vía del principio de la *lex specialis* (artículo 56). Cada una está ajustada para satisfacer las necesidades particulares del contexto y el equilibrio de un arreglo negociado determinado. También en este caso lo más que pueden hacer los artículos es usar términos generales de manera amplia y flexible que mantenga la coherencia interna.

32. Pasando ahora a ocuparnos de los artículos pertinentes, lo primero que cabe señalar es que establecen dos categorías de consecuencias secundarias de un incumplimiento: la cesación y la no repetición (artículo 30) y la reparación (artículo 31). La cesación se requiere respecto de toda infracción continua de una obligación subsistente,

³¹ Carta Mundial de la Naturaleza, 28 de octubre de 1982, párrafo 11 a).

³² Por ejemplo, el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono, Viena, 22 de marzo de 1985, párrafo 2 del artículo 1 (“Efectos adversos”, definidos como los cambios en el medio físico que tienen “efectos deletéreos significativos para la salud humana o del ecosistema”).

³³ Por ejemplo, el Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, Lugano, 21 de junio de 1993, artículo 7 c), que limita la indemnización en ciertos casos al gasto de restablecimiento.

³⁴ *I.C.J. Reports* 1996, pág. 242 (párr. 29).

³⁵ IBDD 34S/136, párrafo 5.1.9 (1987), aprobado y aplicado por el Órgano de Apelación en el asunto de las *Comunidades Europeas-Plátanos* y DSR, 1997:II, pág. 690.

y no surge una cuestión separada respecto del daño. En virtud del apartado b) del artículo 30 las seguridades y garantías de no repetición constituyen remedios excepcionales que se pueden solicitar en ciertos casos si hay razones para temer una nueva infracción de la obligación. Ningún remedio está limitado, ni debería estarlo, a los “Estados lesionados” tal como se definen en el artículo 43³⁶. Aunque se han planteado ciertas cuestiones en cuanto al contenido y formulación del apartado b) del artículo 30³⁷, esta elaboración de las consecuencias secundarias parece aceptable, y de hecho ha sido en general apoyada en las observaciones de los gobiernos.

33. El artículo 31 contiene la obligación general de reparación, respecto de cuya forma se abunda en el capítulo II. El párrafo 1 del artículo 31 dispone que la obligación consiste en “reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito”. Esto parece incontrovertible³⁸. El párrafo 2 del artículo 31 dispone que “el perjuicio comprende todo daño, material o moral, sufrido a consecuencia del hecho internacionalmente ilícito de un Estado”. El Comité de Redacción introdujo esta versión en 2000 en un intento de aclarar en cierta medida el concepto de “perjuicio”. Atendidas las observaciones formuladas, parece presentar problemas de tres maneras:

- En primer lugar, con certeza es un error decir que “el perjuicio”, es decir, el mal jurídico causado a otro como consecuencia del incumplimiento de una obligación, “consiste en daño”. En algunos casos el daño puede ser la parte esencial del perjuicio y en otros no; todavía en otros casos puede haber pérdida sin un mal jurídico (*damnum sine injuria*). Sería más exacto decir que el perjuicio “incluye todo daño ...”
- En segundo lugar, en diferentes tradiciones jurídicas el concepto de “daño moral” se concibe de manera diferente. En algunos sistemas abarca la pérdida emocional u otra pérdida no material que sufren los individuos; en algunos el “daño moral” puede extenderse a diversas formas de perjuicio jurídico, por ejemplo la reputación, o la afrenta asociada con el mero hecho de una infracción. Hay dificultades en el uso de expresiones derivadas del derecho interno que puede sostenerse que no se han desarrollado en forma autónoma en el derecho internacional³⁹. Por otra parte, la expresión “daño moral” se usa en la jurisprudencia, y en tanto no se haga que los tipos de pérdida no material que pueden ser susceptibles de indemnización pasen por fuerza a formar parte de una teoría única del daño moral, parece apropiado hacer referencia a ellos en el párrafo 2.
- En tercer lugar, la oración “sufrido a consecuencia del” en el párrafo 2 parece contrastar aparentemente con “causado por” en el párrafo 1. La Comisión ha

³⁶ Véase el párrafo 2 a) del artículo 49.

³⁷ Véanse los comentarios y observaciones al respecto en el anexo del presente informe.

³⁸ En teoría podría haber una infracción respecto de la cual ninguna persona sufriera un daño o pérdida efectivo, y desde luego puede haber infracciones con respecto a las cuales no haya ningún Estado lesionado en el sentido del artículo 43. Pero es probable que esos casos sean excepcionales, y si se redactara el párrafo 1 de manera que dijera “todo perjuicio” en lugar de “el perjuicio” podría plantear más dificultades que las que resolvería.

³⁹ El Relator Especial Arangio-Ruiz estimaba que el “daño moral” infligido al Estado era un concepto jurídicamente distinto del daño moral causado a los individuos en el marco de los derechos humanos sobre la protección diplomática: véase su segundo informe en *Anuario ... 1989*, vol. II, primera parte, A/CN.425 y Add.1, párrs. 7 a 17. Es posible que esto sea correcto, pero difícilmente reduce la confusión terminológica.

opinado que no se debe incluir en el texto una prueba verbal única de distancia del daño, ya sea con el uso de la expresión “directo” o “previsible” o haciendo referencia a la teoría de un “vínculo causal ininterrumpido”⁴⁰. Al igual que en el derecho interno, parece probable que diferentes pruebas de distancia puedan ser apropiadas para diferentes obligaciones o en diferentes contextos en relación con los intereses que la norma primaria aspira a proteger. De ahí que se haya decidido usar solamente la expresión “causado”, y abarcar la cuestión en el comentario⁴¹. Es confuso que en el mismo artículo se use otra expresión que pudiera implicar que las pérdidas consiguientes están invariablemente comprendidas en la reparación.

En definitiva el Relator Especial considera que se puede mantener con ventaja el párrafo 2 del artículo 31, pero que su texto habría de ser: “el perjuicio comprende todo daño, ya sea material o moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito”⁴².

34. Se ofrece mayor aclaración del concepto de daño en el párrafo 2 del artículo 37, que se ocupa de la indemnización. Dispone que ésta “comprenderá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante, en la medida en que éste se hubiere comprobado”. El trato del lucro cesante en este párrafo ha sido bien acogido en general, pero algunos han preguntado si la expresión “evaluación financiera” constituye una mejora con respecto a “evaluación económica”. En opinión del Relator Especial la diferencia es marginal. El propósito es abarcar todo caso en que el daño sea susceptible de evaluación en términos financieros, aunque implique una estimación, aproximación, el uso de equivalentes, etc. Desde luego la intención no es limitar la indemnización a las pérdidas (por ejemplo, las pérdidas de bienes), cuyo valor puede calcularse precisamente en términos monetarios. Basta con explicar esto en el comentario.

La invocación de la responsabilidad por un Estado lesionado

35. Pese al apoyo general de la distinción entre los Estados lesionados y los otros, se han planteado algunas cuestiones respecto del artículo 43. La primera se refiere al concepto mismo de invocación de la responsabilidad, que no se define concretamente en los artículos 43 ó 44. Es necesario hacer una distinción aquí entre la presentación de una reclamación, que puede ser un procedimiento relativamente formal, y normalmente lo es, y “las gestiones diplomáticas informales” derivadas de la preocupación ante cierta situación o controversia⁴³. No es necesario que un Estado sea “lesionado” en sentido alguno para que plantee su preocupación respecto de alguna situación, incluida una violación del derecho internacional. Toda limitación jurídica para que lo hiciera derivaría del principio de la jurisdicción interna del Estado al que se dirigiera, y no del concepto de “daño” o “perjuicio”. Las gestiones de este tipo no equivalen a la invocación de la responsabilidad, y no se requiere un interés jurídico

⁴⁰ Véase el tercer informe del Relator Especial, A/CN.4/507, párrs. 27 a 29 y 31 a 37.

⁴¹ La expresión “causado” se usa también en los artículos 27, 35, 37 y 38.

⁴² Se puede sostener que esto no se refiere al caso en que una obligación determinada abarque solamente algunas consecuencias determinadas, de manera que otras no son susceptibles de indemnización. El Comité de Redacción tal vez desee considerar si la oración “todo daño ... imputable al hecho internacionalmente ilícito” podría abarcar la cuestión.

