LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

[Tema 3 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/507 y Add.1 a 4*

Tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados, preparado por el Sr. James Crawford, Relator Especial

[Original: inglés]
[15 de junio, 10 y 18 de julio, y 4 de agosto de 2000]

ÍNDICE

		Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		5
Obras citadas en el presente informe		7
	Párrafos	
INTRODUCCIÓN	1–11	11
A. Programa para terminar la segunda lectura	1–4	11
B. Las partes segunda y tercera aprobadas en primera lectura: consideraciones generales	5–11	12
Capítulo		
I. SEGUNDA PARTE. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO DE UN ESTADO	12–119	15
A. Capítulo I. Principios generales	13–119	15
1. Título y contenido del capítulo I	13–16	15
2. El principio general de la reparación	17–43	15
a) Disposiciones actuales	17–22	16
b) Una propuesta de principio general	23–37	17
c) Artículo 42, párrafos 3 y 4	38–43	20
3. Cesación y cuestiones conexas	44–59	22
a) Disposiciones vigentes	44–48	22
b) Lugar de la cesación en el proyecto de artículos	49–50	22
c) Cuestión de la ubicación y la formulación	51–52	23
d) Seguridades y garantías de no repetición	53–59	23
4. Otras consecuencias jurídicas con arreglo al derecho internacional consuetudinario	60–65	24
5. El Estado lesionado	66–118	26
a) Artículo 40. Significado de «Estado lesionado»	66–81	26
b) Algunas cuestiones preliminares	82–96	30
c) Variantes para reformular el artículo 40	97–118	34
6. Conclusiones sobre el capítulo I de la segunda parte	119	40
B. Capítulo II. Formas de la reparación	120–223	41
1. Consideraciones generales	120–123	41
2. La restitución	124–146	41
a) Actual artículo 43	124–129	41
b) La cesación, la restitución y la indemnización: problemas de clasificación y de prioridad	130–143	44
c) Excepciones a la restitución	144	47
d) La formulación del artículo 43	145–146	48
3. Indemnización	147–166	49

* En el que se incorpora el documento A/CN.4/507/Add.1/Corr.1.

		Párrafos	*Página*
	a) Actual artículo 44	147–153	49
	b) Fijación de la indemnización: ¿principio general o normas detalladas?	154–160	50
	c) Limitaciones a la indemnización	161–164	53
	d) Conclusión	165–166	54
4.	Satisfacción	167–194	54
	a) Actual artículo 45	167–177	54
	b) El carácter de la satisfacción como forma de reparación	178–181	56
	c) Formas específicas de satisfacción	182–192	57
	d) Limitaciones de la satisfacción: artículo 45, párrafo 3	193	59
	e) Conclusión sobre el artículo 45	194	59
5.	Intereses	195–214	60
	a) La cuestión de los intereses en el proyecto de artículos	195–198	60
	b) Función de los intereses en relación con el resarcimiento	199–212	60
	c) ¿Una disposición sobre intereses?	213–214	63
6.	Atenuación de la responsabilidad	215–222	64
	a) Culpa concurrente	216–221	64
	b) Mitigación del daño	222	65
7.	Resumen de las conclusiones relativas al capítulo II de la segunda parte	223	65
II.	Estructura de las partes restantes del proyecto de artículos	224–226	66
III.	Formas en que un Estado lesionado puede hacer valer la responsabilidad	227–284	66
A.	Consideraciones generales	227–262	66
1.	El derecho del Estado lesionado a elegir el tipo de reparación	232–233	67
2.	Los requisitos formales para hacer valer la responsabilidad	234–238	67
3.	Algunas cuestiones relativas a la admisibilidad de las reclamaciones	239–242	69
	a) Agotamiento de los recursos internos (artículo 22)	241	69
	b) Nacionalidad de las reclamaciones	242	69
4.	Límites a la posibilidad de obtener una reparación	243–249	69
	a) El principio *non ultra petita*	244–247	70
	b) La norma que prohíbe un doble resarcimiento	248–249	71
5.	La pérdida del derecho a hacer valer la responsabilidad	250–262	71
	a) Renuncia	253–256	72
	b) Demora	257–259	73
	c) Satisfacción	260–261	74
	d) Terminación o suspensión de la obligación incumplida	262	75
B.	Asuntos que entrañan una pluralidad de Estados lesionados o responsables	263–283	75
1.	Exposición general de las cuestiones jurídicas	266–281	76
	a) Pluralidad de Estados responsables	267–278	76
	b) Pluralidad de Estados lesionados	279–281	80
2.	Disposiciones propuestas	282–283	80
C.	Conclusiones en relación con la segunda parte *bis*, capítulo I	284	81
D.	Adopción de contramedidas por el Estado lesionado	285–367	82
1.	Introducción	286–291	82
2.	Examen del actual capítulo III (arts. 47 a 50)	292–319	83
	a) Artículo 47 (Contramedidas adoptadas por el Estado lesionado)	293–297	83
	b) Artículo 48 (Condiciones del recurso a las contramedidas)	298–305	84
	c) Artículo 49 (Proporcionalidad)	306–310	87
	d) Artículo 50 (Contramedidas prohibidas)	311–319	88
3.	Refundición de las disposiciones relativas a las contramedidas adoptadas por un Estado lesionado	320–362	91
	a) Definición de contramedidas	321–333	91

		Párrafos	Página
	b) Obligaciones no sujetas al régimen de contramedidas	334–343	93
	c) Condiciones para adoptar y mantener contramedidas	344–360	96
	i) Requisitos de fondo	345–354	96
	ii) Requisitos de procedimiento	355–360	98
	d) Cancelación de contramedidas	361	100
	e) El enunciado del artículo 30	362	100
	4. Las contramedidas y la excepción de incumplimiento	363–366	100
	5. Conclusiones sobre las contramedidas adoptadas por un Estado lesionado	367	101
IV.	Invocación de la responsabilidad hacia un grupo de Estados o hacia la comunidad internacional	368–413	102
	A. Generalidades	369–385	102
	1. Derecho de todo Estado a invocar la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones hacia la comunidad internacional	373–375	104
	2. Límites del derecho a invocar la responsabilidad en nombre de otro	376–379	105
	3. Cuestiones relativas a las sanciones y al procedimiento	380–385	105
	B. Contramedidas colectivas	386–405	107
	1. Examen de los usos de los Estados	391–394	108
	2. Evaluación	395–400	110
	3. Conclusión provisional	401–406	111
	C. Consecuencias adicionales de las «violaciones graves» de las obligaciones hacia la comunidad internacional en su conjunto	407–411	113
	1. Conveniencia o no de imponer obligaciones adicionales a otros Estados en caso de violación grave de obligaciones hacia la comunidad internacional	410	114
	2. Margen para la evolución posterior	411	114
	D. Resumen de las conclusiones relativas a la segunda parte del capítulo III y a la segunda parte *bis*	412–413	114
V.	Cuarta parte. Disposiciones generales	414–429	115
	A. Artículos existentes	415–426	115
	1. Artículo 37. *Lex specialis*	415–421	115
	2. Artículo 39. Relación con la Carta de las Naciones Unidas	422–426	116
	B. Propuestas de adiciones a la cuarta parte	427–428	117
	C. Resumen de las conclusiones relativas a la cuarta parte	429	118

LISTA DE CUADROS

1.	Estados con derecho a exigir responsabilidad en relación con obligaciones multilaterales	107	37
2.	Consecuencias jurídicas de la responsabilidad de un Estado que pueden hacer valer los Estados diferentemente perjudicados	116	39

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Acta General de la Conferencia de Berlín (Berlín, 26 de febrero de 1885)	*British and Foreign State Papers*, vol. LXXVI, pág. 4.
Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania (Tratado de Versalles) (Versalles, 28 de junio de 1919)	H. Triepel, *Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international. Continuation du grand recueil de G. F. de Martens*, 3.ª serie, vol. XI, Leipzig, Librairie Theodor Weicher, 1922, pág. 323.
Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Ginebra, 27 de julio de 1929)	Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CXVIII, n.º 2734, pág. 343.

Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (Ginebra, 30 de octubre de 1947)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 55, n.º 814, pág. 194.
Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Ibíd., vol. 75, n.os 970 a 973, págs. 31 y ss. En español, véase CICR, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12.ª ed., Ginebra, 1983, págs. 23 y ss.
Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1125, n.º 17512, pág. 214.
Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio europeo de derechos humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Ibíd., vol. 213, n.º 2889, pág. 221. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 243-1979, 10 de octubre de 1979.
Protocolo n.º 11 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por Convenio (Estrasburgo, 11 de mayo de 1994)	Consejo de Europa, *Série des traités européens*, n.º 155. En español, véanse España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 152-1998, 26 de junio de 1998, y n.º 223-1998, 17 de septiembre de 1998.
Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Roma, 25 de marzo de 1957), tal como ha sido modificado por el Tratado de Amsterdam (Amsterdam, 2 de octubre de 1997)	*Diario Oficial de las Comunidades Europeas,* n.º C 340/271, 10 de noviembre de 1997, pág. 1.
Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 500, n.º 7310, pág. 162.
Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963)	Ibíd., vol. 596, n.º 8638, pág. 392.
Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Washington D.C., 18 de marzo de 1965)	Ibíd., vol. 575, n.º 8359, pág. 206.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 993, n.º 14531, pág. 3.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, n.º 14668, pág. 241.
Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, n.º 18232, pág. 443.
Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (Londres, Moscú y Washington D.C., 29 de marzo de 1972)	Ibíd., vol. 961, n.º 13810, pág. 212.
Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural (París, 16 de noviembre de 1972)	Ibíd., vol. 1037, n.º 15511, pág. 163.
Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Nueva York, 14 de junio de 1974) enmendada por el Protocolo por el que se enmienda la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980)	Ibíd., vol. 1511, n.º 26121, pág. 99.
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	*Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, vol. XVII (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.84.V.3), A/CONF.62/122.
Acuerdo de cooperación entre la Comunidad Económica Europea y la República Socialista Federativa de Yugoslavia (Bruselas, 24 de enero de 1983)	*Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.º L 41, pág. 2.
Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono (Viena, 22 de marzo de 1985)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1513, n.º 26164, pág. 371.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (Viena, 21 de marzo de 1986)	A/CONF.129/15.
Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono (Montreal, 16 de septiembre de 1987)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1522, pág. 65.
Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (Marrakech, 15 de abril de 1994)	Ibíd., vols. 1867 a 1869, n.º 31874.
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998)	A/CONF.183/9.

Obras citadas en el presente informe

ABI-SAAB, Georges

Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale: étude des notions fondamentales de procédure et des moyens de leur mise en œuvre, París, Pedone, 1967, 279 págs.

«The uses of article 19», *Journal européen de droit international* (Florencia), vol. 10, n.º 2, 1999, págs. 339 a 351.

AKEHURST, Michael

«Reprisals by third States», *British Year Book of International Law, 1970* (Londres), vol. 44, págs. 1 a 18.

ALDRICH, George H.

The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal, Oxford, Clarendon Press, 1996, 590 págs.

ALSTON, Philip

«The Commission on Human Rights», en Philip Alston (ed.), *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, Oxford, Clarendon Press, 1992, págs. 126 a 210.

ANNACKER, Claudia

«Part two of the International Law Commission's draft articles on State responsibility», *German Yearbook of International Law* (Berlín), vol. 37, 1994, págs. 206 a 253.

ARANGIO-RUIZ, Gaetano

«Article 39 of the ILC first-reading draft articles on State responsibility», *Rivista di diritto internazionale* (Milán), vol. LXXXIII, 2000, págs. 747 a 769.

ARGENT, Pierre d'

«Le fonds et la commission de compensation des Nations Unies», *Revue belge de droit international* (Bruselas), vol. XXV, 1992-2, págs. 485 a 518.

ATIYAH, P. S.

An Introduction to the Law of Contract, 5.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1995, 479 págs.

BANCO MUNDIAL

Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, vol. I, *Survey of Existing Instruments*, Washington D.C., 1992.

BARKER, John Holly

The Valuation of Income-Producing Property in International Law, Universidad de Cambridge, 1998 (tesis doctoral).

BEDERMAN, David J.

«Article 40(2)(E) & (F) of the ILC draft articles on State responsibility: standing of injured States under customary international law and multilateral treaties», *Proceedings of the 92nd Annual Meeting of the American Society of International Law: The Challenge of Non-State Actors*, Washington D.C., 1.º a 4 de abril de 1998, págs. 291 a 294.

«Contributory fault and State responsibility», *Virginia Journal of International Law*, vol. 30, n.º 2, primer trimestre de 1990, págs. 335 a 369.

BETTAUER, Ronald J.

«The United Nations Compensation Commission: developments since October 1992», *American Journal of International Law* (Washington D.C.), vol. 89, n.º 2, abril de 1995, págs. 416 a 423.

BOELAERT-SUOMINEN, Sonja

«Iraqi war reparations and the laws of war: a discussion of the current work of the United Nations Compensation Commission with specific reference to environmental damage during warfare», *Austrian Journal of Public and International Law* (Viena), vol. 50, 1996, págs. 225 a 316.

BOTHE, Michael

«Neutrality in naval warfare: what is left of traditional international law?», en Astrid J. M. Delissen y Gerard J. Tanja (eds.), *Humanitarian Law of Armed Conflict – Challenges Ahead: Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991, págs. 387 a 405.

BOWETT, Derek William

«Crimes of State and the 1996 report of the International Law Commission on State responsibility», *Journal européen de droit international* (Florencia), vol. 9, n.º 1, 1998, pág. 163.

BROWER, Charles N. y Jason D. BRUESCHKE

The Iran-United States Claims Tribunal, La Haya, Martinus Nijhoff, 1998, 931 págs.

BROWNLIE, Ian

System of the Law of Nations: State Responsibility, Parte I, Oxford, Clarendon Press, 1983.

CAFLISCH, Lucius

«La pratique suisse de matière de droit international public 1975», *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXXII, 1976, págs. 69 a 166.

CHARNEY, Jonathan I.

«Third State remedies in international law», *Michigan Journal of International Law*, vol. 10, n.º 1, primer trimestre de 1989, págs. 57 a 101.

CHATTERJEE, Charles

«The use of the discounted cash flow method in the assessment of compensation: comments on the recent World Bank guidelines on the treatment of foreign direct investment», *Journal of International Arbitration* (Ginebra), vol. 10, n.º 4, diciembre de 1993, págs. 19 a 27.

CHRISTENSON, Gordon A.

«State Responsibility and the UN Compensation Commission: compensating victims of crimes of State», en Richard B. Lillich (ed.), *The United Nations Compensation Commission*, Irvington-on-Hudson (Nueva York), Transnational, 1995, págs. 311 a 364.

COING, Helmut

«Dawes Plan» en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, Elsevier, 1992.

CRAWFORD, James

«The standing of States: a critique of article 40 of the ILC's draft articles on State responsibility», en Mads Andenas (ed.), *Judicial Review in International Perspective:* Liber Amicorum *in Honour of Lord Slynn of Hadley*, La Haya, Kluwer Law International, 2000.

CROOK, John R.

«The United Nations Compensation Commission: a new structure to enforce State responsibility», *American Journal of International Law* (Washington D.C.), vol. 87, n.º 1, enero de 1993, págs. 144 a 157.

DAGAN, Hanoch

Unjust Enrichment: A Study of Private Law and Public Values, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, 195 págs.

DECAUX, Emmanuel

«Responsabilité et réparation», *La responsabilité dans le système international: colloque du Mans*, París, Pedone, 1991, págs. 147 a 190.

Dominicé, Christian

«La réparation non contentieuse», *La responsabilité dans le système international: colloque du Mans*, París, Pedone, 1991, págs. 191 a 223.

«De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un État», *El derecho internacional en un mundo en transformación:* liber amicorum *en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 1994, págs. 505 a 522.

«De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un État», *L'ordre juridique international entre tradition et innovation: recueil d'études*, París, Presses Universitaires de France, 1997, págs. 349 a 365.

«The international responsibility of States for breach of multilateral obligations», *Journal européen de droit international* (Florencia), vol. 10, n.º 2, 1999, págs. 353 a 363.

Dugard, C. J. R.

«The Organization of African Unity and colonialism: an enquiry into the plea of self-defence as a justification for the use of force in the eradication of colonialism», *International and Comparative Law Quarterly* (Londres), vol. 16, 1967, págs. 157 a 190.

Dupuy, Pierre-Marie

«Le fait générateur de la responsabilité internationale des États», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1984–V*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, vol. 188, págs. 9 a 134.

Erasmus, Gavin M.

Compensation for Expropriation: A Comparative Study, Oxford, Jason Reese en asociación con el Comité Nacional de Derecho Comparado del Reino Unido, 1990.

Ferguson-Brown, Kevin

«The legality of economic sanctions against South Africa in contemporary international law», *South African Yearbook of International Law* (Pretoria), vol. 14, 1988-1989, págs. 59 a 84.

Fitzmaurice, Sir Gerald

The Law and Procedure of the International Court of Justice, Cambridge, Grotius, 1986, 860 págs.

Fleischhauer, Carl-August

«Prescription», en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, Amsterdam, Elsevier, 1997, págs. 1105 a 1108.

Friedland, Paul D. y Eleanor Wong

«Measuring damages for the deprivation of income-producing assets: ICSID case studies», *Foreign Investment Law Journal*, vol. 6, n.º 1, segundo trimestre de 1991, págs. 400 a 430.

Frigessi di Rattalma, Marco

«Le régime de responsabilité internationale institué par le conseil d'administration de la commission de compensation des Nations Unies», RGDIP, vol. CI, 1997, págs. 45 a 90.

Frowein, Jochen A.

«Reactions by not directly affected States to breaches of public international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1994–IV*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, vol. 248, págs. 345 a 437.

Gaja, Giorgio

«Should all references to international crimes disappear from the ILC draft articles on State responsibility?», *Journal européen de droit international* (Florencia), vol. 10, n.º 2, 1999, págs. 365 a 370.

Gattini, Andrea

«La riparazione dei danni di guerra causati dall'Iraq», *Rivista di diritto internazionale* (Milán), vol. LXXVI, 1993, págs. 1000 a 1046.

Gotanda, John Yukio

«Awarding interest in international arbitration», *American Journal of International Law* (Washington D.C.), vol. 90, n.º 1, enero de 1996, págs. 40 a 63.

Supplemental Damages in Private International Law, La Haya, Kluwer Law International, 1998, 250 págs.

Gowland-Debbas, Vera

Collective Responses to Illegal Acts in International Law: United Nations Action in the Question of Southern Rhodesia, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1990, 753 págs.

Gray, Christine D.

Judicial Remedies in International Law, Oxford, Clarendon Press, 1987, 250 págs.

«The choice between restitution and compensation», *Journal européen de droit international* (Florencia), vol. 10, n.º 2, 1999, págs. 413 a 423.

Graefrath, Bernhard

«Responsibility and damages caused: relationship between responsibility and damages», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1984–II*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1985, vol. 185.

«Iraqi reparations and the Security Council», *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 55, 1995, págs. 1 a 68.

«International crimes and collective security», en Karel Wellens (ed.), *International Law – Theory and Practice: Essays in Honour of Eric Suy*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1998, págs. 237 a 252.

Greig, D.W.

«Reciprocity, proportionality and the law of treaties», *Virginia Journal of International Law*, vol. 34, n.º 2, primer trimestre de 1994, págs. 295 a 403.

Grotius, Hugo

De Jure Belli ac Pacis: Libri Tres (1646), en *The Classics of International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1925, vol. II.

Hahn, Michael J.

Die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Repressalie (Unilateral Suspension of GATT Obligations as Reprisal (resumen en inglés)), Berlín, Springer, 1996.

Hart, H. L. A. y A. M. Honoré

Causation in the Law, 2.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1985, 516 págs.

Heiskanen, Veijo y Robert O'Brien

«UN Compensation Commission panel sets precedents on Government claims», *American Journal of International Law* (Washington D.C.), vol. 92, n.º 2, abril de 1998, págs. 339 a 350.

Higgins, Rosalyn

«The taking of property by the State: recent developments in international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1982–III*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1983, vol. 176, págs. 259 a 391.

Hohfeld, Wesley Newcomb

Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays, New Haven, Yale University Press, 1923.

Hondius, Ewoud H.

«General report», *Extinctive Prescription – On the Limitation of Actions: Reports to the XIVth Congress, International Academy of Comparative Law, Athens (Vouliagmeni), Greece, 31 July–7 August 1994*, La Haya, Kluwer Law International, 1995, págs. 1 a 25.

Honoré, A. M.

«Causation and remoteness of damage», en André Tunc (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, parte I, cap. 7, Tubinga, Mohr, 1983, 156 págs.

Hoogh, Andreas Johannes Joseph de

Obligations Erga Omnes *and International Crimes: A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, La Haya, Kluwer, 1996, 397 págs.

Hunter, Martin y Volker Triebel

«Awarding interest in international arbitration», *Journal of International Arbitration* (Ginebra), vol. 6, n.º 1, marzo de 1989, págs. 7 a 23.

Hutchinson, D. N.

«Solidarity and breaches of multilateral treaties», *British Year Book of International Law, 1988* (Oxford), vol. 59, págs. 151 a 215.

Ibrahim, Ashraf Ray

«The doctrine of laches in international law», *Virginia Law Review* (Charlottesville), vol. 83, n.º 3, abril de 1997, págs. 647 a 692.

Instituto Internacional de Derecho Humanitario

San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea, Louise Doswald-Beck (ed.), Cambridge, Grotius, 1995, 257 págs.

Iovane, Massimo

La riparazione nella teoria e nella prassi dell'illicito internazionale, Milán, Giuffrè, 1990, 340 págs.

Jennings, Sir Robert y Sir A. Watts (eds.)

Oppenheim's International Law, vol. 1, *Peace*, partes 2-4, 9.ª ed., Harlow, Longman, 1992.

Jørgensen, Nina H. B.

«A reappraisal of punitive damages in international law», *British Yearbook of International Law, 1997* (Oxford), vol. 68, págs. 247 a 266.

Kawasaki, Kyoji

«The notion of 'injured State' in the law of international responsibility of States: the ILC's draft article 5 of part two on State responsibility (3 parts)», *Shudo Law Review*, vol. 11, 1989, págs. 319 a 353; vol. 12, 1990, págs. 95 a 120; vol. 13, 1991, págs. 225 a 262. En japonés.

«The 'injured State' in the international law of State responsibility», *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, vol. 28, 2000, págs. 17 a 31.

Kent, Bruce

The Spoils of War: The Politics, Economics, and Diplomacy of Reparations 1918–1932, Oxford, Clarendon Press, 1989, 462 págs.

Keynes, John Maynard

The Economic Consequences of the Peace, Londres, Macmillan, 1919, 279 págs.

Khalilian, Seyed Khalil

«The place of discounted cash flow in international commercial arbitrations: awards by Iran-United States Claims Tribunal», *Journal of International Arbitration* (Ginebra), vol. 8, n.º 1, marzo de 1991, págs. 31 a 50.

Klein, Pierre

La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens, Bruselas, Bruylant, 1998.

Koskenniemi, Martti

«L'affaire du passage par le Grand-Belt», *Annuaire français de droit international, 1992* (París), vol. XXXVIII, págs. 905 a 947.

Lieblich, William C.

«Determinations by international tribunals of the economic value of expropriated enterprises», *Journal of International Arbitration* (Ginebra), vol. 7, n.º 1, marzo de 1990, págs. 37 a 76.

«Determining the economic value of expropriated income-producing property in international arbitrations», *Journal of International Arbitration* (Ginebra), vol. 8, n.º 1, marzo de 1991, págs. 59 a 80.

Lillich, Richard B. (ed.)

The United Nations Compensation Commission, Irvington-on-Hudson (Nueva York), Transnational, 1995, 486 págs.

Lindemann, Hans-Heinrich

«The repercussions resulting from the violation of human rights in Surinam on the contractual relations between the Netherlands and Surinam», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 44, 1984, págs. 64 a 93.

Mann, F. A.

«Compound interest as an item of damage in international law», *Further Studies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1990, págs. 377 a 385.

Mantoux, Étienne

The Carthaginian Peace or The Economic Consequences of Mr. Keynes, Londres, Oxford University Press, 1946, 210 págs.

Markesinis, B. S.

The German Law of Obligations – Volume II The Law of Torts: A Comparative Introduction, 3.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1997, 1016 págs.

Migliorino, Luigi

«Sur la déclaration d'illicéité comme forme de satisfaction: à propos de la sentence arbitrale du 30 avril 1990 dans l'affaire du *Rainbow Warrior*», RGDIP, vol. 96, 1992, págs. 61 a 74.

Moore, John Bassett

History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party, vol. IV, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1898.

Neff, Stephen C.

«Boycott and the law of nations: economic warfare and modern international law in historical perspective», *British Year Book of International Law, 1989* (Oxford), vol. 59, págs. 113 a 149.

Norton, Patrick M.

«A law of the future or a law of the past? Modern tribunals and the international law of expropriation», *American Journal of International Law* (Washington D.C.), vol. 85, n.º 3, julio de 1991, págs. 474 a 505.

Noyes, John E. y Brian D. Smith

«State responsibility and the principle of joint and several liability», *Yale Journal of International Law*, vol. 13, n.º 2, tercer trimestre de 1988, págs. 225 a 267.

Oeter, Stefan

«Methods and means of combat», en Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford, Oxford University Press, 1995, págs. 105 a 207.

O'Neill, Philip D. Jr. y Nawaf Salam

«Is the *exceptio non adimpleti contractus* part of the new *lex mercatoria*?», en Emmanuel Gaillard (ed.), *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, París, Cámara de Comercio Internacional, 1993, págs. 147 a 159.

Padelletti, Maria Luisa

Pluralità di Stati nel fatto illecito internazionale, Milán, Giuffrè, 1990, 239 págs.

Partsch, Karl Josef

«Reprisals», en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam, Elsevier, 2000, págs. 200 a 205.

PELLET, Alain

«Vive le crime! Remarques sur les degrés de l'illicite en droit international», *Le droit international à l'aube du XXIe siècle: Réflexions de codificateurs*, publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta E/F.97.V.4, págs. 287 a 315.

«Can a State commit a crime? Definitely, yes!», *Journal européen de droit international* (Florencia), vol. 10, n.º 2, 1999, págs. 425 a 434.

PELLONPÄÄ, Matti

«Compensable claims before the Tribunal: expropriation claims», en Richard B. Lillich y Daniel Barstow Magraw (eds.), *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility*, Irvington-on-Hudson (Nueva York), Transnational, 1998, págs. 185 a 266.

PENROSE, Edith, George JOFFE y Paul STEVENS

«Nationalisation of foreign-owned property for a public purpose: an economic perspective on appropriate compensation», *Modern Law Review*, vol. 55, 1992, págs. 351 a 367.

PERRIN, Georges

«La détermination de l'État lésé: les régimes dissociables et les régimes indissociables», en Jerzy Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haya, Kluwer Law International, 1996, págs. 243 a 247.

PINTO, Roger

«Prescription in international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1955–I*, Leiden, Sijthoff, 1956, vol. 87, págs. 387 a 455.

PISILLO MAZZESCHI, Riccardo

«La riparazione per violazione dei diritti umani nel diritto internazionale e nella Convenzione europea», *La Comunità Internazionale*, vol. 53, n.º 2, 1998, págs. 215 a 235.

PLANIOL, Marcel

Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des Facultés de droit, 10.ª ed., París, LGDJ, 1926, vol. 2, págs. 241 a 267.

RAGAZZI, Maurizio

The concept of international obligations erga omnes, Oxford, Clarendon Press, 1997, 265 págs.

RANDELZHOFER, Albrecht y Christian TOMUSCHAT (eds.)

State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights, La Haya, Martinus Nijhoff, 1999, 296 págs.

RAO, P. Sreenivasa

«Comments on article 19 of the draft articles on State responsibility adopted by the International Law Commission», *Indian Journal of International Law*, vol. 37, n.º 4, 1997, págs. 673 a 676.

ROMANO, Cesare P. R.

«Woe to the vanquished? A comparison of the reparations process after World War I (1914-18) and the Gulf war (1990-91)», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 2, n.º 3, 1997, págs. 361 a 390.

ROSAS, Allan

«Mixed Union – mixed agreements», en Martti Koskenniemi (ed.), *International Law Aspects of the European Union*, La Haya, Kluwer Law International, 1998, págs. 125 a 148.

ROSENNE, Shabtai

Breach of Treaty, Cambridge, Grotius, 1985, 142 págs.

The Law and Practice of the International Court, 1920-1996, vol. II, *Jurisdiction*, 3.ª ed., La Haya, Martinus Nijhoff, 1997.

«State responsibility and international crimes: further reflections on article 19 of the draft articles on State responsibility», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 30, n.os 1-2, cuarto trimestre de 1997–primer trimestre de 1998, págs. 145 a 166.

ROSENSTOCK, Robert

«An international criminal responsibility of States?» *Le droit international à l'aube du XXIe siècle: Réflexions de codificateurs*, publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta E/F.97.V.4, págs. 265 a 285.

ROUSSEAU, Charles

«Chronique des faits internationaux», RGDIP, vol. LXXXVI, 1982.

Droit international public, vol. V, *Les rapports conflictuels*, París, Sirey, 1983.

RUBIN, Alfred P.

Ethics and Authority in International Law, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, 228 págs.

RUZIÉ, David

Droit international public, 13.ª ed., París, Dalloz, 1997, 259 págs.

SACHARIEW, K.

«State responsibility for multilateral treaty violations: identifying the 'injured State' and its legal status», *Netherlands International Law Review*, vol. XXXV, 1988, págs. 273 a 289.

SALMON, Jean

«La place de la faute de la victime dans le droit de la responsabilité internationale», *International Law at the Time of its Codification: Essays in Honour of Roberto Ago*, vol. III, Milán, Giuffrè, 1987, págs. 371 a 399.

SCHINDLER, Dietrich

«Transformations in the law of neutrality since 1945», en Astrid J. M. Delissen y Gerard J. Tanja (eds.), *Humanitarian Law of Armed Conflict – Challenges Ahead: Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991, págs. 367 a 386.

SCHWEBEL, Stephen M.

International Arbitration: Three Salient Problems, Cambridge, Grotius, 1987.

SHELTON, Dinah

Remedies in International Human Rights Law, Oxford, Oxford University Press, 1999, 387 págs.

SICILIANOS, Linos-Alexandre

Les réactions décentralisées à l'illicite: des contre-mesures à la légitime défense, París, LGDJ, 1990, 532 págs.

SIEKMANN, R. C. R.

«Netherlands State practice for the parliamentary year 1982–1983», *Netherlands Yearbook of International Law* (La Haya), vol. XV, 1984, págs. 267 a 390.

SIMMA, Bruno

«Bilateralism and community interest in the law of State responsibility», en Yoram Dinstein (ed.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, págs. 821 a 844.

«From bilateralism to community interest in international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1994–VI*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1997, vol. 250, págs. 217 a 384.

STERN, Brigitte

«Un système hybride: la procédure de règlement pour la réparation des dommages résultant de l'occupation illicite du Koweït par l'Irak», *McGill Law Journal*, vol. 37, 1991-1992, págs. 625 a 644.

STEWART, David P.

«Compensation and valuation issues», en Richard B. Lillich y Daniel Barstow Magraw (eds.), *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility*, Irvington-on-Hudson (Nueva York), Transnational, 1998, págs. 325 a 385.

STOLL, Hans

«Consequences of liability: remedies», en André Tunc (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, parte 2, cap. 8, Tubinga, Mohr, 1983.

TALMON, Stefan

Recognition of Governments in International Law: with Particular Reference to Governments in Exile, Oxford, Clarendon Press, 1998, 393 págs.

TRIFFTERER, Otto

«Prosecution of States for crimes of State», *Revista Internacional de Derecho Penal*, vol. 67, 1996, págs. 341 a 364.

VADAPALAS, Vilenas

«L'intérêt pour agir en responsabilité internationale», *Polish Yearbook of International Law* (Varsovia), vol. XX, 1993, págs. 17 a 35.

WALKER, David M.

The Oxford Companion to Law, Oxford, Clarendon Press, 1980, 1366 págs.

WEIR, Tony

«Complex liabilities», en André Tunc (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts*, parte 2, cap. 12, Tubinga, Mohr, 1983.

WEISS, Friedl

«Time limits for the prosecution of crimes against international law», *British Year Book of International Law, 1982* (Oxford), vol. 53, págs. 163 a 195.

WELLER, Marc

The Crisis in Kosovo 1989–1999: From the Dissolution of Yugoslavia to Rambouillet and the Outbreak of Hostilities, Cambridge, Documents & Analysis Publishing, 1999.

WHITEMAN, Marjorie M.

Damages in International Law, vol. III, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1943.

WILLIAMS, Glanville Llewellyn

Joint Obligations: A Treatise on Joint and Joint and Several Liability in Contract, Quasi-Contract and Trusts in England, Ireland and the Common-Law Dominions, Londres, Butterworth, 1949, 179 págs.

WITTICH, Stephan

«Awe of the gods and fear of the priests: punitive damages and the law of State responsibility», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 3, n.º 1, 1998, págs. 101 a 157.

WOODLIFFE, John

«Chernobyl: four years on», *International & Comparative Law Quarterly* (Londres), vol. 39, parte 2, abril de 1990, págs. 461 a 471.

ZEMANEK, Karl

«New trends in the enforcement of *erga omnes* obligations», *Max Planck Yearbook of United Nations Law* (La Haya), vol. 4, 2000, págs. 1 a 52.

ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ

An Introduction to Comparative Law, 3.ª ed. rev., Oxford, Clarendon Press, 1998, 714 págs.

Introducción[1]

A. Programa para terminar la segunda lectura

1. La Comisión de Derecho Internacional, en su 51.º período de sesiones, celebrado en 1999, finalizó la segunda lectura de la primera parte del proyecto de artículos, que había empezado en 1998. El Comité de Redacción examinó los artículos 1 a 35 y presentó informes al pleno de la Comisión[2]. Posteriormente, algunos gobiernos formularon nuevas observaciones en el marco de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General[3]. También hubo novedades en la jurisprudencia[4]. A título de observación subjetiva, cabe decir que las modificaciones introducidas con carácter provisional a la primera parte en 1998 y 1999 fueron bien acogidas en general porque simplificaban y aclaraban la intención original de esos textos. El concepto subyacente de la primera parte (enunciar el marco de normas secundarias generales de derecho internacional para determinar si un Estado había cometido un hecho internacionalmente ilícito) se mantuvo básicamente sin variaciones y se conservó cada uno de los capítulos de esa parte.

2. La propia Comisión reservó para un examen ulterior varias cuestiones relacionadas con la primera parte. Se trataba de:

a) La necesidad de una disposición relativa a la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto (obligaciones *erga omnes*) y su relación con las disposiciones del artículo 19 aprobado en primera lectura[5];

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

c) La formulación del artículo 30 (Contramedidas respecto a un hecho internacionalmente ilícito) a la luz del tratamiento de las contramedidas en otras disposiciones del proyecto[7];

[1] El Relator Especial desea dar las gracias al Sr. Pierre Bodeau, becario de investigación en el Research Centre for International Law, Universidad de Cambridge, por la importante asistencia prestada en relación con el presente informe, así como a John Barker, Ann Bodley, Petros Mavroidis, Jacqueline Peel, Christian Tams, Carole Moal, Johanne Poirier y Arnaud Macé, por la asistencia en su preparación, y al Leverhulme Trust por su generoso apoyo financiero.

[2] Para el texto de los proyectos de artículos aprobados a título provisional por el Comité de Redacción, véanse *Anuario… 1998*, vol. I, 2562.ª sesión, págs. 308 y 309, párr. 72; y *Anuario… 1999*, vol. I, 2605.ª sesión, págs. 294 a 296, párr. 4. Véanse también los informes de los presidentes del Comité de Redacción en 1998 (Sr. Simma, *Anuario… 1998*, vol. I, 2562.ª sesión, pág. 308) y en 1999 (Sr. Candioti, *Anuario… 1999*, vol. I., 2605.ª y 2606.ª sesiones, págs. 294 y 308, respectivamente).

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

[4] Por ejemplo, la decisión de la Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en *Prosecutor* v. *Duško Tadić*, caso n.º IT-94-1-A (1999), ILM, vol. 38, n.º 6 (noviembre de 1999), págs. 1518 a 1623.

[5] Véase *Anuario… 1998*, vol. II (segunda parte), pág. 83, párr. 331. También se refieren a esta cuestión las dudas expresadas por algunos miembros en cuanto a la necesidad de incluir el artículo 29 *bis* propuesto (Cumplimiento de una norma imperativa *(jus cogens)*); véase *Anuario… 1999*, vol. II (segunda parte), págs. 80 y 81, párrs. 309 a 315.