⁴³ La oración está tomada del párrafo 2 del artículo 27 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, Washington, 1965. Véase el tercer informe del Relator Especial, A/CN.4/507, párr. 105.

determinado. Es efectivo que se puede invocar la responsabilidad de un Estado (y habitualmente se hace) por la vía diplomática o de otra manera, mediante contacto directo entre los Estados, sin que se someta el asunto a un procedimiento ante un tercero. Es probable que no haya un tercero que tenga competencia para conocer de la controversia. No obstante, un Estado invoca la responsabilidad cuando interpone una reclamación contra otro Estado basándose en algunas de las consecuencias de una violación del derecho internacional por ese Estado comprendidas en la segunda parte. La función de los artículos 43 y 49 es definir una materia general (es decir, aparte del artículo 56) cuando puede hacerse. En razón de la demanda insatisfecha del Estado reclamante, surge una controversia jurídica de la cual podría tener competencia para conocer un tribunal, si los Estados interesados lo hubieran consentido. De manera consecuente con el criterio general del texto, no parece necesario definir formalmente la invocación. El Comité de Redacción tal vez desee considerar otras formulaciones posibles de los artículos 43 ó 44⁴⁴, o puede reforzarse el punto en el comentario.

36. Volviendo ahora a la definición de “Estado lesionado”, algunos gobiernos han sugerido que la oración “la comunidad internacional en su conjunto” que se utiliza en el artículo 43 y otras partes debiera decir “la comunidad internacional de Estados en su conjunto”⁴⁵. Indican en particular la definición de normas perentorias en el artículo 53 de las dos Convenciones de Viena de 1969 y 1986. El Relator Especial no concuerda con que sea necesario algún cambio en lo que ha pasado a ser reconocido como una oración bien aceptada. Los Estados siguen siendo fundamentales en el proceso de legislación y aplicación internacionales del derecho, y es axiomático que todo Estado es en tanto tal miembro de la comunidad internacional. Pero la comunidad internacional incluye entidades además de los Estados: por ejemplo, la Unión Europea, el Comité Internacional de la Cruz Roja, las Naciones Unidas mismas. La Corte Internacional utiliza la oración “comunidad internacional en su conjunto” en el asunto de la *Barcelona Traction*⁴⁶, y se ha utilizado en tratados multilaterales posteriores, como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998, en el párrafo 1 del artículo 5⁴⁷.

37. El uso de la oración, sin embargo, no tiene por objeto implicar que la comunidad internacional es una persona jurídica. Claramente no es así⁴⁸. Pero si bien órganos o instituciones determinadas (por ejemplo, los principales órganos de las Naciones Unidas) pueden representar los intereses de la comunidad, en general o para efectos determinados, su omisión en un caso determinado no implica que no se pueda hacer efectiva la responsabilidad de un Estado que viole una obligación para con

⁴⁴ Por ejemplo, el artículo 43 podría crear en primer lugar un derecho de parte de un Estado lesionado a invocar la responsabilidad de otro Estado de conformidad con los artículos, y a continuación definir la expresión “Estado lesionado” en un segundo párrafo. A continuación el artículo 44 podría tratar el modo de invocación. Esta sugerencia fue hecha por el Reino Unido.

⁴⁵ Han hecho esa sugerencia, por ejemplo, Francia, México, Eslovaquia y el Reino Unido, no solamente en relación con el artículo 43, sino además con los artículos 26, 34 y 41. Véase el anexo del presente informe, la nota del artículo 26.

⁴⁶ *I.C.J. Reports 1970*, pág. 32 (párr. 33).

⁴⁷ El texto del párrafo 1 del artículo 5 deriva en definitiva del preámbulo del proyecto del Estatuto de la Comisión de 1994: *Anuario ... 1994*, vol. II (segunda parte), págs. 26 y 27, pero se ha reforzado sustancialmente en la transición a un artículo sustantivo.

⁴⁸ Véase el voto del magistrado Fitzmaurice (disidente) en la *Opinión sobre Namibia*, *I.C.J. Reports 1971*, pág. 241 (párr. 33). Por razones semejantes sería mejor referirse en el artículo 43 b) no a un “grupo” sino a un “número” de Estados; igual cosa ocurre en el artículo 49.

la comunidad en su conjunto. Esta es la razón de que se haya incluido el concepto en el artículo 49. Todo lo que es necesario decir a los efectos del artículo 43 es que, incluso en los casos en que hay una obligación que se debe a la comunidad internacional en su conjunto, puede resultar afectado un Estado determinado por su violación. De ahí la necesidad de incluir esas obligaciones también en el artículo 43.

38. La otra cuestión se refiere al artículo 43 b) ii), que se ocupa de las llamadas obligaciones “integrales”⁴⁹. Aunque la expresión se usa a veces para abarcar obligaciones en el interés general (por ejemplo, las obligaciones relacionadas con los derechos humanos), el Relator Especial entiende que se refiere a las obligaciones que operan de manera absoluta, todo o nada. En virtud del párrafo 2 c) del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969, la violación de una obligación integral da derecho a todas las demás partes a suspender el cumplimiento del tratado no sólo respecto del Estado que se halla en violación sino respecto de todos los demás Estados. En otras palabras, el incumplimiento de una obligación de ese tipo amenaza la estructura del tratado en su conjunto. Afortunadamente esto no es efectivo en el caso de los tratados relativos a los derechos humanos. Más bien lo contrario, por cuanto un Estado no puede violar los derechos humanos en razón de la violación de otro Estado. Tratados como los de no proliferación y desarme u otros que requieren una circunspección colectiva total para que funcionen (como ocurre en el caso de las obligaciones centrales de los Estados partes en el Tratado sobre el espacio ultraterrestre o en el Tratado antártico), son integrales en ese sentido. Es posible que la categoría sea estrecha, pero es importante. Además tiene tanta pertinencia respecto de la responsabilidad de los Estados como respecto de la suspensión de los tratados. Las demás partes en una obligación integral que ha sido incumplida pueden no tener interés en su suspensión y deben estar en condiciones de insistir, respecto del Estado responsable, en la cesación y restitución. Por esos motivos, el Relator Especial considera que debe conservarse el artículo 43 b) ii). El Comité de Redacción, no obstante, tal vez desee considerar útilmente su redacción, de conformidad con varias sugerencias que se han formulado⁵⁰.

Otros Estados con derecho a invocar la responsabilidad: artículo 49

39. Aunque el Japón sugiere que el artículo 49 no es una cuestión central de la responsabilidad de los Estados, la mayoría de los demás gobiernos han aceptado el principio que procura incorporar y, desde luego, fue aceptado expresamente por la Corte Internacional en 1970. Pero se han planteado algunas cuestiones en cuanto a la formulación y la pretendida función del artículo.

40. La primera se refiere al concepto de “la protección de un interés colectivo” en el párrafo 1 a) del artículo 49. Después de todo ¿cuáles obligaciones internacionales (aparte de las que son exclusivamente bilaterales) no son en cierto sentido “establecidas para la protección de un interés colectivo”? Incluso los tratados que más se aproximan al “conjunto” clásico de obligaciones bilaterales se han establecido en un nivel más profundo para la protección de un interés colectivo. Por ejemplo, habitualmente se considera que las relaciones diplomáticas entre dos Estados con arreglo

⁴⁹ Véase el desarrollo del concepto de obligaciones integrales en el tercer informe del Relator Especial, A/CN.4/507, párr. 91.

⁵⁰ Entre ellas se incluyen la adición de la palabra “necesariamente” y el cambio de “o” por “y” en la última oración. De esta manera la redacción del párrafo sería: “b) Es de tal naturaleza que afecta necesariamente el goce de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones de todos los Estados interesados”.

a la Convención de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas tienen carácter bilateral, y difícilmente se consideraría que las violaciones “ordinarias” de esa Convención respecto de un Estado plantearan cuestiones para los demás Estados que fueran partes en ella. Pero en cierto nivel de gravedad una violación de la Convención bien podría plantear cuestiones acerca de la institución de las relaciones diplomáticas que serían objeto de legítimo interés de terceros Estados⁵¹. Tal vez deba condicionarse más el artículo 49 a) de manera de limitarlo a los incumplimientos que en sí mismos tienen tal gravedad que menoscaban el interés colectivo de los Estados partes en la obligación⁵².

41. De hecho se ha sugerido que se aplique una restricción semejante al párrafo 1 b) del artículo 49. Francia sugiere que el párrafo se limite a las violaciones graves comprendidas en la segunda parte, capítulo II. Esa sugerencia tiene mayor vigor respecto de las reclamaciones de reparación previstas en el párrafo 2 b) del artículo 49 que respecto de las reclamaciones de cesación. No parece desproporcionado permitir que todos los Estados insistan en la cesación del incumplimiento de una obligación que se debe a la comunidad internacional en su conjunto. Esto parecería ser una consecuencia directa de la resolución de la Corte en el asunto de la *Barcelona Traction*. Que un Estado reclamante pueda procurar reparación en los intereses de otro Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada es, tal vez, menos claro. En particular, esto es algo que el Estado lesionado, si lo hay, podría razonablemente esperar hacer por sí mismo.