[6] Ibíd., págs. 71 a 73, párrs. 223 a 243.

[7] Ibíd., pág. 93, párr. 448.

d) La posibilidad de añadir otra circunstancia excluyente de la ilicitud, la del incumplimiento por la otra parte *(exceptio inadimpleti contractus)*, propuesta por el Relator Especial en 1999[8].

3. Cabe señalar que cada una de estas cuestiones guarda relación con lo que se ha de hacer con las disposiciones de la segunda parte actual[9]. Además, para que la CDI termine la segunda lectura del proyecto de artículos en 2001, como está previsto y como había pedido la Asamblea General, es indispensable que se presente a la Sexta Comisión en 2000 un texto completo del proyecto. Ello permitiría a la CDI examinar el proyecto de artículos en su conjunto a la luz de las observaciones que reciba antes de su próximo período de sesiones.

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

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

5. La segunda parte[10], aprobada en primera lectura, aborda una gran variedad de cuestiones:

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

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

c) Un capítulo relativo a las contramedidas (cap. III, arts. 47 a 50), y

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

6. En cuanto a la solución de controversias, el hecho de que se haya de mantener o no en la tercera parte dependerá de la decisión que se adopte en cuanto a la forma del proyecto de artículos. El Relator Especial ya ha indicado las razones por las cuales no está de acuerdo con el nexo especial adoptado en primera lectura entre la solución obligatoria de controversias y la adopción de contramedidas[11] y muchos miembros de la Comisión hicieron suyas esas razones en el curso del debate del segundo informe del Relator Especial[12]. De esta manera, es posible y, a juicio del Relator Especial, conveniente centrar la atención en la esencia del derecho de la responsabilidad de los Estados, incluida su puesta en práctica, antes de examinar las cuestiones conexas de la forma del proyecto de artículos y el arreglo de controversias.

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

a) *Aplicación interna del proyecto de artículos*. Las obligaciones relacionadas con la cesación, la reparación y las contramedidas a que se hace referencia en la segunda parte, son en sí obligaciones internacionales del Estado de que se trate y, por lo tanto, los artículos, que se aplican a todas las obligaciones internacionales de los Estados, son reflexivos. Así, el artículo 4, según el cual un Estado no puede invocar su derecho interno como justificación del incumplimiento de sus obligaciones internacionales, es aplicable a las obligaciones internacionales de la segunda parte. Lo mismo ocurre en el caso de las circunstancias excluyentes de la ilicitud: un Estado debería tener derecho a hacer valer, por ejemplo, la fuerza mayor como circunstancia excluyente de la ilicitud de no pagar una indemnización en la medida en que lo permita el capítulo V de la primera parte. Este carácter reflexivo de la primera parte tal vez no siempre se haya tenido claramente en cuenta al redactar la segunda parte. Por ejemplo, los elementos de fondo del artículo 4 se repiten en el artículo 42, párr. 4, repetición que no es estrictamente necesaria y puede dar lugar, en otras disposiciones de la segunda parte, a interpretaciones *a contrario sensu*, que no son convenientes[13];

b) *La segunda parte y la distinción entre el procedimiento y el fondo.* El proyecto de artículos, si bien se refiere a una materia que cabría calificar de «remedios judiciales»[14], está formulado en general desde el punto de vista de los derechos y las obligaciones de los Estados. En muchos sistemas jurídicos nacionales, las disposiciones equivalentes se expresan más bien desde el punto de vista de las atribuciones de los tribunales en cuanto a esos remedios. Ello no es posible en un sistema en que, *a priori*, no se tiene derecho a recurrir a un tribunal y en el que una amplia variedad de cortes, tribunales y otros órganos pueden tener que resolver cuestiones de responsabilidad. A pesar de estas diferencias, en las decisiones

---

[8] Ibíd., págs. 83 y 84, párrs. 334 a 347. Para la propuesta del Relator Especial, véase *Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/498A/CN.4/498 y Add.1 a 4, párrs. 316 a 331.

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

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

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

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

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

[10] Véase *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 68 a 70.

[11] Ibíd., pág. 71, art. 58, párr. 2, según fuera aprobado en primera lectura y, para una crítica, *Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/498 y Add.1 a 4, párrs. 386 a 389.

[12] *Anuario… 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 93, párrs. 441 a 447.

[13] Véase también el párrafo 42 *infra*.

[14] Véase Gray, *Judicial Remedies in International Law* y Shelton, *Remedies in International Human Rights Law.* El presidente del Comité de Redacción calificó de «medios de subsanar el daño» a la restitución, la indemnización y otros al presentar el artículo 42, párr. 1 (*Anuario… 1992*, vol. I, 2288.ª sesión, pág. 229, párr. 17).

judiciales internacionales suelen aparecer términos de derecho interno (la llamada «analogía con el derecho privado»)[15]. Si bien el proyecto de artículos no se refiere a cuestiones tales como la jurisdicción de los tribunales, suele decirse que las limitaciones a los remedios (la indemnización punitiva, por ejemplo) dimanan del texto de un compromiso o un acuerdo especial[16] y que hay una clara superposición entre cuestiones jurisdiccionales tales como la atribución de indicar o decretar medidas provisionales y las obligaciones de cesación. Esto constituye un problema especial en el caso de las declaraciones que los tribunales internacionales suelen hacer partiendo de la base de que la constatación oficial de una infracción es reparación suficiente en las circunstancias de un caso[17]. De hecho, en muchos casos de responsabilidad de los Estados (al igual que en muchas causas entre tribunales nacionales en materia de derecho público), la reparación primordial que se pide es de índole declaratoria;

c) *Los derechos y los medios de subsanar el daño: el problema de las facultades discrecionales.* Hay un elemento conexo. Al formular la segunda parte desde el punto de vista de los derechos no sólo se tiende a excluir aspectos de la reparación tales como el declaratorio, sino que también se hace necesario que el texto esté redactado en términos tales que indiquen que el derecho internacional determina previamente cuál es la forma adecuada de reparación. En realidad, los tribunales internacionales han demostrado un alto grado de flexibilidad al conocer de cuestiones de reparación[18]. En un sistema en que las normas de responsabilidad se pueden formular desde el punto de vista de las atribuciones o facultades discrecionales de los tribunales, ello no causa mayor problema. En un sistema en que todo está concebido desde el punto de vista de los derechos y las obligaciones[19] la situación es distinta y esa es una de las razones por las que se ha criticado la segunda parte, por ser excesivamente rígida o excesivamente ambigua[20].

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

8. La segunda parte aprobada en primera lectura tiene aspectos positivos y negativos. Desde un punto de vista positivo, algunos aspectos fundamentales del proyecto (la cesación, la reparación y las contramedidas) fueron formulados sobre la base de informes detallados y minuciosos del anterior Relator Especial, Sr. Arangio-Ruiz[21]. Naturalmente no hay que repetir esa labor y, más bien, hay que centrarse en la formulación y la posible elaboración de algunos proyectos de artículos, especialmente a la luz de las observaciones de los gobiernos. Desde un punto de vista negativo, hay que tener en cuenta varios elementos, tanto en relación con la segunda como con la tercera parte:

a) Se ha criticado la relación entre los conceptos de reparación en el artículo 42 y de restitución en especie en el artículo 43 porque son confusos y se superponen; sin embargo, en general, hay que prestar más atención a la cuestión de la selección entre las formas de reparación (especialmente la restitución y la compensación);

b) Cualquiera que sea el criterio que se adopte acerca de la cuestión de los «crímenes internacionales» definidos en el artículo 19 aprobado en primera lectura, los

---

[15] Véase el examen que hace el árbitro Mahmassani, en el mismo párrafo, de las cuestiones de la restitución y el cumplimiento en especie en el asunto *Libyan American Oil Company (LIAMCO)* v. *Government of the Libyan Arab Republic* (1977), ILR, vol. 62, pág. 198.

[16] Respecto de la relación entre la indemnización punitiva y las cláusulas de un compromiso, véanse, entre otros, los casos *Lusitania* (1923), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII (n.º de venta: 1949.V.5), págs. 41 y 42; *Responsabilité de l'Allemagne en raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât à la guerre* (1930), ibíd., vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), págs. 1076 y 1077; *Lillian Byrdine Grimm* v. *The Islamic Republic of Iran*, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1984, vol. 2, págs. 78 y 79.

[17] Véase, por ejemplo, el caso *Détroit de Corfou*, fondo, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 35 (véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 7); y el *Affaire concernant les problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France relatifs à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986, lesquels concernaient les problèmes découlant de l'affaire du* Rainbow Warrior, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (n.º de venta: E/F.93.V.3), págs. 272 y 273, párrs. 122 y 123. Véase, en general, Gray, *op. cit.*, págs. 127 a 131; y Shelton, *op. cit.*, págs. 68 y 69.

[18] Véase, por ejemplo, el caso *Projet Gabčikovo-Nagymaros* (Hungría/Eslovaquia), fallo, *C.I.J. Recueil 1997*, pág. 7. Para un caso en que esta flexibilidad llegó casi al punto de vulnerar el principio *ne ultra petita*, véase el asunto *Rainbow Warrior* (nota 17 *supra*), pág. 272, párrs. 116 a 120, y págs. 274 y 275, párrs. 124 a 128. Véanse en general respecto de la distinción entre cesación y reparación los párrafos 47 a 50 y 54 *infra*.

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

[20] Esta afirmación se puede ejemplificar haciendo remisión a un derecho a intereses devengados por una indemnización no pagada. En algunos casos, existen fundamentos para ordenar incluso el pago del interés compuesto; en otros, tal vez no proceda el pago de intereses, o el valor de la suma impaga se puede tener en cuenta de otra manera. En todo caso, resulta muy difícil especificar de antemano las condiciones en que puede proceder el pago de intereses (incluido el interés compuesto). Véase, por ejemplo, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A.* v. *Republic of Costa Rica*, caso n.º ARB/96/1, *ICSID Review, Foreign Investment Journal*, vol. 15, n.º 1 (segundo trimestre de 2000), laudo final (17 de febrero de 2000), párrs. 96 a 107. La Comisión no aprobó en primera lectura la propuesta del Relator Especial, Sr. Arangio-Ruiz de que se incluyera un artículo separado sobre los intereses; únicamente se hace una referencia ambigua a ellos en el artículo 44, párr. 2. Véase *Anuario… 1989*, vol. II (primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/425 y Add.1; y *Anuario… 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 79, comentario al artículo 8 [actual art. 44], párrs. 24 a 26.

[21] Para los informes sobre responsabilidad de los Estados preparados por el Sr. Arangio-Ruiz, véase:

Informe preliminar: *Anuario… 1988*, vol. II (primera parte), pág. 7, documento A/CN.4/416 y Add.1;

Segundo informe: *Anuario… 1989*, vol. II (primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/425 y Add.1;

Tercer informe: *Anuario… 1991*, vol. II (primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/440 y Add.1;

Cuarto informe: *Anuario… 1992*, vol. II (primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/444 y Add.1 a 3;

Quinto informe: *Anuario… 1993*, vol. II (primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/453 y Add. 1 a 3;

Sexto informe: *Anuario… 1994*, vol. II (primera parte), pág. 3, documento A/CN.4/461 y Add.1 a 3;

Séptimo informe: *Anuario… 1995*, vol. II (primera parte), pág. 3, documento A/CN.4/469 y Add.1 y 2;

Octavo informe: *Anuario… 1996*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/476 y Add.1.

artículos 51 y 53 han sido objeto de amplias críticas por ser inadecuados y no estar bien integrados en el texto[22];

c) Varias de las disposiciones generales de la segunda parte (por ejemplo, el artículo 37 *(Lex specialis)* y el artículo 39 (Relación con la Carta de las Naciones Unidas)), corresponden más a una parte final de carácter general y deberían ser aplicables al proyecto de artículos en su integridad. Tal vez haya que incluir asimismo otras disposiciones generales[23];

d) La tercera parte se refiere únicamente al arreglo de controversias y no al tema sustantivo, más amplio, de la puesta en práctica de la responsabilidad;

e) En lo que toca a la puesta en práctica de la responsabilidad, puede haber buenos argumentos para examinar cuestiones tales como la pérdida del derecho a hacer valer la responsabilidad (por analogía con el artículo 45 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (en adelante, la Convención de Viena de 1969)). También hay varias otras cuestiones que tal vez queden comprendidas en ese encabezamiento general.

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

a) El capítulo I apunta a enunciar los principios generales aplicables, pero básicamente consiste en cláusulas introductorias o de salvaguardia, junto con una «definición» amplia del Estado lesionado. Los principios básicos propios de la segunda parte, de haberlos, se encuentran en su mayor parte en capítulos ulteriores;

b) El capítulo II contiene artículos relativos a la cesación y la reparación en el sentido amplio (restitución, compensación, satisfacción, seguridades y garantías de no repetición). Sin embargo, la cesación es distinta de la reparación y está comprendida en un aspecto por una disposición del capítulo I (art. 36, párr. 2). Además el capítulo II enuncia únicamente algunos de los «derechos del Estado lesionado» mientras que en los capítulos III y IV se especifican otros puntos. Parecería conveniente distinguir las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito que se refieren a la cuestión del cumplimiento permanente de la obligación de que se trate (la cesación y, tal vez, las seguridades y las garantías de no repetición, por ejemplo) de las que se refieren a la reparación en el verdadero sentido del término. Además puede ser útil enunciar en el capítulo I el principio general de la reparación como corolario de los principios generales enunciados en los artículos 1 y 3. Sobre esa base, se puede utilizar el capítulo II para formular el contenido de la reparación en relación con casos especiales;

c) El capítulo III, relativo a las contramedidas, no parece referirse tanto al «contenido, formas y grados» de la responsabilidad de los Estados como a la forma lícita en que puede reaccionar el Estado lesionado frente al incumplimiento de una obligación internacional. El concepto de que las contramedidas son fundamentales y apuntan no sólo a castigar al Estado responsable sino también a hacerlo cumplir las obligaciones de cesación y reparación está expresado en el artículo 47 y fue afirmado por la CIJ en el caso *Projet Gabčikovo-Nagymaros*[24]. Por lo tanto, sería mejor que las disposiciones relativas a las contramedidas estuviesen en una parte (en lo sucesivo la segunda parte *bis*) relativa a la forma de poner en práctica la responsabilidad[25];

d) El capítulo IV apunta a enunciar las consecuencias concretas de los crímenes internacionales definidos en el anterior artículo 19, pero, como se señalaba en el primer informe del Relator Especial[26], estas consecuencias son más bien limitadas y no se trata de consecuencias «penales» en la acepción normal del término. No incluyen por ejemplo la indemnización punitiva, para no hablar de otras sanciones que puedan ser procedentes en el caso de las infracciones más graves del derecho internacional. La Comisión decidió en l998 que iba a tratar de resolver las cuestiones que planteaba el artículo 19 recurriendo a los conceptos de obligaciones con la comunidad internacional en su conjunto y de normas imperativas[27]. Esas obligaciones, en la medida en que tienen consecuencias jurídicas similares a aquellas a que se hace referencia en el capítulo II, deberían sin lugar a dudas ser precisadas en ese capítulo o en otro de la segunda parte. Habida cuenta de que pueden dar lugar a medidas colectivas contra el Estado responsable, cabría hacer referencia a ellas en la segunda parte *bis* que se ha propuesto;

e) No se encuentran en la segunda parte disposiciones que rijan las situaciones en que haya más de un Estado lesionado o más de un Estado responsable por el mismo hecho ilícito internacional. Tampoco hay una disposición que se refiera expresamente a la relación entre las formas de reparación que tiene el Estado primordialmente perjudicado por un hecho de esa índole y otros Estados con un interés jurídico en la cuestión (los Estados lesionados de otra forma)[28]. Esas cuestiones revisten particular importancia en el caso de las obligaciones multilaterales, esto es, aquellas respecto de un grupo de Estados a título colectivo o de la comunidad internacional en su conjunto.

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

Segunda parte. Consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito del Estado

Capítulo I. Principios generales

[22] Véase *Anuario… 1998*, vol. II (segunda parte), págs. 78 y 79, párrs. 298 a 301.

[23] Por ejemplo, el artículo A propuesto (Responsabilidad por el comportamiento de una organización internacional) (*Anuario… 1998*, vol. I, 2562.ª sesión, págs. 308 y 309, párr. 72): véase el primer informe del Relator Especial, ibíd., vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7, párrs. 253 a 259; e ibíd., vol. II (segunda parte), pág. 93, párrs. 427 a 429.

[24] *C.I.J. Recueil 1997*, págs. 55 a 57, párrs. 83 a 87.

[25] Para las razones aducidas por el Sr. Arangio-Ruiz para incluir las contramedidas en la segunda parte y dejar de lado el concepto de la puesta en práctica de la responsabilidad, véase *Anuario… 1988* (nota 21 *supra*), pág. 11, párr. 19. Las únicas cuestiones relativas a la forma de hacer valer la responsabilidad que se tuvieron en cuenta se referían a las contramedidas.

[26] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7, párr. 51.

[27] Ibíd., vol. II (segunda parte), pág. 83, párr. 331.

[28] Omisión que se señala en *Anuario… 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 63, comentario del artículo 6 *bis* [actual art. 42], nota 155.

Capítulo II. Formas de reparación

[Capítulo III. Casos en que haya pluralidad de Estados]

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

Capítulo I. Formas de hacer valer la responsabilidad del Estado

Capítulo II. Contramedidas

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

Cuarta parte. Disposiciones generales

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

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

Capítulo I

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

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

A. Capítulo I. Principios generales

1. Título y contenido del capítulo I

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

Artículo 36. Consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito

Artículo 37. *Lex specialis*

Artículo 38. Derecho internacional consuetudinario

Artículo 39. Relación con la Carta de las Naciones Unidas

Artículo 40. Significado de «Estado lesionado»

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

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

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

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

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

b) La cuestión de la cesación por el Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito de carácter continuo (que corresponde a los artículos 36, párr. 2 y 41); convendría examinar en el mismo contexto el artículo 46 (Seguridades y garantías de no repetición);

c) La cuestión de si las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito que se enuncian en la segunda parte son exhaustivas. Esto corresponde al artículo 38;

d) La cuestión del Estado o los Estados que pueden considerarse lesionados por un hecho internacionalmente ilícito. Esto corresponde al artículo 40.

Estas cuestiones serán examinadas en su orden.

2. El principio general de la reparación[29]

[29] Véanse el informe preliminar y el segundo informe del Sr. Arangio-Ruiz (*Anuario… 1998* y *Anuario… 1989*, respectivamente (nota 21 *supra*). Véase también Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, págs. 199 a 240; Graefrath, «Responsibility and damage caused: relationship between responsibility and damages», págs. 9 a 149; Iovane, *La riparazione nella teoria e nella prassi dell'illicito internazionale*; Decaux, «Responsabilité et réparation»; Dominicé, «La réparation non contentieuse» y «De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un État», en *International Law in an Evolving World*.

a) *Disposiciones actuales*

i) *Artículo 36, párrafo 1*

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

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

Según el comentario, su «único objeto» consiste en hacer «servir de transición y establecer un vínculo» entre las partes primera y segunda[30]. El comentario señala también que el artículo 36, párr. 1 «no impide que un hecho internacionalmente ilícito tenga consecuencias jurídicas en las relaciones entre Estados y *otros* 'sujetos' de derecho internacional»[31]. Ello, naturalmente, es cierto y se desprende del propio artículo 1 que se refiere a todas las obligaciones internacionales del Estado y no sólo a las obligaciones con otros Estados. Así, el proyecto de artículos comprende, por ejemplo, las violaciones de derechos humanos, esto es, casos en que el beneficiario primario de las obligaciones no es un Estado[32]. En cambio, la segunda parte no se refiere al caso en que una entidad que no es un Estado, como una organización internacional[33] (o incluso una entidad privada cuando ello es posible[34]), hace valer responsabilidad ni a la reparación que puede obtener la víctima primaria o el beneficiario en esos casos. Esta discrepancia aparente será examinada más adelante en el contexto de la definición del «Estado lesionado» en el artículo 40.

18. Muy pocos gobiernos han formulado hasta ahora observaciones acerca del artículo 36 y ello obedece sin duda a su carácter introductorio. Según la Argentina, los capítulos I y II de la segunda parte «codifican adecuadamente las reglas básicas de la responsabilidad y desarrollan de manera satisfactoria la materia»[35]. Francia sugiere un nuevo texto de artículo 36 a fin de establecer una relación entre sus disposiciones y la obligación de cesación enunciada en el artículo 41. Según la propuesta de Francia, el artículo 36, párr. 2 podría revestir la forma de una cláusula de salvaguardia, con el texto siguiente:

> Esta obligación [de cumplir la obligación o poner fin al comportamiento ilícito] se entenderá sin perjuicio de las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito estipuladas en la presente parte[36].

ii) *Artículo 42, párrafos 1, 3 y 4*

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

Artículo 42. Reparación

> 1. El Estado lesionado podrá obtener del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito la íntegra reparación del daño causado en forma de restitución en especie, indemnización, satisfacción y seguridades y garantías de no repetición, indistintamente o por varias de esas formas.
>
> […]
>
> 3. En ningún caso podrá la reparación tener por resultado privar a la población de un Estado de sus propios medios de subsistencia.
>
> 4. El Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de su obligación de reparar íntegramente el daño causado.

20. El Relator Especial, Sr. Arangio-Ruiz, no propuso originalmente una versión del artículo 42, si bien sus informes se refieren a varias de las cuestiones que comprende. El Comité de Redacción lo formuló como «artículo preliminar de carácter general en el que se enunciaran las diversas formas de reparación y que versara sobre las consecuencias jurídicas de fondo del hecho ilícito en conjunto, aclarando sus relaciones mutuas»[37]. El comentario observa que, en consonancia con la interpretación del término «reparación» según el Artículo 36, párr. 2, apdo. *d*, del Estatuto de la CIJ, el párrafo 1 «enuncia la norma general de que debe haber una reparación íntegra, que borre, en la medida de lo posible, todas las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito»[38]. Señala también el contraste entre el artículo 41 (Cesación del comportamiento ilícito), formulado como obligación del Estado responsable, y el artículo 42, que se refiere al derecho del Estado lesionado[39].

21. El comentario indica luego que la obligación de reparación no se extiende a los resultados indirectos o remotos que pueda tener una infracción, a diferencia de los directos o inmediatos. «Esos daños pueden ser […] resultado de factores concomitantes entre los cuales el hecho ilícito desempeñe un papel decisivo, pero no exclusivo. Sostener en tales casos que el Estado autor del hecho ilícito es responsable de la reparación de todos los daños no sería ni equitativo ni conforme a la debida aplicación de la teoría del nexo causal, cuestión que se examina con detenimiento en el comentario al artículo 8» [actual art. 44][40]. En todo caso, el requisito de que haya un nexo causal suficiente entre el comportamiento y el daño se

---

[30] *Anuario… 1983*, vol. II (segunda parte), pág. 47, parr. 1 del comentario al artículo 1 [actual art. 36].

[31] Ibíd., párr. 4.

[32] En los artículos 19, párr. 3, apdo. *c*; 40, párr. 2, apdo. *e*, inc. iii), y 50, apdo. *d* aprobados en primera lectura se hace referencia expresa a obligaciones en materia de derechos humanos.

[33] Véase el primer informe del Relator Especial (*Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7, párrs. 123 a 125, 230, 231, y 253 a 259, y el proyecto de artículo A aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en 1998 (nota 23 *supra*).

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

[35] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3.

[36] Ibíd.

[37] *Anuario… 1992*, vol. I, 2288.ª sesión, pág. 229, párr. 14; véase además el texto aprobado en el Comité de Redacción para el nuevo artículo, ibíd., págs. 229 a 231, párrs. 15 a 28.

[38] *Anuario… 1993*, vol. II (segunda parte), págs. 63 y 64, párr. 2 del comentario al artículo 6 *bis* [actual art. 42].

[39] Ibíd., pág. 64, párr. 4.

[40] Ibíd., párr. 6.

aplica no sólo a las cuestiones de indemnización sino también al propio principio de la reparación.

22. Los gobiernos que han formulado observaciones sobre el artículo 42 aprueban en general el principio de la reparación íntegra enunciado en el párrafo 1. Alemania, por ejemplo, expresa que «está de acuerdo con el principio básico […] según el cual el Estado lesionado tiene derecho a obtener la íntegra reparación en las formas que establece dicho párrafo»[41]. Sin embargo, la mayoría de estos gobiernos expresa reservas en cuanto a los párrafos 2 y 3, en los cuales se establecen «dos excepciones al principio general de la íntegra reparación, que pueden tener consecuencias importantes»[42]. La obligación de no privar a la población de sus propios medios de subsistencia suscita particular inquietud porque podría utilizarse «para negarse a reparar íntegramente el daño»[43]. El Reino Unido critica el párrafo 3 por otras razones, a saber, su pertinencia en el contexto de la reparación; a su juicio, la única forma de reparación a que puede referirse el párrafo 3 es la indemnización, pero incluso en ese caso se plantean cuestiones difíciles (en cuanto al grado de dificultades financieras que se contempla, por ejemplo). Tampoco se explica «por qué ésta [la capacidad de pago] no podría ser un factor en todos los casos»[44] y no únicamente cuando exista el peligro de que la población pierda sus medios de subsistencia. En cambio, Alemania considera que el párrafo 3 «encuentra su validez en el derecho internacional y en el contexto del proyecto de artículos»[45]. El párrafo 3 se remite a la práctica internacional en casos tales como las infracciones atroces causadas por la guerra, en que no se ha concedido una reparación íntegra de todos y cada uno de los daños sufridos. La justificación en esos casos es que no hay que dejar al Estado derrotado sumido en la indigencia y crear mayor inestabilidad para el futuro. Alemania insta a que la Comisión examine minuciosamente la forma en que se han cumplido las resoluciones 662 (1990) y 687 (1991) del Consejo de Seguridad, según las cuales procedía la íntegra reparación de los actos relativos a la agresión contra Kuwait[46].

b) *Una propuesta de principio general*

23. El principio general de las consecuencias de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito fue enunciado por la CPJI en el caso *Usine de Chorzów* en los términos siguientes:

> Constituye un principio del derecho internacional que la infracción de un compromiso entraña la obligación de dar reparación en la forma debida. Por lo tanto, la reparación es el complemento indispensable del incumplimiento de una convención y no es necesario expresar esto en la propia convención. Las diferencias relativas a la reparación, que pueden obedecer al incumplimiento de una convención, son en consecuencia diferencias relativas a su aplicación[47].

En este párrafo, la CPJI utilizaba la palabra «reparación» en su sentido más general y rechazaba el alegato de Polonia de que la competencia para interpretar y aplicar un tratado no entrañaba la competencia para conocer de controversias en cuanto a la forma y el monto de una reparación. A esa altura del procedimiento, Alemania ya no pedía que se devolviera a su nacional ni la fábrica de que se trataba ni los bienes decomisados con ella[48].

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

> El principio esencial que consagra el concepto real de hecho ilícito (principio que parece establecido por la práctica internacional y, en particular, por los laudos de tribunales arbitrales) es que la reparación debe, en toda la medida de lo posible, hacer desaparecer todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido de no haberse cometido el hecho. Los principios que habían de servir para determinar el monto de la indemnización debida por un hecho contrario al derecho internacional eran la restitución en especie o, si ello no fuera posible, el pago de una suma correspondiente al valor que arrojaría la restitución en especie y la concesión, de ser necesario, de una indemnización por los daños o perjuicios sufridos que no quedasen comprendidos en la restitución en especie o el pago en lugar de la restitución[49].

En la primera oración, la CPJI daba una definición general de la reparación e insistía en que su función consistía en restablecer la situación como si no hubiese habido incumplimiento[50]. En la segunda oración, se refería al aspecto de la reparación consistente en la «indemnización» por un hecho ilícito, a saber, la restitución en especie o su valor en dinero y, además, la indemnización por los daños o perjuicios sufridos como consecuencia del hecho ilícito.

i) *La reparación, ¿obligación o derecho?*

25. En cada uno de los textos que anteceden, la CPJI pudo formular el principio de la reparación sin especificar a quién se debía hacer, esto es, sin emplear el término «Estado lesionado» o un equivalente. Un motivo consistía, tal vez, en que el procedimiento concurrente de las empresas alemanas ante un tribunal arbitral mixto constituía un problema para que ejerciera competencia respecto de lo que era básicamente la misma materia en la forma de una demanda entre Estados. En cambio, el artículo 42, párr. 1, al igual que todos los demás artículos del capítulo II de la segunda parte, salvo el artículo 41 (cesación), está formulado desde el punto de vista de los derechos del «Estado lesionado». Esto funciona suficientemente bien en el contexto estrictamente bilateral, en el cual la

---

[41] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3. Véase también ibíd. las observaciones de los Estados Unidos, el Reino Unido (que considera que el artículo «no da lugar a controversia») y Mongolia, y Australia (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 23.ª sesión (A/C.6/54/SR.23), párr. 43).

[42] Estados Unidos (nota 35 *supra*).

[43] Japón (*Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/292, observaciones sobre el artículo 42). Véanse asimismo las observaciones de los Estados Unidos (que reconoce que la exigencia inmediata de reparación puede originar «una grave inestabilidad social», pero critica los resquicios y las posibilidades de abuso a que se presta el párrafo 3 (*Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3); Francia (que sugiere que se suprima el párrafo (ibíd.)) y Australia (nota 41 *in fine*).

[44] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3. El Reino Unido sugiere que haya un artículo separado sobre la reparación en la forma de «una declaración de principio relativa al otorgamiento de reparación, y que debería señalarse que un Estado lesionado no puede insistir en un determinado tipo o nivel de reparación» (ibíd.).

[45] Ibíd., observaciones sobre el artículo 42, párr. 3.

[46] Ibíd.

[47] *Usine de Chorzów* (competencia), *1927 C.P.J.I. série A n.º 9*, fallo n.º 8, pág. 31.

[48] Ibíd., pág. 17, como lo señaló la Corte.

[49] Ibíd. (fondo), *1928 C.P.J.I. série A n.º 17*, fallo n.º 13, pág. 47.

[50] Véase Dupuy, «Le fait générateur de la responsabilité internationale des États», pág. 94, que emplea el término «*restauration*» para expresar esta idea general.

obligación corresponde exclusivamente a un Estado en favor de otro y este último es (en consecuencia) la única parte lesionada posible. Sin embargo, causa una dificultad considerable cuando se tiene la misma obligación simultáneamente respecto de varias entidades, muchas de ellas o todas ellas Estados, y de las cuales algunas o todas tienen un interés jurídico en el incumplimiento. En el comentario del artículo 42 se señala que:

> La Comisión examinará posteriormente las posibles consecuencias para las disposiciones sobre reparación de la existencia de una pluralidad de Estados lesionados, incluida la cuestión de los llamados Estados indirectamente lesionados o lesionados de diferente manera[51].

En la práctica, los artículos relativos a la reparación fueron examinados en primera lectura partiendo de la base de que se trataba únicamente del incumplimiento de obligaciones bilaterales y no fueron reconsiderados en el contexto, por ejemplo, de los artículos 51 a 53[52].

26. La cuestión será examinada más a fondo en el contexto del artículo 40. A los fines de este informe, en todo caso, parece posible formular la obligación general de reparación como el corolario simple e inmediato de la responsabilidad de un Estado, esto es, la obligación del Estado como consecuencia del incumplimiento. En el comentario al artículo 42 se justifica la conversión de la reparación en un derecho del Estado lesionado aduciendo que «es por decisión de ese Estado que se inicia el proceso de ejecución de este derecho en sus diferentes formas»[53]. En lo que atañe a la selección entre las distintas formas de reparación, bien puede ocurrir que así sea. En particular, la víctima de un hecho internacionalmente ilícito tiene derecho, en circunstancias normales, a optar por la indemnización en lugar de por la restitución en especie, a renunciar a una satisfacción, o de hecho a pedir la cesación o el cumplimiento en el futuro en lugar de pedir una reparación de cualquier tipo. En todo caso, dejando de lado las cuestiones que se plantean cuando más de un Estado tiene derecho a hacer valer la responsabilidad, sigue siendo cierto que la obligación general de reparar surge automáticamente de la comisión del hecho internacionalmente ilícito y que, esa obligación, como tal, no depende de una demanda o una protesta del Estado lesionado por más que la forma que haya de revestir la reparación en las circunstancias sí pueda depender de ella. Por estas razones, el artículo general que se propone debería estar formulado desde el punto de vista de las obligaciones del Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito[54].

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

27. El artículo general propuesto debería especificar también que la reparación se refiere, en general, a la situación que se produce como consecuencia del hecho ilícito y que es imputable a él[55]. Como se señalaba en el comentario de la primera parte, la responsabilidad del Estado no queda determinada únicamente sobre la base de la «causalidad natural»[56]. Más bien, la imputación del daño o perjuicio a un hecho ilícito constituye, en principio, un proceso jurídico y no un proceso meramente histórico o causal. Ese principio no se limita a la indemnización. Es aplicable por lo menos a la restitución en especie y, probablemente, también a otras formas de reparación, y es demasiado importante como para que quede enunciado, como ocurre ahora, únicamente en el comentario al artículo 44.

28. La cuestión consiste en determinar en qué forma hay que expresar ese nexo. En la práctica de los Estados, los laudos arbitrales y la doctrina se emplean diversos términos. Por ejemplo, se hace referencia a los daños y perjuicios «imputables [al hecho ilícito] como causa próxima»[57] o a los daños o perjuicios de carácter «demasiado indirecto, remoto e incierto como para ser evaluados»[58] o a la responsabilidad por el hecho ilícito «ante los gobiernos, los nacionales y las empresas extranjeros […] por toda pérdida directa y daño directo, incluidos los daños al medio ambiente y la destrucción de recursos naturales»[59]. Esta causalidad de hecho es una condición necesaria pero no suficiente para la reparación. Hay otro elemento, vinculado a la exclusión del daño, de carácter demasiado «remoto» o «indirecto» como para ser objeto de reparación. En algunos casos se emplea el criterio de la «relación directa» y, en otros, el de la «proximidad» o el de la «previsibilidad»[60]. Sin embargo, hay otros factores que

---

[51] *Anuario… 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 63, comentario al artículo 6 *bis* [actual art. 42], nota 155. En el mismo sentido, véase ibíd., págs. 76 y 77, párr. 15 del comentario al artículo 8 [actual art. 44].

[52] En el comentario se describe posteriormente el principio general de la reparación desde el punto de vista de una obligación del Estado responsable y sin hacer referencia al concepto de «Estado lesionado» (ibíd., pág. 64, párr. 6 del comentario al artículo 6 *bis* [actual art. 42]).

[53] Ibíd., párr. 4.

[54] Véase, a los mismos efectos, de Hoogh, *Obligations* Erga Omnes *and International Crimes: A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, págs. 138 a 140.

[55] Para un examen del requisito del nexo causal, véase el segundo informe del Sr. Arangio-Ruiz, *Anuario… 1989* (nota 21 *supra*), págs. 13 y 14, párrs. 37 a 43, y *Anuario… 1993*, vol. II (segunda parte), págs. 74 a 76, párrs. 6 a 13 del comentario al artículo 8 [actual art. 44]. Véase además Gray, *op. cit.*, págs. 21 a 26.

[56] *Anuario… 1973*, vol. II, pág. 184, documento A/9010/Rev.1, párr. 6 del comentario al artículo 3.

[57] Véase Mixed Claims Commission (United States and Germany), *Administrative Decision n.º 2* (1923), Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII (n.º de venta: 1949.V.5), pág. 30.

[58] Véase el arbitraje *Fonderie de Trail* (1938), ibíd., vol. III (n.º de venta: 1949.V.2), pág. 1931, reproducido en *International Environmental Law Reports*, Cairo A. R. Robb (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1999, vol. 1, págs. 231 y ss.

[59] Resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad, párr. 16. Se trataba de una resolución aprobada en virtud del Capítulo VII, pero expresa la responsabilidad que incumbe al Iraq «con arreglo al derecho internacional […] como resultado de [su] invasión y ocupación ilícitas de Kuwait». La Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas y su Consejo de Administración han impartido cierta orientación acerca de la interpretación de los requisitos de relación directa y nexo causal previstos en el párrafo 16. Véanse, por ejemplo, Recomendaciones formuladas por el Grupo de Comisionados en relación con las reclamaciones individuales por lesiones corporales graves o muerte (reclamaciones de la categoría «B»), informe de 14 de abril de 1994 (S/AC.26/1994/1), aprobadas por el Consejo de Administración en su decisión 20, de 26 de mayo de 1994 (S/AC.26/Dec.20 (1994)); informe y recomendaciones hechas por el Grupo de Comisionados nombrado para examinar la reclamación por el control del estallido de los pozos de petróleo (reclamación «WBC») de 15 de noviembre de 1996 (S/AC.26/1996/5/Annex, resumen ejecutivo en español: S/AC.26/1996/5), párrs. 66 a 86; aprobados por el Consejo de Administración en su decisión 40, de 17 de diciembre de 1996 (S/AC.26/Dec.40 (1996)).