42. Hay asuntos que la Comisión tal vez desee reconsiderar, y el Comité de Redacción desde luego debería considerar si podría redactarse de manera más precisa el párrafo 1 a) del artículo 49. Por otra parte, el Relator Especial considera que el artículo 49 en general logra cierto equilibrio, *de lege ferenda*, entre el interés colectivo en el cumplimiento de los valores básicos de la comunidad y el interés de la contraparte de no estimular la proliferación de controversias. En su opinión no se ha justificado una reconsideración fundamental del artículo 49.

IV. “Violaciones graves de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto”: segunda parte, capítulo III

43. Por el contrario, las cuestiones que plantea el capítulo III de la segunda parte, siguen dividiendo a los participantes, igual que en el antiguo contexto del artículo [19]. Algunos Gobiernos (los Estados Unidos, Francia, el Japón, el Reino Unido) siguen discutiendo decididamente en favor de la supresión de todo el capítulo III, que un gobierno dice que sigue hechizado por el fantasma de los “crímenes internacionales”. En su opinión, la gravedad del incumplimiento de una obligación es una cuestión no de categoría sino de grado, y se pueden tomar en cuenta los grados de gravedad de otras maneras. Además el carácter vago y no incluyente de los artículos 41 y 42 arroja graves dudas sobre su utilidad. Como mínimo, en opinión de esos Estados,

⁵¹ Véase *Funcionarios diplomáticos y consulares de los Estados Unidos en Teherán*, I.C.J. Reports 1980, pág. 43 (párr. 92).

⁵² Una sugerencia de ese tipo todavía permitiría que se abarcara el caso paradigmático que se pretende abarcar en el apartado a), a saber, el interés de Etiopía y Liberia en el cumplimiento por Sudáfrica de sus obligaciones de mandatario del África sudoccidental: *Asunto relativo al África sudoccidental, segundo*, I.C.J. Reports 1966, pág. 6. Véase el tercer informe A/CN.4/507, párrs. 85 y 92.

no puede considerarse que reflejen el derecho internacional general; se trata de un defecto serio en un texto que sólo puede asumir la forma de un instrumento sin carácter obligatorio. Esos gobiernos sugieren como alternativa una cláusula general de salvaguardia, que preserve el desarrollo de formas más estrictas de responsabilidad para violaciones graves del derecho internacional⁵³.

44. Por otra parte el capítulo III cuenta con apoyo. Según Dinamarca (en representación de los países nórdicos):

“La cuestión fundamental no es la terminología, aunque el término ‘crimen’ en el contexto de la responsabilidad de un Estado puede dar lugar a deducciones falsas. La cuestión fundamental es que algunas violaciones, como la agresión y el genocidio, constituyen una afrenta de tal gravedad a la comunidad internacional en su conjunto que es preciso distinguirlas de otras violaciones, del mismo modo que, en el derecho de la guerra, se distingue entre ‘violaciones’ y ‘violaciones graves’ de esas normas. Por ello, los países nórdicos siguen proponiendo que se haga también una distinción en el contexto de la responsabilidad de los Estados y están de acuerdo con la solución postulada en el capítulo III de la segunda parte.”⁵⁴

Otros Gobiernos (por ejemplo, Austria⁵⁵, los Países Bajos⁵⁶, Eslovaquia⁵⁷) también apoyan la transacción incorporada en el capítulo III sobre la base de que sus disposiciones sustantivas son razonables y no imponen cargas onerosas a terceros Estados. En opinión de esos países, el capítulo III es un precio que vale la pena pagar por la supresión del antiguo artículo [19].

45. Antes de referirse al problema general que plantea el capítulo III de la segunda parte parece necesario aclarar el alcance de una de las claras consecuencias mencionadas en el artículo 42. Tanto partidarios como opositores del capítulo III concuerdan en que los daños que reflejan la gravedad de la infracción, tal como se prevé en el párrafo 1 del artículo 42, no se deben equiparar con los daños punitivos. Existe la opinión generalizada de que no se permiten esos daños en derecho internacional, pero algunos Estados interpretan el párrafo 1 del artículo 42 en el sentido de permitir los daños punitivos. El Relator Especial no interpreta así el párrafo 1. Más bien permite que los daños reflejen la gravedad de una infracción, lo que no es lo mismo. Incluso en el contexto de ilícitos de menor importancia deben tomarse en cuenta factores como la gravedad de la infracción, por ejemplo, en la evaluación de la indemnización del daño moral. Parece especialmente apropiado hacerlo así en el caso de infracciones graves de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto. Los daños punitivos, por otra parte, son daños que o se multiplican arbitrariamente o se inflan por lo menos deliberadamente a fin de estigmatizar y castigar al demandado. Ese no es el propósito del párrafo 1.

46. En cuanto a la cuestión general, en su primer informe el Relator Especial trató de exponer los argumentos en contra de una categoría separada de hecho internacionalmente ilícito a los efectos de la primera parte, especialmente uno designado con

⁵³ Sierra Leona y la India expresaron opiniones semejantes en el debate de la Sexta Comisión: véase el resumen por temas ... (A/CN.4/513), párrs. 89 a 94.

⁵⁴ Comentarios y observaciones ... (A/CN.4/515); véase también España, *ibíd.*

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ *Ibíd.* (“un buen compromiso, con la ventaja adicional de que esta redacción no pone en peligro lo que ya se ha convenido”).

⁵⁷ *Ibíd.* (“un paso prometedor en la dirección correcta”).

el título de “crimen internacional”⁵⁸. Esto implicaba en su opinión una interpretación errada de la idea de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto, que era el núcleo de la idea y su justificación esencial. Es significativo que nadie haya argumentado hasta ahora en favor de un conjunto diferente de normas para determinar la “responsabilidad penal de los Estados”, por ejemplo, en la esfera de la atribución o de las excusas, y menos en favor de un sistema que incorpore garantías procesales mínimas. Ambos se han adoptado universalmente en los sistemas jurídicos a los efectos de distinguir la responsabilidad penal de la delictual. Por esta y otras razones no hay todavía una base para hacer una distinción de ese tipo en derecho internacional. De esta manera la supresión del artículo [19], y la aceptación muy general de la supresión en la Sexta Comisión, constituyen un auténtico progreso.

47. Al mismo tiempo la idea de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto —obligaciones cuyo incumplimiento ha de determinarse de conformidad con las normas comunes de la primera parte— tiene un significado especial. El genocidio, la agresión, el *apartheid*, la denegación forzosa de la libre determinación constituyen ilícitos que “estremecen la conciencia de la humanidad”⁵⁹, y parece apropiado reflejarlo en términos de las consecuencias que se asignan a su incumplimiento. Sin duda es cierto que otras infracciones del derecho internacional pueden tener consecuencias particularmente graves, según las circunstancias. La idea de violaciones graves de las normas fundamentales no empece a esta posibilidad, y en esa medida las consecuencias mencionadas en el artículo 42 son indicativas y no excluyentes. No obstante, en opinión del Relator Especial, son apropiadas al menos *de lege ferenda*. Tienen el mérito adicional de que parecen contar con amplio apoyo en la Comisión como base para la aprobación del texto por consenso. Por esta razón, si no por ninguna otra, debe mantenerse el capítulo III.

48. Pero los dos artículos que forman el capítulo III han sido severamente criticados incluso por quienes apoyan su mantención en principio⁶⁰. Entre esas críticas se incluyen las siguientes:

- La definición propuesta está llena de términos ambiguos, como “esencial”, “grave”, etc.;
- La expresión “grave” no siempre es necesaria; de esta manera la agresión o el genocidio serían por definición “graves”;
- Se necesita justificar y explicar la relación entre “intereses fundamentales” (artículo 41), “intereses esenciales” (artículo 26) e “intereses colectivos” (artículo 49);
- Hay una diferencia entre la formulación de los artículos 49 (“establecido para la protección de un interés colectivo”) y 41 (“esencial para la protección ...”);
- En el comentario se ha de explicar la forma en que se debe evaluar el “riesgo de causar daños sustanciales”;
- Aunque en el párrafo 1 del artículo 41 se dispone que el capítulo es aplicable a “la responsabilidad internacional que nace” de una violación grave tal como está definida, de hecho el artículo 42 está en gran medida orientado a la

⁵⁸ Véase el primer informe, A/CN.4/490, párrs. 43 a 101.

⁵⁹ *Reservas a la Convención sobre el genocidio, I.C.J. Reports, 1951*, pág. 23.

⁶⁰ Véase el anexo del presente informe, notas de los artículos 41 y 42.

“obligaciones” de los terceros Estados, aunque esas obligaciones han sido definidas vagamente.

Más en general China, si bien apoya la supresión del artículo [19], observa que subsisten cuestiones fundamentales en el texto actual, tanto en términos de la definición del concepto como de sus consecuencias, e insta por que en el comentario se den la definición y la aclaración necesarias⁶¹. Por lo menos un gobierno sugirió además que era necesario aclarar la relación entre las obligaciones comprendidas en el artículo 41 y las obligaciones *erga omnes* o normas perentorias.

49. Antes de pasar a ocuparse de cuestiones relativas a la formulación y definición, corresponde decir algo más acerca de esta cuestión básica⁶². En el centro del artículo 41 se halla la idea de una obligación que se debe a la comunidad internacional en su conjunto, que se denomina también obligación *erga omnes*. Este es el concepto esbozado por la Corte Internacional en el *asunto de la Barcelona Traction* y con posterioridad⁶³. Es mejor usar idioma normal que la expresión latina, tanto más cuanto la Corte Internacional en varias ocasiones ha utilizado la expresión “*erga omnes*” para indicar algo distinto, con lo cual se corre el riesgo de confusión⁶⁴. No es necesario a los efectos actuales que la Comisión adopte una opinión general en cuanto a las relaciones entre normas perentorias y obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto. Sin embargo, tal vez valga la pena señalar dos puntos. En primer lugar, hay por lo menos una gran esfera de superposición entre ellas, por cuanto se ha convenido que solamente unas pocas normas de derecho internacional pueden ser consideradas perentorias o dar lugar a obligaciones para con la comunidad internacional. De esta manera, incluso aunque no se trate de aspectos diferentes de una idea básica, las dos se superponen en medida sustancial. En segundo lugar, hay una diferencia de énfasis. En el contexto de las normas perentorias el énfasis es en la norma primaria misma y su condición inderogable o predominante. Esto es apropiado en el contexto de la validez de los tratados, e igualmente con respecto al artículo 21 del presente texto. Por el contrario, el énfasis en el caso de las obligaciones para con la comunidad internacional es en la universalidad de la obligación y las personas o entidades a las que se debe, concretamente a todos los Estados y demás entidades jurídicas que son miembros de esa comunidad. Por cuanto el contexto del capítulo III se refiere a las consecuencias de un incumplimiento, así como el artículo 49 se ocupa de la invocación por otros Estados, la expresión apropiada es la segunda, a saber, obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto.

⁶¹ Comentarios y observaciones ... (A/CN.4/515).

⁶² Véase también tercer informe, A/CN.4/507, párrs. 2, 106. Se examina útilmente la cuestión además en el primer informe de la CDI (2000) (véase la nota 6 *supra*), párrs. 134 a 161.

⁶³ Véase el *Asunto de la Barcelona Traction (segunda etapa)*, *I.C.J. Reports, 1970*, págs. 32 y 33 (párrs. 33 y 34), la *Opinión sobre Namibia*, *I.C.J. Reports, 1971*, pág. 56 (párr. 126); el *Asunto relativo a Timor Oriental*, *I.C.J. Reports, 1995*, pág. 102 (párr. 29); la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Solución del Delito de Genocidio. Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia (objeciones preliminares)*, *I.C.J. Reports, 1996*, pág. 626 (párr. 4), pág. 628 (párr. 6).

⁶⁴ De esta manera el *Asunto de los ensayos nucleares* la Corte se refirió a la declaración del Presidente de Francia en el sentido de haber sido “hecha públicamente y *erga omnes*”; *I.C.J. Reports, 1974*, pág. 269 (párr. 50); *ibíd.*, pág. 474 (párr. 52). Lo que quiere decir es que la declaración se “transmitió al mundo en general”, *ibíd.*, pág. 269 (párr. 51); *ibíd.*, pág. 474 (párr. 53).

50. Desde luego hay dificultades de formulación con el capítulo III, como se ha observado. Es necesario que el Comité de Redacción reconsidere el capítulo en su conjunto, además de los artículos 43 y 49, con miras a lograr mayor coherencia. Por ejemplo, no es claro por qué la oración “esencial para la protección de sus intereses fundamentales” es necesaria en el artículo 41 pero no en el artículo 49. En opinión del Relator Especial, sólo podría considerarse que se deben a la comunidad internacional en su conjunto las obligaciones que son esenciales, y la adición de las palabras en el artículo 41 sólo crea infortunadas implicancias *a contrario*.

51. Sin duda los problemas de redacción y definición del capítulo III son auténticos. Pero es necesario considerarlos en el contexto de lo que se procura alcanzar con el capítulo, así como de los principios en que se basa el texto en su conjunto. Como observaron los Países Bajos muy atinadamente:

“... los Países Bajos consideran que se debe seguir examinando la definición de ‘violaciones graves’ que figura en los artículos 41 y 42, en su título, y en el encabezamiento del capítulo III de la segunda parte, en donde se agrupan los artículos pertinentes. La CDI debería armonizar las distintas definiciones. Los Países Bajos también observan que los ejemplos que figuraban en el anterior artículo 19 para ilustrar qué se consideraba crimen internacional no se han utilizado para explicar el concepto correspondiente de ‘violaciones graves’. Esto es lamentable, porque los ejemplos ilustraban claramente el término ‘crimen internacional’, que ahora se ha abandonado. En consecuencia, todo lo que queda ahora es un marco, lo que deja a la jurisprudencia y al desarrollo del derecho en general un gran vacío que llenar. Al mismo tiempo, los Países Bajos comprenden el deseo del Relator Especial de suprimir todos los elementos del texto que no tienen relación con las normas secundarias y transferirlos al comentario.”⁶⁵

A lo cual puede agregarse el comentario de que en la definición de actos de inhumanidad grave la precisión no es el único valor.

52. En opinión del Relator Especial, el capítulo III es en realidad un marco para el desarrollo progresivo, en un ámbito estrecho, de un concepto que es ampliamente aceptable o debería serlo. Por una parte, no pone en duda el entendimiento establecido acerca de las condiciones de la responsabilidad de los Estados (primera parte). Por otra parte, reconoce que puede haber incumplimientos notorios de las obligaciones para con la comunidad en su conjunto, incumplimientos que justifican que la comunidad y sus miembros respondan de alguna manera. En cuanto a la respuesta individual, las obligaciones que impone el párrafo 2 del artículo 42 no son exigentes. La más importante, la del no reconocimiento, es el elemento del artículo 42 que ya refleja discutiblemente el derecho internacional general⁶⁶. Siempre que se deje claro, en el texto o en el comentario, que las obligaciones del párrafo 2 del artículo 42 no son ni exhaustivas ni excluyentes, su contenido parece ampliamente aceptable.

53. En consecuencia, el Relator Especial recomienda que se mantenga el capítulo III, pero que se examine detenidamente su contenido atendidas las observaciones de los gobiernos, en particular de manera de velar por la coherencia con las disposiciones de los artículos 21, 26, 43 y 49.

⁶⁵ Comentarios y observaciones ... (A/CN.4/515).

⁶⁶ Véase la *Opinión sobre Namibia, I.C.J. Reports 1971*, pág. 54 (párr. 118), pág. 56 (párr. 126).

V. Contramedidas: segunda parte bis, capítulo II

54. La tercera esfera de preocupación general se refiere al tratamiento de las contramedidas en el capítulo II de la segunda parte bis. La preocupación surge en diversos niveles. El primero se refiere al principio de la inclusión de las contramedidas en el texto, ya sea en absoluto o en el contexto de la aplicación. El segundo implica la cuestión de contramedidas “colectivas” en el artículo 54, que se titula “Contramedidas tomadas por Estados que no sean Estados lesionados”. El tercero se refiere a la formulación de los artículos restantes, especialmente los artículos 51 y 53.

55. El debate sobre estos asuntos en la Sexta Comisión demostró una vez más su delicadeza suma, y la preocupación que muchos países sienten, especialmente los países en desarrollo, pero en ninguna medida sólo ellos, en cuanto a los peligros de abuso⁶⁷. Unos pocos gobiernos sostienen que el peligro de legitimar las contramedidas al regularlas es tan grande que debe suprimirse el capítulo II⁶⁸. Por lo menos un gobierno argumentó que deben prohibirse del todo las contramedidas⁶⁹. La República Unida de Tanzania advirtió que la tendencia de los artículos era “primordialmente ... a legitimarlas [contramedidas], mediante el desarrollo de normas jurídicas sobre la responsabilidad de los Estados, basados en la práctica occidental”; por otra parte, no llegó a apoyar la supresión de los artículos, sosteniendo en su lugar que “sería preferible que la CDI desalentara las contramedidas mediante el establecimiento de límites, en lugar de un régimen sin cortapisas y propenso al abuso”⁷⁰.