[60] En algunos sistemas jurídicos nacionales se aplican distintos criterios para resolver el problema del carácter remoto del daño según cuál sea la naturaleza de la reclamación. Por ejemplo, en el *common law*, la «previsibilidad» era el criterio en casos de negligencia y la «relación directa» en casos de intromisión. Al igual que los dos cuasidelitos, los dos criterios se superponían pero no eran idénticos. Para un estudio

entran en la ecuación, por ejemplo, si el daño causado estaba comprendido en el ámbito de la norma incumplida, teniendo en cuenta el propósito de ésta[61].

29. Tanto en el derecho internacional como en el nacional, la cuestión del carácter remoto del daño «no era una parte del derecho que pueda resolverse satisfactoriamente buscando una fórmula verbal única»[62]. Queda de manifiesto, en todo caso, que hay un elemento o un conjunto de elementos por encima del de la causalidad natural y que ello debe tenerse en cuenta en la exposición del principio general de la reparación que se propone.

30. La cuestión de la mitigación del daño es otro elemento que afecta al alcance de la reparación. Frente a la lesión, se espera que incluso la víctima absolutamente inocente de un comportamiento ilícito actúe en forma razonable. Si bien suele estar expresada en la forma de una «obligación de mitigar», no se trata de una obligación en derecho que dé lugar a su vez a responsabilidad. Más bien, es la circunstancia de que la parte lesionada no mitigue el daño lo que puede obstar a la indemnización de la parte no mitigada del daño[63]. La CIJ se expresó claramente en ese sentido en el caso *Projet Gabčikovo-Nagymaros*:

> Eslovaquia sostenía también que, al aplicar la variante C, actuaba en razón de la obligación de mitigar los daños. Señaló que «constituye un principio general del derecho internacional el de que la parte lesionada por el incumplimiento de la otra parte en el contrato debe tratar de mitigar los daños que ha sufrido».
>
> De ese principio se desprendería que el Estado lesionado que no hubiese adoptado las medidas necesarias para limitar los daños sufridos no tendría derecho a reclamar indemnización por los daños que podría haber evitado. Este principio, que bien puede servir de base para el cálculo de la indemnización, no puede justificar un hecho por lo demás ilícito[64].

iii) *La disminución de la reparación cuando hay causas concurrentes*

31. Constituye un problema conexo el de las causas concurrentes, esto es, aquel (muy frecuente en la práctica) en que dos causas separadas se combinan para provocar la lesión. Ambas son causas eficientes de la lesión y sin ellas no habría tenido lugar. Por ejemplo, en el caso *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*[65], la toma de rehenes por los estudiantes militantes (que a la sazón no actuaban como órganos o agentes del Estado) era imputable inicialmente a la combinación del acto independiente de los propios estudiantes y a que las autoridades iraníes no habían tomado las medidas necesarias para proteger la embajada. En el caso *Détroit de Corfou*[66], el daño a los buques británicos fue causado tanto por la acción de un tercer Estado que colocó las minas como por la omisión de Albania, que no advirtió acerca de la presencia de éstas. Existen muchos otros ejemplos.

32. También se hace referencia a esta cuestión, no en el texto del artículo 44, sino en su comentario, según el cual:

> Innumerables elementos, de los cuales los actos de terceros y los factores económicos, políticos y naturales son sólo algunos, pueden contribuir como causas de la producción de un daño. En tales casos, […] tener por responsable al Estado autor de una compensación íntegra no sería equitativo ni conforme a la debida aplicación del criterio del nexo causal. La solución debe ser el pago de una indemnización por daños y perjuicios proporcional al importe del daño presuntamente atribuible al hecho ilícito y sus efectos, determinándose la cuantía de la indemnización sobre la base de los criterios de normalidad y previsibilidad. Dada la diversidad de situaciones posibles, la Comisión no ha tratado de hallar criterios rígidos aplicables a todos los casos y señalar los porcentajes que habría que aplicar a la indemnización de daños y perjuicios impuesta al Estado o agente cuando su acción hubiera sido una de las causas, decisiva pero no exclusiva, del daño sufrido por otro Estado[67].

33. La posición expresada en el comentario planteaba varias dificultades. La primera consiste en que no está reflejada para nada ni en el artículo, ni en general en la segunda parte. Salvo en el caso especial de la acción u omisión de la otra parte (a que se hace referencia en el artículo 42, párr. 2), no se dispone que la reparación haya de reducirse o atenuarse en razón de que el daño haya sido causado en la práctica por una combinación de factores, de los cuales uno solo era imputable al Estado responsable[68]. La Comisión, si quisiera recoger el principio de la atenuación del daño por causas concurrentes (en casos distintos del de la acción u omisión de la otra parte), debería hacerlo en los artículos propiamente dichos.

34. La segunda dificultad, sin embargo, consiste en que este principio no es compatible con la práctica internacional y con las decisiones de tribunales internacionales. En el caso *Détroit de Corfou*, por ejemplo, el Reino Unido obtuvo el monto íntegro de la indemnización que pedía

---

comparado sobre las cuestiones del nexo causal y el carácter remoto, véase, por ejemplo, Hart y Honoré, *Causation in the Law*; Honoré, «Causation and remoteness of damage»; Zwiegert y Kötz, *Introduction to Comparative Law*, págs. 601 a 627 (especialmente págs. 609 y ss.); y Markesinis, *The German Law of Obligations. Volume II. The Law of Torts: A Comparative Introduction*, págs. 95 a 108, con abundantes referencias bibliográficas.

[61] Sirve de ejemplo la decisión adoptada por el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán en las causas n.os A15 (IV) y A24, laudo n.º 590-A15(IV)/A24-FT, de 28 de diciembre de 1998 (*República Islámica del Irán* c. *Estados Unidos de América*), *World Trade and Arbitration Materials*, vol. 11, n.º 2 (1999), pág. 45, a que se hace referencia en el segundo informe del Relator Especial, *Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), párrs. 65 a 67. El Tribunal preveía que los daños indemnizables serían aquellos que resultaran directamente de la infracción, partiendo de los supuestos de que: *a*) los Estados Unidos habían logrado por algún otro medio legítimo que las causas que no estaban comprendidas en la competencia del Tribunal fuesen presentadas nuevamente o reanudadas en sus propios tribunales, y *b*) el Irán había adoptado medidas razonables para protegerse en las causas suspendidas. Esta conclusión no se desprende de un examen de la causalidad de hecho.

[62] Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, pág. 466.

[63] En el contexto de la reclamación «WBC», un Grupo de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas señaló que «en virtud de los principios generales de derecho internacional relativos a la mitigación de los daños […] el reclamante no sólo estaba autorizado sino de hecho estaba obligado a tomar medidas razonables para […] mitigar los daños, perjuicios o lesiones que se estaban causando», informe de 15 de noviembre de 1996 (S/AC.26/1996/5/Annex) (véase la nota 59 *supra*), párr. 54. Ello es aceptable si significa que el costo de una mitigación razonable constituye una consecuencia indemnizable del hecho ilícito y, a la inversa, que tal vez no sea indemnizable el daño dimanado de la circunstancia de no haber mitigado.

[64] *Projet Gabčikovo-Nagymaros*, *C.I.J. Recueil 1997*, pág. 55, párr. 80.

[65] Fallo, *C.I.J. Recueil 1980*, págs. 29 a 32. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 145.

[66] Fondo, *C.I.J. Recueil 1949*, págs. 17, 18, 22 y 23.

[67] *Anuario… 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 76, párr. 13 del comentario al artículo 8 [actual art. 44].

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

porque Albania, ilícitamente, no había advertido de la existencia de las minas[69] y ello ocurrió a pesar de que la CIJ era plenamente consciente de que Albania no las había colocado. Ese resultado debería tener lugar *a fortiori* en los casos en que la causa concurrente no fuese el hecho de otro Estado (al que podría imputarse responsabilidad separada) sino de particulares o algún accidente natural como una inundación. Así, en el caso *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, se imputó a la República Islámica del Irán plena responsabilidad por la detención de los rehenes desde el momento en que no había tomado medidas para protegerlos[70]. Esa conclusión es evidente, porque en el plano internacional los Estados Unidos no tenían recurso alguno contra los que habían tomado a los rehenes. Sin embargo, debería dimanar en todo caso del incumplimiento de la obligación.

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

> Nos parece claro que no todo el daño fue obra de la tripulación china del Zafiro. Las pruebas indican que una parte no determinable fue obra de insurgentes filipinos y es probable que otra parte haya sido obra de los empleados chinos de la compañía. Sin embargo, no creemos que recaiga sobre Gran Bretaña la carga de probar exactamente qué elementos del daño son imputables al Zafiro. Habida cuenta de que se ha demostrado que la tripulación china había participado en un grado considerable y de que no puede identificarse la parte imputable a desconocidos, nos vemos obligados a imputar a los Estados Unidos la responsabilidad por el daño íntegro.
>
> En vista, sin embargo, de que hemos llegado a la conclusión de que una parte considerable, aunque no determinable, del daño no es imputable a la tripulación china del Zafiro, fallamos que no hay lugar a la petición de intereses[71].

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

> Existe una regla muy general en el sentido de que, si se ha de sostener que el comportamiento del autor es la causa del daño sufrido por la víctima, el autor es responsable de todo el daño causado a pesar de que haya habido una causa concurrente y de que haya otro responsable por esa causa. En otras palabras, la responsabilidad de quien causa el daño respecto de la víctima no cambia por el hecho de que concurrentemente haya otros responsables[72].

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

c) *Artículo 42, párrafos 3 y 4*

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

> Esto no tiene nada que ver, naturalmente, con la obligación de cesación, en particular la devolución al Estado lesionado, por ejemplo, del territorio ilícitamente arrebatado. Pero en otros contextos […] las cantidades exigidas [en concepto de indemnización] o las condiciones en que se exija el pago no deben ser tales que priven a la población de sus propios medios de subsistencia. El texto del párrafo 3 […] refleja un principio jurídico de aplicación general[73].

No todos los miembros de la Comisión estaban de acuerdo con la disposición. En particular, se destacó que «no debería aplicarse si la población del Estado lesionado resultara igualmente perjudicada de no hacerse, por esos motivos, una reparación plena»[74]. Las observaciones de los gobiernos sobre el párrafo 3 también han resultado diversas[75].

39. No cabe ninguna duda de que, como se indica en el párrafo 2 del artículo 1 de los Pactos internacionales de derechos humanos, ningún pueblo debe verse privado de sus propios medios de subsistencia. Así, las medidas que se adopten en el marco de las relaciones interestatales no deben entrañar una amenaza de hambre para la población de ningún Estado. El problema que se plantea es determinar cómo puede aplicarse ese principio en el contexto de la obligación secundaria de reparación. En cuanto a la restitución, el elemento básico de ésta es la devolución de lo que se había tomado ilícitamente. Ciertamente ello

---

[69] Véase *Détroit de Corfou*, *fixation du montant des réparations*, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 250; véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 12. Hay que señalar, sin embargo, que Albania no se hizo representar en esa parte del procedimiento y, por lo tanto, no se hicieron valer ante la Corte factores que podían haber contrarrestado la posición de la contraparte.

[70] Fallo, *C.I.J. Recueil 1980*, págs. 31 a 33. Véase también el primer informe del Relator Especial, *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7, párr. 283.

[71] *D. Earnshaw and Others (Great Britain)* v. *United States* (caso *Zafiro*), Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (1925), vol. VI (n.º de venta: 1955.V.3), págs. 164 y 165.

[72] Weir, «Complex Liabilities», pág. 43. Los Estados Unidos recurrieron al derecho comparado en los alegatos en el caso *Incident aérien du 27 juillet 1955* (Estados Unidos de América *c.* Bulgaria) cuando sostuvieron, remitiéndose al artículo 38, párr. 1, apdos. *c* y *d*, del Estatuto de la CIJ que «la regla es sustancialmente la misma en todos los países civilizados. El agraviado puede demandar, conjunta o solidariamente, a cualquiera de los responsables o a todos, si bien sólo podrá cobrarles, a uno o más de ellos, el monto íntegro de los daños sufridos» (Memoria de 2 de diciembre de 1958, en *C.I.J. Mémoires*, pág. 229).

[73] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 72 y 73, párr. 8 *a* del comentario al artículo 42.

[74] Ibíd., pág. 73, párr. 8 *b*. Para el debate, véase *Anuario… 1996*, vol. I, 2454.ª sesión, págs. 162 a 165.

[75] Véase el párrafo 22 *supra*.

puede exigir la adopción de medidas enérgicas y no se circunscribe a la devolución de elementos con entidad física, como personas, bienes o territorio. No obstante, el concepto de restitución en especie no debe considerarse en un sentido demasiado amplio ni confundirse con la reparación en sentido general. Así, es difícil concebir casos de restitución que priven a una población de sus propios medios de subsistencia. De hecho, en casos extremos, en lugar de privar a la población de sus propios medios de subsistencia, la restitución exigiría, por el contrario, la devolución a otra población de *sus* medios de subsistencia, tomados ilícitamente[76].

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

41. Así pues, el problema real, en caso de haberlo, se circunscribe a cuestiones de indemnización monetaria por pérdidas dimanantes directamente de un hecho ilícito internacional[77]. No cabe duda de que en los casos de violaciones graves o sistemáticas, esa indemnización puede ser muy cuantiosa, como ciertamente lo han sido las cantidades fijadas en concepto de indemnización por la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas[78]. No obstante, ello resulta excepcional[79] y, en cualquier caso, ha de distinguirse entre la cuantía de la indemnización, que, por definición, refleja las pérdidas realmente sufridas de resultas de la violación y el modo de pago. En circunstancias extremas, cabría contemplar la excepción de necesidad o de fuerza mayor como base para aplazar los pagos debidos, posibilidad ésta que se prevé en el asunto *Indemnité russe*[80]. Sin embargo, también en este caso se da la circunstancia de que, en la práctica, las instituciones financieras internacionales han establecido métodos para calcular y reprogramar la deuda pública; además, las cantidades realmente fijadas o que se conviene en pagar en concepto de indemnización desde 1945 son relativamente pequeñas en comparación con la cuantía total de los fondos o la deuda pública de los Estados correspondientes.

42. En resumen, no hay precedentes de órdenes de restitución en sentido estricto ni de satisfacción de daños que hayan amenazado con privar a la población de sus propios medios de subsistencia. En cuanto a la indemnización compensatoria, en el párrafo 3 parece ser que no se distingue entre la cuestión de la cuantía debida (la cual, por definición, guarda relación con las pérdidas realmente dimanantes del correspondiente hecho ilícito) y la cuestión del modo de pago. El posible problema que se plantea a los Estados que, por el momento, no pueden hacer frente al pago de grandes sumas en concepto de indemnización se aborda debidamente al reconocerse que las circunstancias que excluyen la ilicitud en el capítulo V de la primera parte también se aplican a las obligaciones que se consignan en la segunda parte[81]. Es suficiente con dar cuenta de ello en el comentario.

43. En el artículo 42, párr. 4, se dispone lógicamente que ningún Estado puede ampararse en su derecho interno para eludir la obligación de reparar su conducta ilícita[82]. Aunque no cabe ninguna duda respecto del principio, éste ya se recoge claramente en el artículo 4, disposición cuya aplicación es bastante general y, por ello, se aplica a las obligaciones secundarias de la segunda parte. En este caso, también bastará con que se destaque en el comentario[83].

---

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

[77] El debate se ve influido por el «precedente» perjudicial del Tratado de Versalles de 1919 y la disposición sobre la culpabilidad de la guerra. No obstante, ese tratado de paz fue impuesto y las cantidades que se ventilaban superaban con mucho a las que un tribunal habría fijado por los actos ilícitos cometidos por Alemania tras el estallido de la guerra. Los antecedentes históricos del debate pueden consultarse, por ejemplo, en Keynes, *The Economic Consequences of the Peace*; Mantoux, *The Carthaginian Peace or the Economic Consequences of Mr. Keynes*, y sobre todo Kent, *The Spoils of War: The Politics, Economics and Diplomacy of Reparations 1918-1932*. En relación con el plan Dawes, véase Coing, «Dawes Plan», pág. 961.

[78] La Comisión ha adoptado numerosas decisiones favorables a los reclamantes, pero al mismo tiempo ha reducido considerablemente el alcance de las indemnizaciones reclamadas en el marco de un procedimiento no contencioso. Por ejemplo, en su decisión de 10 de diciembre de 1999, el Consejo de Administración aprobó el pago de 88 reclamaciones de la categoría E2 presentadas por los gobiernos, por un total de 290 millones de dólares de los EE.UU., si bien se habían presentado 177 reclamaciones por un total de 2.160 millones de dólares. Puede consultarse información general sobre la Comisión en Lillich (ed.), *The United Nations Compensation Commission*; d'Argent, «Le fonds et la commission de compensation des Nations Unies»; Stern, «Un système hybride: la procédure de réglement pour la réparation des dommages résultant de l'occupation illicite du Koweït par l'Irak»; Crook, «The United Nations Compensation Commission: a new estructure to enforce State responsibility»; Bettauer, «The United Nations Compensation Commission: developments since October 1992»; Frigessi di Rattalma, «Le régimen de responsabilité internationale institué par la conseil d'administration de la Commission de compensation des Nations Unies»; y Heiskanen y O'Brien, «UN Compensation panel sets precedents on government claims».

[79] Al ocuparse de las reclamaciones de indemnización, los tribunales frecuentemente se han limitado a fijar cantidades bastante reducidas o incluso han sugerido una solución sin desembolsos netos, que abarca otros elementos del restablecimiento de la relación jurídica. Véase, por ejemplo, el caso *Projet Gabčikovo-Nagymaros*, fallo, *C.I.J. Recueil 1997*, pág. 81, párr. 154, donde se distinguen las reclamaciones por daños de la cantidad adeudada respecto de la realización de la obra.

[80] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (1912) (n.º de venta: 61.V.4), pág. 443. Aunque se consideró fuerza mayor, se trataba de un caso de necesidad. La excepción fue rechazada teniendo en cuenta los hechos. Se hace referencia al asunto en *Anuario… 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 35, párr. 7 del comentario al artículo 33.

[81] Véase el párrafo 7 *a supra.*

[82] Véase el informe preliminar del Sr. Arangio-Ruiz, *Anuario… 1988* (nota 21 *supra*), pág. 42, párr. 125. No cabe duda de que ese principio puede precisarse en virtud de la norma primaria pertinente o de una *lex specialis* secundaria: véase, por ejemplo, el artículo 50 del Convenio europeo de derechos humanos (exclusivamente una satisfacción en lugar de una reparación plena «si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación»); véase el artículo 41 aprobado en virtud del Protocolo n.º 11.

[83] En lo concerniente a la formulación propuesta del principio general, véase el párrafo 119 *infra*.

3. Cesación y cuestiones conexas

a) *Disposiciones vigentes*

44. Tal como fue aprobado en primera lectura, el proyecto de artículos contiene dos disposiciones que se ocupan de las cuestiones conexas de las consecuencias que produce la violación de una obligación internacional respecto de la continuación del cumplimiento de la obligación, por una parte, y la cesación de esa violación, por otra. Los artículos correspondientes son el 36, párr. 2, y el 41[84].

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

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

En el comentario se destaca lo siguiente:

> El hecho de que, como resultado de un hecho internacionalmente ilícito, se establezca un nuevo conjunto de relaciones entre el Estado autor y el Estado lesionado no significa que la relación anterior desaparezca *ipso facto*. Incluso si el Estado autor cumple su obligación secundaria, no queda automáticamente exento de su deber de cumplir la obligación que ha violado. El párrafo 2 enuncia esta norma. Lo hace en la forma de una cláusula de salvaguardia que permita la posibilidad de excepciones, como el supuesto de la renuncia del Estado lesionado a su derecho al cumplimiento continuo de la obligación[85].

Para que surja un hecho ilícito continuo, es necesario que continúe cumpliéndose una obligación internacional, pese a que haya una violación[86].

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

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

47. En el comentario se observa que la obligación de cesación puede dimanar de la aplicación ordinaria de la norma primaria pertinente. No obstante, se justifica su inclusión en el proyecto de artículos por diversas razones, entre las que figuran su relación con la reparación, especialmente en el momento de la comisión del hecho ilícito y su importancia práctica en las relaciones entre Estados[87]. En el comentario se indica que la cesación suele ser el aspecto principal de la controversia generada por una conducta que constituye una violación de una obligación internacional. Además, la cesación, aunque relacionada con la restitución en su calidad de manifestación primaria de la reparación, no está sujeta a las mismas limitaciones que la restitución[88]. El comentario remite al fallo del Tribunal de Arbitraje en el asunto del *Rainbow Warrior* y, en particular, al pasaje siguiente:

> La potestad para decretar la cesación de un acto u omisión ilícitos emana de las atribuciones inherentes a un tribunal competente que conoce de la violación continua de una obligación internacional que está en vigor y que continúa estando en vigor. Una providencia de esta índole depende, pues, de dos condiciones esenciales íntimamente ligadas entre sí, a saber, que el hecho ilícito tenga carácter continuo y que la norma violada siga en vigor en el momento en que se dicta esa providencia[89].

48. El artículo 41 ha sido objeto de escasas observaciones de los gobiernos, probablemente porque se considera poco controvertido. A juicio de Venezuela, la obligación de cesar una conducta ilícita constituye «una exigencia primordial»[90]. El Reino Unido sugiere que se incluya una adición en el comentario de esa disposición para dejar claro que, cuando una circunstancia excluya la ilicitud de una conducta concreta, el Estado correspondiente «sigue teniendo el deber de actuar de conformidad con sus obligaciones internacionales y es internacionalmente responsable si no lo hace inmediatamente después de que las circunstancias que generan la exención dejan de existir»[91]. Francia propone que se suprima el artículo 41, cuyo contenido quedaría incluido dentro de una nueva versión del párrafo 1 del artículo 36[92].

b) *Lugar de la cesación en el proyecto de artículos*

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

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

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

---

[84] Ambas disposiciones se agregaron por sugerencia del Sr. Arangio-Ruiz. El examen detallado de esas cuestiones puede consultarse en *Anuario… 1988* (nota 21 *supra*), págs. 13 a 20, párrs. 29 a 52.

[85] *Anuario… 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 59, párr. 5 del comentario al artículo 1 [actual art. 36].

[86] Para el concepto de «hecho ilícito continuo», véase el artículo 24, párr. 2, aprobado provisionalmente en segunda lectura (*Anuario… 1999*, vol. I, 2605.ª sesión, págs. 294 y 295, párr. 4), y el segundo informe del Relator Especial, ibíd., vol. II (primera parte), documento A/CN.498 y Add.1 a 4, párrs. 107 a 115.

[87] *Anuario… 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 60, párrs. 4 y 5 del comentario al artículo 6 [actual art. 41].

[88] Ibíd., párr. 6.

[89] *Rainbow Warrior*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, pág. 217, párr. 114, citado en *Anuario… 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 62, párr. 13 del comentario al artículo 6 [actual art. 41].

[90] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 23.ª sesión (A/C.6/54/SR.23), párr. 56).

[91] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3.

[92] Ibíd. Para la propuesta de Francia, véase el párrafo 52 *infra*.

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

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

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

e) Existe una estrecha relación entre los conceptos de cesación y de restitución, al tiempo que es preciso dejar claramente constancia de esa relación con objeto de formular el principio de restitución de manera satisfactoria[93];

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

c) *Cuestión de la ubicación y la formulación*

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

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

> 1. Todo Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito deberá cumplir con respecto al Estado lesionado la obligación que ha vulnerado o poner fin al comportamiento ilícito cuando éste tenga carácter de continuidad.
>
> 2. Esta obligación se entenderá sin perjuicio de las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito estipuladas en la presente parte[94].

En el párrafo 1 se conjugan las dos cuestiones que actualmente figuran por separado en los artículos 36, párr. 2, y 41, razón por la que tiende a difuminarse la distinción entre ellas. A juicio del Relator Especial, es conveniente que figuren en un único artículo, en el que se dispondría que la continuación de la obligación violada (a menos que se acuerde o determine otra cosa) no se verá afectada por el hecho internacionalmente ilícito y el Estado responsable estará obligado a poner fin a todo hecho continuo que constituyera una violación de esa obligación[95]. El párrafo 2 propuesto sustituiría al antiguo artículo 36, párr. 1, si bien éste desempeña una útil función de introducción de la segunda parte en su conjunto, razón por la que podría mantenerse en su actual redacción positiva.

d) *Seguridades y garantías de no repetición*

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

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

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

54. En el comentario del artículo 46 se destaca que las seguridades y garantías de no repetición se han considerado frecuentemente un aspecto de la satisfacción. Se cuestiona ese planteamiento por considerarse que:

> las seguridades y garantías de no repetición desempeñan una función distinta y autónoma. A diferencia de otras formas de reparación que tratan de restablecer la situación anterior, éstas se orientan al futuro. Por lo tanto, tienen una función preventiva más que reparadora. Además, presuponen el riesgo de repetición del hecho ilícito. Estas características hacen de ellas un remedio bastante excepcional que […] no debería estar automáticamente a disposición de todo Estado lesionado, particularmente teniendo en cuenta el amplio significado de ese término según el artículo [40][96].

Así pues, «el Estado lesionado exige garantías contra la repetición porque estima que la mera reposición de la situación normal preexistente no le protege satisfactoriamente»[97]; la cuestión que se plantea no es la de la reparación, sino, por decirlo así, un fortalecimiento de la relación jurídica (partiendo de la hipótesis de la continuidad). En ese sentido, las seguridades y garantías guardan relación con el futuro cumplimiento de la obligación, sobre la base de que haya sobrevivido a la violación. Unas y otras podrían considerarse el aspecto positivo del cumplimiento en el futuro, en tanto que la cesación de un hecho ilícito continuo sería el aspecto negativo (y el mantenimiento en vigor de la obligación sería la premisa necesaria de ambas).

55. El comentario continúa con la descripción de las diferentes formas que pueden adoptar las seguridades y garantías, lo que incluye, por ejemplo, la derogación de la legislación que permitió que tuviera lugar la violación[98].

---

[93] La relación se examina con más detalle en el marco del artículo 43 *infra*.

[94] Véase la nota 35 *supra*.

[95] Para el texto de la disposición propuesta, véase el párrafo 119 *infra*.

[96] *Anuario… 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 88, párr. 1 del comentario al artículo 10 *bis* [actual art. 46].

[97] Ibíd., pág. 89, párr. 2.

[98] Ibíd., págs. 89 y 90, párr. 4, donde se mencionan las opiniones del Comité de Derechos Humanos en el asunto *Torres Ramírez*, decisión de 23 de julio de 1980, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/35/40), párr. 19. En los casos en que la propia existencia de la legislación entrañe una violación de una obligación internacional, la derogación de la legislación sería un aspecto de la cesación. En los casos más frecuentes, la violación no es el resultado de la legislación, sino de su aplicación a una situación determinada: véase, por ejemplo, OMC, Informe del Grupo Especial, Estados Unidos – Artículos 301 a 310 de la Ley de comercio exterior de 1974 (WT/DSI52/R), 22 de diciembre de 1999, párrs. 7.46 y ss. En el último caso, la derogación tal vez no sea realmente necesaria, si bien puede constituir una garantía importante para el Estado o Estados lesionados. Ello pone de manifiesto la estrecha relación existente entre la cesación y las garantías de no repetición.

Aunque en el comentario se «reconoce que el Estado autor del hecho ilícito está obligado a dar tales garantías siempre que lo pida el Estado lesionado y cuando las circunstancias lo justifiquen»[99], el propio artículo no intenta especificar el contenido de esa obligación, amparándose en las palabras «cuando proceda». De ello se infiere que la obligación de dar garantías y seguridades es frágil o incluso ilusoria cuando no existe un tercero con competencia para «determinar si se dan las condiciones requeridas para conceder […] un remedio excepcional y también desestimar las reclamaciones abusivas que menoscaben la dignidad del Estado autor del hecho ilícito»[100].

56. A excepción de Alemania, los escasos gobiernos que han formulado observaciones sobre el artículo 46 suelen estar de acuerdo con su contenido[101]. Sin embargo, ello no significa que esos gobiernos compartan la misma opinión por lo que respecta al alcance y el objetivo. A juicio de la Argentina, los Estados que no se ven directamente afectados por un hecho ilícito pueden pedir la cesación y garantías de no repetición, pero no una reparación[102]. La República Checa es partidaria de endurecer el régimen de seguridades y garantías, por lo menos en los casos de «crimen»:

> la obtención de las medidas de seguridad o garantías de no repetición por parte del Estado autor del 'crimen' debería ser obligatoria, sistemática e incondicional; en cambio, en el caso de los 'delitos', su obtención estaría sujeta a apreciación, dependiendo de las circunstancias del caso[103].

De manera similar, Uzbekistán manifiesta que «el proyecto de artículo 46 debería establecer de qué manera el Estado lesionado tiene derecho a recibir garantías»[104]. Por el contrario, Alemania cuestiona la existencia, con arreglo al derecho internacional consuetudinario, del derecho del Estado lesionado a obtener garantías de no repetición en todos los casos[105].

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

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

59. En tercer lugar, es realmente dudoso que una determinada redacción pueda ser suficiente para orientar previamente sobre las seguridades y garantías adecuadas para una determinada situación. Así pues, se depende en buena medida de las circunstancias concretas, incluido el carácter de la obligación y de la violación[106]. En resumidas cuentas, sin embargo, se propone que en el capítulo I de la segunda parte se incluya una versión limitada del artículo 46 en calidad de principio general vinculado a la continuación de la relación jurídica afectada por la violación[107].

4. Otras consecuencias jurídicas con arreglo al derecho internacional consuetudinario

60. En el artículo 38 se dispone lo siguiente:

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

Eso significa que un hecho internacionalmente ilícito produce otras consecuencias jurídicas sin especificar (al margen de las establecidas en otra *lex specialis* que resulte aplicable). Se plantea la cuestión de cuáles podrían ser esas consecuencias. Ciertamente una de las consecuencias de un hecho intencionalmente ilícito podría ser la terminación de la obligación violada, como, por ejemplo, en el caso de una «violación grave» de un tratado bilateral según se dispone en el artículo 60, párr. 1, de la Convención de Viena de 1969. Sin embargo, ello nada tiene que ver con la responsabilidad y no es preciso establecer ninguna cláusula de salvaguardia adicional al respecto.

61. En el breve comentario se advierte que la segunda parte «no será exhaustiva en lo que respecta a las consecuencias jurídicas de los hechos internacionalmente ilícitos»[108]. No obstante, los dos únicos ejemplos que se exponen guardan relación con la validez o la terminación

---

[99] *Anuario… 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 90, párr. 5 del comentario al artículo 10 *bis* [actual art. 46].

[100] Ibíd.

[101] Véase *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3, observaciones formuladas por la República Checa (según las cuales, esas garantías y seguridades «podrían constituir un elemento muy importante de la reparación»), Mongolia (que considera que las disposiciones son «sumamente importantes»; y la Argentina.

[102] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 21.ª sesión (A/C.6/54/SR.21), párr. 26.

[103] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3.

[104] Ibíd.

[105] Ibíd.

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

[107] Para la formulación propuesta, véase el párrafo 119 *infra*.

[108] *Anuario… 1983*, vol. II (segunda parte), pág. 48, párr. 3 del comentario al artículo 3 [actual art. 38].

de los tratados. Esos ejemplos son, en primer lugar, la nulidad de un tratado causada por la utilización ilícita de la fuerza (Convención de Viena de 1969, art. 53) y, en segundo lugar, la exclusión de la posibilidad de ampararse en un cambio fundamental en las circunstancias cuando el cambio en cuestión obedece a una violación de una obligación internacional que el Estado que alega el cambio fundamental tiene con otro Estado parte (Convención de Viena de 1969, art. 62, párr. 2, apdo. *b*). En el comentario se observa que «[e]stos tipos de consecuencias jurídicas no se tratarán en la segunda parte del presente proyecto de artículos»[109]. Ello obedece a que en modo alguno son consecuencias que se encuentren comprendidas en el ámbito del proyecto de artículos.

62. Por lo que respecta a las observaciones de los gobiernos, el Japón considera que la referencia a las reglas del derecho internacional consuetudinario es bastante ambigua. A su juicio, no queda claro si con esa formulación se intenta abordar la relación entre la responsabilidad de los Estados y otras consecuencias jurídicas en el ámbito del derecho de los tratados o entre el proyecto de artículos y el derecho internacional consuetudinario. En este último caso, el Japón cuestiona la pertinencia de la redacción, habida cuenta de que el objetivo del proyecto de artículos es codificar las reglas de derecho internacional consuetudinario en materia de responsabilidad de los Estados. A su juicio, la Comisión debería especificar las reglas consuetudinarias previstas en la disposición[110]. Francia destaca el vínculo conceptual existente entre los artículos 37, 38 y 39, que «se refieren a las relaciones entre el proyecto de artículos y las normas externas y resaltan el carácter supletorio de este texto»[111]. Así pues, Francia sugiere que esos tres artículos se incluyan en las disposiciones finales o introductorias del proyecto de artículos.

63. En cuanto a los artículos 37 y 39, el Relator Especial está de acuerdo con las observaciones de Francia y propone que estas disposiciones pasen a una sección de conclusiones generales[112]. Por lo que respecta al artículo 38, la posición es menos clara. La razón por la que los artículos 37 y 39 deben aplicarse a todo el proyecto de artículos estriba en que también guardan relación con la primera parte. Ello no ocurre así en el caso del artículo 38, que se ocupa concretamente de las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito y, por consiguiente, se refiere a la segunda parte. Así pues, la duda planteada por el Japón cobra una importancia suplementaria. Una posibilidad es que el principio de derecho de la máxima *ex injuria jus non oritur* genere nuevas consecuencias jurídicas en un caso dado, consecuencias que no serían suficientemente concretas ni explícitas para quedar abarcadas dentro de la excepción de la *lex specialis*.

64. Una posible solución es el denominado principio de «aplicación aproximada», formulado por Sir Hersch Lauterpacht en la opinión consultiva relativa al caso *Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-ouest africain* en los siguientes términos:

> Según un acertado principio del derecho, cuando un instrumento jurídico de validez continua no puede aplicarse literalmente a causa de la conducta de una de las partes, ha de procederse, sin permitir que esa parte se aproveche de su propia conducta, a aplicar el instrumento de una manera que se aproxime lo más posible a su objetivo primario. Con ello se interpreta y se pone en práctica el instrumento, pero no se modifica[113].

En el caso *Projet Gabčikovo-Nagymaros*, la CIJ sostuvo que:

> No es necesario que la Corte determine si se trata de un principio del derecho internacional o un principio general del derecho de «aplicación aproximada», dado que, aun cuando existiera ese principio, éste, por definición, únicamente podría aplicarse dentro de los límites del tratado en cuestión[114].

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

65. En la esfera de responsabilidad de los Estados, no parece ser que existan otras consecuencias jurídicas *generales* dimanantes de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, al margen de las indicadas en la segunda parte, a saber, la cesación, la reparación, la restitución, la indemnización, la satisfacción y la posibilidad de que se adopten contramedidas en caso de que un Estado no cumpla con esas obligaciones secundarias. Además, resulta algo extraño que, en un texto que pretende indicar las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito, se mantengan ciertas consecuencias jurídicas suplementarias no especificadas, particularmente cuando no pueden darse ejemplos concretos. No cabe duda de que, cualquiera que sea la forma que llegue a adoptar, ningún proyecto de artículos puede congelar el derecho y que existe permanentemente la posibilidad de que surjan nuevas normas de derecho internacional en esa esfera. No obstante, esa precisión puede hacerse en el comentario y también será de aplicación el principio de la *lex specialis*. En resumidas cuentas, no hay razones de peso para mantener el artículo 38. Si se mantuviera, no queda claro por qué debe circunscribirse a las reglas del derecho internacional consuetudinario. También podrían ser pertinentes las normas de derecho internacional dimanantes de otras fuentes. El Relator Especial propone más adelante que se redacte de nuevo el artículo 38, que figura entre corchetes para dejar patentes las dudas del Relator Especial acerca de su utilidad[115].

---

[109] Ibíd., pág. 47, párr. 1.

[110] *Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/292, comentarios al artículo 38.

[111] Véase la nota 35 *supra*.

[112] Véase el párrafo 8 *supra*.

[113] *Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-ouest africain*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1956*, opinión separada de Sir Hersch Lauterpacht, pág. 46 (véase también véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 51). Para un examen de ese pasaje, véase Rosenne, *Breach of Treaty*, págs. 96 a 101.

[114] *C.I.J. Recueil 1997*, pág. 53, párr. 76.

[115] Para la redacción propuesta, véase el párrafo 119 *infra*.

5. El Estado lesionado

a) *Artículo 40. Significado de «Estado lesionado»*

i) *Labor preparatoria*

66. En la primera parte del proyecto de artículos, tal como fue aprobada en primera lectura, no se utilizaba la expresión «Estado lesionado». No obstante, se hacía frecuentemente referencia al concepto en el comentario y se consideraba que sería necesario que en otro lugar del texto se indicara qué Estado o Estados estarían facultados para exigir responsabilidad a causa de haber sido lesionados por la violación[116].

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

> como toda la segunda parte del proyecto debía versar sobre los nuevos derechos y obligaciones nacidos entre Estados como consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito cometido por uno de ellos, la determinación de qué Estado o qué Estados tenían que ser considerados «Estado lesionado» debía hacerse al comienzo[117].

Su propuesta fue formulada después de un amplio debate sobre el concepto de Estado lesionado, celebrado en el marco de la Comisión en los años anteriores[118]. El Relator Especial ha excluido la existencia de un «derecho internacional del agravio» por considerar que, en la mayor parte de los casos, la determinación de cuál es el Estado lesionado no crearía ninguna dificultad particular. No obstante, podrían surgir problemas

> cuando una norma primaria del derecho internacional se ha establecido claramente para la protección de intereses extraestatales y cuando una norma secundaria de derecho internacional permite o incluso obliga a otros Estados a participar, activa o pasivamente, en la ejecución de una norma primaria[119].

68. Los miembros de la Comisión expusieron opiniones bastante divergentes en relación con ciertas cuestiones de fondo, particularmente en lo concerniente a la posición de los Estados en caso de la comisión de un crimen internacional en el sentido del artículo 19. Realmente nadie se oponía a la inclusión de una disposición que se ocupara del concepto de «Estado lesionado». No obstante, se expresaron diversas opiniones en cuanto a su contenido. Algunos miembros de la Comisión hicieron suyo el enfoque bastante detallado que había propuesto el Relator Especial, en tanto que otros sugirieron «una fórmula general que fuese lo bastante flexible para abarcar todos los casos»[120] o, por el contrario, una disposición más precisa, en la que se estableciera una distinción «entre los Estados directamente afectados y los demás Estados, sobre todo en vista del derecho atribuido a esos Estados individualmente de invocar las consecuencias jurídicas, según se indicaba en los artículos siguientes»[121].

69. En 1985 la Comisión aprobó provisionalmente el artículo 5 de la segunda parte con el comentario. El texto seguía la estructura de la disposición propuesta por el Sr. Riphagen, entonces Relator Especial, aunque con algunas modificaciones[122]. La mayor parte de las modificaciones eran de escasa importancia, aunque hubo una sustancial que suscitó críticas en la Comisión. Como indicó uno de sus miembros:

> [E]l texto inicial del Relator Especial, en el que se definía el «Estado lesionado» en términos de la violación de una obligación por el Estado autor, se ha sustituido por la fórmula menos satisfactoria de la lesión de un derecho. En circunstancias normales la violación de una obligación por un Estado supone la lesión de un derecho de otro Estado, pero no siempre es así[123].

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

> Este artículo no tiene por objeto definir normas primarias de derecho internacional, ni proporcionar una lista exhaustiva de las situaciones en las que un Estado puede considerarse lesionado. Proporciona una norma general en el párrafo 1 y una lista indicativa en el párrafo 2 y aborda el caso bastante especial de los crímenes internacionales en el párrafo 3[124].

71. Durante el debate, se plantearon cuestiones sobre el enfoque del proyecto de artículo desde diferentes puntos de vista. Sir Ian Sinclair no estaba convencido de que pueda prescindirse «del concepto de Estado lesionado en el caso del incumplimiento de una obligación *erga omnes* y de que [pueda] considerarse que todo Estado, sin excepción, tiene igual interés jurídico en la cuestión»[125]. El Sr. Ushakov manifestó preocupaciones similares, incluso respecto de los crímenes internacionales. No compartía

---

[116] Véase, por ejemplo, *Anuario… 1973*, vol. II, pág. 177, documento A/9010/Rev.1, párr. 5 y ss. del comentario al artículo 1. En el artículo 33, párr. 1, apdo. *b*, tal como fue aprobado en primera lectura, se utilizaban las palabras «el Estado para con el que existía la obligación» (lo que entraña un enfoque exclusivamente bilateral): véase el segundo informe del Relator Especial, *Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/498 y Add.1 a 4, párr. 290.

[117] *Anuario… 1984*, vol. II (segunda parte), pág. 106, párr. 355. Al año siguiente, el Sr. Riphagen reiteró su propuesta bajo la forma de artículo 5 de la segunda parte del proyecto de artículos, junto con un comentario al respecto (véase *Anuario… 1985*, vol. II (primera parte), págs. 5 a 9, documento A/CN.4/389).

[118] Véase *Anuario… 1982*, vol. II (primera parte), págs. 42 a 45, documento A/CN.4/354 y Add.1 y 2, párrs. 90 a 101, y *Anuario… 1983*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/366 y Add.1, especialmente págs. 14 a 16, párrs. 72 a 78 (en que se distingue entre el Estado cuyo interés se haya visto afectado y los Estados «partes en el quebrantamiento») y págs. 22 a 25, párrs. 112 a 125 (en que se consignan las diferencias generales y los derechos que tiene un Estado lesionado para hacer valer las diferentes situaciones). Para los debates sobre el asunto antes de la propuesta de redacción, véase *Anuario… 1982*, vol. I, 1736.ª sesión, pág. 243 y *Anuario… 1983*, vol. I, sesiones 1772.ª, 1777.ª y 1780.ª, págs. 111, 137 y 156, respectivamente.

[119] *Anuario.. 1983*, vol. II (primera parte), pág. 23, documento A/CN.4/366 y Add.1, párr. 114.

[120] *Anuario… 1984*, vol. II (segunda parte), pág. 107, párr. 367. El Sr. Balanda hizo, por ejemplo, una lúcida observación (*Anuario… 1984*, vol. I, 1867.ª sesión, pág. 332, párr. 9):

> «En lugar de examinar todos los casos en los que un Estado puede sufrir una lesión en relación con los derechos afectados, con el peligro de olvidar algunas posibilidades, la Comisión podría definir el Estado lesionado en el sentido de que es el que ha sufrido un perjuicio material o moral resultante de un hecho internacionalmente ilícito imputable a otro Estado.»

[121] *Anuario… 1984*, vol. II (segunda parte), pág. 107, párr. 367.

[122] Véase *Anuario… 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 26. En 1996, esa disposición fue aprobada en primera lectura por la Comisión como artículo 40 (*Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 68 y 69).

[123] *Anuario… 1985*, vol. I, 1929.ª sesión, pág. 312, párr. 59, declaración de Sir Ian Sinclair.

[124] Ibíd., pág. 308, párr. 27, declaración del Sr. Calero-Rodrigues.

[125] *Anuario… 1983*, vol. I, 1777.ª sesión, pág. 141, párr. 28; véase también *Anuario… 1984*, vol. I, 1865.ª sesión, págs. 319 y 320, párrs. 4 y 5. El Sr. Malek estuvo de acuerdo (ibíd., 1866.ª sesión, pág. 327, párr. 13).

la opinión «de que un crimen internacional lesiona necesariamente a todos los Estados de la comunidad internacional, ya que algunos de ellos son lesionados directamente y otros no. En realidad, en algunos casos ningún Estado resulta verdaderamente lesionado; más bien es la comunidad internacional de Estados, en calidad de tal, la afectada»[126]. Dado que uno de los ejemplos que expuso era el caso de agresión, el Sr. Ushakov debía estar refiriéndose a Estados que no fuesen el objetivo primario. No cabe duda de que por cada acto de agresión hay un Estado víctima; ciertamente lo que había destacado Sir Ian Sinclair era la posible disparidad entre los intereses del Estado víctima y los de terceros Estados[127]. También se planteó la cuestión de hasta qué punto era permisible reaccionar cuando todos o muchos Estados se consideraran «lesionados» por la violación de una obligación multilateral. Según el Sr. Lacleta-Muñoz, «[s]i el acto internacionalmente ilícito afecta a los intereses colectivos de un conjunto de Estados partes, la reacción ha de ser también colectiva. Pero es preciso definir con exactitud cuáles son esos intereses colectivos»[128]. El Relator Especial defendió su propuesta de manera algo indirecta. A su juicio, el artículo 5 era un «artículo clave», que no podía limitarse simplemente a remitir a normas primarias no incluidas en el proyecto, habida cuenta de la precisión que se requería[129]. Por otra parte, «[e]n el apartado *e* del artículo 5, al aludir a 'todos los demás Estados' como Estados lesionados en relación con un crimen internacional, no se quiere decir que esos Estados estén lesionados en la misma medida o que cada uno de ellos pueda tomar las medidas que considere oportunas»[130]. Ese aspecto fue recogido por el Presidente del Comité de Redacción, quien destacó que:

> El Comité de Redacción ha examinado la cuestión de si en el caso de crimen internacional todos los Estados lesionados deben tener derecho a reaccionar de la misma manera, o si el derecho a reaccionar se ha de graduar según la gravedad de la lesión del derecho o interés en cada caso. Se ha considerado que, si ha de tratarse esta cuestión, el lugar adecuado para ello serían los artículos en los que se definan las consecuencias jurídicas de los crímenes internacionales[131].

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

72. En otro orden de cosas, el Sr. Reuter cuestionó la distinción que se hacía en el texto entre las lesiones basadas en un tratado y en el derecho internacional general: «si […] algunas normas jurídicas crean derechos subjetivos, ¿no sería conveniente, a ese respecto, redactar un apartado que no establezca distinción entre normas consuetudinarias y normas escritas?»[132] Uno de los miembros incluso dudó de la premisa básica del artículo 40 de que algunas lesiones podían afectar a todos o a muchos Estados. El Sr. Ushakov, manifestando su posición contraria al párrafo 3, destacó que «[e]n el derecho internacional general existen ciertamente derechos y obligaciones *erga omnes*, pero las relaciones entre Estados siempre son, en última instancia, de carácter bilateral»[133].

ii) *Artículo 40 y comentario correspondiente*

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

Artículo 40. Significado de «Estado lesionado»

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

2. En particular, se entiende por «Estado lesionado»:

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

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

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

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

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

i) el derecho ha sido creado o está reconocido en su favor;

ii) la lesión del derecho por el hecho de un Estado afecta necesariamente el disfrute de los derechos o el cumplimiento de las obligaciones de los demás Estados partes en el tratado multilateral u obligados por la norma de derecho internacional consuetudinario, o

iii) el derecho ha sido creado o está reconocido para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales;

f) si el derecho lesionado por el hecho de un Estado nace de un tratado multilateral, cualquier otro Estado parte en el tratado multilateral, si consta que el derecho ha sido estipulado expresamente en ese tratado para la protección de los intereses colectivos de los Estados partes.

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

---

[126] *Anuario… 1984*, vol. I, 1861.ª sesión, pág. 293, párr. 4.

[127] Hizo de nuevo esta precisión en el debate que celebró el Comité de Redacción en relación con el proyecto de artículo 5, *Anuario… 1985*, vol. I, 1929.ª sesión, pág. 310, párr. 47; véanse también la declaración del Sr. Roukounas, ibíd., 1930.ª sesión, pág. 313, párr. 7, y la opinión contraria del Sr. Flitan, ibíd., párr. 10.

[128] *Anuario… 1984*, vol. I, 1867.ª sesión, pág. 333, párr. 17.

[129] Ibíd., pág. 334, párr. 26.

[130] Ibíd., párr. 28.

[131] *Anuario… 1985*, vol. I, 1929.ª sesión, pág. 310, párr. 43, declaración del Sr. Calero-Rodrigues.

[132] *Anuario… 1984*, vol. I, 1861.ª sesión, págs. 293 y 294, párr. 11.

[133] *Anuario… 1985*, vol. I, 1929.ª sesión, pág. 310, párr. 47. La observación es significativa, habida cuenta de la importancia de la doctrina soviética en relación con el artículo 19.

74. En el comentario del artículo 40[134] se indica que a la pregunta de qué Estado es responsable de un hecho internacionalmente ilícito se responde en principio en la primera parte del proyecto de artículos, en la que se define el hecho internacionalmente ilícito:

> simplemente en función de las obligaciones, no de los derechos. Se hace así partiendo del supuesto de que todas y cada una de las obligaciones corresponden *per definitionem* a un derecho de, por lo menos, otro Estado[135].

De la misma manera, el Sr. Ago había afirmado en su segundo informe sobre responsabilidad de los Estados que había siempre una «correlación entre obligación jurídica por una parte y derecho subjetivo por otra». Según esa opinión, era «totalmente legítimo en derecho internacional […] considerar la idea de violación de una obligación como enteramente equivalente a la de lesión del derecho subjetivo ajeno»[136]. Esa equivalencia «exacta» se manifiesta con algunas palabras cruciales en el artículo 40, párr. 1[137]. Más adelante, en la segunda parte del proyecto de artículos, se habla de los derechos «del» Estado lesionado y no de las obligaciones del Estado responsable de la conducta internacionalmente ilícita (en lo sucesivo denominado el Estado responsable).

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

76. Como aclara el comentario, la larga y desproporcionada lista del párrafo 2 tiene únicamente carácter de presunción. En un determinado tratado o norma se puede indicar cuáles son los sujetos (Estados u otras personas) que tienen derecho a exigir responsabilidad por una violación de manera inclusiva o exclusiva. De conformidad con el principio de la *lex specialis*, prevalecería esa disposición[138]. Sin embargo, no es frecuente que un tratado multilateral cuente con su propio reglamento de aplicación y menos frecuente aún que ello ocurra en el caso de las normas de derecho internacional general. En la mayor parte de los casos, la determinación del «Estado lesionado» del artículo 40 se llevará a cabo por exclusión.

iii) *Observaciones de los gobiernos sobre el artículo 40*

77. El artículo 40 ha sido objeto de numerosas observaciones por parte de los gobiernos. En ellas se recogen opiniones detalladas y diversas, pero en ningún caso se cuestiona la necesidad de que el proyecto de artículos cuente con una disposición que se ocupe del concepto de Estado lesionado. Singapur, por ejemplo, manifiesta que el proceso de determinación del Estado lesionado es indispensable «para atribuir ciertos privilegios [y] legitimar actos posteriores que de lo contrario serían ilícitos»[139]. Algunos gobiernos se manifiestan preocupados por considerar que las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito tienen un alcance demasiado amplio. Así, según Austria, el concepto que figura en el artículo 40 «es valioso […] en la medida en que los Estados son afectados directamente en sus derechos por violaciones del derecho internacional»[140]. Esas dudas dieron lugar a que algunos gobiernos se preguntaran si el elemento de la pérdida o daño real no tendría que ser el componente principal de la definición de Estado lesionado. En consonancia con el enfoque que había formulado en relación con el proyecto de artículo 1, Francia considera que el artículo 40 debe hacer «referencia expresa al daño material o moral sufrido por un Estado a consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito cometido por otro», pero no descarta la idea «de que un Estado pueda sufrir un perjuicio jurídico por el mero hecho de que se haya incumplido una obligación contraída con él», siempre que el perjuicio tenga «carácter especial»[141]. Otros gobiernos manifiestan su absoluta oposición a ese punto de vista, por considerar que el

---

[134] El comentario del artículo 40 [antes art. 5], que fue aprobado en 1985 (véase *Anuario… 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 27 a 29), no fue revisado cuando el proyecto de artículos se aprobó en primera lectura en 1996. La única modificación fue una nota al pie de página en relación con el párrafo 3 (*Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 69), en la que se indicaba lo siguiente:

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

[135] *Anuario… 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 27, párr. 2 del comentario al artículo 5 [actual art. 40].

[136] *Anuario… 1970*, vol. II, pág. 206, documento A/CN.4/233, párr. 46.

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

[138] *Anuario… 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 27, párrs. 5 y 6 del comentario al artículo 5 [actual art. 40].

[139] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3 (el Reino Unido no tiene «observaciones que formular sobre la mayor parte del proyecto de artículo 40»). Uzbekistán sugiere que la disposición se incluya «en el capítulo II de la segunda parte» (ibíd.). Véase también A/CN.4/496 (nota 3 *supra*), pág. 20, párr. 122.

[140] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3. Así, Austria se pregunta si el concepto de Estado lesionado es viable cuando no existe un Estado directamente afectado (se refiere, entre otras cosas, a las violaciones de los derechos humanos).

[141] Ibíd. Así, Francia propone otra redacción del artículo 40 (ibíd.). De manera similar, el Japón considera «más apropiado que el Estado lesionado cuyos intereses no hayan sufrido daños tangibles tenga en principio derecho únicamente a pedir al Estado que ha cometido el hecho ilícito que cese su comportamiento que constituye un hecho internacionalmente ilícito» (*Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/292, observaciones sobre el artículo 40). Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, declaraciones de Bulgaria, 23.ª sesión (A/C.6/54/SR.23), párr. 67, y Burkina Faso, ibíd., 26.ª sesión (A/C.6/54/SR.26), párr. 42 (este último país sugiere que la definición incluya también el elemento de causalidad entre el perjuicio y el acto). Véase asimismo A/CN.4/504 (nota 3 *supra*), párr. 62.

hecho de no incluir el daño como elemento de un hecho ilícito impide que todos los Estados tengan derecho a exigir responsabilidad al Estado autor del hecho ilícito. Por el contrario, «[s]ólo podrán exigirla el Estado o los Estados cuyos derechos subjetivos hayan sido lesionados, es decir, aquellos respecto de los cuales se haya incumplido una obligación»[142]. Aunque de forma un tanto diferente, la cuestión vuelve a aparecer como un aspecto importante en el debate sobre los párrafos 2 y 3 del artículo 40, que han sido objeto de numerosas observaciones y críticas.

78. No cabe duda de que algunos Estados están de acuerdo con el enfoque general adoptado por la Comisión en primera lectura. Alemania, por ejemplo, destaca que «la naturaleza de las normas primarias del derecho internacional y el círculo de Estados que han participado en su elaboración son las que indican cuáles son los Estados lesionados por el incumplimiento de una obligación establecida en esas normas primarias»[143]. No obstante, la mayoría de los gobiernos que formulan observaciones sobre el proyecto de artículo 40 manifiesta profunda preocupación por la redacción y el contenido del párrafo 2, apdos. *e* y *f*, y del párrafo 3. Hay una primera cuestión que guarda relación con los «resultados absurdos» a que podrían dar lugar esas disposiciones si hicieran surgir «conflictos de competencia o a la acumulación de competencia de los Estados que invocasen las consecuencias jurídicas de una violación»[144]. Así pues, se ha respaldado la distinción propuesta[145] entre los Estados concretamente lesionados por un hecho internacionalmente ilícito y los Estados que tengan un interés jurídico en el cumplimiento de la obligación[146]. Los Estados que hayan resultado concretamente lesionados tendrían derecho a pedir una indemnización, en tanto que los Estados con un interés jurídico podrían únicamente reclamar la cesación de la conducta ilícita, dado que la reparación se concedería al Estado concretamente lesionado[147]. Además, a juicio del Reino Unido, la Comisión debería considerar si «el derecho de los Estados a considerarse 'lesionados' […] debería modificarse si el Estado principalmente lesionado ha indicado que ha decidido libremente renunciar a los derechos derivados del incumplimiento o si ese Estado consiente en el 'incumplimiento'»[148].

79. En relación con el párrafo 2, apdos. *e* y *f*, se han planteado otras cuestiones, que pueden resumirse de la manera siguiente:

a) La remisión conjunta a los tratados multilaterales y al derecho internacional consuetudinario parece plantear problemas. Para algunos gobiernos, sería preferible que esas fuentes fueran tratadas en disposiciones separadas[149]; para otros gobiernos, también se debe hacer mención de los usos bilaterales o de las obligaciones dimanantes de actos unilaterales[150];

b) En cuanto al párrafo 2, apdo. *e*, inc. ii), varios gobiernos se mostraron preocupados por el hecho de su incompatibilidad o «posibles duplicidades […] [con] el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969»[151], cuyas disposiciones parecen ser «más restringida[s]»[152]. Así, el Reino Unido es firmemente partidario del enfoque del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969, el cual, comparado con el vago criterio del artículo 40, «tiene el efecto de limitar el concepto de Estado lesionado a aquellos Estados que resulten materialmente afectados»[153]. En términos más generales, algunos gobiernos destacan que la posición de los Estados lesionados en caso de violación de una obligación de un tratado multilateral debe regirse en primer lugar por el propio tratado y, cuando proceda, por el derecho de los tratados[154];

c) Algunos gobiernos piden aclaraciones acerca del párrafo 2, apdo. *e*, inc. iii), particularmente por lo que respecta a la exigencia de una reparación por los Estados partes que no se hayan visto realmente perjudicados por la violación[155];

d) En cuanto al párrafo 2, apdo. *f*, Francia considera «totalmente improcedente permitir así que un Estado intervenga en situaciones que no le conciernen directamente»[156], en tanto que, a juicio de otros gobiernos, es preciso que se aclare el concepto de «intereses colectivos» o el tipo de tratados que quedan abarcados[157].

---

[142] Italia (*Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3); véase también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, declaraciones de Venezuela, 23.ª sesión (A/C.6/54/SR.23), párr. 54, y A/CN.4/504 (nota 3 *supra*), párr. 62.

[143] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3. Véase también Italia, que está de acuerdo con los conceptos del artículo 40 (ibíd.).

[144] Ibíd., Austria. Para los Estados Unidos, esas disposiciones ponen de manifiesto «una concepción inaceptable y demasiado amplia de los daños» (ibíd.).

[145] Véase *Anuario… 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 20, párr. 29, apdo *a*.

[146] Véase A/CN.4/504 (nota 3 *supra*), párr. 64. No obstante, la distinción ha sido criticada por no servir para ningún fin útil, habida cuenta de la ambigüedad del concepto de Estados que tengan un interés jurídico; véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, declaraciones de Dinamarca, en nombre de los países nórdicos, 22.ª sesión (A/C.6/54/SR.22), párr. 4).

[147] A/CN.4/504 (nota 3 *supra*), párr. 64. Véase también Austria (*Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3).

[148] Ibíd.

[149] A/CN.4/496 (véase la nota 3 *supra*), párr. 123. Singapur considera que una de las condiciones para exigir responsabilidad con arreglo al derecho internacional consuetudinario estriba en que exista un «nexo suficiente» «entre el Estado infractor y el Estado […] lesionado» (*Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3).

[150] A/CN.4/504 (véase la nota 3 *supra*), párr. 66. Además, se manifestaron preferencias por una lista ilustrativa y no exhaustiva (ibíd.)

[151] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3.

[152] Ibíd., el Reino Unido.

[153] Ibíd. Véase también la propuesta de los Estados Unidos (ibíd.).

[154] Ibíd., los Estados Unidos; véase también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, declaraciones de Israel, 23.ª sesión (A/C.6/54/SR.23), párr. 58.

[155] Los Estados Unidos (véase la nota 35 *supra*) y el Japón (*Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/292, observaciones sobre el artículo 40); véase también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, declaraciones de Australia, 23.ª sesión (A/C.6/54/SR.23), párr. 41 (Australia sugiere que la reparación en esos casos «se limit[e] a las seguridades y garantías de no repetición»).

[156] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3.

[157] Los Estados Unidos (ibíd.) y el Japón (*Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/292; véase también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, declaraciones de Australia, 23.ª sesión (A/C.6/54/SR.23), párr. 42.

80. En cuanto al párrafo 3, los gobiernos han formulado diferentes observaciones. Algunos consideran que también en el caso de los crímenes deben establecerse varias categorías de Estados lesionados «y, consecuentemente, diferentes derechos para esos Estados»[158]. Así, los Estados Unidos manifiestan preocupación por la «gran confusión» a que puede dar lugar el párrafo 3. A su juicio, el hecho de que los Estados se encuentren todos lesionados individualmente, y no colectivamente, por un crimen en el sentido del artículo 19 puede dar lugar a una «multiplicidad de las demandas de reparación [y] provocar que se indemnizara insuficientemente a los Estados propiamente lesionados»[159]. Sin embargo, otros gobiernos están de acuerdo con el enfoque adoptado por la Comisión en primera lectura y consideran, en particular, que, cuando se comete un crimen en el sentido del artículo 19, todo Estado resulta lesionado y puede exigir responsabilidad al Estado que lo haya cometido[160]. Suiza formula la útil observación de que, «en la medida en que los conceptos de crimen y de violación de las normas imperativas del derecho internacional coinciden», todos los Estados pueden considerarse lesionados independientemente de que el hecho ilícito se califique de crimen; en consecuencia, la tipificación de ciertos comportamientos no es indispensable «para atribuir consecuencias especialmente graves» a esos comportamientos[161].

81. La doctrina se hace eco de muchas de esas críticas al artículo 40[162].

b) *Algunas cuestiones preliminares*

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

i) *Identificación del interés legítimo y del interés subjetivo*

83. Una cuestión inicial es la identificación general de la responsabilidad con los derechos subjetivos del Estado o los Estados lesionados. Ello se basaba en teorías anteriores de la responsabilidad de los Estados (particularmente de Anzilotti), que partían del paradigma de las relaciones bilaterales como característica del derecho internacional. Al preparar su segundo informe[163] (publicado el mismo año que el pronunciamiento de la CIJ en el caso *Barcelona Traction*[164]), el entonces Relator Especial, Sr. Ago, sólo había comenzado a concebir la idea de la responsabilidad respecto de toda la comunidad internacional. A tal efecto, poco importa si se utiliza la terminología del artículo 19 («crímenes internacionales») o la de la propia Corte cuando se refiere a una obligación contraída con toda la comunidad internacional (*erga omnes*)[165]. En cualquier caso, plantea un problema la identificación inmediata de esa responsabilidad con los derechos «subjetivos» de los Estados concretos.

84. En el presente contexto, cabe utilizar el término «subjetivos» para destacar que las relaciones jurídicas «secundarias» dimanantes de una violación de una obligación internacional son forzosamente relaciones jurídicas entre el autor de la violación y otras personas o entidades. No existe una «responsabilidad abstracta», ya que la responsabilidad siempre se tiene respecto de personas y, en ese sentido, es «subjetiva»[166]. Pero eso no significa que las obligaciones de carácter colectivo o comunitario consistan únicamente en relaciones bilaterales. Para examinar la correlación estricta entre las obligaciones y los derechos, se utilizó implícitamente como base la obra de Hohfeld y sus «correlaciones jurídicas»[167]. Sin embargo, este autor destacó la diversidad de relaciones jurídicas existentes y no tuvo ciertamente ningún interés en reducir esas relaciones a una forma única. En el ámbito de las relaciones internacionales, ya no existe (si es que existió alguna vez) ninguna razón *a priori* para reducir todas las relaciones de responsabilidad a la forma de una relación bilateral derecho-deber entre dos Estados, como si se tratara de un tratado bilateral.

85. Por ejemplo, Etiopía y Liberia no eran los beneficiarios de las obligaciones que hacían valer en el caso *Sud-Ouest africain*[168]. El beneficiario era el pueblo del

---

[158] Alemania distingue entre el derecho a pedir la cesación y la reanudación del cumplimiento de la obligación, por una parte, y el derecho a reclamar una reparación, por otra (véase la nota 35 *supra*); véase también A/CN.4/496 (nota 3 *supra*), párr. 123 (en que se establece como criterio para distinción la «proximidad de un Estado a la violación»).

[159] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3. No obstante, los Estados Unidos destacan que, incluso cuando haya un Estado principalmente afectado, el hecho ilícito «puede afectar […] secundariamente a otros» (ibíd.).

[160] Ibíd., Italia. Véase también A/CN.4/504 (nota 3 *supra*), párr. 65. A juicio de la República Checa, la disposición del párrafo 3 «no es anodina; tiene consecuencias importantes tanto por lo que respecta a la reparación como a las contramedidas» (*Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3).

[161] Ibíd.

[162] Véanse, por ejemplo, Sachariew, «State responsibility for multilateral treaty violations: identifying the 'injured State' and its legal status»; Hutchinson «Solidarity and breaches of multilateral treaties»; Kawasaki, «The notion of 'injured State' in the law of international responsibility of States: the ILC's draft article 5 of part two on State responsibility (3 parts)»; Simma, «Bilateralism and community interest in the law of State responsibility»; Charney, «Third State remedies in international law»; Vadapalas, «L'intérêt pour agir en responsabilité internationale»; Frowein, «Reactions by not directly affected States to breaches of public international law»; Simma, «From bilateralism to community interest in international law»; Annacker, «Part two of the International Law Commission's draft articles on State responsibility»; de Hoogh, *op. cit.*; Perrin, «La détermination de l'Etat lésé. Les régimes dissociables et les régimes indissociables»; Ragazzi, *The concept of international obligations* erga omnes; Bederman, «Article 40 2) e) and f) of the ILC draft articles on State responsibility: standing of injured States under customary international law and multilateral treaties»; Kawasaki, «The 'injured State' in the international law of State responsibility»; Crawford, «The standing of States: a critique of article 40 of the ILC's draft articles on States responsibility».

[163] *Anuario… 1970*, vol. II, pág. 189, documento A/CN.4/233.

[164] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1970*, pág. 3; véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 104.

[165] Por las razones aducidas en su primer informe (*Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3), el Relator Especial prefiere la terminología que utiliza la Corte de obligaciones con toda la comunidad internacional. Ese es ciertamente el caso en el contexto del artículo 40, que se refiere al derecho a exigir responsabilidad más que las consecuencias de proceder así (ibíd., párr. 98).

[166] A juicio del Relator Especial, la posible confusión entre el sentido muy inusual del término «subjetivos» y su sentido más usual es razón suficiente para eludir ese término. En su sentido ordinario, no puede existir ninguna obligación o derecho «no subjetivo»; así pues, el término es innecesario y puede inducir a error. Véase el segundo informe (*Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/292, párr. 6), y, a efectos similares, de Hoogh, *op. cit.*, pág. 20.

[167] Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*.

[168] Segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1966*, pág. 6; véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 96.

África sudoccidental; éste tenía un derecho «subjetivo» a que su territorio fuera administrado en su nombre y en su beneficio, derecho éste que estaba en peligro[169]. Etiopía y Liberia hacían valer un derecho adjetivo o de procedimiento para conseguir que Sudáfrica cumpliera con las obligaciones que tenía con el pueblo del territorio. No existe ninguna razón analítica para rechazar esa relación jurídica[170] y Hohfeld no habría tenido ninguna dificultad en incluirla en su planteamiento[171]. Es deficiente un sistema jurídico que pretende reducir a una relación bilateral las relaciones jurídicas entre Sudáfrica, la población del territorio y los dos Estados demandantes. No obstante, eso es lo que parece perseguir el artículo 40, con sus equivalencias «exactas»[172].

ii) *Consideración de las obligaciones de derechos humanos*

86. Una segunda cuestión se refiere a la consideración de las obligaciones de derechos humanos. Con arreglo al artículo 40, párr. 2, apdo. *e*, inc. iii), todo Estado vinculado por obligaciones de derechos humanos resulta lesionado si se violan esas obligaciones[173]. De hecho, a la vista de esa disposición todo Estado se considera lesionado incluso por una violación individual y comparativamente menor del derecho fundamental de una persona (que no sea nacional suyo). Según el comentario,

> es evidente que no cabe considerar que todos los derechos enumerados en estos instrumentos, ni todos los actos u omisiones atribuibles a un Estado que puedan considerarse incompatibles con el respeto de esos derechos […] reúnen necesariamente los requisitos para dar lugar a la aplicación del presente inciso[174].

Sin embargo, esa exclusión no se pone de manifiesto en el texto del párrafo 2, apdo. *e*, inc. iii). Tampoco se ha intentado (por ejemplo, mediante una remisión al concepto de violaciones sistemáticas o graves) distinguir entre los casos en que todos los Estados resultan lesionados y aquellos en que resulta lesionado el beneficiario individual del derecho humano y los Estados partes en una obligación de derechos humanos tienen un interés general en su cumplimiento.

87. Incluso en el caso de violaciones suficientemente comprobadas, graves o sistemáticas de los derechos humanos, se sugiere que se distinga entre los derechos de las víctimas y las reacciones de los Estados. De lo contrario, el artículo 40, párr. 2, apdo. *e*, inc. iii), produciría el efecto de convertir los derechos humanos en derechos de los Estados, lo que no parece que esté más justificado en el caso de las violaciones sistemáticas que en el de las violaciones aisladas. Puede ocurrir que se considere que ciertos terceros Estados tienen más derecho a intervenir o a reaccionar en caso de violaciones sistemáticas de los derechos humanos que cuando se producen violaciones aisladas, pese a que ello no se afirma así en los Pactos internacionales de derechos humanos[175]. No obstante, aun cuando tengan más derecho los terceros Estados, no parece ser que ese derecho tenga una naturaleza distinta. Los Estados afectados pueden representar a las víctimas, pero no pueden identificarlas con ellos ni atribuirse los derechos de las víctimas, dado que se reconoce que tienen un interés legítimo en que el Estado autor de la violación cumpla con sus obligaciones de derechos humanos.

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

> Los intereses que protegen esas disposiciones [de derechos humanos] no son atribuibles a un determinado Estado. De ahí la necesidad de considerar en primer lugar como Estados lesionados a todos los demás Estados partes en la convención multilateral u obligados por la norma de derecho consuetudinario pertinente[176].

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

---

[169] En *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1971*, pág. 16; véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 107, la Corte destacó que, en el caso *Sud-Ouest africain*, «la entidad perjudicada es un pueblo» y no un Estado o grupos de Estados. Véase *Anuario… 1980*, vol. II (primera parte), pág. 124, documento A/CN.4/330, párrs. 56 y 57.

[170] En 1996, la CIJ, por mayoría simple de sus miembros, consideró que los Estados demandantes no tenían ningún interés en la debida administración del Mandato, la cual podían reivindicar con arreglo a la cláusula de compromiso. No obstante, la «mayoría» no negaba que el Mandato *podía* haber reconocido el derecho de todos los Estados Miembros de la Sociedad de Naciones a hacer cumplir las obligaciones al mandatario incoando actuaciones ante la Corte (véase, por ejemplo, *Sud-Ouest africain, C.I.J Recueil 1996*, pág. 23, párr. 16). Se llegó a esa conclusión en virtud de una interpretación restrictiva de la cláusula de compromiso. En cualquier caso, el fallo fue muy criticado y actualmente ha de examinarse teniendo en cuenta el pronunciamiento de la Corte en el caso *Barcelona Traction*, *C.I.J. Recueil 1970*, págs. 32 y 33.

[171] En algunos casos (por ejemplo, los artículos 45 y 48 del Convenio europeo de derechos humanos, o la disposición que lo sustituyó, a saber, el artículo 33 del Protocolo n.º 11), en que ese interés general ha sido reconocido, sin equiparar los derechos de los Estados que adoptan medidas con los derechos sustantivos que intentan proteger.

[172] En el caso *Barcelona Traction*, la CIJ destacó que la «responsabilidad es el corolario necesario de un derecho» (*C.I.J. Recueil 1970*, pág. 33, párr. 36). No obstante, la Corte hizo esa afirmación después de haber distinguido entre los derechos de los Estados respecto de otros Estados (por ejemplo, en el ámbito de la protección diplomática) y las obligaciones *erga omnes*, las cuales todos los Estados tienen un «interés legítimo» en proteger. Con ello no quería decir que los únicos casos de responsabilidad eran aquellos en que se violaban los derechos individuales de un Estado.

[173] Tal como está redactado, el artículo 40, párr. 2, apdo. *e*, inc. iii) se aplica a cualquier «derecho […] creado o […] reconocido para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales». Resulta sorprendente referirse a un derecho reconocido para la protección de un derecho: ese problema, aunque parece exclusivamente de redacción, suscita, además, dudas en cuanto al alcance de ese inciso.

[174] *Anuario… 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 29, párr. 22 del comentario al artículo 5 [actual art. 40].

[175] Se aplican normas diferentes sobre la admisibilidad de las denuncias que formulan los Estados y los particulares en relación con las violaciones sistemáticas de los derechos humanos. Véase, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Irlande* c. *Royaume-Uni*, fallo de 18 de enero de 1978, *série A n.º 25*, pág. 64, párr. 159.

[176] *Anuario… 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 28, párr. 20 del comentario al artículo 5 [actual art. 40].

de la humanidad y la protección del medio ambiente, que también podían haberse mencionado en el artículo 40.