56. Algunos gobiernos, por el contrario, consideraron que los artículos del capítulo II imponían limitaciones injustificadas y arbitrarias al recurso a las contramedidas. En particular esos gobiernos siguen teniendo críticas muy graves acerca de las condiciones procesales de la adopción de contramedidas que figuran en el artículo 53. Consideraban que la solución consistía en suprimir la referencia a la Carta y en incorporar algunos elementos en el artículo 23⁷¹.

57. Por otra parte, muchos gobiernos —una clara mayoría de los cuales han formulado observaciones acerca del capítulo II— aceptaban que las contramedidas tenían cabida en el texto, y en su mayor parte apoyaban el equilibrio de los artículos, tanto en cuanto al fondo como en cuanto al procedimiento⁷².

⁶⁷ Véase un resumen del debate de la Sexta Comisión relativo a las contramedidas en el resumen por temas ... (A/CN.4/513), párrs. 144 a 182.

⁶⁸ Cuba, A/C.6/55/SR.18, párr. 61; la India A/C.6/55/SR.15, párr. 29; México, A/C.6/55/SR.20, párrs. 37 y 38.

⁶⁹ Grecia, A/C.6/55/SR.17, párr. 85.

⁷⁰ República Unida de Tanzania, A/C.6/55/SR.14, párrs. 45 a 49. Véase también, por ejemplo, República Islámica del Irán, A/C.6/55/SR.15, párr. 13; Argelia A/C.6/55/SR.18, párrs. 2, 3 y 8.

⁷¹ Esa opinión fue sostenida, en particular, por los Estados Unidos (A/C.6/55/SR.18, párrs. 68 a 70) y el Reino Unido (A/C.6/55/SR.14, párr. 33), y fue reiterada por ambos en sus observaciones escritas: véase Comentarios y observaciones ... (A/CN.4/515). En sus observaciones escritas el Japón hizo una sugerencia semejante: *ibíd.*

⁷² En el debate de la Sexta Comisión se incluían entre esos países la Argentina, A/C.6/55/SR.15, párrs. 65 a 66; el Brasil, A/C.6/55/SR.18, párrs. 64 y 65; Chile, A/C.6/55/SR.17, párr. 48; China, A/C.6/55/SR.14, párrs. 38 y 39 (pero destacando la necesidad de introducir mejoras); Costa Rica, A/C.6/55/SR.17, párr. 64; Croacia, A/C.6/55/SR.16, párr. 72; Cuba, A/C.6/55/SR.18, párrs. 60 y 62; Dinamarca (en representación de los países nórdicos), A/C.6/55/SR.15, párr. 58; Egipto, A/C.6/55/SR.16, párr. 33; Francia, A/C.6/55/SR.15, párr. 10; Hungría, A/C.6/55/SR.16, párr. 57; Italia, A/C.6/55/SR.16, párr. 26; Jordania, A/C.6/55/SR.18, párrs. 15 y 16; Nueva Zelandia, A/C.6/55/SR.16, párr. 7; Polonia, A/C.6/55/SR.18, párr. 48; Sierra Leona,

58. Cabe señalar que el capítulo II no se aparta en muchos sentidos del capítulo III de la segunda parte tal como se aprobó en primera lectura⁷³. En particular, el artículo 53 sigue la pauta general de la transacción que figuraba en el anterior artículo [48], aunque con algunas mejoras de redacción⁷⁴. Es efectivo que se han introducido algunos cambios en el capítulo. Entre ellos se incluye: a) énfasis mucho mayor en el carácter reversible de las contramedidas; b) perfeccionamiento del anterior artículo [50], que se ocupaba de las contramedidas prohibidas; c) disposición expresa de contramedidas adoptadas por los Estados que no sean Estados lesionados (artículo 54); d) un nuevo artículo (el artículo 55) que se ocupa de la terminación de las contramedidas, y e) el abandono de un vínculo orgánico entre la adopción de contramedidas y la solución de controversias. Los puntos a) y d) han sido acogidos en general con beneplácito y no parecen revestir problemas; el punto e) ya se ha examinado⁷⁵. En cuanto al punto b), el artículo 51 (anteriormente artículo [50]) requiere un examen más detenido.

59. El cambio más controvertido del capítulo II es el punto c), es decir, la introducción del artículo 54. Cabe señalar, sin embargo, que su efecto consiste en *reducir* la medida en que se pueden adoptar contramedidas en interés de la comunidad, en comparación con el texto aprobado en primera lectura (artículo [47] conjuntamente con el artículo [40]). Es posible que la separación del artículo [47] del artículo [40], y el carácter complicado de la definición de “Estado lesionado” en el artículo [40], haya impedido que los gobiernos se centraran en el problema. Ya no ocurre así.

60. En opinión del Relator Especial no puede pensarse en suprimir el artículo 23, que ha sido parte del texto durante más de dos decenios y que fue afirmado por la Corte Internacional en el asunto *Gabčíkovo-Nagymaros*. Ni, en su opinión, puede el artículo 23 disponer simplemente que haya contramedidas a disposición de los Estados con arreglo al derecho internacional de manera incondicional (como tampoco se puede disponer incondicionalmente la necesidad o la fuerza mayor). De esta manera, hay efectivamente tres opciones:

- *Supresión del capítulo II, con las correspondientes adiciones al artículo 23.* El artículo 23 reconoce que la adopción de contramedidas lícitas en respuesta a una infracción excluye la responsabilidad del Estado que adopta las contramedidas⁷⁶. En la actualidad (y con poca elegancia) el artículo 23 se refiere al capítulo II de la segunda parte bis respecto de las condiciones de la adopción de contramedidas. Esto podría incorporarse en su totalidad o en medida signi-

A/C.6/55/SR.16, párr. 51; Eslovaquia, A/C.6/55/SR.16, párr. 66; Sudáfrica, A/C.6/55/SR.14, párr. 24 (en nombre de los miembros de la Comunidad del África Meridional para el Desarrollo); España, A/C.6/55/SR.16, párr. 16; Suiza, A/C.6/55/SR.18, párr. 81. Véanse también las observaciones presentadas por escrito por China, Dinamarca en nombre de los países nórdicos, los Países Bajos, Eslovaquia y España: Comentarios y observaciones ... (A/CN.4/515).

⁷³ Véase el tratamiento de las contramedidas por el Relator Especial Arangio-Ruiz en el *Anuario ... 1991*, vol. II (Primera Parte), documento A/CN.4/440 y Add.1, págs. 1 a 35; en *Anuario ... 1992*, vol. II (Primera Parte), documento A/CN.4/444 y Add.1 a 3, págs. 1 a 49. Véase el tratamiento por el actual Relator Especial en el segundo informe, A/CN.4/498/Add.4, párrs. 357 a 392; tercer informe, A/CN.4/507, párrs. 285 a 367 y 386 a 405.

⁷⁴ Véanse las propuestas del Relator Especial a este respecto en el tercer informe, A/CN.4/507/Add.3, párrs. 355 a 360 y 367.

⁷⁵ Véase el párrafo 10 *supra*.

⁷⁶ Se ha indicado que las circunstancias que excluyen la ilicitud consisten en la continuación del acto ilícito del Estado objeto de las contramedidas que justifican la contramedida; este afinamiento se toma en cuenta en la redacción del artículo 23.

ficativa en el artículo 23, que de esta manera fijaría un régimen de contramedidas de la manera que se hace en el artículo 26 respecto de la necesidad⁷⁷.

- *Mantención del capítulo II con mejoras de redacción.* Como otra posibilidad, podría mantenerse el capítulo II con sujeción a aclaraciones y mejoras de redacción.
- *Mantención del capítulo II sólo en cuanto se refiera a las contramedidas adoptadas por un Estado lesionado.* En tercer lugar, la controversia relativa al artículo 54 podría tratarse mediante la supresión del artículo y ocupándose solamente de las contramedidas adoptadas por un Estado lesionado. Sería necesario considerar si debiera haber una cláusula de salvaguardia respecto de las situaciones que actualmente abarca el artículo 54.

El Relator Especial considera que la decisión entre las tres opciones es una cuestión esencialmente normativa de la que debe ocuparse la Comisión en su conjunto. Entre los factores que han de tenerse en cuenta se incluyen el equilibrio general del texto según se convenga en definitiva, la forma propuesta respecto del proyecto de artículos y la estimación de la probable respuesta de la Sexta Comisión respecto del texto con o sin el capítulo II.

61. Con el fin de prestar asistencia a la Comisión para adoptar esta decisión se propone que se examinen las observaciones de los gobiernos y otros acerca de los artículos tal como se encuentran actualmente. En lo que sigue sólo se examinarán las cuestiones de principio fundamentales; las sugerencias concretas de redacción figuran en el anexo del presente informe.