89. La peculiaridad de las obligaciones de derechos humanos (comparadas con las obligaciones de otros ámbitos) estriba en que están formuladas concretamente como derechos de los particulares, en tanto que, por ejemplo, los instrumentos internacionales sobre protección del medio ambiente se refieren a obligaciones de los Estados. Por el contrario, las normas de derecho internacional relacionadas con el trato debido a los extranjeros en el ámbito de la protección diplomática se articularon deliberadamente con el propósito de que se refirieran a los derechos de los Estados, tal como destacó la CPJI en el caso *Concessions Mavrommatis en Palestine*[177]. Las referencias a los derechos humanos en la Carta de las Naciones Unidas y en los textos de derechos humanos a partir de 1948 dieron lugar a un cambio de terminología deliberado y sistemático que ha de tener una significación jurídica. No obstante, ello no es razón para que los derechos humanos se consideren obligaciones «atribuibles» a Estados «en primer lugar».

iii) *Otros casos de lesiones dimanantes de relaciones jurídicas multilaterales*

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

a. Obligaciones integrales

91. De conformidad con el artículo 40, párr. 2, apdo. *e*, inc. ii), todo Estado parte en un tratado multilateral u obligado por una norma de derecho internacional consuetudinario resulta lesionado por la violación de una «obligación integral»[178]. Esa violación se define como la que «afecta necesariamente al disfrute de los derechos o al cumplimiento de las obligaciones» de los demás Estados partes. El comentario no va más allá de decir que esa disposición:

> trata de una situación de hecho, reconocida como especial también en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en lo que concierne a los tratados multilaterales (véanse, por ejemplo, el inciso i) del apartado *b* del párrafo 1 del artículo 41, el inciso i) del apartado *b* del párrafo 1 del artículo 58 y, en un contexto y una redacción algo diferentes, el apartado *c* del párrafo 2 del artículo 60)[179].

No obstante, de las tres disposiciones de la Convención de Viena de 1969 que se indican en el comentario[180], sólo el artículo 60, párr. 2, apdo. *c* se ocupa realmente de cuestiones relacionadas con la responsabilidad[181]. El artículo 60, párr. 2, apdo. *c* se refiere a todo tratado que sea «de tal índole que una violación grave de sus disposiciones por una parte modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones en virtud del tratado». Esa redacción resulta más restringida que la del proyecto de artículo 40, párr. 2, apdo. *e*, inc. ii). Además de utilizar el criterio *a priori* de los efectos sobre otros Estados, se aplica a todo el tratado y no a la obligación concreta que se haya violado. Probablemente esa diferencia obedece a la diferencia de contexto. La Convención de Viena de 1969 se ocupa de los tratados en su conjunto, en tanto que el proyecto de artículos se refiere a obligaciones concretas. Así, no parece que haya dificultad alguna en trasladar el concepto de obligaciones integrales al derecho de la responsabilidad a los Estados y tampoco en considerar a cada Estado como individualmente lesionado a causa de la violación de una obligación integral.

b. Obligaciones *erga omnes partes*

92. Además, en el artículo 40, párr. 2, apdo. *f* se considera lesionados a todos los demás Estados partes en un tratado multilateral «si el derecho lesionado […] ha sido estipulado expresamente en ese tratado para la protección de los intereses colectivos de los Estados partes». Esos intereses pueden considerarse obligaciones *erga omnes partes*. Según se reconoce, son obligaciones en cuyo cumplimiento todos los Estados partes tienen un interés común, por encima de cualquier interés individual que puede existir en un determinado caso. En el comentario se da como ejemplo «el concepto de 'patrimonio común de

---

[177] Fallo n.º 2, *1924, C.P.J.I. série A n.º 2*, pág. 12. La CIJ afirmó el mismo principio en los casos *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, *C.I.J. Recueil 1949*, págs. 181 y 182 (véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 10), y *Barcelona Traction, C.I.J. Recueil 1970*, págs. 32 y 33.

[178] El concepto de obligaciones «integrales» fue desarrollado por Sir Gerald Fitzmaurice cuando era Relator Especial sobre el derecho de los tratados: véase *Anuario… 1957*, vol. II, págs. 58 y 59, párrs. 124 a 127; véase también Sachariew, *loc. cit.*, pág. 281.

[179] *Anuario… 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 28, párr. 19 del comentario al artículo 5 [actual art. 40].

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

[181] El artículo 60, párr. 2, dispone lo siguiente:

> «2. Una violación grave de un tratado multilateral por una de las partes facultará:
>
> *a*) A las otras partes, procediendo por acuerdo unánime, para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente o darlo por terminado, sea:
>
> i) En las relaciones entre ellas y el Estado autor de la violación; o
>
> ii) Entre todas las partes;
>
> *b*) A una parte especialmente perjudicada por la violación, para alegar ésta como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente en las relaciones entre ella y el Estado autor de la violación;
>
> *c*) A cualquier parte, que no sea el Estado autor de la violación, para alegar la violación como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente con respecto a sí misma, si el tratado es de tal índole que una violación grave de sus disposiciones por una parte modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones en virtud del tratado».

Esas disposiciones son contrarias a una disposición que figura en el propio tratado (art. 60, párr. 4) y no se aplican en ciertos casos, como en los tratados de asistencia humanitaria, que deben mantenerse íntegramente en vigor con independencia de las violaciones (art. 60, párr. 5). No se define la expresión «especialmente perjudicada» y el comentario del artículo 60 tampoco se ocupa de hacerlo. Véase *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, párr. 7. En el caso *Namibie*, la CIJ Corte manifestó que el artículo 60 era «en la mayor parte de sus aspectos» una declaración del derecho internacional vigente (*C.I.J. Recueil 1971*, pág. 47, párr. 94).

la humanidad' recientemente aceptado con respecto a los recursos minerales de los fondos marinos y del subsuelo más allá de la jurisdicción nacional»[182]. Eso indica que el requisito de la estipulación expresa ha de interpretarse con cierta flexibilidad. No obstante, en el comentario se indica que «en la presente etapa de desarrollo de la comunidad internacional en su conjunto el reconocimiento o establecimiento de un interés colectivo de los Estados sigue todavía limitado en cuanto a su aplicación», la cual queda textualmente limitada por dos factores: las estipulaciones expresas y las estipulaciones de los tratados multilaterales[183]. En lo que concierne al primer factor, existe una amplia variedad de tratados multilaterales modernos que defienden intereses colectivos, razón por la que aparece demasiado restrictivo exigir una estipulación expresa. Por lo que respecta al segundo, el proyecto de artículos se desarrolla sobre la base de que las obligaciones dimanantes de los tratados y del derecho internacional general han de ser consideradas equivalentes[184], y bien puede darse el caso de que el derecho internacional general iguale y refuerce a una disposición de un tratado multilateral en aras del interés público. Además, no hay razón alguna para que la «protección de los intereses colectivos» se limite a los intereses colectivos de los Estados considerados de manera restringida. Los tratados de derechos humanos están encaminados claramente (aunque no siempre de manera expresa) a proteger el interés común general. Por ello, es más adecuado considerar que el párrafo 2, apartado *e*, inciso iii) del artículo 40 está relacionado con el párrafo 2, apartado *f* del mismo artículo[185].

c. Estados especialmente perjudicados

93. El artículo 40, párr. 2, aunque reconoce la posibilidad de que todos los Estados o un nutrido grupo de ellos puedan tener un interés legítimo en el cumplimiento de una obligación, no reconoce visiblemente el caso de un Estado o Estados «especialmente perjudicados» por una violación. A ese respecto, no sigue la lógica del artículo 60, párr. 2, de la Convención de Viena de 1969. Resultaría paradójico que un Estado especialmente perjudicado por una violación tuviese derecho a dejar en suspenso la obligación subyacente pero no a insistir en su cumplimiento. De hecho, la suspensión de la obligación puede ser realmente *conveniente* por lo que respecta al Estado que haya cometido la violación. Aun cuando no libere al Estado de las obligaciones secundarias que ya hayan surgido[186], dará lugar a que se vea liberado de toda obligación de cesación (por lo que se refiere a las relaciones con el Estado que procede a la suspensión) y a que quede exonerado de las consecuencias jurídicas que produciría lo que en otro caso sería un hecho ilícito continuado. La suspensión de las relaciones establecidas en virtud de un tratado no puede sustituir a un régimen adecuado de responsabilidad de los Estados.

iv) *Consecuencias de la determinación de múltiples «Estados lesionados»*

94. Con arreglo al artículo 40, todos los «Estados lesionados» parecen tener exactamente la misma consideración. Todo Estado lesionado a causa de un hecho internacionalmente ilícito tiene derecho a pedir la cesación y una reparación[187] y a adoptar contramedidas cuando no tengan lugar la cesación y la reparación[188]. Ello puede ser procedente por lo que se refiere a los derechos «subjetivos» o individuales de los Estados. Un Estado cuyo derecho haya sido violado está facultado para protestar, insistir en la restitución o, aun cuando la restitución sea posible, decidir que preferiría una indemnización. Puede insistir en reivindicar su derecho o decidir, según las circunstancias, que renuncia a hacerlo y consiente en la violación. No obstante, cuando la obligación es multilateral, la situación puede ser muy diferente. Así, el beneficiario concreto de una obligación sustantiva —por ejemplo, el particular cuyo derecho haya sido violado por incumplimiento de una obligación de derechos humanos, el pueblo al que se haya denegado su derecho a la libre determinación o incluso el Estado realmente perjudicado por una violación de una obligación *erga omnes*— pueden preferir válidamente una indemnización a la restitución. ¿En virtud de qué derecho podrían otros, incluso aunque tuvieran un interés legítimo reconocido en el cumplimiento, oponerse a esa preferencia?

95. Nuevamente hay diferencias con el artículo 60, párr. 2, de la Convención de Viena de 1969, que se esfuerza por definir las medidas que los Estados «especialmente perjudicad[os]» o «integralmente perjudicados» pueden adoptar contra el Estado responsable. Esas medidas afectan únicamente a las relaciones del Estado lesionado con el Estado responsable y únicamente permiten la suspensión de las relaciones establecidas en virtud de un tratado. La adopción de medidas más enérgicas exige el acuerdo unánime de los demás Estados partes.

v) *Conclusiones sobre el artículo 40*

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

a) Abandona prematuramente las obligaciones (concepto clave de la primera parte) para ocuparse de derechos;

---

[182] *Anuario… 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 29, párr. 23 del comentario al artículo 5 [actual art. 40].

[183] Ibíd., párr. 24. De todos modos, se afirma que ello no «excluye ni puede excluir el desarrollo de normas consuetudinarias de derecho internacional en el mismo sentido» (ibíd., párr. 25).

[184] Véase el proyecto de artículo 16 tal como fue adoptado por el Comité de Redacción, *Anuario… 1999*, vol. I, 2605.ª sesión, pág. 294, párr. 4, y el segundo informe del Relator especial (*Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/292, párrs. 16 a 26).

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

[186] Véase la Convención de Viena de 1969, art. 72, párr. 1.

[187] Véanse los artículos 41 y 42.

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

b) Parece ser que parte de la hipótesis de que todas las relaciones basadas en la responsabilidad han de asimilarse a las clásicas relaciones bilaterales entre derechos y deberes (hipótesis que contradijo la CIJ en el caso *Barcelona Traction*[189]) o no explica en qué se diferencian las relaciones multilaterales basadas en la responsabilidad de las relaciones bilaterales;

c) Equipara todas las categorías de Estados lesionados, todos los cuales parece ser que tienen los mismos derechos de manera independiente;

d) En particular, no distingue entre Estados «especialmente perjudicad[os]» por la violación de una obligación multilateral y Estados no perjudicados[190];

e) Considera de manera desigual las obligaciones multilaterales (por ejemplo, no explica la distinción entre obligaciones dimanantes y no dimanantes de tratados, no justifica la hipótesis de que los regímenes de interés común únicamente pueden ser creados por los tratados multilaterales en virtud de estipulaciones expresas y destaca derechos humanos que han de ser objeto de una consideración especial de manera vaga y sumamente amplia, de manera que la disposición entra en conflicto con otras disposiciones de la definición o se superpone a ellas);

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

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

c) *Variantes para reformular el artículo 40*

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

> Debe hacerse una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado respecto de la comunidad internacional en su conjunto y las obligaciones respecto de otro Estado en el ámbito de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras obligaciones mencionadas conciernen a todos los Estados. Habida cuenta de la importancia de los derechos en cuestión, cabe considerar que todos los Estados tienen un interés legítimo en su protección; se trata de obligaciones *erga omnes*.
>
> […]
>
> Las obligaciones cuyo cumplimiento queda sujeto a la protección diplomática no son de la misma categoría. No cabe sostener, cuando se considera una de esas obligaciones en particular, que todos los Estados tienen un interés legítimo en su observancia. Para poder presentar una reclamación respecto de una violación de esas obligaciones, los Estados han de establecer primero su derecho a hacerlo[191].

Se distingue de manera muy clara entre los derechos individuales de los Estados y los intereses legítimos de varios Estados o de todos ellos. Además, esa «distinción esencial» no dejaba de tener importancia para ese asunto. Aunque los accionistas de la empresa canadiense eran belgas (y en ese sentido Bélgica podría haber sido considerada «especialmente perjudicada» por las medidas adoptadas por España), habida cuenta de las circunstancias, España tenía contraída una obligación únicamente con el Canadá en su calidad de Estado del que era nacional la sociedad, razón por la que Bélgica no tenía derecho a exigir responsabilidad[192]. De este pasaje cabe inferir que, si hubiese entrado en juego una obligación *erga omnes*, los resultados podrían haber sido diferentes.

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

i) *El artículo 40 y las obligaciones bilaterales*

99. Una obligación internacional es aquella en la que hay dos partes (el tenedor de la obligación y el obligado). Ahora bien, es posible que una de esas partes, a saber, el obligado, no sea un Estado; puede tratarse de una organización internacional o de algún otro «sujeto» de derecho internacional. A pesar del carácter general de la primera parte, que se ocupa de todas las obligaciones de los Estados, la segunda parte no regula todos los derechos secundarios y las reacciones permisibles de las personas o grupos que no son Estados. Así pues, hay una discrepancia entre el alcance de las partes primera y segunda, si bien, como se ha indicado más arriba[193], no hay razón alguna para limitar el alcance de la primera parte. No obstante, debería incluirse una cláusula de salvaguardia en la segunda parte para advertir del alcance diferente de esa parte y evitar que se puedan hacer deducciones, *a contrario*, partiendo de la forma detallada en que se presenta a los Estados obligados en las partes segunda y segunda *bis*. Se sugiere la disposición siguiente:

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

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

---

[189] Véase la nota 164 *supra*.

[190] Véase la Convención de Viena de 1969, art. 60, párr. 2, apdo. *b*.

[191] *C.I.J. Recueil 1970* (véase la nota 164 *supra*), pág. 32, párrs. 33 a 35.

[192] La CIJ destacó la existencia de casos excepcionales en que tendría derechos un Estado distinto del Estado de la nacionalidad (ibíd., págs. 38 a 40). En ese caso, España podría haber tenido obligaciones bilaterales paralelas con diferentes Estados, cada uno de los cuales podría ejercitar de los «derechos correlativos de protección» a título individual.

[193] Véase el párrafo 7 *supra*.

tal como puso de manifiesto la CIJ en el caso *Barcelona Traction* (véase el párrafo 97 *supra*).

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

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

a) Únicamente el Estado obligado resulta «lesionado» por una violación;

b) Ese Estado puede consentir válidamente en una conducta que, de otro modo, constituiría una violación[194], o aceptar sus consecuencias;

c) Ese Estado puede optar por una indemnización en lugar de por una restitución o considerarse satisfecho por las garantías que se le den respecto del futuro en lugar de exigir algún tipo de reparación;

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

103. Por lo que respecta a la manera en que está estructurado, el artículo 40, párr. 2, dedica no menos de cuatro párrafos a situaciones que se refieren básicamente a obligaciones bilaterales. Esas situaciones se consignan en los apartados *a* a *d*[195]. Esa relación de situaciones se considera innecesaria y desaconsejable. No procede que el proyecto de artículos indique cuándo un Estado es el (único) beneficiario u obligado respecto de una obligación internacional, dado que ello depende de las condiciones y la interpretación de esa obligación. Todas las situaciones «bilaterales» de que se ocupa el artículo 40, párr. 2, pueden sintetizarse con términos sencillos de la manera siguiente:

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

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

104. Cabe objetar que todos los Estados tienen un interés general en la observancia del derecho internacional y en la continuación de las instituciones y acuerdos (como la inmunidad diplomática) que se hayan establecido a lo largo de los años. Como manifestó la CIJ en el caso *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, después de referirse al «carácter fundamentalmente ilícito» de la participación de la República Islámica del Irán en la detención de personal diplomático y consular:

> Recordando una vez más la suma importancia que tienen los principios de derecho que ha de aplicar en relación con este asunto, la Corte considera que está obligada a señalar a la atención de toda la comunidad internacional, de la que el Irán es miembro desde tiempo inmemorial, el daño irreparable que pueden causar los acontecimientos de la índole de los que está examinando la Corte. Esos acontecimientos no pueden sino menoscabar la estructura de derecho cuidadosamente construida por la humanidad durante siglos, cuyo mantenimiento es esencial para la seguridad y el bienestar de la compleja comunidad internacional actual, para la cual es más esencial que nunca que se respeten de manera constante y escrupulosa las normas establecidas para garantizar el desarrollo ordenado de las relaciones entre sus miembros[196].

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

105. Ciertamente es posible incluir cierto grado de solidaridad, incluso en los contextos exclusivamente bilaterales. En la práctica diplomática, no es infrecuente que haya terceros Estados que tomen nota de una violación manifiesta y recuerden sus preocupaciones al Estado responsable. Sin embargo, parece ser que ello no equivale a que un tercer Estado exija responsabilidad a otro Estado, razón por la que no es necesario incluir esa situación en el proyecto de artículos. Basta que en el comentario se deje constancia de que la definición de «Estado lesionado» guarda relación con la exigencia de responsabilidad y no afecta a las gestiones diplomáticas informales con terceros Estados a los efectos de manifestar preocupación y prestar asistencia en la solución de conflictos[197].

---

[194] Véase el proyecto de artículo 29 (tal como fue adoptado por el Comité de Redacción), *Anuario… 1999*, vol. I, 2605.ª sesión, págs. 294 a 296, párr. 4; y el segundo informe del Relator Especial, *Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/292, párrs. 232 a 243.

[195] Véase el párrafo 73 *supra*.

[196] *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, fallo, *C.I.J. Recueil 1980*, págs. 42 y 43, párr. 92.

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

ii) *El artículo 40 y las obligaciones multilaterales*

a. Tipos de obligaciones multilaterales

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

a) *Obligaciones con la comunidad internacional en general (*erga omnes*)*. El primer caso se refiere a una obligación que se tiene con la comunidad internacional en general, de resultas de lo cual todos los Estados del mundo tienen un interés legítimo en que se cumpla la obligación. Esa es la obligación *erga omnes* a que se refiere la CIJ en el caso *Barcelona Traction*[198]. De la referencia de la Corte a la comunidad internacional en general y del tipo de ejemplos que expuso, cabe inferir que los casos básicos de obligaciones *erga omnes* son los correspondientes a obligaciones inderogables de carácter general que dimanan directamente del derecho internacional general o de tratados multilaterales de aceptación generalizada (por ejemplo, en la esfera de los derechos humanos). Así pues, prácticamente coexisten con obligaciones imperativas (que dimanan de normas de *jus cogens*). Si una determinada obligación puede soslayarse o relegarse entre dos Estados, resulta difícil explicar cómo esa obligación se tiene con la comunidad internacional en general;

b) *Obligaciones contraídas con todas las partes en un determinado régimen (*erga omnes partes*)*. El segundo caso se refiere al régimen internacional, en cuya conservación y aplicación todos los Estados partes tienen un interés legítimo común. Cabe denominarla obligación *erga omnes partes*. Incluye, en particular, las obligaciones que guardan relación expresamente con asuntos de interés común para las partes (o de las que forzosamente se infiere eso)[199]. Hay ejemplos de esas obligaciones en los ámbitos del medio ambiente (por ejemplo, en relación con la diversidad biológica o el calentamiento de la atmósfera) y el desarme (por ejemplo, un tratado regional en el que se declara una zona libre de armas nucleares o un tratado de prohibición de los ensayos nucleares). En esos casos, aunque es concebible que uno o varios Estados puedan verse especialmente perjudicados por una violación, ello es improbable y, en cualquier caso, sin perjuicio del interés general en el asunto, que comparten todos los Estados de manera colectiva. Como cuestión de principio, no hay razón alguna para excluir del ámbito de las obligaciones *erga omnes partes* a las obligaciones que dimanan del derecho internacional general[200]. Tampoco hay ninguna razón para exigir que los regímenes creados en virtud de un tratado multilateral reconozcan el interés colectivo de manera expresa. Es suficiente con que lo hagan claramente con fines interpretativos de las disposiciones en cuestión. Así, quedarían abarcadas, por ejemplo, obligaciones nacidas de un tratado regional de derechos humanos, en el que se reconozca que todos los Estados partes tienen un interés legítimo en el cumplimiento[201]. Esa categoría incluye el caso indicado en el proyecto de artículo 40, párr. 2, apdos. *e*, inc. iii), y *f*;

c) *Obligaciones en las que son partes algunos o muchos Estados, pero respecto de las cuales se reconoce que tienen un interés legítimo determinados Estados o grupos de Estados*. En el caso de las obligaciones multilaterales, con independencia de que sean o no sean *erga omnes*, puede ocurrir que se reconozca que determinados Estados o subgrupos de Estados tienen un interés legítimo especial en el cumplimiento. En primer lugar, la existencia de un interés legítimo sería una cuestión relacionada con la interpretación o aplicación de las normas primarias pertinentes. No obstante, parece razonable inferir del artículo 60, párr. 2, apdo. *b*, de la Convención de Viena de 1969 que un Estado «especialmente perjudicad[o]» por la violación de una obligación multilateral ha de estar facultado para exigir responsabilidad por esa violación al Estado de que se trate.

Debe destacarse de nuevo que esas subcategorías no se excluyen mutuamente en el sentido siguiente: un Estado puede verse perjudicado directa y específicamente por la violación de una obligación *erga omnes* (por ejemplo, el Estado víctima de un ataque armado ilícito) o de una obligación *erga omnes partes* (por ejemplo, el Estado a cuyo buque se le niegue el derecho de paso por un curso de agua internacional). Así pues, es posible que un Estado resulte «lesionado» —dado que se han visto afectados sus intereses legítimos— de maneras diferentes respecto de la misma violación.

107. Por consiguiente, el esquema que figura en el cuadro 1 *infra* se hace eco de la posición adoptada respecto del artículo 40 o su equivalente. En el esquema no se tiene en cuenta el concepto que se intenta plasmar en el artículo 19, concepto que equivaldría a una violación seria de una obligación *erga omnes*. Sin embargo, a los efectos del artículo 40 o de cualquier otro equivalente, ese concepto no resulta necesario[202]. Se da ya el caso de que todos los Estados tienen derecho a exigir responsabilidad en relación con una obligación *erga omnes* y, *a tal efecto*, no es necesario que se exija, además, que la violación sea «grave», «sistemática» o «seria». No obstante, se sigue planteando la cuestión, que se examina más adelante, de si es necesario establecer nuevos requisitos por lo que respecta a las *consecuencias* de la responsabilidad[203].

---

[198] Véase el párrafo 97 *supra*.

[199] En el artículo 60, párr. 2, apdo. *c* de la Convención de Viena de 1969 se definen las obligaciones integrales como una subcategoría de obligaciones *erga omnes partes*. En el caso de una obligación integral, toda violación menoscaba la posición de los demás Estados partes, hasta el punto de que está justificado considerar a cada Estado parte como individualmente lesionado.

[200] Véase el párrafo 92 *supra*.

[201] Por ejemplo, el derecho de paso por el Canal de Kiel, que fue objeto de la controversia en el caso *Vapeur Wimbledon*, fallos, *1923, C.P.J.I. série A n.º 1.*

[202] Tal como expone Suiza (párr. 80 *supra*).

[203] Véase el párrafo 115 *supra*.

Cuadro 1

Estados con derecho a exigir responsabilidad en relación con obligaciones multilaterales

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

b. Reacciones permisibles por parte de los «Estados lesionados»

108. Como se pone de manifiesto a la vista del debate anteriormente mencionado, se distingue entre la víctima primaria de la violación de una obligación multilateral y otros Estados que son partes en la obligación y pueden tener un interés legítimo en su cumplimiento. No cabe duda de que, en algunos casos de obligaciones multilaterales, tal vez no haya ningún tenedor de la obligación o beneficiario concreto. Por ejemplo, ese es probablemente el caso respecto de las obligaciones de los Estados partes de no emitir clorofluorocarbono sobrante en la atmósfera[204]. Se trata exclusivamente de una obligación de solidaridad y nunca existirá una vinculación demostrable con ninguna violación ni con las repercusiones en un determinado Estado parte. No obstante, hay otras obligaciones multilaterales en las que existe claramente un tenedor de la obligación. Por ejemplo, la libre determinación es antes que nada un derecho de la población de que se trate. Sin embargo, es una obligación *erga omnes* de los Estados, en particular de los Estados responsables de la administración de los territorios no autónomos[205]. La obligación de no recurrir al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de otro Estado es una obligación *erga omnes*, si bien la víctima concreta es el Estado contra el que se haya utilizado la fuerza de las armas. Cabe citar otros ejemplos de casos en que el tenedor primario de la obligación es un Estado y de casos en que no lo es.

109. Cuando un Estado es la víctima concreta de una violación, la posición de los Estados «interesados» ha de ser en cierta medida subordinada o secundaria. Así, cuando ese Estado consiente válidamente en la conducta que en otras circunstancias constituiría una violación de una obligación multilateral, ese consentimiento excluye la ilicitud[206]. Hay otros Estados que tienen un interés legítimo en el cumplimiento y, por consiguiente, tendrán una preocupación legítima en conseguir que se preste válidamente el consentimiento (por ejemplo, sin coacción u otros factores invalidantes). De todos modos, su consentimiento no excluiría la ilicitud, al igual que el consentimiento de Etiopía y Liberia tampoco podía excluir la ilicitud de la conducta de Sudáfrica respecto de la población del territorio que se le había encomendado. Del mismo modo, en el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* la CIJ destacó que ningún tercer Estado podía adoptar medidas de legítima defensa colectiva salvo que lo hiciera a petición de la víctima (el Estado objeto del ataque armado)[207]. No obstante, las normas relacionadas con el recurso al uso de la fuerza dan lugar a obligaciones *erga omnes*. Eso indica que es necesario distinguir entre un determinado Estado que es víctima de la violación de una obligación multilateral y los Estados que, sin ser víctimas, tienen un interés legítimo en el cumplimiento de la obligación, dado que se ha contraído con ellos. Este último grupo no tendrá los mismos derechos que el primero, razón por la que no es satisfactoria la mera equiparación de los dos en la versión actual del artículo 40.

110. Así pues, además de distinguir entre los Estados que tienen derecho a exigir responsabilidad multilateral, tal vez sea necesario distinguir entre los diferentes tipos de medidas que pueden adoptar a título individual los Estados que comparten con otros un interés legítimo en el cumplimiento. Por el simple hecho de que exista un grupo común de Estados válidamente facultados para exigir responsabilidad, tal vez haya que diferenciar las formas en que los Estados pueden hacerlo a título individual, lo que plantea la cuestión de cómo establecer esa distinción. Si no se diferencian esas formas, se planteará la posibilidad, por ejemplo, de que un Estado lesionado optará por percibir una indemnización en sustitución de una restitución, en tanto que otro exigirá la restitución; o el caso de que un tercer Estado insista en adoptar contramedidas que la víctima primaria de la violación desea evitar por temor a que se intensifique el conflicto o a que no se pueda lograr un acuerdo negociado. Muchos gobiernos formularon

[204] Véase el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono y el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono.

[205] Como afirmó la CIJ en el caso *Timor oriental* (Portugal *c.* Australia), fallo, *C.I.J. Recueil 1995*, pág. 102, párr. 29 (véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.97.V.7), pág. 90).

[206] Véase la nota 194 *supra*.

[207] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua *c*. Estados Unidos de América), fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1986*, pág. 105, párr. 199. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 210.

observaciones sobre las posibilidades de confusión y de conflicto que podría generar un sistema exclusivamente individual y paralelo de exigencia de responsabilidad[208].

111. Conviene examinar los grupos de Estados que pueden clasificarse dentro de las categorías de «legítimamente interesados» o «lesionados» de conformidad con el cuadro 1. Se sugiere que el Estado que sea víctima de la violación de una obligación multilateral pueda exigir al mismo tiempo la cesación y una reparación en todos los aspectos, así como adoptar contramedidas proporcionadas si se rechazan la cesación y la reparación. Además, ese Estado debe estar facultado legítimamente para optar por percibir una indemnización en lugar de que se le restituya en especie, por ejemplo, en el caso de que la violación haya dado lugar a que deje de tener valor para ese Estado el cumplimiento de la obligación en el futuro. De hecho, su posición es similar a la del Estado lesionado en un contexto bilateral (el Estado titular de un derecho subjetivo) por lo que respecta al hecho de exigir responsabilidad. Por analogía con el artículo 60, párr. 2, de la Convención de Viena de 1969, los Estados «especialmente perjudicad[os]» también han de tener esa misma consideración: su posición se verá especialmente perjudicada por la violación de una obligación internacional y, por ello, es razonable que se les reconozcan los mismos derechos respecto de la cesación y la reparación[209].

112. En la mayor parte de los casos, sólo habrá uno o varios Estados concretamente lesionados en ese sentido, razón por la que las cuestiones de coordinación entre ellos plantean menos dificultades que en el caso de que se consideren lesionados un grupo numeroso de Estados o todos los Estados. Se sugiere que no se impongan más requisitos legales en materia de coordinación o de adopción de medidas conjuntas que los que se imponen a los Estados especialmente perjudicados o a los Estados beneficiarios de una obligación integral de conformidad con el artículo 60, párr. 2 de la Convención de Viena de 1969. Tal vez sea aconsejable coordinar las reacciones, si bien, dado que, por definición, todo Estado resulta perjudicado en su situación jurídica y de hecho, ha de tener libertad en ese sentido para reaccionar ante la violación.

113. La posición de la categoría más amplia de Estados con un interés legítimo suscitado por la violación de una obligación *erga omnes* o *erga omnes partes* da lugar a consideraciones en cierta medida diferentes. En primer lugar, parece ser que no se plantea ninguna dificultad ni surge ninguna posibilidad de conflicto por el hecho de reconocer a todos esos Estados el derecho a oponerse a un hecho internacionalmente ilícito y a pedir su cesación en caso de que sea continuado. Esas son, por decirlo así, las consecuencias mínimas de un comportamiento internacionalmente ilícito. Además, parece adecuado que todos esos Estados puedan insistir en la restitución, en caso de que la restitución sea posible y no haya renunciado válidamente a ella el Estado que sea la víctima primaria del hecho ilícito. Por otra parte, no queda claro si todos esos Estados, por el mero hecho de que se reconozca que tienen un interés legítimo en el cumplimiento de la obligación, deben estar facultados para exigir una indemnización o adoptar medidas por su cuenta[210].

114. En particular, la analogía con el artículo 60, párr. 2, de la Convención de Viena de 1969 y la analogía con la legítima defensa colectiva apuntan a la necesidad de contar con cierto régimen de «contramedidas colectivas» en los casos en que los Estados actúan en defensa de ciertos intereses colectivos y no a causa de una determinada lesión que hayan sufrido. Con arreglo al artículo 62, párr. 2, los Estados que no estén especialmente perjudicados por la violación de un tratado multilateral (que no se refiera a una obligación integral) no pueden, a título individual, adoptar medidas para dejar en suspenso el tratado o darlo por terminado; sólo lo pueden hacer de manera colectiva. En la segunda parte *bis* habrá que examinar en qué medida los Estados pueden adoptar contramedidas en pro del interés colectivo. En caso de que puedan hacerlo, el principio de la proporcionalidad debería aplicarse presumiblemente de manera colectiva a las medidas adoptadas por todos ellos. En los casos en que un Estado sea el tenedor primario de una obligación (y de conformidad con el planteamiento de la CIJ respecto de la legítima defensa colectiva en el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*[211]), únicamente pueden adoptarse contramedidas a petición de ese Estado. Ello contrasta con las disposiciones actuales de la segunda parte, que permiten que todo Estado adopte, a título individual, contramedidas en pro del interés colectivo con independencia de la posición de la víctima, de cualquier otro «Estado lesionado» o del efecto acumulativo que produzcan esas contramedidas en el Estado contra el que se adopten. En caso de que se viole una obligación multilateral y no exista ningún Estado especialmente perjudicado, puede ocurrir que todos los demás Estados partes exijan la cesación o la restitución, si bien la adopción de las subsiguientes medidas colectivas requeriría la autorización de una organización internacional competente o tendría que ser acordada por los Estados correspondientes[212]. No obstante, cualesquiera que sean las medidas que se adopten en el marco de la segunda parte *bis*, parece claro que, antes que nada, hay que distinguir entre los diferentes grupos de Estados lesionados y Estados interesados. El nuevo examen que se propone del artículo 40 no servirá para responder a todos los interrogantes que suscita la segunda parte, pero, por lo menos, permitirá que se formulen las preguntas adecuadas.

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

---

[208] Véanse los párrafos 77 a 80 *supra*.

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

[210] En el caso *Vapeur Wimbledon* (nota 201 *supra*), relacionado con una obligación *erga omnes partes*, Francia pidió una reparación por las pérdidas que habría sufrido, en tanto que los otros tres Estados tenían interés en dejar sentado el principio que era objeto de la controversia, es decir, estaban primordialmente interesados en la cesación.

[211] Véase la nota 207 *supra*.

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

violación de una obligación no se equipare forzosamente con el carácter fundamental de la propia obligación. Así, pueden darse casos aislados de tortura que no exijan un tratamiento excepcional, en tanto que resulta difícil concebir un caso de genocidio de escasa importancia[213]. Parece ser que hay buenas razones para que se permita la adopción de contramedidas en respuesta a violaciones graves de obligaciones multilaterales, sin imponer el requisito de la unanimidad entre los «Estados lesionados». De lo contrario, cuanto más universal fuera la obligación violada (por ejemplo, en el caso de una obligación *erga omnes*), más difícil resultaría cumplir los requisitos establecidos para poder adoptar contramedidas, dado que se exigiría el acuerdo de un mayor número de Estados para la adopción de esas medidas. Resulta difícil determinar cuál es el límite mínimo concreto que debe establecerse para que los Estados adopten contramedidas a título individual, actuando no en su propio interés, sino en pro del interés colectivo. Se plantea la cuestión de la observancia de las «debidas garantías procesales» por lo que respecta al Estado contra el que se adopten medidas, dado que, en el momento de la adopción de las contramedidas colectivas, tal vez sólo se le pueda imputar responsabilidad por la violación sin pruebas al respecto, y es probable que se hayan planteado y no se hayan resuelto cuestiones de hecho y posibles justificaciones. Se requiere una formulación como la siguiente: «violación grave y comprobada de manera fidedigna».

116. Cuando la Comisión comenzó a analizar el concepto de «Estado lesionado», el entonces Relator Especial, Sr. Riphagen, manifestó que «cuanto más grave es la violación de una obligación internacional menos probabilidades hay de encontrar una valoración jurídica objetiva de las respuestas permisibles a tal violación»[214]. Desde entonces, se han desarrollado en cierta medida la práctica y la jurisprudencia pertinente, pero sigue siendo escasa la documentación jurídica. No obstante, se sugiere el cuadro 2 *infra* como sistema defendible. Si se adopta bajo alguna forma, permitirá que el proyecto de artículos se haga eco de inquietudes fundamentales que comparten los Estados (especialmente la violación de las obligaciones *erga omnes* de carácter imperativo), al tiempo que evitará que se faculte injustificadamente a terceros Estados a reaccionar a título individual en caso de violaciones.

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

[214] *Anuario… 1980*, vol. II (primera parte), pág. 135, documento A/CN.4/330, párr. 97.

Cuadro 2

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

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

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

[b] Como se explica en el párrafo 106 *supra*, esta categoría incluye: *a*) los Estados considerados beneficiarios primarios de la obligación o víctimas primarias de la violación (proyecto de artículo 40, párr. 2, apdo. *e*, inc. i); y *b*) otros Estados especialmente perjudicados por la violación de una obligación multilateral en la que sean partes (Convención de Viena de 1969, art. 60, párr. 2, apdo. *b*).

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

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

iii) *Cuestiones de redacción y ubicación*

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

118. Actualmente se plantean dos cuestiones:

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

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

6. Conclusiones sobre el capítulo I de la segunda parte

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

«Segunda parte

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE UN HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO DE UN ESTADO

Capítulo I

PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 36. Contenido de la responsabilidad internacional

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

Artículo 36 **bis.** *Cesación*

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

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

a) Cuando esté realizando un hecho ilícito continuado, a cesar ese hecho de inmediato;

b) A ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición.

Artículo 37 **bis.** *Reparación*

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

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

[Artículo 38[215]*. Otras consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito*

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

Artículo 40 **bis**[216]*. Derecho de un Estado a exigir responsabilidad de otro Estado*

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

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

b) La obligación en cuestión haya sido contraída con toda la comunidad internacional (*erga omnes*) o con un

---

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

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

grupo de Estados del que forme parte y la violación de la obligación:

i) Perjudique especialmente a ese Estado; o

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

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

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

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

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

B. Capítulo II. Formas de la reparación

1. Consideraciones generales

120. El capítulo II se titula actualmente «Derechos del Estado lesionado y obligaciones del Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito». Un título más corto y más sencillo sería: «Formas de la reparación» que, además, tiene varias ventajas. Con él se evita causar la impresión de que los derechos de los «Estados lesionados» se corresponden estrictamente en todos los casos con las obligaciones del Estado responsable[217]. Asimismo, se ajusta a la idea según la cual el Estado responsable tiene (dejando a un lado la cesación) una sola obligación general como consecuencia de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, a saber: la de proceder a una reparación íntegra. Las formas que revista la reparación dependerán de las circunstancias y se tratan por su orden en el capítulo II, así como en la segunda parte *bis*, que se refiere a la puesta en práctica de la responsabilidad.

121. El texto del capítulo II aprobado en primera lectura distinguía dos principios generales (la cesación y la reparación), que ahora se propone incluir como tales en el capítulo I, y cuatro formas de reparación: la restitución, la indemnización, la satisfacción y las seguridades y garantías de no repetición (respecto de las cuales se considera, sin embargo, que tienen un carácter sui géneris). Por las razones que ya se han expuesto, es preferible tratar las seguridades y garantías como un aspecto de la cesación del hecho ilícito y de la ejecución futura de la obligación, puesto que, al igual que la cesación y a diferencia de la reparación, parten de la hipótesis de que continúa la relación jurídica que ha sido objeto de una violación[218]. Subsisten, pues, tres formas principales de reparación. El Sr. Arangio-Ruiz, entonces Relator Especial, también había propuesto un artículo distinto referente a los intereses; la Comisión lo sustituyó por una referencia sucinta en el artículo 44 (Indemnización). Por lo demás, en el capítulo II debería abordarse la cuestión de la contribución a la falta, que antes figuraba en el párrafo 2 del artículo 42[219].

122. Con la salvedad de la observación general según la cual la segunda parte debía reorganizarse «para tener en cuenta las decisiones que se habían tomado con respecto a la primera parte»[220], el concepto y la estructura de la segunda parte no han sido objeto de comentarios concretos de los gobiernos.

123. Habida cuenta de las disposiciones que se propone trasladar al capítulo I de la segunda parte, parece que el capítulo II podría contener preceptos referentes a las cuestiones siguientes:

a) la restitución en especie (actual artículo 43);

b) la indemnización (actual artículo 44);

c) la satisfacción (actual artículo 45);

d) los intereses (a los que se hace referencia en el artículo 44, pero que no son objeto de ningún artículo distinto);

e) la atenuación de la responsabilidad (párrafo 2 del actual artículo 42).

Se plantean varias cuestiones más. Entre ellas, por ejemplo, figura la elección de los modos de reparación por la víctima o el Estado lesionado, el efecto de la resolución de una reclamación por responsabilidad y una posible norma que prohíba la doble indemnización. Estas cuestiones se abordarán en el marco de la propuesta segunda parte *bis*, relativa a la puesta en práctica de la responsabilidad.

2. La restitución

a) *Actual artículo 43*

124. El artículo 43 dispone:

Restitución en especie

El Estado lesionado podrá obtener del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito la reparación en especie, es decir, el restablecimiento de la situación que existía antes de haberse cometido el hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución en especie:

a) no sea materialmente imposible;

b) no entrañe la violación de una obligación nacida de una norma imperativa de derecho internacional general;

c) no entrañe una carga totalmente desproporcionada en relación con la ventaja que se derivaría para el Estado lesionado de la obtención de la restitución en especie en vez de la indemnización; o

d) no comprometa gravemente la independencia política o la estabilidad económica del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito, en tanto que el Estado lesionado no resultare afectado del mismo modo si no obtuviese una restitución en especie.

El capítulo II parte, pues, de la hipótesis de que la restitución en especie (que a continuación se llamará

[217] Véase el párrafo 84 *supra*.

[218] Véase el párrafo 54 *supra*.

[219] Véanse los párrafos 19 y 33 *supra*.

[220] A/CN.4/496 (véase la nota 3 *supra*), pág. 16, párr. 108.

simplemente restitución) es la forma primordial de reparación. El artículo 43 da una definición bastante amplia de la restitución, que es «el restablecimiento de la situación que existía antes de haberse cometido el hecho ilícito», y a continuación indica explícitamente cuatro casos excepcionales en que no se requiere la restitución. Aunque no se diga paladinamente, la intención evidente es que el Estado lesionado pueda elegir la indemnización o la satisfacción en vez de la restitución; lo que se consigue indicando que la restitución es un derecho o título del Estado lesionado. Sin embargo, ello no resuelve el caso en que hay varios Estados lesionados ni el caso (a todas luces muy raro) en que el Estado lesionado no tiene tal opción. Así podría ocurrir, por ejemplo, en las situaciones en que interviene la detención de personas o la apropiación ilegal de territorio.

125. En el comentario al artículo 43 se dice que la restitución es «el primero de los métodos de reparación de que dispone el Estado lesionado por un hecho internacionalmente ilícito»[221]. Se señala que la palabra «restitución» a veces se emplea, en realidad, como equivalente de la reparación íntegra, pero se prefiere la acepción más estricta y más ortodoxa de «establecimiento o restablecimiento de la situación que existiría, o habría existido, de no haberse cometido el hecho ilícito»[222]. Así, pues, para llegar a la restitución, basta con plantearse una cuestión de hecho: ¿cuál era el *status quo ante*?, y no la pregunta más abstracta o teórica: ¿cuál habría sido la situación si no se hubiese cometido el hecho ilícito?

126. A continuación, en el comentario se afirma en términos enérgicos la «primacía lógica y temporal de la restitución en especie» con respecto a la reparación por equivalencia, es decir la indemnización. Al propio tiempo, se advierte que el Estado lesionado optará con frecuencia por la indemnización antes que por una restitución, y que dicha indemnización es, de hecho, «la modalidad más frecuente de reparación». Esta flexibilidad que existe en la práctica debe reconocerse, pero también debe conciliarse con la afirmación según la cual la restitución es la primera forma de reparación[223]. Según el comentario, la posibilidad de pedir o aceptar la indemnización antes que la restitución parece constituir, para el Estado lesionado, el medio más acertado para llegar a conciliar esas dos proposiciones[224]. Ahora bien, el comentario no indica cuál sería la situación si hubiese varios Estados lesionados que no se pusieran de acuerdo para insistir en la restitución. Tampoco prevé expresamente la posibilidad de una elección; ésta queda implícita porque la restitución se trata como un derecho del Estado lesionado, que éste puede invocar o no. Sin embargo (e independientemente de los problemas vinculados con la existencia de varios Estados lesionados), pueden darse situaciones en que el Estado lesionado no tenga derecho a renunciar a la restitución. Por ejemplo, resulta difícil concebir cómo podría el gobierno de un Estado invadido y anexionado en violación de las reglas relativas al uso de la fuerza aceptar una indemnización antes que la retirada de las fuerzas de ocupación; también se aplicarían consideraciones similares al caso en que el hecho internacionalmente ilícito revistiese la forma de la detención forzosa de personas. Es posible que, en última instancia, tales situaciones no se refieran tanto a la restitución *stricto sensu* como a la cesación de un hecho ilícito continuo y que en esos casos la particular insistencia en la «restitución» obedezca más al derecho de la ejecución que al derecho de la reparación. Parece claro que no pueda excusarse la ausencia de ejecución en los casos en que un hecho continuo internacionalmente ilícito constituya la violación de una norma imperativa de derecho internacional general (en la hipótesis de la ocupación ilícita de un país, por ejemplo). Lo mismo ocurre en el caso de la violación continua de una obligación en materia de derechos humanos que sea inderogable (por ejemplo, entre los Estados partes en un tratado de derechos humanos). Ahora bien, las consecuencias que tienen esos límites en la restitución *stricto sensu* no se ha analizado ni en el comentario ni en la doctrina.

127. En el comentario sí se analiza otra cuestión, la de la distinción que a veces se hace entre la restitución material (por ejemplo, el retorno de personas, la devolución de bienes o de un territorio) y la restitución jurídica (por ejemplo, la derogación de leyes). La práctica de los Estados contiene muchos ejemplos de esas dos hipótesis. El retiro de las tropas iraquíes de Kuwait después de la invasión de 1990 es un caso de restitución material parcial, pero también fue acompañado por formas de restitución jurídica, entre ellas, la derogación del decreto iraquí en que se declaraba a Kuwait provincia del Iraq. También es posible que se negocien formas combinadas de restitución en el marco de la solución de una controversia, sin perjuicio de una admisión de responsabilidad: por ejemplo, el litigio relativo al apresamiento de un pesquero español, el *Estai*, por el Canadá dio lugar a una solución compleja[225]. Como se advierte una tendencia a combinar medidas de naturaleza distinta (jurídica y fáctica) en el marco de la restitución, en el comentario se llega a la conclusión de que es inútil establecer una distinción formal entre restitución «material» y «legal» en el artículo propiamente dicho[226]. Tampoco es necesario que el artículo trate explícitamente de la restitución que se hace en el plano jurídico internacional, por ejemplo, mediante la anulación de una reclamación internacional de jurisdicción o de un territorio. En el marco de la solución de controversias ello puede perfectamente lograrse mediante una declaración que determine la situación jurídica verdadera, aun cuando dicha declaración no sea vinculante, en el plano formal, más que para las partes en el procedimiento. Pese a lo dispuesto en el Artículo 59 del Estatuto de la CIJ, tal declaración puede perfectamente tener el efecto práctico de establecer de manera

[221] *Anuario… 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 67, párr. 1 del comentario al artículo 7 [actual art. 43].

[222] Ibíd., párr. 2.

[223] Ibíd., párr. 3.

[224] Ibíd., pág. 68, párr. 4.

[225] Véase el caso *Compétence en matière de pêcheries (Espagne* c. *Canada), compétence de la Cour, fallo, C.I.J. Recueil 1998*, págs. 444 a 446, párr. 21). La solución a que se llegó entre el Canadá y la Unión Europea preveía, entre otras cosas, la liberación del buque y su capitán, la devolución de la fianza y la derogación de los reglamentos del Canadá aplicables a los buques de la Comunidad Europea que pescan el hipogloso negro de Groenlandia en la zona de la NAFO. Además las partes se pusieron de acuerdo acerca de la aplicación, con carácter provisional, de nuevas medidas de conservación y de represión de las infracciones. A todas luces, el acuerdo al que llegaron el Canadá y la Unión Europea en este asunto no permitió resolver totalmente el litigio: España prosiguió las actuaciones que había iniciado ante la CIJ, que se ha declarado incompetente en este asunto.

[226] *Anuario… 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 70, párrs. 7 y 8 del comentario al artículo 7 [actual art. 43].

más general la soberanía del Estado sobre su territorio o su jurisdicción sobre recursos marítimos[227]. Tal condición jurídica se considera a veces «oponible *erga omnes*», pero no debe confundirse con la cuestión de las obligaciones *erga omnes*, que ya se ha abordado en el presente informe[228]. El comentario dice en conclusión que:

> todo lo que el derecho internacional y los órganos internacionales ordinariamente pueden hacer o están en condiciones de hacer respecto de los actos, disposiciones o situaciones legales internos es declararlos en violación de las obligaciones internacionales y, como tales, declararlos fuentes de responsabilidad internacional, y declarar además que existe la obligación de reparación, la que requerirá, según el caso, la invalidación o anulación de actos legales internos por parte del propio Estado autor. Con respecto a saber si es posible que un tribunal internacional anule directamente normas, actos, transacciones o situaciones legales internacionales a los fines de la reparación en forma de restitución en especie, la Comisión se inclina a responder en forma afirmativa, pero observa que en vista de que los efectos de las decisiones de los tribunales internacionales normalmente se limitan a las partes, un acto o situación cuyos efectos se extendieran más allá de las relaciones bilaterales entre las partes no podría modificarse o anularse salvo por decisión de los Estados mismos, a menos que en el instrumento o instrumentos pertinentes se dispusiera otra cosa[229].

128. A continuación, el comentario pasa a analizar y justificar las cuatro excepciones a la restitución previstas en el artículo 43 aprobado en primera lectura:

a) En cuanto a la restitución material, la imposibilidad total o parcial de ésta

> se deriva de que la naturaleza del hecho y sus efectos perjudiciales han hecho físicamente imposible la *restitutio*. Esto puede ocurrir cuando el objeto que ha de restituirse ha perecido o se ha deteriorado irremediablemente, o cuando el estado de cosas pertinente ha sufrido una alteración física que hace imposible la *restitutio* física[230].

b) La segunda «excepción» se refiere a situaciones hipotéticas en que la restitución entrañaría la violación de una norma imperativa de derecho internacional general, aunque no se da ningún ejemplo de tal situación (ni tampoco puede fácilmente imaginarse). El comentario limita esos casos de «imposibilidad legal» a las violaciones de normas imperativas, casos en que la situación jurídica resultante afectará de modo evidente a todos los Estados interesados y no sólo a los que estén inmediatamente complicados. Se distinguen varios casos en que la restitución afecta los derechos de terceros Estados:

> si el Estado que ha de hacer la *restitutio* sólo puede hacerla incumpliendo una de sus obligaciones internacionales con un tercer Estado, ello no afecta realmente a la relación de responsabilidad entre el Estado autor del hecho ilícito y el Estado lesionado, que tiene derecho a reclamar la *restitutio* al Estado autor por una parte y al tercer Estado por otra[231].

Esto resulta cierto, naturalmente: el Estado A puede ser responsable con respecto al Estado B por una acción realizada conjuntamente con el Estado C, incluso cuando esa acción reviste la forma de la celebración de un tratado bilateral. Sin embargo, en este caso el problema no tiene que ver con la responsabilidad, sino con la forma que habrá de revestir la reparación, porque la realización de un acto jurídico por el Estado responsable puede no permitir a este último proceder a una restitución. Quizá sea preferible tratar estas hipótesis en el marco de la imposibilidad de la restitución. Así, por ejemplo, en el *asunto Costa Rica* c. *Nicaragua*[232], la Corte Centroamericana de Justicia consideró que la celebración de un tratado entre Nicaragua y un tercer Estado (los Estados Unidos) constituía una violación, por parte de Nicaragua, de un compromiso convencional que había asumido anteriormente con respecto a Costa Rica. Si se hubiese reconocido la validez del acuerdo posterior, Nicaragua no habría tenido, por sí solo, poderes para ponerle fin. En realidad, la Corte Centroamericana no quiso pronunciarse sobre la validez de este acuerdo y se limitó a conceder una reparación declaratoria[233]. A continuación el comentario señala que el Estado no puede razonablemente oponerse a una restitución recurriendo al concepto de la competencia exclusiva[234]: ello parece evidente, ya que, si la restitución es exigida por el derecho internacional en un caso determinado, la cuestión deja de corresponder a la esfera de competencia exclusiva del Estado responsable[235].

c) La tercera excepción se refiere a los casos en que la insistencia en la restitución en contraposición a la indemnización sería desproporcionada. Según el comentario, esta excepción

> se basa en lo que se considera equitativo y razonable y trata de lograr un equilibrio justo entre la carga que ha de soportar el Estado autor para efectuar la restitución en especie y la ventaja que obtendría el Estado lesionado al obtener este tipo concreto de reparación en vez de una indemnización[236].

En el comentario se cita, en apoyo de esa tesis, el caso *Forêts du Rhodope central*, pero éste se refiere no ya a la carga excesiva de la restitución, sino más bien a su carácter imposible o difícil de realizar en la práctica[237] y, de todos modos, no parece haber constituido un caso de

---

[227] Véase, por ejemplo, *Statut juridique du Groënland oriental, 1933, C.P.J.I. série A/B n.º 53*, pág. 22.

[228] Véanse los párrafos 97 y 106 *supra*.

[229] *Anuario… 1993*, vol. II (segunda parte), págs. 70 y 71, párr. 9 del comentario al artículo 7 [actual art. 43].

[230] Ibíd., pág. 71, párr. 11.

[231] Ibíd., párr. 12.

[232] «Judicial decisions involving questions of international law», *American Journal of International Law*, vol. 11 (1917), págs. 181 a 229.

[233] *Supplement of the American Journal of International Law*, vol. 11 (1917), págs. 3 a 13.

[234] *Anuario… 1993*, vol. II (segunda parte), págs. 71 y 72, párr. 13 del comentario al artículo 7 [actual art. 43].

[235] Pero, independientemente de los problemas vinculados a la esfera de competencia exclusiva, puede haber casos en que las consideraciones de seguridad jurídica o los derechos de terceros hacen la restitución efectivamente imposible. Por ejemplo, la concesión de un contrato gubernamental por un Estado a la sociedad A, en violación de las normas internacionales de contratación pública, puede crear en la práctica derechos contractuales para esa sociedad. En tal caso podría quedar excluida la restitución (en el sentido de una nueva concesión del contrato gubernamental).

[236] Ibíd., pág. 72, párr. 14 del comentario al artículo 43.

[237] En *Anuario… 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 72, párr. 15 del comentario al artículo 7 [actual art. 43], se cita el caso *Forêts du Rhodope central (fond)*, sentencia de 29 de marzo de 1933, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (n.º de venta 1949.V.2), pág. 1405, en el que el árbitro dio varias razones para llegar a la conclusión de que la indemnización era la única forma de reparación prácticamente realizable: entre ellas, el hecho de que el demandante no era el único habilitado a efectuar operaciones forestales, pero que las personas asociadas con él no habían presentado ninguna reclamación, el hecho de que los bosques ya no estaban en la misma condición que en el momento de su incautación, la dificultad de saber si la restitución era posible sin efectuar previamente una investigación detallada sobre el estado de los bosques, así como el hecho de que la restitución podría lesionar los derechos que hubiesen adquirido terceras personas después de la incautación (ibíd., pág. 1432). El laudo se decanta por una acepción amplia de la «imposibilidad» de proceder a la restitución.

desproporción manifiesta. Por lo que se refiere al artículo 43, apdo. *c*, el comentario insiste, sin embargo, en que sólo «una gran desproporción entre la carga que impondría a dicho Estado esta forma de reparación y la ventaja que obtendría de la misma el Estado lesionado» podría justificar la negativa a proceder a una restitución[238].

d) La cuarta excepción a la restitución supone otra hipótesis «de catástrofe», algo semejante a la posibilidad, contemplada en el párrafo 3 del artículo 42 aprobado en primera lectura, de que la reparación íntegra prive a toda una población de sus medios de subsistencia[239]. A tenor del apartado *d* del artículo 43 y de su comentario, el Estado responsable no debe proceder a la restitución cuando ésta «comprometa gravemente [su] independencia política o [su] estabilidad económica […], siendo así que el Estado lesionado no resultaría afectado del mismo modo si no obtuviese la restitución en especie». Tampoco se cita ningún ejemplo a este respecto: la hipótesis se considera referida a «situaciones muy excepcionales y […] puede tener un interés retrospectivo más que actual»[240]. A continuación el comentario alude a los problemas de indemnización en el marco de los programas de nacionalización de tierras y señala que la nacionalización general con fines públicos y de carácter no discriminatorio es lícita y que la cuestión de la indemnización en caso de nacionalización debe regirse por la norma primaria aplicable; por consiguiente, en los casos en que la ausencia de indemnización constituyera un hecho internacionalmente ilícito, la reparación de tal infracción revestiría la forma del pago de una suma, incluidos los intereses, y no de la devolución del bien considerado[241].

129. En sus comentarios al artículo 43, los gobiernos expresan dudas respecto de algunas de las excepciones que contiene, pero no ponen en tela de juicio su fundamento general. Señalando el «predominio de la indemnización sobre la restitución en la práctica», los Estados Unidos reconocen que «[l]a restitución en especie ha sido tradicionalmente una importante forma de reparación en el derecho internacional, sobre todo en los casos en que el Estado infractor se ha apropiado ilegalmente de un territorio o de bienes del patrimonio histórico o cultural»[242]. Francia propone que la expresión «restitución en especie» se sustituya por la frase «restablecimiento de la situación anterior», alegando que podría interpretarse como la simple «restitución de un objeto o de una persona»[243]. Como otros Estados, no está de acuerdo con algunas de las excepciones de los apartados *a* a *d* que, a su entender, pueden debilitar el alcance del principio general que se refleja en la cláusula preliminar y favorecer en demasía al Estado responsable. Siguiendo la tónica de las objeciones que formulara con respecto al concepto de *jus cogens*, Francia considera que debería suprimirse el apartado *b*; por otra parte, no acierta a comprender cómo «el regreso a la situación legítima […] [puede ser] contrario» a una norma imperativa[244]. Los Estados Unidos también han criticado el apartado *c*, que permitiría al Estado responsable evitar la restitución cuando ésta fuese apropiada o preferible. Por consiguiente, los Estados Unidos piden que se aclare la expresión «una carga totalmente desproporcionada»[245]. Pero sus preocupaciones principales se refieren al apartado *d* que, a su entender, debería suprimirse. Aun reconociendo que esa disposición no podría sino «tener consecuencias prácticas relativamente limitadas, habida cuenta del predominio de la indemnización sobre la restitución en la práctica», los Estados Unidos se muestran contrarios a la introducción de expresiones amplias e imprecisas y «sin fundamento claro en la práctica internacional» y que pueden «tener repercusiones fuera del ámbito limitado del proyecto de artículo 43»[246]. El Japón considera que las palabras «no comprometa gravemente […] la estabilidad económica» deben aclararse para evitar que el Estado infractor las invoque de manera abusiva; ahora bien, con todo, la supresión del párrafo debería ser un último recurso, pues la existencia de tal disposición en el proyecto de artículos es, a su juicio, necesaria[247].

b) *La cesación, la restitución y la indemnización: problemas de clasificación y de prioridad*

130. El hecho de que la restitución esté reconocida como una forma principal de reparación en derecho internacional es indudable y ningún gobierno lo ha impugnado. Las relaciones que existen, por una parte, entre la cesación y la restitución y, por otra, entre la restitución y la indemnización constituyen un problema algo más difícil. La diferencia entre cesación y restitución es más una cuestión de principio: como ya se ha visto, la cesación puede dar lugar a una obligación continua, que incluso sea imposible de eludir (en ciertos casos), mientras que el restablecimiento del *statu quo ante* resulta difícilmente realizable. En cuanto a la relación que existe entre restitución e indemnización, la distinción queda relativamente clara: la restitución implica un restablecimiento del *statu quo ante*, una forma de restitución *in specie*, mientras que la indemnización es el pago de una suma o la entrega de otro valor en cuanto sustituto de la restitución. En este caso se trata más bien de saber si resulta posible mantener la prioridad de la restitución en principio, ante el predominio general que tiene la indemnización en la práctica de los Estados y de los tribunales. Por consiguiente, estos dos problemas deben tratarse por separado.

i) *Cesación y restitución*

131. La cuestión de la cesación —que puede describirse como la restitución del cumplimiento de la

---

[238] *Anuario… 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 72, párr. 16 del comentario al artículo 7 [actual art. 43].

[239] Véanse los párrafos 38 a 42 *supra*.

[240] Ibíd., pág. 73, párr. 17.

[241] En muchos países los cambios de política con respecto a los anteriores programas de nacionalización de tierras y la tendencia a la privatización han dado lugar, en los últimos años, a medidas de restitución de tierras y otros bienes a sus antiguos propietarios. Esos programas tienen características específicas y, en su mayor parte, no entrañan restitución en el sentido del artículo 43.

[242] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3.

[243] Ibíd.; la misma modificación debería introducirse en el párrafo 1 del artículo 44 (ibíd.). Para Uzbekistán, habría que agregar a la cláusula preliminar del artículo una frase para indicar que «si no es posible restituir objetos de determinadas características, éstos deberían, sobre la base de un acuerdo mutuo, sustituirse por objetos del mismo tipo o prácticamente idénticos» (ibíd.).

[244] Ibíd.

[245] Ibíd. En cambio, Francia apoya implícitamente, al parecer, esa disposición (ibíd.).

[246] Ibíd.; véase también Francia (ibíd.) y asimismo A/CN.4/504 (nota 3 *supra*), pág. 20, párr. 70, donde se consigna una opinión similar.

[247] *Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/292.

obligación— ya se ha abordado[248]. Por las razones que se han expuesto, la cesación debería considerarse, junto con la reparación, como una de las dos consecuencias generales de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. Con todo, la diferencia que existe entre ellas no siempre está clara.

132. Por ejemplo, en el arbitraje sobre el asunto *Rainbow Warrior*, Nueva Zelandia pedía el regreso de los dos agentes a la isla de Hao, puesto que (como había considerado el tribunal) las circunstancias en que se basaba Francia para seguir adelante con la evacuación de aquéllos no existían o ya no se manifestaban. En opinión de Nueva Zelandia, Francia tenía la obligación de devolverlos y encarcelarlos en la isla hasta el final del período de tres años; esa obligación no había expirado, puesto que el tiempo pasado fuera de la isla no podía contabilizarse a tal fin. El tribunal manifestó su desacuerdo a este respecto. Desde su punto de vista, la obligación se refería a un plazo fijo que ya había expirado y, por consiguiente, ya no podía plantearse el problema de la cesación[249]. Cabía hacerse otra pregunta aun: dando por correcto este parecer sobre la interpretación de la obligación primaria, ¿de qué título podía valerse Nueva Zelandia en cuanto a la restitución? Efectivamente, la posibilidad de la restitución no se limita a los casos en que la obligación violada sigue en vigor (aun cuando esto mismo valga para la cesación). El tribunal evitó contestar esta pregunta, considerando que la petición de Nueva Zelandia sólo se refería a la cesación. Sin embargo, Nueva Zelandia, a pesar de que había renunciado expresamente a toda petición de indemnización, deseaba el retorno de los dos agentes a la isla y ello, por lo visto, en forma de restitución, incluso si el tribunal llegaba a la conclusión (como hizo) de que los problemas de la cesación del comportamiento ilícito ya no se planteaban.

133. A todas luces, la preocupación principal del tribunal era poner fin a un largo litigio de manera ampliamente aceptable para ambas partes. Limitado por la regla *non ultra petita* y por la negativa de Nueva Zelandia a aceptar una indemnización en vez del cumplimiento de la obligación, el tribunal no tenía ningún deseo de examinar argumentos relativos a la ejecución so pretexto de restitución. Ahora bien, se puede pensar que el *statu quo ante* para ambos agentes —su presencia en la isla bajo la custodia del ejército— carecía de todo valor para Nueva Zelandia si Francia no tenía la obligación continua de mantenerlos en la isla. En ese caso, el regreso de los dos agentes a la isla no habría sido sino un trámite sin sentido.

134. De este episodio pueden sacarse dos enseñanzas. En primer lugar, si bien es apropiado (como propone la misma Francia[250]) definir la restitución en el sentido de que es el «restablecimiento de la situación anterior» y no como la simple devolución de personas, de bienes o de un territorio, el restablecimiento del *statu quo ante* tiene escaso valor, o incluso ninguno, si la obligación violada no permanece en vigor. A la inversa, el Estado lesionado puede no tener la opción de renunciar a la restitución si la ejecución continua de la obligación violada incumbe al Estado responsable y si aquél no tiene poder suficiente (o no lo tiene por sí mismo) para eximirlo de ese deber de ejecución. Tanto positiva como negativamente, la distinción teórica entre cesación y restitución puede tener consecuencias importantes en las obligaciones de los Estados afectados y en las opciones de reparación que se les ofrecen. La segunda enseñanza es de carácter más general: en la práctica, los órganos de solución de controversias actúan con flexibilidad en la interpretación de las posiciones de los Estados partes y la elección de tal o cual modo de reparación. Al parecer, ningún cuerpo de normas relativas a las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos puede excluir tal flexibilidad, pese a la preferencia clara que pueda afirmarse por una forma de reparación en vez de otra.

ii) *Restitución e indemnización*

135. Esta segunda observación se aplica igualmente a la cuestión de la relación que existe entre la restitución y la indemnización. El artículo 43 se refiere a la primera de las formas específicas de la reparación que se tratan en el capítulo II. A continuación el artículo 44 trata de la indemnización, pero sólo «si el daño no ha sido reparado mediante la restitución en especie y en la medida en que no lo haya sido». De ello se desprende a las claras que la intención de la Comisión era sentar firmemente el principio de la prioridad de la restitución sobre la indemnización. Esta postura reflejaba la opinión del entonces Relator Especial, Sr. Arangio-Ruiz, para quien «la restitución en especie se coloca en primerísimo lugar respecto de cualquier otra forma de reparación *lato sensu* y, especialmente, respecto de la reparación por equivalente»[251]. Según este planteamiento, el Estado lesionado puede insistir en la restitución y tiene un derecho a restitución, a menos que se aplique una de las excepciones enumeradas en el artículo 43. Sin embargo, este concepto ha sido criticado por varios gobiernos y parte de la doctrina[252], que lo juzgan demasiado rígido y alejado de la práctica. También difiere del planteamiento de la restitución que se adopta en ciertos ordenamientos internos[253].

136. En el caso *Passage par le Grand-Belt*[254], Finlandia pedía que se indicaran medidas provisionales para impedir la construcción de un puente en el estrecho de Grand-Belt, puente que, en su opinión, habría restringido el paso de buques de perforación y de plataformas

[248] Véanse los párrafos 44 a 52 *supra*.

[249] Citado en el párrafo 47 *supra*, véase también la nota 17 *supra*.

[250] Párr. 129 *supra*.

[251] Informe preliminar, *Anuario… 1988* (véase la nota 21 *supra*), pág. 40, párr. 114, con referencias a la doctrina clásica. Más adelante el Relator Especial señalaba «la prevalencia puramente estadística de la reparación por equivalente […], junto con la primacía lógica de la restitución en especie» (ibíd., pág. 43, párr. 131).

[252] Véase, en particular, Gray, «The choice between restitution and compensation».

[253] Históricamente, los sistemas basados en el *common law* sólo aplicaban la modalidad del pago de daños y perjuicios en los asuntos civiles que no entrañaban devolución de bienes, con algunas excepciones relativas a la ejecución específica y a otras formas de reparación determinadas en función de los principios de equidad. Esa situación está cambiando actualmente, en vista de la creciente posibilidad de recurrir a esos distintos modos de reparación y del desarrollo del derecho a la restitución. Con respecto a la ejecución específica, véase, por ejemplo, *Co-operative Insurance Society Ltd.* v. *Argyll Stores (Holdings) Ltd., The Law Reports Appeal Cases*, vol. 1, 1998. Acerca de la restitución, véase también *Kleinwort Benson Ltd.* v. *Glasgow City Council*, ibíd., 1999, pág. 153.

[254] Medidas provisionales, providencia de 29 de julio de 1991, *C.I.J. Recueil 1991*, pág. 12; véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 276.

petroleras, contrariamente a los derechos de libre tránsito que le reconocían una serie de tratados. En su respuesta Dinamarca alegaba, entre otras cosas, que incluso en la hipótesis de que la construcción del puente violase los derechos de tránsito de Finlandia, ello sólo se produciría ocasionalmente y no afectaría sino un reducido número de los buques que pasaban por el estrecho. Comoquiera que los derechos de Finlandia podían protegerse adecuadamente por medios financieros y de otra índole, una orden de restitución constituiría una «carga excesiva»[255] para Dinamarca. Además, si Finlandia no tenía derecho a insistir en que no se tendiera el puente, tampoco tenía, a mayor abundamiento, el derecho de obtener medidas provisionales.

137. La CIJ se negó a ordenar medidas provisionales. No quedaba demostrada la urgencia de la situación, ya que el paso no se limitaría, en la práctica, antes de tres años o más, tiempo durante el cual el asunto podía ser objeto de una decisión en cuanto al fondo. Pero no por ello aceptó la Corte el argumento de Dinamarca relativo a la imposibilidad de la restitución. Tras observar que la acción de una parte durante el procedimiento no podía vulnerar los derechos de la otra parte, agregó:

> A estas alturas la Corte no tiene que determinar el carácter de cualquier decisión que pueda adoptar en cuanto al fondo. […] Sin embargo, en principio, si se demuestra que la construcción de obras entraña la vulneración de un derecho, no se puede ni se debe excluir, *a priori*, la posibilidad de una decisión judicial encaminada bien a suspender los trabajos, bien a modificar o desmantelar las construcciones[256].

138. En el caso *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, el Paraguay solicitó y obtuvo que se dictaran medidas provisionales para tratar de evitar la ejecución de Ángel Breard, uno de sus nacionales condenados por homicidio. La reclamación del Paraguay se fundaba en el hecho demostrado de que los Estados Unidos no le habían comunicado la detención de Breard, en violación de la exigencia de notificación dispuesta en el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares[257]. Para los Estados Unidos, no podía plantearse ninguna cuestión de restitución sobre la base de la Convención; el Paraguay sólo tenía derecho a obtener excusas y garantías de no repetición, que ya se le habían dado. Los Estados Unidos arguyeron, en particular, que «la anulación automática de los procedimientos iniciados y el restablecimiento del *statu quo ante* como sanciones de la falta de notificación no sólo no hallan ningún respaldo en la práctica de los Estados, sino que serían imposibles de realizar»[258]. En cambio, el Paraguay pidió la restitución completa: «Toda responsabilidad penal imputada en la actualidad al Sr. Breard debería, pues, ser declarada nula por las autoridades de los Estados Unidos y […] debería restablecerse el *statu quo ante* para que el Sr. Breard pudiera beneficiarse de las disposiciones de la Convención de Viena en todo nuevo procedimiento judicial que pudiera incoarse contra él»[259].

139. En este caso también, la Corte se negó a abordar la cuestión de la relación que existía entre el derecho alegado y la obtención de una restitución. Para la mayoría, bastaba con señalar que «la ejecución [del Sr. Breard] hacía imposible la adopción de la solución pedida por el Paraguay y, por ende, causaría un perjuicio irreparable a los derechos que este país reivindicaba»[260].

140. Bastante similares son las cuestiones que se plantean en otro asunto relativo a la pena de muerte en que intervenía una falta de notificación consular, el caso *LaGrand*[261]. También en este caso la Corte, actuando *ex parte* de conformidad con el párrafo 1 del artículo 75 de su reglamento, indicó medidas provisionales[262]. El asunto sigue *sub judice*.

141. Estos ejemplos se referían a peticiones de medidas provisionales, en las que hay que encontrar un equilibrio entre la protección de los derechos reivindicados (pero que aún no están establecidos) por el Estado demandante y el respeto de la posición del Estado demandado, respecto del cual no se ha demostrado, *ex hypothesi*, que actuó de manera ilícita. Sin embargo, existe una diferencia entre esos asuntos. En el caso *Passage par le Grand-Belt*, el derecho cuya protección se procuraba era precisamente el derecho que debía ser objeto del procedimiento en cuanto al fondo, es decir, el derecho de libre paso de las plataformas por el estrecho de Grand-Belt. En esta perspectiva, la CIJ se negó a excluir la posibilidad de que la restitución fuese el modo de reparación apropiado (incluso si ello podía entrañar la anulación o una modificación profunda del proyecto de puente)[263]. En los casos relativos a la pena de muerte, la relación entre la violación de la obligación de notificación consular y la condena de la persona acusada era indirecta y contingente. Muy bien podría haber ocurrido que el proceso fuese totalmente apropiado y justo y que la falta de notificación no tuviese ningún efecto sobre la condena. Los Estados Unidos eran competentes para juzgar a los acusados por un delito castigado con la pena capital y no eran parte en ningún instrumento que prohibiese la pena de muerte. Únicamente el establecimiento de un vínculo de causalidad suficiente entre la falta de notificación por los Estados Unidos y el resultado del proceso podía permitir que se planteara la cuestión de la restitución. En el momento del proceso, una notificación previa había pasado a ser imposible *como tal*, puesto que el plazo señalado para el cumplimiento había

---

[255] Ibíd., pág. 19, párr. 31.