Artículo 50. Objeto y límites de las contramedidas

62. Esta disposición ha contado con cierto grado de apoyo y sólo se han formulado observaciones limitadas⁷⁸. En el anexo del presente informe se resumen algunas sugerencias concretas de redacción. No parecen plantear cuestiones de principio en cuanto al artículo en su conjunto.

⁷⁷ Una versión revisada del artículo 23 podría ser del tenor siguiente:

“1. La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con sus obligaciones internacionales quedará excluida en la medida en que el hecho constituya una contramedida lícita dirigida al Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito con el objeto de inducir a ese Estado a que cumpla sus obligaciones con arreglo a los presentes artículos.

2. Las contramedidas serán proporcionadas.

3. Las contramedidas no implicarán la amenaza o el uso de la fuerza en forma contraria a la Carta de las Naciones Unidas ni ninguna otra violación de una norma perentoria del derecho internacional general.”

(Propuesta hecha por el Reino Unido)

⁷⁸ Durante el debate en la Sexta Comisión algunos gobiernos expresaron apoyo general al artículo 50: Nueva Zelanda, A/C.6/55/SR.16, párr. 8; Hungría, A/C.6/55/SR.16, párr. 57; Croacia A/C.6/55/SR.16, párr. 72; Dinamarca (en representación de los países nórdicos), A/C.6/55/SR.15, párr. 58.

Artículo 51. Obligaciones no sujetas a contramedidas

63. En el párrafo 1 del artículo 51 se enuncian cinco limitaciones de la adopción de contramedidas. En el párrafo 2 del artículo 51 se deja en claro que un Estado que adopte contramedidas debe cumplir sus obligaciones con arreglo a los procedimientos de solución de controversias vigentes entre él y el Estado objeto de la controversia; no se han opuesto objeciones a esto. Igual cosa puede decirse del párrafo 1.

64. Si bien algunos gobiernos apoyaron el párrafo 1 del artículo 51⁷⁹, otros plantearon cuestiones acerca de su economía en general o acerca de la inclusión o exclusión de determinados aspectos⁸⁰. El problema esencial es que la lista del artículo 51 no parece incorporar un principio claro. Se acepta que las contramedidas no podrán implicar el uso de la fuerza de manera contraria a la Carta de las Naciones Unidas ni ningún otro tipo de violación de una norma perentoria⁸¹. En la medida en que se puede considerar que los “derechos humanos fundamentales” tienen carácter perentorio, están comprendidos en el apartado d), pero la medida en que eso es así es discutible, y no hay acuerdo respecto del significado de la oración “derechos humanos fundamentales”. Desde luego debe hacerse efectiva la prohibición de las represalias que figura en diversos instrumentos de derecho humanitario, tomada del párrafo 5 del artículo 60 de la Convención de Viena. Pero esto ocurre así sea o no que una prohibición determinada tenga carácter perentorio. Esas prohibiciones se refieren directamente a la cuestión de las represalias y deben tener vigor, respecto de los Estados partes en ellas, en razón del principio de la *lex specialis*⁸². Debido a su importancia desde luego hay fundamentos para mencionarlas en el artículo 51, pero debe hacerse en términos claros de manera de incluirlas todas⁸³. En cuanto al párrafo 1 e) (inviolabilidad de los agentes, archivos y documentos diplomáticos), la cuestión es

⁷⁹ Véase, por ejemplo, Argelia A/C.6/55/SR.18, párr. 4; el Brasil, A/C.6/55/SR.18, párr. 64; Chile, A/C.6/55/SR.17, párr. 49; Costa Rica, A/C.6/55/SR.17, párr. 65; Alemania, A/C.6/55/SR.14, párr. 56; Hungría, A/C.6/55/SR.16, párr. 57; la India, A/C.6/55/SR.15, párr. 29; el Iraq, A/C.6/55/SR.16, párr. 36; Italia, A/C.6/55/SR.16, párr. 26; España, A/C.6/55/SR.16, párr. 17. Véanse también las observaciones escritas de España: Comentarios y observaciones ... (A/CN.4/515).

⁸⁰ Véanse las observaciones escritas del Reino Unido (en que propone una fórmula única no exhaustiva ilustrada en el comentario) y los Estados Unidos (que propone su supresión). Véase Comentarios y observaciones ... (A/CN.4/515).

⁸¹ Los Estados Unidos concuerdan pero consideran que el asunto está comprendido en la Carta misma: *ibíd.*

⁸² Desde luego esto será efectivo sólo en el grado en que el Estado que tome contramedidas esté obligado por la prohibición con arreglo al derecho internacional general o en virtud de un tratado. Algunos Estados (Alemania, Italia, el Reino Unido) han formulado reservas respecto de esas disposiciones. Por ejemplo, Alemania e Italia se reservaron el derecho a reaccionar con todos los medios admisibles con arreglo al derecho internacional ante violaciones graves y sistemáticas por un enemigo de las obligaciones que les impone el Protocolo Adicional I y en particular sus artículos 51 y 52 a fin de prevenir toda nueva violación. Con respecto a la reserva del Reino Unido, véase la nota 98 *infra*.

⁸³ El Director de la Dependencia de Normas Internacionales, de la División de Patrimonio Cultural de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), señaló que el texto del apartado c) no parece abarcar la prohibición de contramedidas relativas a la propiedad cultural tal como figura en el párrafo 4 del artículo 4 de la Convención de La Haya sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, de 14 de mayo de 1954, reiterado en el artículo 53 c) del Protocolo Adicional I de 1977: carta al Secretario de la CDI, 23 de enero de 2001. Esto no se pretendió, pero no es claro si se trata de una “prohibición de carácter humanitario”. El Comité de Redacción debe reconsiderar el asunto.

por qué se ha incluido esta excepción particular no perentoria en circunstancias que no se ha hecho con otras⁸⁴. En general el Relator Especial tiende a concordar con el comentario en el sentido de que:

“la Comisión debiera examinar rigurosamente esa lista. Por cuanto el objetivo de las disposiciones ha de ser el de facilitar la solución de controversias, más que complicarlas, se han de evitar la vaguedad y la duplicación”⁸⁵.

Artículo 52. Proporcionalidad

65. Se ha aceptado en general el principio del artículo 52, aunque siguen haciéndose observaciones en cuanto a su formulación exacta. Una cuestión es si debe tomarse en cuenta el elemento de necesidad en la adopción de contramedidas, que podría indicarse como “factor para inducir al cumplimiento”, a fin de determinar la proporcionalidad⁸⁶. En opinión del Relator Especial este elemento está implícito en el artículo 50, que especifica el propósito de las contramedidas. De lo que se trata en el artículo 52 es de fijar un límite en un caso determinado, basado en consideraciones de proporcionalidad. La Corte Internacional había usado este argumento en el *Asunto relativo al proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, en términos que ahora se han incorporado en el texto⁸⁷. No obstante, varios gobiernos preferían la fórmula tradicional en términos de proporcionalidad⁸⁸, o ausencia de desproporcionalidad⁸⁹. Un gobierno formuló el texto en términos de la medida menos estricta necesaria para velar por el cumplimiento⁹⁰.

66. En opinión del Relator Especial, no puede haber duda de que la exigencia de proporcionalidad es parte del derecho establecido con respecto a las contramedidas y debe incluirse en el texto. Se trata de una cuestión de reformulación, que el Comité de Redacción puede considerar tomando en cuenta las observaciones hechas.

Artículo 53. Condiciones relativas al recurso a las contramedidas

67. En el capítulo II el artículo 53 sigue dando lugar a la mayoría de los problemas, como lo hizo en la primera lectura. Surgen problemas particulares con respecto al párrafo 1 (obligación de negociar) y el párrafo 5 (obligación de suspender las con-

⁸⁴ De esta manera algunos gobiernos eran partidarios de reinsertar la anterior prohibición de “medidas extremas de coerción económica o política”: República Unida de Tanzania, A/C.6/55/SR.14, párr. 49; República Islámica del Irán, A/C.6/55/SR.15, párr. 13; Guatemala, A/C.6/55/SR.15, párr. 43. Otros (por ejemplo, España, A/C.6/55/SR.16, párr. 16; Comentarios y observaciones ... (A/CN.4/515)) observaron correctamente que la cuestión estaba comprendida en el artículo 52 (sobre la proporcionalidad). Algunos gobiernos eran partidarios de la prohibición de conductas que pudieran menoscabar la soberanía, la independencia o la integridad territorial de los Estados (Argelia, A/C.6/55/SR.18, párr. 4; véase también Chile, A/C.6/55/SR.17, párr. 49). La República de Corea pidió protección concreta para las obligaciones encargadas de proteger el medio natural contra daños generalizados, de largo plazo y graves: Comentarios y observaciones ... (A/CN.4/515).