[256] Ibíd. El magistrado Broms interpretó este pasaje de la ordenanza en el sentido de un rechazo de la «tesis danesa», según la cual Finlandia no tenía ningún derecho a la restitución en especie, incluso si ganaba el litigio en cuanto al fondo (ibíd., pág. 30).

[257] *Convention de Vienne sur les relations consulaires* (Paraguay *c.* Estados Unidos de América), medidas provisionales, providencia de 9 de abril de 1998, *C.I.J. Recueil 1998*, pág. 248.

[258] Ibíd., pág. 254, párr. 18.

[259] Ibíd., pág. 256, párr. 30.

[260] Ibíd., pág. 257, párr. 37. El magistrado Oda expresó su desacuerdo, aunque había votado con la mayoría «por razones humanitarias» (ibíd., pág. 262). El Presidente Schwebel señaló, por su parte, la importancia del principio del respeto de los tratados: «El hecho de que se hayan presentado excusas y se hayan tomado disposiciones en el ámbito federal para evitar que se reproduzcan esas infracciones no le reporta ninguna utilidad al acusado que, según el Paraguay, ha sufrido o pudo sufrir un perjuicio porque no pudo comunicarse con su consulado, lo cual plantea una cuestión de fondo» (ibíd., pág. 259).

[261] *La Grand* (Alemania *c.* Estados Unidos de América), medidas provisionales, providencia de 3 de marzo de 1999, *C.I.J. Recueil 1999*, pág. 9.

[262] Cabe subrayar que en los dos asuntos las ejecuciones se llevaron a cabo a pesar de las órdenes. Véase «Agora: *Breard*», *American Journal of International Law*, vol. 92, n.º 4 (octubre de 1998), pág. 666. Posteriormente, el caso *Breard* se retiró a petición del Paraguay.

[263] La obligación de Dinamarca de permitir el tránsito por el estrecho de Grand-Belt (sea cual sea su extensión) era de carácter continuo, de modo que el retiro de toda obstrucción ilícita habría implicado tanto una cesación como una restitución. Véanse los párrafos 45 y 134, y la nota 254 *supra*.

vencido y no podía sustituirse por ningún otro cumplimiento posterior.

142. Así, pues, la naturaleza de la restitución depende, por lo menos en cierta medida, del contenido de la obligación primaria que ha sido violada. En los casos que no implican sólo el regreso de personas o la restitución de bienes o de territorio pertenecientes al Estado lesionado (restitución en el sentido estricto), la noción de restablecimiento del *statu quo ante* debe aplicarse considerando los derechos y las competencias respectivos de los Estados afectados. Esto reviste importancia especial cuando la obligación es de naturaleza procedimental y condiciona el ejercicio de facultades que competen sustancialmente al Estado. En esos casos, la restitución, siempre que sea posible, no puede llevar a otorgar al Estado lesionado, *a posteriori*, más de lo que le habría correspondido si se hubiese ejecutado la obligación. En otras palabras, la noción de *statu quo ante* es relativa y si el Estado demandado hubiese podido lograr de manera lícita un resultado idéntico o similar en la práctica sin violar la obligación, puede excluirse la noción de retorno *general* a la situación anterior[264].

143. En opinión del Relator Especial, esas limitaciones e interpretaciones del principio de la restitución pueden tomarse en consideración a través de una formulación precisa del artículo 43 y de las excepciones que en él se contienen, así como mediante explicaciones apropiadas en el comentario. Se trata de saber si, en estas condiciones, debe mantenerse el principio de la primacía de la restitución. Considerados todos los factores, debería mantenerse. Es cierto que la fuente que suele citarse en apoyo de esa primacía —el *caso Usine de Chorzów*[265]— no zanja la cuestión, puesto que, en el momento de la decisión, Alemania pedía solamente una indemnización y no la devolución de la propiedad. También es cierto que los tribunales han vacilado en conceder restituciones íntegras y que la decisión que quizá esté vinculada más estrechamente a la idea de restitución —la del árbitro único Dupuy en el laudo *Texaco*[266]— ha sido objeto de muchas críticas[267] y no ha sido respetada en los arbitrajes mixtos posteriores[268]. Pero precisamente se trataba de arbitrajes mixtos, en que el dominio eminente del Estado responsable (y su soberanía sobre sus recursos naturales) deben contraponerse a las obligaciones que ha asumido para la protección de esos recursos, por vía convencional o de otra manera. En el marco de las relaciones interestatales, la restitución desempeña una función vital en principio, sobre todo en vista de la estrecha relación que guarda con la cuestión del cumplimiento de las obligaciones internacionales. La segunda razón que motiva el mantenimiento del principio tiene que ver con el hecho de que pocos gobiernos piden que se abandone. Pese a las dudas que han expresado uno o dos Estados[269], el artículo 43 aprobado en primera lectura, en el que se confiere una prioridad limitada a la restitución, ha sido bien acogido en general. Así pues, la mayoría de las observaciones tienen por objeto reducir el número y el alcance de las excepciones al principio, antes que desecharlo. En tercer lugar, la renuncia a ese principio exigiría que la Comisión elaborase, en el marco de una presunción jurídica favorable de la indemnización, las hipótesis en que la restitución se requiere con carácter excepcional. Los Estados Unidos subrayan que la restitución reviste particular importancia en los casos en que un Estado «se ha apropiado ilegalmente de un territorio o de bienes del patrimonio histórico o cultural»[270], pero desde luego no se limita a esas hipótesis. Además, elegir la forma de una excepción implicaría que, en los casos que no están previstos, los Estados pueden *a posteriori* comprar la libertad de no respetar sus obligaciones internacionales. El principio de la prioridad de la restitución debería mantenerse, con excepciones bien definidas.

c) *Excepciones a la restitución*

144. Las cuatro excepciones a la restitución formuladas en el artículo 43 se describen anteriormente[271]:

a) *Imposibilidad material*. No cabe duda de que la restitución no puede exigirse cuando ha pasado a ser «materialmente» (es decir, en la práctica) imposible; esta limitación se reconoce en el *dictum* del caso *Usine de Chorzów*[272], en la decisión del tribunal en el caso *Forêts du Rhodope central*[273], así como en la doctrina. Tampoco se impugna en las observaciones de los gobiernos;

b) *Violación de una norma imperativa*. De igual modo, no cabe duda de que la restitución no puede ser exigida si debe entrañar la violación de una norma imperativa (es decir, una norma de *jus cogens*). Como subraya Francia[274], la dificultad estriba más bien en que han de encontrarse ejemplos realistas. La cuestión planteada en el caso *Cameroun septentrional*[275] podría muy bien constituir uno de esos ejemplos. Según el Camerún, la administración del Camerún septentrional mediante una unión administrativa con la colonia de Nigeria, así como la celebración ulterior de un plebiscito distinto para el Camerún septentrional, constituían una violación del Acuerdo sobre administración fiduciaria. Sin embargo, ese Acuerdo había caducado con la aprobación de la Asamblea General, para que se realizaran las aspiraciones de

---

[264] Sin embargo, esto no excluye que el procedimiento anterior pueda repetirse efectivamente si las circunstancias no han cambiado hasta el punto de que hagan que esa repetición carezca de interés o resulte excesivamente pesada. Esos elementos quedan incluidos en las normas jurídicas internas relativas a la restitución, en el marco de doctrinas tales como la de la confianza o el cambio de posición de buena fe. La CIJ tuvo en cuenta esos factores, al menos implícitamente, en el tratamiento de los problemas de restitución respecto del caso *Projet Gabčikovo-Nagymaros* (véase la nota 18 *supra*).

[265] Citado en el párrafo 24 *supra*.

[266] *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company* v. *The Government of the Lybian Arab Republic*, ILR, vol. 53 (1979), págs. 507 y 508, párr. 109.

[267] Véase, por ejemplo, Banco Mundial, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment*, pág. 140. Se hallará una exposición equilibrada en Higgins, «The taking of property by the State: recent developments in international law», págs. 314 a 321.

[268] *Libyan American Oil Company (LIAMCO)* v. *Government of the Libyan Arab Republic* (véase la nota 15 *supra*), pág. 200. Véase también una decisión adoptada anteriormente, *BP Exploration Company (Libya) Ltd.* v. *Government of the Libyan Arab Republic* (1974), ILR, vol. 53, pág. 354.

[269] Véase el párrafo 129 *supra*.

[270] Véase la nota 35 *supra*.

[271] Véase el párrafo 128 *supra*.

[272] *CPJI* (véase la nota 49 *supra*) («si no es posible»); véase también el párrafo 24 *supra*.

[273] Véase el párrafo 128 y la nota 237 *supra*.

[274] Véase el párrafo 129 *supra*.

[275] Excepciones preliminares, *Recueil C.I.J. 1963*, pág. 15; véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 91.

la población tal como ésta las había expresado. Una petición de derogación de esa decisión, formulada en forma de restitución, habría ido en contra de esas aspiraciones. Consciente, a todas luces, de esas dificultades y de otros problemas, el Camerún pidió simplemente una sentencia declaratoria, que la CIJ le denegó porque su decisión no habría surtido efecto jurídico respecto del Estado demandado, el Reino Unido. La cuestión de la violación de una norma imperativa no se abordó, ni siquiera se planteó[276]. En opinión del Relator Especial, la situación contemplada en el apartado *b* del artículo 43 está incluida en el artículo 29 *bis*. Como ya se ha señalado, las circunstancias que excluyen la ilicitud (y, entre ellas, la existencia de un conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general) también son aplicables a las obligaciones secundarias enunciadas en la segunda parte, incluida la obligación de restitución[277]. Por consiguiente, el apartado *b* del artículo 43 es inútil y podría suprimirse[278];

c) *Carga desproporcionada*. A tenor del apartado *c* del artículo 43, puede ocurrir que la restitución no se conceda si la ventaja que se derivaría para el Estado lesionado al obtenerla (en vez de la indemnización) es notablemente desproporcionada en relación con la carga que constituiría para el Estado responsable. Esta excepción podría haberse aplicado, por ejemplo, en el caso *Passage par le Grand-Belt*[279] si el puente se hubiese tendido realmente antes de que Finlandia plantease el problema del derecho de paso. Cuando el costo que el desmantelamiento de una estructura representaría para el Estado responsable es totalmente desproporcionado en comparación con la ventaja que el Estado o los Estados lesionados sacarían de él, la restitución no debería exigirse. Los Estados Unidos no impugnan el apartado *c*, sino que piden que las palabras «una carga totalmente desproporcionada en relación con la ventaja que se derivaría para el Estado lesionado» sean objeto de una aclaración. Ahora bien, como otras expresiones del principio de proporcionalidad, resulta difícil ser más preciso en el cuerpo mismo del texto[280]. Ello no obstante, resultaría útil una aclaración para subrayar que la noción de proporcionalidad en el marco de esta disposición no se refiere solamente al costo y los gastos, sino que también han de tenerse en cuenta otros elementos significativos, como son la gravedad de la violación en relación con la dificultad de restablecer el *statu quo ante*. Parece suficiente mencionar sin más este extremo en el comentario;

d) *Amenaza desproporcionada a la independencia política o la estabilidad económica del Estado responsable*. Varios Estados han criticado severamente esta cuarta excepción, de la que tampoco se ofrece ningún ejemplo convincente. El problema general planteado por una reparación que amenaza con privar a una población de sus medios de subsistencia (párrafo 3 del artículo 42 aprobado en primera lectura) ya se ha tratado[281]; también se ha señalado que la restitución implica normalmente la devolución de un territorio, de personas o de bienes secuestrados o detenidos de manera ilícita o, de forma más general, el restablecimiento de la situación existente antes de la violación. Resulta difícil concebir cómo puede ese restablecimiento tener el efecto de amenazar la independencia política o la estabilidad económica del Estado responsable de la violación. Sea como fuere, si la restitución amenaza de manera plausible y desproporcionada la independencia política o la estabilidad económica del Estado responsable, quedarán indudablemente satisfechas las condiciones previstas en la tercera excepción (apdo. *c*). Por esas razones, también resulta innecesario el apartado *d*.

d) *La formulación del artículo 43*

145. Por lo que hace a la formulación de este artículo, Francia critica la utilización de la expresión «restitución en especie» en el artículo 44, porque ésta no se limita a la devolución de un bien o de un territorio que hayan sido objeto de apropiación indebida. Pero el significado de esa expresión se comprende y acepta generalmente. Por lo demás, se aporta una definición, básicamente en la forma del «restablecimiento de la situación anterior». En segundo lugar, el apartado *c* del artículo 43, en su texto original, trata de hallar el equilibrio entre el costo de la restitución para el Estado responsable y la ventaja que de ella se derivaría para el Estado lesionado. Ahora bien, también puede haber varios, incluso muchos, Estados (u otras entidades), lesionados por el mismo hecho y el conjunto de sus intereses debería tomarse en consideración en la ecuación. El apartado *c* debería redactarse en consecuencia.

146. En opinión del Relator Especial, el artículo 43 podría enunciarse de la manera siguiente:

«Restitución

El Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito está obligado a proceder a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de que se cometiera el hecho ilícito, en la medida y siempre que tal restitución:

a) No sea materialmente imposible;

[…]

c) No imponga una carga totalmente desproporcionada en relación con la ventaja que los lesionados por ese hecho conseguirían al obtener la restitución en vez de una indemnización.»

[276] Históricamente, los asuntos relativos al apresamiento de buques esclavistas y a otras acciones encaminadas a reprimir la trata de esclavos plantearon problemas de legalidad internacional (véase, por ejemplo, *Le Louis* (1817) (*The English Reports*, Edimburgo, Green, 1923, vol. CLXV, pág. 1464); *Buron* v. *Denman, Esq.* (1848), ibíd., vol. CLIV, pág. 450; Rubin, *Ethics and Authority in International Law*, págs. 97 y ss. Sin embargo, por lo menos desde el Acta General de la Conferencia de Berlín, no era posible examinar una petición de restitución en forma del retorno de antiguos esclavos. En el asunto *Adolf Eichmann*, la Argentina retiró su petición de devolución de Eichmann, acusado de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad: véase la resolución del Consejo de Seguridad 138 (1960), y el comunicado conjunto Argentina-Israel, 3 de agosto de 1960, reproducido en el caso *Attorney-General of the Government of Israel* v. *Adolf Eichmann*, ILR, vol. 36, pág. 59, párr. 40.

[277] Véase el párrafo 7, apdo. *a*, *supra*. Por lo que respecta al artículo 29 *bis*, véase *Anuario… 1999*, vol. II (segunda parte), págs. 80 y 81, párrs. 306 a 318.

[278] Los hechos ilícitos continuos en violación de una norma imperativa (como ocurre en el caso de un genocidio o de otro crimen de lesa humanidad continuos) plantean cuestiones más importantes. Éstas se refieren a la cesación y el cumplimiento de la obligación, y no a la restitución (véase el párrafo 126 *supra*).

[279] Véanse los párrafos 136 y 137 *supra*.

[280] Véase un planteamiento general en Greig, «Reciprocity, proportionality and the law of treaties», pág. 398.

[281] Véanse los párrafos 38 a 42 *supra*.

3. Indemnización

a) *Actual artículo 44*

147. El artículo 44 dispone lo siguiente:

Indemnización

1. El Estado lesionado podrá obtener del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito una indemnización por el daño causado por ese hecho, si el daño no ha sido reparado mediante la restitución en especie y en la medida en que no lo haya sido.

2. A los efectos del presente artículo, la indemnización cubrirá todo daño económicamente valorable que haya sufrido el Estado lesionado y podrá incluir los intereses y, cuando proceda, las ganancias dejadas de obtener.

148. Pese a la prioridad formal que se concede a la indemnización en el artículo 43, en el comentario al artículo 44 se reconoce que la indemnización es «el remedio principal y capital al que se recurre a raíz de un hecho internacionalmente ilícito»[282]. La indemnización en dinero difiere de los pagos ofrecidos o efectuados a título de satisfacción en que su función es puramente compensatoria; tiene por objeto representar, en la medida de lo posible, el daño sufrido por el Estado lesionado como resultado de la violación. No obstante, pese al gran número de casos resueltos por tribunales arbitrales en los que se han planteado problemas vinculados a la fijación de indemnización, en el comentario no se examina en detalle el artículo 44, debido a que «las normas sobre indemnización han de ser de carácter relativamente general y flexible»[283]. En el comentario sí se aborda la cuestión del vínculo de causalidad, incluida la influencia de causas múltiples[284], pero sobre el problema central de la fijación de la indemnización, sólo se hacen observaciones de carácter general, como la de que «la indemnización es el remedio apropiado para el 'daño económicamente valorable', es decir, el daño que puede evaluarse en términos económicos»[285], incluido el daño moral y material[286]. Se considera que la indemnización está limitada a los pagos en dinero[287], aunque no hay razón para que no pueda consistir además en otras formas de valor que se hayan acordado.

149. El comentario se refiere a continuación al otorgamiento de intereses y al lucro cesante. Los intereses se examinan en forma separada más adelante[288]. El lucro cesante se trata en forma detallada, pero poco concluyente. En el comentario se observa que:

> la compensación por el lucro cesante está menos generalmente admitida en la doctrina y en la práctica que la reparación por el daño emergente. De otorgarse el resarcimiento por las ganancias dejadas de obtener, no parece que fuera apropiado otorgar intereses sobre el capital generador de renta durante el mismo período de tiempo por el mero hecho de que el capital no puede devengar intereses y al mismo tiempo estar empleado teóricamente en generar beneficios. […] La finalidad principal es evitar el «doble resarcimiento» en todas las formas de reparación[289].

Después de pasar revista a la jurisprudencia pertinente (comprendidas las decisiones divergentes del Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán en diferentes causas sobre expropiación de bienes), en el comentario se dice que:

> Habida cuenta de las divergencias de opinión que existen con respecto a la indemnización por el lucro cesante, la Comisión ha llegado a la conclusión de que sería sumamente difícil lograr formular a este respecto normas concretas que obtuviesen un amplio apoyo. […] El estado del derecho en lo que concierne a todas esas cuestiones no está […] suficientemente asentado y la Comisión estimó que no se hallaba, por ahora, en condiciones de dar respuestas precisas a esas cuestiones ni de formular normas concretas relativas a ellas. Por consiguiente, ha considerado preferible dejar que sean los Estados interesados o el tercero que intervenga en la solución de la controversia quienes resuelvan, en cada caso, si procede pagar una indemnización por las ganancias dejadas de obtener[290].

En definitiva, el párrafo 2 del artículo 44 sólo dice que la indemnización «podrá incluir […] cuando proceda, las ganancias dejadas de obtener», una afirmación lo menos entusiasta que es dable imaginar.

150. Las observaciones de los gobiernos sobre el artículo 44 plantean varios interrogantes importantes. El primero es si se necesita una disposición más detallada. Algunos gobiernos estiman que, dada la complejidad y la importancia de las cuestiones que están en juego, sería útil contar con más directrices sobre los criterios de indemnización del derecho consuetudinario internacional, especialmente en lo que respecta a la «valoración del daño pecuniario», incluidos los intereses y el lucro cesante[291]. Francia critica la redacción «demasiado somera» del artículo 44 (más todavía si se la compara con el tratamiento detallado de los artículos 45 y 46) y es partidaria de regresar a «una versión más analítica» basada en la labor realizada por el Sr. Arangio-Ruiz en su segundo informe sobre responsabilidad de los Estados[292], y en la práctica y la jurisprudencia internacionales[293]. En cambio, otros destacan la necesidad de aplicar cierta flexibilidad al tratar determinados casos; a su juicio, basta con establecer el principio general de la indemnización en el artículo 44. Observan asimismo que «se necesitaría mucho tiempo para llevar a cabo un examen detallado y amplio de las normas relativas a la reparación y la indemnización, con lo cual la Comisión iba a tardar más en finalizar su labor»[294].

151. En cuanto al contenido de ese principio general, hay quienes concuerdan con la opinión de que, en principio, el monto de la indemnización que se ha de pagar es precisamente el valor que el Estado lesionado habría recibido si se hubiera otorgado una restitución. Los Estados

---

[282] *Anuario… 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 73, párr. 1 del comentario al artículo 8 [actual art. 44].

[283] Ibíd., pág. 74, párr. 3.

[284] Ibíd., págs. 74 a 76, párrs. 6 a 13. Véase el debate en los párrafos 27 a 29 y 31 a 37 *supra*.

[285] Ibíd., pág. 77, párr. 16.

[286] Ibíd., párr. 17.

[287] Ibíd., párr. 18, donde cita la afirmación de Grocio, *De Jure Belli ac Pacis: Libri Tres*, l. II, cap. XVII, secc. XXII, de que «el dinero es la medida común a todos los valores».

[288] Véanse los párrafos 195 a 214 *supra*.

[289] Ibíd., pág. 79, párr. 27.

[290] Ibíd., pág. 82, párr. 39.

[291] Dinamarca, en nombre de los países nórdicos, véase la nota 35 *supra*; véase también A/CN.4/496, pág. 20, párr. 125 (en que se destaca la necesidad de contar con mayor seguridad jurídica) y A/CN.4/504, pág. 20, párr. 71 (nota 3 *supra*).

[292] *Anuario… 1989* (véase la nota 21 *supra*).

[293] Véase la nota 35 supra; véase también A/CN.4/504, pág. 20, párr. 71 (en que se toma como ejemplo «el principio según el cual los daños sufridos por un ciudadano son la medida de los daños sufridos por el Estado») y A/CN.4/496, pág. 20, párr. 125 (nota 3 *supra*).

[294] Ibíd., párr. 124.

Unidos consideran que la redacción actual del párrafo 1 del artículo 44 enuncia el «principio bien establecido, que se recoge en el derecho internacional consuetudinario y en innumerables convenios bilaterales y multilaterales». En su opinión, el hecho de que se deba pagar indemnización en la medida en que no se ofrezca restitución, deja claramente establecido que el monto de la indemnización debería ser equivalente al valor de la restitución[295]. Por el contrario, al Japón le preocupa una posible interpretación del párrafo 1, según la cual «el Estado que haya cometido un acto ilícito podría rechazar la petición del Estado lesionado de que se le conceda una indemnización (económica) alegando que la restitución en especie no había resultado totalmente imposible». Una interpretación así «limitaría enormemente la libertad del Estado lesionado de elegir la forma de reparación íntegra que considere apropiada»[296].

152. Otra cuestión por resolver es determinar si es necesario hacer referencia a los intereses y al lucro cesante en el párrafo 2 del artículo 44, y de ser así, cuál sería la formulación adecuada de tal referencia. Algunos gobiernos estiman innecesario especificar como obligación legal el pago de intereses y la indemnización del lucro cesante[297]. Esa es, al parecer, la opinión adoptada por Francia, que propone que se redacte nuevamente el párrafo en los términos siguientes:

> A los efectos del presente artículo, se entiende por daño indemnizable derivado de un hecho internacionalmente ilícito todo aquel daño vinculado a ese hecho por una relación ininterrumpida de causalidad[298].

Por otra parte, varios gobiernos sostienen firmemente que «en la medida en que el pago de intereses representa la pérdida efectivamente sufrida por el demandante, dicho pago no es una cuestión facultativa sino una obligación»[299]. En consecuencia, el párrafo 2 debería disponer que la indemnización «incluirá» (en lugar de «podrá incluir») los intereses[300]. Los Estados Unidos se refieren a las decisiones del Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán y de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas en apoyo de su opinión de que la redacción actual del párrafo 2 «va en contra de la mayoría de los precedentes sobre el tema y del principio de la íntegra 'reparación plena'»[301].

153. Los comentarios que anteceden plantean numerosas materias de discusión con respecto al artículo 44. Una de ellas, la cuestión de los intereses, se trata separadamente más adelante[302]. Pero la cuestión principal es saber si el artículo 44 debería establecer con más detalle los principios aceptados de fijación de la indemnización, así como qué limitaciones podrían establecerse con respecto a la fijación de indemnización total, para evitar imponer una carga desproporcionada al Estado responsable.

b) *Fijación de la indemnización: ¿principio general o normas detalladas?*

154. En su segundo informe, el Sr. Arangio-Ruiz examinó con cierto detalle la «reparación por equivalencia», y propuso dos artículos diferentes, uno más corto y el otro algo más detallado. Según se desprende de su comentario, la Comisión prefirió la versión más corta, que pasó a ser el artículo 44[303]. En consecuencia, algunas de las cuestiones examinadas por el Sr. Arangio-Ruiz en su informe —la distinción entre el daño moral infligido a las personas y al Estado, la distinción entre expropiación lícita e ilícita, los métodos para calcular el valor de los bienes expropiados, especialmente si ello se hace sobre la base de un «negocio en marcha»— sólo se tratan brevemente, si se tratan, en el artículo 44 y su comentario.

155. Evidentemente, se necesita ser prudentes al establecer normas más concretas relativas a la indemnización. Aunque se dispone de una buena orientación en algunas esferas (en particular la protección diplomática, especialmente en lo que respecta a la expropiación de bienes o al daño a éstos), recientemente ha habido relativamente pocos fallos fundamentados relativos a la fijación de indemnización por daños materiales entre Estados (es decir, fuera del ámbito de la protección diplomática). Se ha solicitado indemnización por daños en aproximadamente una tercera parte de los casos iniciados ante la CIJ, pero hasta la fecha la Corte ha otorgado indemnización sólo en un caso, el caso *Détroit de Corfou*[304]. En realidad se ha sostenido que la Corte ha demostrado cierta reticencia a dictar sentencias en que otorga indemnización por daños, en comparación con sentencias declaratorias o de otro tipo. Por ejemplo, en el caso *Essais nucléaires*, sostuvo que el caso ya no tenía objeto después de que Francia se había comprometido a no seguir realizando pruebas en la atmósfera, a pesar de que la demanda de indemnización de Nueva Zelandia no se había satisfecho[305]. En

---

[295] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3; los Estados Unidos se refieren concretamente a los casos *Lusitania* (véase la nota 16 *supra*) y *Letelier and Moffitt* (ILM, vol. XXXI (1992)), y hacen notar que ese principio «se ha aplicado también a los casos de negligencia con resultado de muerte».

[296] *Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/292, observaciones sobre el artículo 44.

[297] A/CN.4/504 (nota 3 *supra*), pág. 20, párr. 71.

[298] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3.

[299] Reino Unido (ibíd.); véase también A/CN.4/496 (nota 3 *supra*), pág. 20, párr. 125 («el pago de intereses debía ser la norma básica y general sobre indemnización»).

[300] Véase la nota 35 *supra*. Los Estados Unidos estiman que el artículo 44 representaría «un paso atrás en el derecho internacional de la reparación» si no se realiza esa revisión. Véase también A/CN.4/504 (nota 3 *supra*), pág. 20, párr. 71, en que un gobierno sostiene que al sustituir «podrán» por «deberán», se privará al Estado que incurre en ilicitud de un incentivo para retrasar el pago de la indemnización, en tanto que otro es partidario de la idea de que debe concederse al Estado que incurre en ilicitud un «período de gracia suficiente» para el pago de indemnización antes de fijar el pago de intereses. Los gobiernos que sugieren esta sustitución no parecen ser partidarios de que se supriman las palabras «cuando proceda» antes de la frase «las ganancias dejadas de obtener» (véase Mongolia, *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3).

[301] Ibíd.

[302] Véanse los párrafos 195 a 214 *infra*.

[303] Véase el segundo informe del Sr. Arangio-Ruiz (*Anuario… 1989* (nota 21 *supra*), págs. 8 a 31, párrs. 20 a 105; para el texto de sus propuestas, véase pág. 57, párr. 191. El informe del Comité de Redacción figura en *Anuario… 1992*, vol. I, 2288.ª sesión, págs. 232 a 233, párrs. 39 a 52. Con posterioridad a 1989, se han producido otras novedades en la jurisprudencia y la práctica, resumidas, entre otros, por Iovane, *op. cit.*; Decaux, *loc. cit.*; así como en las fuentes citadas más adelante. La experiencia general del derecho comparado ha sido resumida satisfactoriamente por Stoll, «Consequences of liability: remedies».

[304] *C.I.J. Recueil* 1949 (véase la nota 69 *supra*), pág. 249. Véase Gray, *op. cit.*, págs. 77 a 95, en que figura una relación algo escéptica de esa práctica.

[305] *Essais nucléaires* (*Nouvelle-Zélande* c. *France*), fallo, *C.I.J. Recueil 1974*, págs. 475 y 476, págs. 55 a 58 (véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte*

el caso *Projet Gabčikovo-Nagymaros*, en el que ambas partes pedían una fuerte indemnización a la otra, la Corte comenzó por reafirmar las normas clásicas relativas a la reparación y la indemnización, y luego indicó que lo apropiado sería un «acuerdo de suma cero» para la indemnización por daños (distinto de las contribuciones financieras al proyecto en marcha). El pasaje pertinente dice lo siguiente:

> Es norma establecida del derecho internacional que un Estado lesionado tiene derecho a obtener indemnización del Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito, por los daños causados por éste. En el presente fallo, la Corte ha llegado a la conclusión de que ambas partes cometieron hechos internacionalmente ilícitos, y ha observado que esos hechos dieron origen a los daños sufridos por las partes; en consecuencia, tanto Hungría como Eslovaquia tienen la obligación de pagar indemnización y ambas tienen derecho a obtener indemnización.
>
> Eslovaquia tiene, pues, derecho a percibir indemnización por los daños sufridos tanto por Checoslovaquia como por sí misma como resultado de la decisión de Hungría de suspender y posteriormente abandonar las obras en Nagymaros y Dunakiliti, ya que esos actos causaron el aplazamiento de la puesta en marcha de la central de Gabčikovo, así como cambios en su modalidad de funcionamiento una vez puesta en servicio.
>
> Hungría tiene derecho a percibir indemnización por el daño sufrido como resultado de la desviación del Danubio, ya que Checoslovaquia, al poner en funcionamiento la variante C, y Eslovaquia, al mantenerla en servicio, privaron a Hungría de la parte que legítimamente le correspondía en los recursos hídricos comunes, y explotaron esos recursos esencialmente en beneficio propio.
>
> Sin embargo, dado el hecho de que ambas partes han cometido hechos ilícitos cruzados, la Corte desea hacer notar que la cuestión de la indemnización podría resolverse satisfactoriamente en el marco de una solución global si cada una de las partes renunciara a todas las demandas y reconvenciones financieras o las cancelara[306].

En ambos casos se infiere que la Corte no consideró que la cuestión de la indemnización (a diferencia de una vuelta a legalidad o de la cesación de la conducta presuntamente ilícita) era lo esencial del asunto. Pero en el caso *Projet Gabčikovo-Nagymaros*, en particular, reafirmó el derecho establecido de reparación, incluida la indemnización, en las controversias entre Estados. Por otra parte, no debe darse demasiada importancia a la falta de otorgamiento de indemnización por la Corte. En algunos casos, los Estados han preferido resolver las demandas pagando la indemnización por daños (con cláusula de «sin perjuicio») en lugar de que en la causa se falle sobre el fondo[307], o incluso sobre la base de la jurisdicción[308]. En otros casos, las partes han tratado de llegar a un arreglo de las controversias después de dictado un laudo o un fallo sobre la base del principio de responsabilidad, o bien la causa se ha suspendido por otras razones[309]. Varios casos pendientes entrañan, o incluyen, demandas de reparación, así como numerosas contravenciones de reparación[310].

156. Además de la CIJ, otras jurisdicciones establecidas tratan problemas vinculados a la reparación, incluso cuestiones de indemnización.

a) El Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán ha acumulado una jurisprudencia considerable sobre los problemas de determinación de los daños y de valoración de los bienes expropiados. Hay una cantidad considerable de casos pendientes de demandas por reparación entabladas entre Estados[311];

b) Los tribunales de derechos humanos y otros órganos, en particular el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han establecido cierta cantidad de jurisprudencia con respecto a lo que el artículo 41 (anteriormente 50) del Convenio europeo de derechos humanos denomina «satisfacción equitativa»[312]. Hasta el momento, el monto de las indemnizaciones o los daños otorgados o recomendados por esos órganos ha sido en general modesto, aunque la práctica está cambiando[313];

c) Los tribunales del CIADI establecidos en virtud del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados tienen competencia para otorgar indemnización por daños y perjuicios u otros tipos de reparación en las controversias sobre inversiones que se plantean entre los Estados partes y los nacionales de otros Estados. Algunos de esos litigios suponen recurrir directamente al derecho internacional[314];

Internacional de Justicia, *1948-1991,* pág. 134). Véase asimismo *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des Essais nucléaires* (*Nouvelle-Zélande* c. *France*), providencia de 22 de septiembre de 1995, *C.I.J. Recueil 1995*, pág. 305, párr. 59 (véase también *Resúmenes de los fallos*, *opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia*, *1992-1996*, pág. 95).

[306] *C.I.J. Recueil 1997* (véase la nota 18 *supra*), pág. 81, párrs. 152 y 153. Véanse también págs. 168 y 169, párr. 34 (magistrado Oda).

[307] Como en el caso *Certaines terres à phosphates à Nauru* (Nauru *c*. Australia), excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil 1992*, pág. 240; véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996*, pág. 13. Para la providencia de desistimiento dictada por la Corte tras el pago, véase ibíd., providencia de 13 de septiembre de 1993, *C.I.J. Recueil 1993*, pág. 322, y para la providencia de desistimiento después del pago, *Passage par le Grand-Belt*, providencia de 10 de septiembre de 1992, *C.I.J. Recueil 1992*, pág. 348.

[308] Como en el caso *Incident aérien du 3 juillet 1988* (República Islámica del Irán *c*. Estados Unidos de América), providencia de 22 de febrero de 1996, *C.I.J. Recueil 1996*, pág. 9 (orden de desistimiento tras el pago).

[309] El caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua *c*. Estados Unidos de América) fue retirado después de que Nicaragua presentó alegaciones escritas sobre indemnización (providencia de 26 de septiembre de 1991, *C.I.J. Recueil 1991*, pág. 47 (providencia de desistimiento).

[310] Se ha declarado admisible la presentación de reconvenciones en los casos siguientes: *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, reconvenciones, providencia de 17 de diciembre de 1997, *C.I.J. Recueil 1997*, pág. 243; *Plates-formes pétrolières*, reconvención, providencia de 10 de marzo de 1998, ibíd., *1998*, pág. 190, y *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, providencia de 30 de junio de 1999, ibíd., *1999*, pág. 983.

[311] Para estudios de la jurisprudencia del Tribunal sobre valoración e indemnización véase, por ejemplo, Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, caps. 5, 6 y 12; Brower y Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal*, caps. 14 a 18; Pellonpää, «Compensable claims before the Tribunal: expropriation claims», y Stewart, «Compensation and valuation issues».

[312] El artículo 41 (renumerado por el Protocolo n.º 11) estipula que:

> «Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.»

En la práctica del Tribunal, la «satisfacción» ha incluido elementos tanto de indemnización como de satisfacción en el sentido del proyecto de artículos.

[313] Véase el útil análisis de Shelton, *op. cit.*, págs. 214 a 291. Véase además el párrafo 157 *infra*.

[314] Véase, por ejemplo, *Asian Agricultural Products Ltd.* v. *Republic of Sri Lanka* (1990), *ICSID Reports*, Cambridge University Press, 1997, vol. 4, pág. 245.

d) El TIDM otorgó una cuantiosa indemnización por daños y perjuicios en varias categorías, además de intereses, en el primer caso que juzgó en base al fondo[315];

e) La Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas es un órgano no judicial establecido por el Consejo de Seguridad para ocuparse de las solicitudes de indemnización presentadas contra el Iraq y vinculadas «directamente» con su invasión de Kuwait en 1990[316]. El mandato de esa comisión consiste en decidir acerca de la responsabilidad del Iraq «con arreglo al derecho internacional»[317], y ha establecido directrices para el otorgamiento de indemnización que están sujetas a la aprobación del Consejo de Administración (compuesto de los miembros del Consejo de Seguridad). Esas directrices se han aplicado en la tramitación de un gran número de solicitudes[318].