⁸⁵ Reino Unido, A/C.6/55/SR.14, párr. 34.

⁸⁶ Véase el Japón, A/C.6/55/SR.14, párr. 69.

⁸⁷ Como lo observaron con aprobación los Países Bajos: Comentarios y observaciones ... (A/CN.4/515). Por otra parte, la República de Corea prefería el criterio de los efectos del hecho internacionalmente ilícito sobre el Estado lesionado: *ibíd.*

⁸⁸ Los Estados Unidos sometieron el pasaje a detenido análisis, y propusieron otra redacción: Comentarios y observaciones ... (A/CN.4/515).

⁸⁹ Dinamarca (en representación de los países nórdicos), A/C.6/55/SR.15, párr. 59.

⁹⁰ Colombia (Grupo de Río), A/C.6/55/SR.23, párr. 4.

tramedidas durante la solución de la controversia). Por una parte, los gobiernos siguen expresando preocupación ante la posibilidad de determinaciones unilaterales de parte del Estado que adopta las contramedidas⁹¹. Por otra parte, las condiciones procesales establecidas en el artículo 53 han sido objeto de fuertes críticas por ser infundadas en derecho internacional e indebidamente engorrosas y restrictivas⁹². Para los opositores de las contramedidas el artículo 53 no hace lo suficiente; para sus proponentes va mucho más allá.

68. Sin duda no se debe prolongar excesivamente la situación. Algunos gobiernos apoyaron la exigencia de negociaciones previas con sujeción a la posibilidad de la adopción de contramedidas provisionales y urgentes⁹³. Pero otros consideraron que la distinción era artificial e irreal⁹⁴. Todavía ciertos países sostuvieron que no se debían adoptar contramedidas de ningún tipo en tanto estuvieran pendientes las negociaciones⁹⁵; otros países parecían rechazar incluso la exigencia clásica de una demanda previa (*sommatio*). Hay indicaciones de que el debate sigue estando polarizado.

69. Como cuestión de principio, parece claro que un Estado no debe estar en condiciones de adoptar contramedidas, salvo las que se requieran a fin de mantener el *statu quo*, antes de exigir al Estado responsable que cumpla sus obligaciones. La exigencia de que lo hiciera en primer lugar se destacó tanto en el laudo del Tribunal Arbitral en el *Asunto del arbitraje de los servicios aéreos*⁹⁶ como por la Corte Internacional en el *Asunto Gabčíkovo-Nagymaros*⁹⁷. Parece reflejar además una práctica general⁹⁸. Por otra parte, queda en claro que la adopción de contramedidas no puede postergarse razonablemente hasta que se hayan roto las negociaciones. En su tercer

⁹¹ Por ejemplo, Chile, A/C.6/55/SR.17, párr. 50; Croacia, A/C.6/55/SR.16, párr. 72; Grecia, A/C.6/55/SR.17, párrs. 85 y 86.

⁹² Por ejemplo, el Reino Unido, A/C.6/55/SR.14, párrs. 35 y 36; los Estados Unidos, A/C.6/55/SR.18, párr. 69. Varios gobiernos expresaron la opinión de que la carga de iniciar las negociaciones debía incumbir al Estado responsable, no al Estado que tomaba contramedidas: Chile, A/C.6/55/SR.17, párr. 50; República de Corea, A/C.6/55/SR.19, párr. 74.

⁹³ El Brasil, A/C.6/55/SR.18, párr. 64; el Camerún, A/C.6/55/SR.24, párr. 60; Dinamarca (en representación de los países nórdicos), A/C.6/55/SR.15, párr. 59; Alemania, A/C.6/55/SR.14, párr. 55. Véase también Costa Rica, A/C.6/55/SR.17, párr. 65 (pero excluyendo la infracción de normas perentorias); la India, A/C.6/55/SR.15, párr. 29.

⁹⁴ Hungría, A/C.6/55/SR.16, párr. 58; el Japón, A/C.6/55/SR.14, párr. 68.

⁹⁵ Por ejemplo, Bahrein, A/C.6/55/SR.19, párr. 86; Grecia, A/C.6/55/SR.17, párr. 85.

⁹⁶ (1979) 54 ILR 338 y 339 (párrs. 85 a 87).

⁹⁷ *I.C.J. Reports 1997*, pág. 56 (párr. 84).

⁹⁸ En este contexto puede tomarse nota de la reserva del Reino Unido a los artículos 51 a 55 del Protocolo Adicional I (1977), cuyo texto en parte dice:

“Si una parte contraria comete un ataque grave y premeditado en violación del artículo 51 o del artículo 52 contra la población civil o contra civiles o contra objetos civiles o, en violación de los artículos 53, 54 y 55, contra objetos o artículos protegidos por esos artículos, el Reino Unido se considerará autorizado para adoptar las medidas que están prohibidas por los artículos en cuestión en el grado en que considere que esas medidas sean necesarias para el solo propósito de obligar a la parte contraria a cesar en la comisión de violaciones con arreglo a esos artículos, pero sólo después de que la advertencia oficial hecha a la parte contraria exigiéndole la cesación de las violaciones haya sido pasada por alto, y en ese caso solamente después de adoptar una decisión al más alto nivel de gobierno. Toda medida adoptada de esta manera por el Reino Unido no será desproporcionada con respecto a las violaciones que les dan lugar y no implicará medida alguna prohibida por los Convenios de Ginebra de 1949 ni se mantendrán esas medidas una vez que hayan cesado las violaciones. El Reino Unido notificará a las Potencias protectoras de toda advertencia oficial de ese tipo dada a una parte contraria, y, si no se ha tomado en cuenta esa advertencia, de toda medida adoptada en consecuencia.”

informe el Relator Especial llegó a la conclusión de que en el artículo [48] debía incorporarse el siguiente equilibrio:

a) Antes de adoptarse las contramedidas, el Estado responsable debe haber sido llamado a dar cumplimiento a sus obligaciones y no haberlo hecho o haberse negado a hacerlo;

b) No deben prohibirse las contramedidas durante las negociaciones; más bien, la distinción adoptada en primera lectura entre medidas “provisionales” y otras medidas debe mantenerse, pero con una formulación más clara;

c) Deben suspenderse las contramedidas en el caso de que la controversia se someta de buena fe a una solución por terceros, y a condición de que la violación no tenga carácter continuo⁹⁹.

Este es en términos generales el sistema adoptado por el Comité de Redacción en lo que ahora ha pasado a ser el artículo 53. Pero debe concederse inmediatamente que la distinción entre contramedidas urgentes y definitivas no corresponde al derecho internacional actual¹⁰⁰. Se desarrolló durante la primera lectura a manera de transacción entre posiciones agudamente contrapuestas acerca del efecto suspensivo de las negociaciones¹⁰¹. La distinción constituye más bien una guía para la aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad en el caso dado que una exigencia distinta. Aparte de la cuestión relativa a las definiciones, también reviste dificultades prácticas. Por ejemplo, se ha señalado que el solo acuerdo de someter una controversia a arbitraje no puede requerir la suspensión de las contramedidas, por cuanto en tanto no se haya constituido el tribunal y esté en condiciones de ocuparse de la controversia incluso la facultad de ordenar medidas provisionales obligatorias no será útil¹⁰². De esta manera incluso si se mantiene la distinción entre medidas provisionales y de otro orden hay buenas razones para reconsiderar este aspecto del párrafo 5 del artículo 53.

Artículo 54. Contramedidas tomadas por Estados que no sean Estados lesionados

70. El artículo 54 se ocupa de la adopción de contramedidas por los Estados mencionados en el artículo 49, es decir, los Estados que no sean Estados lesionados. Se ocupa de manera más bien sucinta de dos situaciones diferentes. La primera se refiere a las contramedidas tomadas por un Estado del artículo 49 “a petición y en nombre de cualquier Estado que haya sido perjudicado por la violación” (párr. 1). La segunda se refiere a las contramedidas tomadas en respuesta a violaciones graves cubiertas en el capítulo II, tercera parte (párr. 12). El párrafo 3 se ocupa de la coordinación de las contramedidas tomadas por más de un Estado. Evidentemente el efecto es el siguiente: dentro de los límites generales del capítulo II un Estado de los comprendidos en el artículo 49 puede adoptar contramedidas en apoyo de un Estado lesionado independientemente en el caso de una violación grave. De otra manera

⁹⁹ Tercer informe, A/CN.4/507/Add.3, párr. 360.

¹⁰⁰ Como lo observaron, por ejemplo, Italia, A/C.6/55/SR.16, párr. 27, y el Reino Unido, A/C.6/55/SR.14, párr. 36. El Reino Unido sostiene que una exigencia de ese tipo podría disuadir a un Estado de convenir en la solución por un tercero: *ibíd.*

¹⁰¹ Véase *Anuario ... 1996*, vol. I, págs. 171 a 176.

¹⁰² Véase los Estados Unidos, A/C.6/55/SR.18, párr. 69; Costa Rica, A/C.6/55/SR.17, párr. 65. Esta es la base de la jurisdicción del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en cuanto a las medidas provisionales en el período anterior a la constitución de un tribunal arbitral: véase la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, párr. 5 del artículo 290.

esos Estados están limitados a la invocación de la responsabilidad con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 49. Por el contrario, con arreglo al antiguo artículo [40], todo Estado podía tomar contramedidas en el caso de un “crimen internacional”, una violación de derechos humanos o el incumplimiento de ciertas obligaciones colectivas, independientemente de la posición de cualquier otro Estado, incluido el Estado directamente lesionado por la violación.

71. El derecho internacional general a este respecto está todavía en embrión, pero ese hecho puede interpretarse en ambos sentidos¹⁰³. Algunos gobiernos están preocupados por la tendencia a “congelar” el derecho mientras se halla en proceso de desarrollo. En opinión de otros Estados el artículo 54 plantea cuestiones muy discutibles acerca del equilibrio entre el cumplimiento de la ley y la intervención en una esfera que ya es bastante discutible. Reabre además las cuestiones relativas al vínculo entre las medidas adoptadas por un Estado determinado y las medidas colectivas con arreglo a la Carta o a acuerdos regionales.

72. El aspecto central de las observaciones de los gobiernos es que el artículo 54, y en especial el párrafo 2, no tiene base alguna en derecho internacional y tendría un efecto desestabilizador¹⁰⁴. Esto lo destacan tanto los gobiernos que en general están preocupados por la “subjetividad” y el riesgo de abuso propio de la adopción de contramedidas¹⁰⁵ como por los que apoyan más las contramedidas como instrumento de solución de controversias acerca de la responsabilidad¹⁰⁶.

73. Aparte de esta preocupación general los gobiernos han instado por un vínculo más claro entre el artículo 54 y las disposiciones del Capítulo VII de la Carta. Algunos países sostienen que las contramedidas deben adoptarse en respuesta a violaciones de las obligaciones con respecto a la comunidad por intermedio de las Naciones Unidas¹⁰⁷ o que al menos se haga una referencia a medidas del Consejo de Seguridad¹⁰⁸. Hay una dificultad en cuanto a que las medidas adoptadas con arreglo a la Carta no corresponden al ámbito de los artículos (véase el artículo 59), en tanto que las medidas adoptadas debidamente entre partes en acuerdos regionales están comprendidas en el artículo 20 (consentimiento) o en el artículo 56 (*lex specialis*). Sin duda sería posible subordinar las medidas adoptadas con arreglo al párrafo 2 del artículo 54 a las medidas adoptadas debidamente con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pero esto no se ocuparía de todas las situaciones. Más en general, no es clara la forma en que los artículos (ya sea que adopten la forma de tratado o no) podrían resolver la cuestión de la interrelación entre medidas individuales y medidas auténticamente colectivas. Esto puede verse en relación con las observaciones de los gobiernos respecto de la obligación de cooperación prevista en el párrafo 3 del artículo 54. Los gobiernos han expresado dudas en cuanto a si puede tener un efecto real, dadas su vaguedad y generalidad. Algunos han instado por una

¹⁰³ Véase un examen de la práctica en el tercer informe, A/CN.4/507/Add.4, párrs. 391 a 394.

¹⁰⁴ Israel, A/C.6/55/SR.15, párr. 25.

¹⁰⁵ Botswana, A/C.6/55/SR.15, párr. 63; China, A/C.6/55/SR.14, párrs. 40 y 41; Cuba, A/C.6/55/SR.18, párr. 59; Alemania, A/C.6/55/SR.14, párr. 54; el Japón, A/C.6/55/SR.14, párr. 67; la Jamahiriya Árabe Libia, A/C.6/55/SR.22, párr. 52. Otros gobiernos solicitaron que se estudiara más detenidamente el problema: por ejemplo, Argelia, A/C.6/55/SR.18, párr. 5; Jordania, A/C.6/55/SR.18, párr. 17; Polonia, A/C.6/55/SR.18, párr. 48; también la República de Corea, en Comentarios y observaciones ... (A/CN.4/515).

¹⁰⁶ Por ejemplo, el Reino Unido, A/C.6/55/SR.14, párrs. 31 y 32.

¹⁰⁷ Por ejemplo, México, A/C.6/55/SR.20, párrs. 35 y 36; la República Islámica del Irán, A/C.6/55/SR.15, párr. 17.

¹⁰⁸ Por ejemplo, el Camerún, A/C.6/55/SR.24, párrs. 63 y 64; Grecia, A/C.6/55/SR.17, párr. 85.

formulación más explícita del párrafo 3 del artículo 54¹⁰⁹, así como por aclaración en cuanto a la relación entre el párrafo 2 del artículo 54 y el párrafo 2 c) del artículo 42¹¹⁰. Pero en el plano normativo es difícil ver qué más puede decirse.

74. Hay una nueva dificultad en el sentido de que la simple supresión del artículo 54 acarrearía la implicancia de que sólo pueden adoptar medidas los Estados lesionados, definidos estrictamente. El estado actual del derecho internacional relativo a las medidas adoptadas en interés general o común es indudablemente incierto. Pero, en opinión del Relator Especial, no puede ocurrir que las contramedidas en ayuda del cumplimiento del derecho internacional estén limitadas a las violaciones que afecten los intereses de algunos Estados poderosos o sus aliados¹¹¹. Las obligaciones para con la comunidad internacional, o el interés colectivo, dicho de otra manera, no son obligaciones de “segunda clase” en comparación con las obligaciones en virtud de tratados bilaterales. Si bien cabe esperar que las organizaciones internacionales puedan resolver las crisis humanitarias o de otro orden que suelen surgir de las violaciones graves del derecho internacional, los Estados no han abdicado sus atribuciones de tomar medidas individualmente. De esta manera, si se suprimiera el artículo 54 habría al menos necesidad de alguna forma de cláusula de salvaguardia¹¹².

Artículo 55. Terminación de las contramedidas

75. Como se observó, el artículo 55 ha contado con buena acogida en general.

Conclusión general de la segunda parte bis, capítulo II

76. El Relator Especial considera que es una cuestión de política general que la Comisión decida entre las opciones disponibles acerca de las contramedidas enunciadas en el párrafo 60 *supra*. Su opinión personal es que, si bien todavía subsisten problemas de redacción de los artículos (especialmente en el artículo 51), el equilibrio esencial logrado en el capítulo II es razonable *de lege ferenda*. En cuanto al artículo 53, la existencia de ciertas normas procesales mínimas en derecho internacional para tomar y mantener contramedidas difícilmente puede negarse, aunque los artículos van más allá de esos límites al referirse a “contramedidas provisionales y urgentes”. En cuanto al artículo 54, difícilmente puede sostenerse atendida la práctica reciente que las contramedidas no están disponibles para los Estados del artículo 49 en ninguna circunstancia. Pero la aparente paradoja de “medidas colectivas unilaterales” plantea preocupaciones comprensibles, y tal vez no se requiera más que una cláusula de salvaguardia en el momento actual. Atendidos el debate en sesiones plenarios y las conclusiones a que se llegó sobre cuestiones como la solución de controversias y la forma del proyecto de artículos, será necesario examinar la posibilidad de lograr un texto equilibrado y generalmente aceptable.

¹⁰⁹ Por ejemplo, Austria, A/C.6/55/SR.17, párr. 79; Chile, A/C.6/55/SR.17, párr. 48; Jordania, A/C.6/55/SR.18, párr. 17. Otros gobiernos apoyaron la flexibilidad del párrafo 3: por ejemplo, Italia, A/C.6/55/SR.16, párr. 28.

¹¹⁰ Austria, A/C.6/55/SR.17, párrs. 77 y 78.

¹¹¹ Algunos gobiernos sugirieron que podían adoptar medidas los Estados del artículo 49, pero sólo para asegurar la cesación de la violación: por ejemplo, Austria, A/C.6/55/SR.17, párr. 76; Cuba, A/C.6/55/SR.18, párr. 59; Polonia, A/C.6/55/SR.18, párr. 48. Otros limitarían el artículo 54 a las instancias de “violaciones graves” tal como se definen en el artículo 41: Costa Rica, A/C.6/55/SR.17, párr. 63; Italia, A/C.6/55/SR.16, párr. 28; Federación de Rusia, A/C.6/55/SR.18, párr. 51; España, A/C.6/55/SR.16, párr. 13.

¹¹² Idea sugerida por el Reino Unido: A/C.6/55/SR.14, párr. 32.