157. Cuando se crea un tribunal u otro órgano con competencia para conocer las reclamaciones por responsabilidad del Estado y otorgar una indemnización, se plantea la cuestión de si las decisiones que pronuncie forman parte de un «régimen especial» de reparación, equivalente a una *lex specialis*. Es indudable que, en mayor o menor grado, la labor de los órganos mencionados anteriormente (así como en lo que se refiere al Mecanismo de solución de diferencias de la OMC, que se centra firmemente en la cesación y no en la reparación[319]) incluye elementos de *lex specialis*. En principio, los Estados son libres de establecer mecanismos para la solución de diferencias que se centren únicamente en algunos aspectos de las consecuencias de la responsabilidad, descartando o dejando de lado efectivamente otros aspectos. Pero existe una presunción en contra de la creación de regímenes totalmente autónomos en el campo de la reparación, y lo cierto es que cada uno de los órganos mencionados en el párrafo anterior se ha visto influido en mayor o menor grado por la norma de reparación estipulada en el derecho internacional general. Por lo demás, la práctica en este campo es notablemente dinámica, aunque resulte significativo que se siga todavía invocando el principio *Usine de Chorzów*[320], así como la labor de la Comisión. Por ejemplo, la decisión principal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la cuestión de la reparación dice, entre otras cosas, lo siguiente:

> La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restituto in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral.
>
> En lo que se refiere al daño moral, la Corte declara que éste es resarcible según el derecho internacional y, en particular, en los casos de violación de los derechos humanos. Su liquidación debe ajustarse a los principios de la equidad.
>
> […]
>
> [El párrafo 1 del artículo 63 de la Convención americana] [no] hace mención ni condiciona las disposiciones de la Corte a la eficacia de los instrumentos de reparación existentes en el derecho interno del Estado Parte responsable de la infracción, de manera que aquélla no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencia del derecho nacional, sino con independencia del mismo.
>
> Esto implica que la Corte, para fijar la indemnización correspondiente, debe fundarse en la Convención americana y en los principios de derecho internacional aplicables a la materia[321].

Análogamente, en el caso *Papamichaelopoulos*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hizo observar que:

> La ilegalidad de tal disposición afecta inevitablemente a los criterios que han de utilizarse para determinar la reparación debida por el Estado demandado, ya que las consecuencias pecuniarias de una expropiación legal no pueden asimilarse a las de una privación ilegal de la propiedad. A este respecto, la jurisprudencia internacional de tribunales judiciales o arbitrales sirve de preciosa fuente de inspiración para el Tribunal; aunque esa jurisprudencia se refiere más especialmente a la expropiación de empresas industriales y comerciales, los principios

---

[315] *Navire Saiga (n.º 2)* (San Vicente y las Granadinas *c.* Guinea), fallo, *TIDM Recueil 1999*, págs. 65 a 67, párrs. 170 a 177.

[316] Véase el párrafo 28 *supra*. Además de las obras allí citadas, véase Boelaert-Suominen, «Iraqi war reparations and the laws of war: a discussion of the current work of the United Nations Compensation Commission with specific reference to environmental damage during warfare»; Christenson, «State responsibility and the UN Compensation Commission: compensating victims of crimes of State»; Gattini, «La riparazione dei danni di guerra causati dall'Iraq»; Graefrath, «Iraqi reparations and the Security Council»; y Romano, «Woe to the vanquished? A comparison of the reparation process after World War I (1914-18) and the Gulf War (1990-91)».

[317] Resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad, párr. 16.

[318] Las directrices y decisiones de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas se encuentran en http://www2.unog.ch/uncc/decision.htm. Las siguientes decisiones tienen especial interés a los efectos de las cuestiones que se examinan:

- Decisión 3, de 18 de octubre de 1991, «Lesiones personales y sufrimientos morales» (S/AC.26/1991/3);
- Decisión 7, de 16 de marzo de 1992, «Criterios aplicables a categorías adicionales de reclamaciones» (S/AC.26/1991/7/ Rev. 1);
- Decisión 8, de 24 de enero de 1992, «Determinación de los límites máximos de la indemnización por sufrimientos morales» (S/AC.26/1992/8);
- Decisión 9, de 6 de marzo de 1992, «Propuestas y conclusiones sobre la indemnización de las pérdidas comerciales: tipos de daños y su evaluación» (S/AC.26/1992/9);
- Decisión 11, de 26 de junio de 1992, «Derecho a indemnización de los miembros de las Fuerzas Armadas de la Coalición Aliada» (S/AC.26/1992/11);
- Decisión 13, de 24 de septiembre de 1992, «Otras medidas para evitar el resarcimiento múltiple de los reclamantes» (S/AC.26/1992/13);
- Decisión 15, de 18 de diciembre de 1992, «Indemnización de las pérdidas comerciales resultantes de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait por el Iraq cuando concurrieron como causa el embargo comercial y medidas conexas» (S/AC.26/1992/15);
- Decisión 16, de 18 de diciembre de 1992, «Adjudicación de intereses» (S/AC.26/1992/16);
- Decisión 19, de 24 de marzo de 1994, «Gastos militares» (S/AC.26/Dec.19 (1994));
- Decisión 40, de 17 de diciembre de 1996, «Decisión relativa a la reclamación por el control del estallido de los pozos de petróleo» (S/AC.26/Dec.40 (1996));

[319] Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, anexo 2, Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, especialmente el párrafo 7 del artículo 13, que sólo prevé la compensación «en el caso de que no sea factible suprimir inmediatamente las medidas incompatibles con el acuerdo abarcado y como solución provisional hasta su supresión». A los efectos de la OMC, la «compensación» se refiere al comportamiento futuro y no al pasado (ibíd., art. 22). En lo que respecta a la distinción entre cesación y reparación a los efectos de la OMC, véase, por ejemplo, *Australia – Subvenciones concedidas a los productores y exportadores de cuero para automóviles*, informe del Grupo Especial (WT/DS126/RW y Corr.1), de 21 de enero de 2000, párr. 6.49.

[320] Véase la nota 49 *supra*.

[321] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Velásquez Rodríguez* c. *Honduras*, reparaciones y costas, sentencia de 21 de julio de 1989, *Serie C n.º 7*, párrs. 26, 27, 30 y 31.

determinados en ese campo son válidos para situaciones tales como la que se plantea en el presente caso[322].

158. Así pues, la posibilidad de que las decisiones que adopten tribunales internacionales especiales sobre la indemnización entrañen elementos de *lex specialis* no es razón para que la Comisión se desdiga del principio de la plena indemnización enunciado en el artículo 44. Por otra parte, es motivo para dudar en elaborar de manera más detallada el contenido de ese principio, ya que se aplica, y es probable que siga aplicándose, de diferentes modos por diferentes órganos y en diferentes contextos. Y hay otras dos razones para obrar con prudencia:

a) En primer lugar, gran parte de la controversia sobre la cuantificación de los daños se suscita en relación con bienes expropiados, en cuyo caso (salvo en circunstancias especiales, como el propio caso *Usine de Chorzów* [323], o el caso *Papamichaelopoulos*[324]), la cuestión de que se trata es el contenido de la obligación primaria de compensación. En relación con el presente proyecto de artículos, no incumbe a la Comisión la función de elaborar la distinción sustantiva entre apropiaciones legales e ilegales ni especificar el contenido de ninguna obligación primaria[325];

b) En segundo lugar, ahora que la Comisión ha decidido ocuparse de la protección diplomática como tema separado (aunque incluido en el campo general de la responsabilidad), es más apropiado tratar como parte de ese tema las cuestiones de cuantificación que se susciten en el contexto de daños causados a súbditos extranjeros.

159. Pese a estas consideraciones, cabe alegar que si hay normas claras y más detalladas en relación con la evaluación de la indemnización que puedan enunciarse —bien como pura codificación o como desarrollo progresivo— deben en tal caso enunciarse. La dificultad consiste en que no está muy claro que haya tales normas, separadas de los principios generales enunciados en los artículos 42 y 44[326]. Las decisiones reflejan la amplia diversidad de situaciones de hecho, la influencia de determinadas obligaciones primarias[327], evaluaciones del comportamiento respectivo de las partes (tanto en lo que respecta a la gravedad de la infracción como a su conducta posterior) y, de manera más general, la preocupación por llegar a un resultado equitativo y aceptable. Como observa Aldrich, «cuando [los magistrados internacionales] pronuncian un fallo complejo, como el relativo al importe de la indemnización debida por la expropiación de derechos […] se tomarán en cuenta inevitablemente consideraciones de equidad, se reconozca o no»[328]. La experiencia, en este y otros contextos, muestra que, si bien cabe dar ejemplos de la aplicación de consideraciones de equidad y de proporcionalidad en derecho internacional, lo más probable es que fracasen los intentos de especificarlas con detalle.

160. Por estas razones, el Relator Especial conviene con la decisión adoptada por la Comisión en su 44.º período de sesiones, en 1992, de formular el artículo 44 en términos generales y flexibles[329]. Cabe enunciar algunas limitaciones concretas al principio de la plena indemnización —en particular la norma contra la doble indemnización y, tal vez, la norma *non ultra petita*—, aunque tales limitaciones se refieren más a la invocación de la responsabilidad que a la determinación de su cuantía a nivel de los principios. Se examinarán, en consecuencia, más adelante, así como la cuestión de la atenuación de la responsabilidad[330].

c) *Limitaciones a la indemnización*

161. Una cuestión que debe examinarse, sin embargo, es la de la limitación de la indemnización. Los sistemas jurídicos tratan en general de no crear responsabilidades por un importe indeterminado respecto de una categoría indeterminada, y el contexto especial de las relaciones entre Estados agrava aún más esas preocupaciones. No hay equivalentes *generales* en derecho internacional a la limitación de acciones o la limitación de responsabilidad que se utilizan en el derecho nacional a tal efecto. El Estado no es una sociedad de responsabilidad limitada y no hay un mecanismo oficial para ocuparse de las cuestiones de insolvencia estatal. Dada la capacidad de los Estados para injerirse en la vida de los pueblos y en las relaciones económicas, así como el crecimiento de un derecho internacional sustantivo que afecta a ambos, existe indudablemente la posibilidad de una responsabilidad indeterminada, aun cuando no se haya planteado por lo general en la práctica[331].

162. La cuestión de limitar reclamaciones de indemnización invalidantes ha sido ya examinada en el contexto del anterior párrafo 3 del artículo 42, que dispone que la

---

[322] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Papamichaelopoulos et autres* c. *Grèce (article 50)*, sentencia de 31 de octubre de 1995, série A n.º 330-B, párr. 36. El Tribunal citó seguidamente el *dictum* del caso *Usine de Chorzów* (ibíd.) (véase la nota 49 *supra*). Por lo que se refiere en general a la elaboración de normas de compensación en la esfera de los derechos humanos, véase Shelton, *op. cit.*; Randelzhofer y Tomuschat (eds.), *State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, y Pisillo Mazzeschi, «La riparazione per violazione dei diritti umani nel diritto internazionale e nella Convenzione europea».

[323] Véase la nota 49 *supra*.

[324] Véase la nota 322 *supra*.

[325] En lo que respecta a la expropiación y el valor de bienes generadores de renta, véase, por ejemplo, Erasmus, *Compensation for Expropriation: A comparative Study*; Norton, «A law of the future or a law of the past? Modern tribunals and the international law of expropriation»; Penrose, Joffee y Stevens, «Nationalisation of foreign-owned property for a public purpose: an economic perspective on appropriate compensation»; Lieblich, «Determinations by international tribunals of the economic value of expropriated enterprises», y «Determining the economic value of expropriated income-producing property international arbitrations»; Friedland y Wong, «Measuring damages for the deprivation of income-producing assets: ICSID case studies»; Khalilian, «The place of discounted cash flow in international commercial arbitrations: awards by Iran-United States Claims Tribunal»; Chatterjee, «The use of the discounted cash flow method in the assessment of compensation: comments on the recent World Bank guidelines on the treatment of foreign direct investment»; y Dagan, *Unjust Enrichment: A Study of Private Law and Public Values*, cap. 6 (International law).

[326] Como llegó también a la conclusión el Sr. Arangio-Ruiz (*Anuario… 1989* (véase la nota 21 *supra*), pág. 11, párr. 28).

[327] Cuestión destacada en especial por Brownlie, *op. cit.*, págs. 222 a 227.

[328] Aldrich, *op. cit.*, pág. 242. La cita se refiere a la cuestión de la evaluación de la indemnización por «el derecho a extraer y vender productos de petróleo», pero tiene aplicación más general.

[329] *Anuario… 1992*, vol. I, 2288.ª sesión, pág. 233, párr. 48.

[330] Párrafos 215 a 222 *infra*.

[331] Véase, por ejemplo, el asunto Chernóbil que, sin embargo, no suscitó en la práctica ninguna reclamación de responsabilidad (Woodliffe, «Chernobyl: four years on», págs. 466 a 468).

reparación no debe tener por resultado privar a una población de sus medios de subsistencia[332]. Por las razones dadas, tal disposición es innecesaria en la medida en que se refiere a la restitución y satisfacción, pero merece examinarse en el contexto de la indemnización, ya que las normas relativas al carácter directo o la proximidad del daño no excluyen que puedan otorgarse cantidades muy elevadas como indemnización en algunos casos.

163. Una firme respuesta a estas preocupaciones es que son exageradas, que la indemnización sólo debe pagarse cuando se ha sufrido efectivamente una pérdida como resultado (directo, próximo, no demasiado remoto) del hecho internacionalmente ilícito de un Estado, y que en esos casos no hay justificación para exigir que la víctima o víctimas soporten la pérdida. Además, si los Estados desean establecer una limitación de los regímenes de responsabilidad en campos determinados de actividades ultrapeligrosas (por ejemplo, contaminación por petróleo, accidentes nucleares), siempre pueden hacerlo. En particular, el resultado sistemático de procedimientos ordenados de reclamaciones (ya se trate de acuerdos sobre un tanto alzado o de comisiones o tribunales mixtos de reclamaciones) ha sido una considerable reducción general de la indemnización que debe pagarse en relación con los importes reclamados[333]. Según esta opinión, no hay razones para incluir una disposición general sobre la materia.

164. El Relator Especial se siente inclinado a convenir en ello. Sin embargo, es la Comisión la que debe decidir si ha de insertarse en el artículo 44 el párrafo 3 del artículo 42 o una disposición análoga para ocuparse de los casos de responsabilidades imprevistas y por catástrofes. En cualquier supuesto, la cuestión de la atenuación de la responsabilidad y de la atenuación de los daños en relación con el comportamiento del Estado lesionado debe incluirse en el proyecto y se examinan más adelante[334].

d) *Conclusión*

165. Por estas razones, el Relator Especial propone que el artículo 44 diga lo siguiente:

> «***Indemnización***
>
> El Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar todo daño económicamente valorable causado por ese hecho, si el daño no ha sido reparado mediante restitución.»

En comparación con la versión adoptada en primera lectura, se han introducido algunos cambios de estilo, fundamentalmente de carácter accesorio. En primer lugar, acorde con otros artículos de la presente parte, el artículo 44 se enuncia como obligación del Estado responsable. La invocación de esa responsabilidad por el Estado o Estados lesionados se tratará en la segunda parte *bis*. Evidentemente, cada Estado sólo tendría derecho a invocar la obligación de pagar una indemnización en la medida en que haya sufrido daños o que reclame debidamente los daños sufridos por sus nacionales[335]. En segundo lugar, se han condensado los dos párrafos del anterior artículo 44 en uno solo, que abarca todo daño económicamente valorable. No es necesario mencionar el lucro cesante como epígrafe separado del daño, dado en especial que cualquier mención de esta índole tendrá inevitablemente que cualificarse (suscitando el efecto «descodificador» de que algunos gobiernos se quejaron en el texto anterior[336]). La indemnización por el lucro cesante puede otorgarse en algunas circunstancias y no en otras, pero tratar de especificar estas últimas contradeciría la estrategia subyacente del artículo 44 en cuanto declaración general de principio. En el comentario pueden tratarse los diferentes epígrafes de daño resarcible (incluido el lucro cesante) de manera más sustancial. La cuestión del interés se tratará en un artículo separado[337].

166. Será la Comisión quien decida si se necesita una formulación más detallada del principio de la indemnización en el texto del artículo 44, en cuyo caso se harán propuestas en una nueva adición del presente informe. Sin embargo, el Relator Especial preferiría que se tratara más detalladamente en el comentario el conjunto de normas y principios reconocidos internacionalmente sobre la valoración de los daños. Entre otras cosas, será posible hacer esto con la flexibilidad necesaria.

4. Satisfacción

a) *Actual artículo 45*

167. El artículo 45 dispone:

> ***Satisfacción***
>
> 1. El Estado lesionado podrá obtener del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito una satisfacción por el daño, en particular el daño moral, causado por ese hecho, si ello es necesario para que la reparación sea íntegra y en la medida en que sea necesario.
>
> 2. La satisfacción podrá darse en una o varias de las siguientes formas:
>
> *a*) disculpas;
>
> *b*) daños y perjuicios simbólicos;
>
> *c*) en caso de vulneración manifiesta de los derechos del Estado lesionado, indemnización de daños y perjuicios correspondiente a la gravedad de esa vulneración;
>
> *d*) en caso de que el hecho internacionalmente ilícito sea consecuencia de falta grave de funcionarios públicos o de comportamiento delictivo, medidas disciplinarias contra los responsables o castigo de éstos.
>
> 3. El derecho del Estado lesionado a obtener satisfacción no justifica demandas que menoscaben la dignidad del Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito.

168. Según el comentario, la satisfacción tiene por objeto cubrir «sólo el daño no material sufrido por el Estado», denominado también «daño moral»[338]. Antiguamente algunos tratadistas se habían referido a esta cuestión en términos de «honor» o «dignidad»; esos términos

---

[332] Véanse los párrafos 38 a 42 *supra*.

[333] Véase la nota 78 *supra*. Cabe observar resultados análogos con los anteriores tribunales mixtos.

[334] Véanse los párrafos 195 a 214 *infra*.

[335] La medida en que un Estado puede reclamar en nombre de personas o empresas lesionadas por el hecho internacionalmente ilícito de un Estado se tratará con más detalle en el tema de la protección diplomática.

[336] Véanse los párrafos 149 y 152 *supra*.

[337] Véanse los párrafos 195 a 214 *infra*.

[338] *Anuario… 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 83, párr. 4 del comentario al artículo 10 (actual art. 45).

tienen ahora un sentido más bien arcaico, aun cuando la palabra «dignidad» sigue figurando en el párrafo 3 del artículo 45. El párrafo 1, en cuanto se refiere a la «satisfacción por el daño, en particular el daño moral, causado por ese hecho», designa «cualquier daño no material sufrido por un Estado como resultado de un hecho internacionalmente ilícito». Éste es el contenido de la satisfacción[339].

169. El comentario señala que la satisfacción es un recurso «bastante excepcional», del que no se dispone en todo caso. Esto se refleja en la oración «si ello es necesario para que la reparación sea íntegra y en la medida en que sea necesario»[340]. El párrafo 2 contiene una lista de medidas que constituyen satisfacción. Así, las disculpas, que abarcan «las manifestaciones de pesar, las excusas, el saludo a la bandera, etc. […] ocupan un lugar destacado en la jurisprudencia internacional»; aun cuando algunas de esas formas (como el saludo a la bandera) «parecen haber desaparecido en la práctica reciente», los pedidos de que se presenten disculpas han aumentado tanto en su frecuencia como en su importancia[341]. Otra forma que el párrafo 2 no menciona es «el reconocimiento por un tribunal internacional de la ilegalidad de la conducta del Estado ofensor»[342].

170. La indemnización por los daños «proporcionada a la gravedad de la violación» es «de carácter excepcional […] y se concede a la parte lesionada, además de la compensación por la pérdida sufrida, cuando el hecho ilícito va acompañado de las circunstancias agravantes de violencia, opresión, dolo, fraude o malicia por parte del ofensor»[343]. Así, en el caso *Rainbow Warrior*, el Secretario General de las Naciones Unidas decidió que Francia debía pedir disculpas oficiales por esa violación y pagar a Nueva Zelandia la suma de 7 millones de dólares de los EE.UU.; esta suma era muy superior al valor de la pérdida material sufrida y su imposición se hizo claramente a título de satisfacción[344]. Nada en el comentario sugiere que este modo de satisfacción se limite a los «crímenes internacionales» definidos en el antiguo artículo 19. Aun en relación con los «delitos», la satisfacción cumple una función que, independientemente de que sea o no «retributiva» refleja la gravedad del asunto y del daño causado, y en este sentido constituye un aspecto de la reparación integral[345].

171. El castigo de los funcionarios responsables es frecuentemente exigido y concedido pero «una amplia aplicación de esta forma de satisfacción podría dar lugar a una injerencia indebida en los asuntos internos de los Estados. Por eso [la Comisión] ha limitado el campo de aplicación del apartado *d* al comportamiento delictivo de funcionarios públicos o de particulares y a la falta grave de funcionarios públicos»[346].

172. En términos más generales, y a la luz de abusos observados en el pasado, es necesario imponer alguna limitación a las medidas que pueden exigirse a título de satisfacción y que son incompatibles con el principio de la igualdad de los Estados[347]. De esto trata el párrafo 3[348].

173. Ninguno de los gobiernos que han formulado observaciones sobre el artículo 45 pone en duda que este artículo se justifique y sea necesario; todos comparten la opinión de que la satisfacción es una forma importante y reconocida de reparación en el derecho internacional[349]. No obstante, los tres párrafos que componen esta disposición han sido objeto de muchas observaciones tanto de fondo como de forma. En lo que respecta al párrafo 1, la principal preocupación guarda relación con el concepto de daño moral. El Japón observa que las palabras «en particular el daño moral» son muy poco claras y deberían suprimirse[350]. Por el contrario, tanto Alemania como los Estados Unidos están de acuerdo en que la reparación por el daño moral es una cuestión bien establecida en la práctica de los Estados. Pero ambos Estados consideran que «los daños morales equivalen a los daños del sufrimiento mental y la angustia y consisten en un pago monetario»; por consiguiente, la disposición sobre el daño moral debería, a su juicio, trasladarse al artículo 44[351].

174. En lo que respecta al párrafo 2 del artículo 45, la primera cuestión planteada por los gobiernos guarda relación con el concepto de «daños punitivos», a que hace alusión el apartado *c* del párrafo 2. Varios gobiernos argumentan que la función punitiva de la reparación no encuentra apoyo en la práctica de los Estados ni en la jurisprudencia internacional y proponen que se suprima la disposición que figura a este respecto en el artículo 45[352]. En cambio, la República Checa considera conveniente que la Comisión vuelva «a examinar el problema de la imposición de indemnizaciones punitivas en los casos de 'crimen'»[353]. Habida cuenta del carácter sui géneris de la responsabilidad internacional, la República Checa considera que el hecho de que la noción de indemnización punitiva no exista en algunos ordenamientos jurídicos nacionales no es un problema insoluble. Además del hecho de que se ha otorgado indemnización punitiva en

339 Ibíd., párr. 5.

340 Ibíd., págs. 83 y 84, párr. 6.

341 Ibíd., págs. 85 y 86, párr. 9.

342 Ibíd., pág. 86, párr. 10.

343 Ibíd., párr. 12.

344 Ibíd., párr. 13.

345 Ibíd., págs. 87 y 88, párrs. 21 a 24.

346 Ibíd., pág. 87, párr. 15.

347 El comentario no proporciona ningún ejemplo de esos abusos, pero en su segundo informe el Sr. Arangio-Ruiz señala los dos siguientes: la nota conjunta presentada al Gobierno chino en 1900 tras la rebelión de los bóxers, y la exigencia hecha a Grecia por la Conferencia de Embajadores en el asunto Tellini, de 1923 (*Anuario… 1989* (véase la nota 21 *supra*), págs. 38 y 39, párr. 124). En ambos ejemplos se trataba de exigencias colectivas.

348 *Anuario… 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 88, párr. 25 del comentario al artículo 10 [actual art. 45].

349 Mongolia considera «sumamente importantes» las disposiciones del artículo 45 (véase la nota 35 *supra*).

350 Véase la nota 43 *supra* (véase también A/CN.4/504 (nota 3 *supra*), pág. 20, párr. 72, en que se sugiere que el término «daño moral» debe definirse).

351 *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3. Alemania establece una distinción entre el daño moral sufrido por los nacionales del Estado y el daño sufrido directamente por los Estados: aunque «menos evidente», esta última situación podría justificar ante también «la indemnización pecuniaria como forma de satisfacción por un ataque a la dignidad del Estado» (ibíd.).

352 Ibíd., Alemania, Austria (que pide a la Comisión que estudie más a fondo esta cuestión habida cuenta de que este concepto existe en algunos ordenamientos jurídicos nacionales, los Estados Unidos y Suiza (que sugiere que se suprima el apartado *c* del párrafo 2 por otra razón, esto es, porque trata de la cuestión de la indemnización, abarcada ya por el artículo 44), así como el Japón (véase la nota 43 *supra*).

353 *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3.

algunos asuntos de carácter internacional, «por lo general no resulta fácil distinguir entre una indemnización punitiva propiamente dicha, es decir, una indemnización que excede la mera reparación, y una indemnización 'generosa' destinada a compensar un perjuicio moral tasado a un precio elevado»[354]. Además, «la introducción del concepto de indemnización punitiva en el proyecto de artículos permitiría dotar al régimen de responsabilidades derivadas de los 'crímenes' de una función disuasoria sumamente útil»[355].

175. Los Estados han formulado también observaciones sobre otras disposiciones del párrafo 2 del artículo 45. Por ejemplo, se ha sugerido que las nuevas formas de «reparación constructiva» reconocidas en el caso *Rainbow Warrior* podrían incluirse en ese párrafo[356]. Francia propone algunas otras modificaciones. En su opinión, se podría agregar un apartado «que hiciera referencia al reconocimiento de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito por un tribunal»; ese texto podría ser el siguiente:

> La constatación del carácter ilícito del hecho por un órgano internacional competente e independiente de las partes[357].

Francia propone también que en el apartado *a*, antes de la palabra «disculpas» se añada la frase «manifestaciones de arrepentimiento y»[358] y que las palabras «medidas disciplinarias contra los responsables », que figuran en el apartado *d*, deberían sustituirse por las palabras «medidas disciplinarias o penales contra los responsables». En lo que respecta al último apartado, las opiniones están más bien divididas; si bien se ha observado que esa disposición «se refería a una preocupación interna sobre medidas disciplinarias contra funcionarios, que no debía estar comprendida en el proyecto de artículos»[359], Austria opina que esa disposición debería reflejar mejor la práctica reciente de los Estados y, en particular, el número cada vez mayor de «instrumentos multilaterales en que se hace hincapié en la obligación de los Estados de enjuiciar o extraditar a los autores de los hechos ilícitos definidos en esos instrumentos»[360].

176. Por último, los Estados Unidos proponen que se suprima el párrafo 3 en razón de que «no se define el término 'dignidad' (que puede ser muy difícil de definir como principio jurídico) y, en consecuencia, los Estados que traten de eludir cualquier tipo de satisfacción podrían abusar de esa disposición»[361].

177. Por consiguiente, el artículo 45 parece plantear tres cuestiones, que corresponden a sus tres párrafos: en primer término, el carácter general de la satisfacción y su relación con el «daño moral»; en segundo término, el carácter exhaustivo o no de las formas de satisfacción enumeradas en el párrafo 2, así como ciertos problemas relativos al contenido de la lista y, en tercer término, la cuestión de si el párrafo 3 es necesario y cuál debe ser su formulación.

b) *El carácter de la satisfacción como forma de reparación*

178. No cabe duda de que la satisfacción por un daño no material ocasionado por un Estado a otro está reconocida en el derecho internacional. Por ejemplo, el laudo dictado en el casi *Rainbow Warrior* subrayó esta cuestión:

> Es una práctica de larga data de los Estados y las cortes y tribunales internacionales recurrir a la satisfacción como un remedio o forma de reparación (en un sentido amplio) por la violación de una obligación internacional. En particular, esta práctica guarda relación con los casos de daño moral o jurídico ocasionado directamente al Estado, especialmente en oposición a los casos de daño a las personas en los que ha lugar a responsabilidades internacionales. El profesor Arangio-Ruiz ha hecho un importante y amplio examen de esta cuestión en su segundo informe (1989). […] Muestra que existe un amplio fundamento tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y la práctica de los Estados para considerar la satisfacción como «el remedio específico del daño causado a la dignidad, el honor o el prestigio del Estado» (párr. 106).
>
> En este sentido, la satisfacción puede revestir —y ha revestido— diversas formas. Arangio-Ruiz menciona las disculpas, el castigo de las personas responsables, las garantías contra la repetición, el pago de una indemnización simbólica o nominal o de una indemnización en un sentido más amplio y la decisión de un tribunal internacional que declare ilícita la conducta del Estado. […]
>
> Es a la última de estas formas de satisfacción por un ilícito internacional a la que el Tribunal va a referirse. Las partes en el presente caso están de acuerdo en que, en principio, podría hacerse una declaración de que ha habido violación, aun cuando Francia haya negado haber violado sus obligaciones y Nueva Zelandia haya pedido tanto esa declaración como una orden de reposición. No cabe duda de que esta facultad existe y de que se considera como una sanción importante[362].

179. Según el comentario al artículo 45, la satisfacción «no se define sólo por el tipo de daño para el que funciona como un remedio jurídico específico, sino también por las formas características que reviste»[363]. Esto es ciertamente verdad, pero sigue habiendo un problema en la medida en que el párrafo 1 no define la satisfacción: utiliza la palabra «satisfacción» y después hace referencia en general a «el daño, en particular el daño moral» sufrido por el Estado lesionado. Esto plantea varios problemas.

180. El primero se refiere al término «daño moral», que algunos Estados consideran más bien incluido en el ámbito de la indemnización, especialmente cuando los afectados son personas[364]. En el esquema original del Sr. Arangio-Ruiz, el daño moral sufrido por las personas quedaba cubierto por el proyecto de artículo 8, en tanto que el daño moral sufrido por el Estado quedaba cubierto por el artículo 10 sobre la satisfacción y las garantías de no repetición[365]. Pese a que no fue rechazada por la Comisión, está distinción fue omitida al aprobarse los artículos.

---

[354] Ibíd. La República Checa duda de que en el derecho internacional contemporáneo los asuntos *Cartaghe* (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales (*1913), vol. XI (n.º de venta: 61.V.4), pág. 449) y *Lusitania* (véase la nota 16 *supra*) sean pertinentes; véase también A/CN.4/504 (nota 3 *supra*), pág. 20, párr. 72.

[355] Véase la nota 35 *supra*.

[356] Véase *supra* la nota 354 *in fine*.

[357] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3.

[358] Uzbekistán propone un añadido semejante, así como la inclusión de la oración «honores especiales para el Estado lesionado» (ibíd.).

[359] Véase *supra* la nota 354 *in fine*.

[360] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3

[361] Ibíd. Véase *supra* la nota 354 *in fine*.

[362] Véase la nota 17 *supra*.

[363] *Anuario… 1993*, vol. II (segunda parte), págs. 85 y 86, párr. 9 del comentario al artículo 10 (actual art. 45).

[364] Véase el párrafo 173 *supra*.

[365] Véase en particular su segundo informe, art. 8, párr. 2, que se refería a «cualquier daño económicamente valorable […] incluido

181. En lo que concierne a las personas, se entiende generalmente que el término «daño moral» (que no todos los ordenamientos jurídicos conocen) abarca el daño no material, como el dolor y el sufrimiento, la pérdida de los seres queridos, o la injerencia en la vida privada y la violación del domicilio. Se trata de formas claras de perjuicio a las personas (si el ordenamiento jurídico de que se trata reconoce la ilicitud del hecho que las ha causado) que pueden ser indemnizadas en términos pecuniarios, aun cuando su evaluación será siempre una cuestión convencional y muy aproximativa. En cambio, el concepto de «daño moral» referido a los Estados es menos claro. Existen, sin duda, casos de perjuicio *per se* a los Estados sin que haya un perjuicio material efectivo, por ejemplo, una breve violación de su integridad territorial por una aeronave o un buque perteneciente a otro Estado. Pero, lo que esencialmente se entiende por «daño moral», en cuanto se refiere a los Estados, es en realidad lo que podría calificarse de lesión jurídica no material, la lesión inherente a la violación de una obligación, independientemente de sus consecuencias materiales para el Estado de que se trate. A fin de evitar toda confusión con el término daño moral a las personas, se sugiere suprimir del artículo 45 la expresión «daño moral» y utilizar en cambio la de «perjuicio no material» («*préjudice immatériel*»)[366]. En este entendimiento, una definición más detallada de la satisfacción no parecería necesaria.

c) *Formas específicas de satisfacción*

182. En lo que respecta a las formas específicas de satisfacción enunciadas en el párrafo 2 del artículo 45, la primera observación que cabe es la de que el comentario se contradice sobre la cuestión de si la lista de las formas de satisfacción es o no exhaustiva. Según el párrafo 9 del comentario, la lista no es exhaustiva pero, según el párrafo 16, «[l]a frase inicial del párrafo 2 le da un carácter exhaustivo a la enumeración de las formas de satisfacción, que pueden combinarse»[367]. Esta afirmación tiene consecuencias dado que la forma más importante de satisfacción en la práctica judicial moderna, la declaración, se ha omitido de la lista. En realidad, el texto inicial del artículo 45, párr. 2, utiliza la palabra «podrá», que parece entrañar una lista no exhaustiva. En opinión del Relator Especial, esta lista no debería ciertamente ser exhaustiva. La forma apropiada de satisfacción dependerá de las circunstancias y no se puede prever de antemano[368].

i) *Declaraciones*

183. Si la lista del párrafo 2 del artículo 45 fuera exhaustiva, es evidente que tendría que hacer referencia a una declaración por una corte o un tribunal. En efecto, esta referencia se hacía en la versión del artículo 45 propuesto inicialmente por el Sr. Arangio-Ruiz[369] y Francia hace ahora una propuesta semejante[370]. Ambas propuestas se basan en un pasaje clásico del fallo de la CIJ en el caso *Détroit de Corfou*, en que la Corte, tras declarar ilícita la operación de desminado (Operación Retail) efectuada por la Marina Británica tras la explosión, dijo lo siguiente:

> [P]ara asegurar la observancia del derecho internacional, del cual es un órgano, la Corte debe declarar que los actos de la Marina Británica han violado la soberanía de Albania.
>
> Esta declaración se formula de conformidad con la demanda hecha en nombre de Albania por su consejero y constituye de por sí una satisfacción apropiada[371].

184. Esta posición ha sido mantenida en muchos casos posteriores, incluido el arbitraje del caso *Rainbow Warrior*[372] hasta el punto de que puede decirse que la declaración reparativa ha pasado a ser la forma normal de satisfacción y, ciertamente, la primera en el caso del daño no material sufrido por un Estado[373]. Al afirmar que es la primera, el Relator Especial no quiere decir que es fundamental o que excluye modalidades más estrictas de satisfacción en el caso de que éstas se justifiquen. Sin embargo, la declaración reparativa es la primera desde dos puntos de vista: *a*) porque en ciertos casos puede constituir una forma suficiente de satisfacción (como en el ejemplo de la Operación Retail en el caso *Détroit de Corfou*); *b*) porque, aun cuando no sea suficiente, es la base necesaria para otras formas de satisfacción que puedan requerirse en determinados casos. La posibilidad del recurso general a la declaración reparativa como forma de satisfacción, unida, en su caso, a disculpas o excusas, debería reconocerse en el proyecto de artículos, que podría establecer una distinción útil entre esa y otras formas más específicas de reparación que se enumeran actualmente en el párrafo 2 del artículo 45.

185. Sin embargo, esto plantea una dificultad, la de que el proyecto de artículos está referido a las relaciones jurídicas de los Estados, en particular del Estado responsable, y no a las potestades o competencias de los tribunales. En cierto modo, un Estado no puede hacer u ofrecer hacer

---

cualquier daño moral sufrido por los nacionales de ese Estado» (*Anuario… 1989* (nota 21 *supra*), pág. 57, párr. 191).

366 Se recomienda el uso de esta expresión en el sentido dado por Dominicé, «De la réparation constructive du préjudice immateriel souffert par un État», *L'ordre juridique international entre tradition et innovation: recueil d'études*, pág. 354.

367 *Anuario… 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 87, párr. 16 del comentario al artículo 10 [actual art. 45]. Al presentar el artículo 45, el Presidente del Comité de Redacción expresó también la opinión de que el párrafo 2 contenía «una lista exhaustiva de las formas de satisfacción» (*Anuario… 1992*, vol. I, 2288.ª sesión, pág. 234, párr. 57).

368 En el arbitraje del *Rainbow Warrior* el Tribunal, aunque rechazó la demanda de Nueva Zelandia de restitución o cesación y no otorgó indemnización, hizo varias declaraciones a título de satisfacción y formuló también una recomendación «para ayudar a [las partes] a poner término a este lamentable asunto». En particular, recomendó que Francia hiciera una contribución por un valor de 2 millones de dólares de los Estados Unidos a un fondo que habría de establecerse con el fin de «promover relaciones estrechas de amistad entre los ciudadanos de ambos países» (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (nota 17 *supra*), pág. 274, párrs. 126 y 127). Además, desde luego, de que era una decisión *ultra petita*, necesariamente debía tomar la forma de una recomendación, puesto que sólo podría aplicarse por un acuerdo. Véase también Migliorino, «Sur la déclaration d'illiceité comme forme de satisfaction: à propos de la sentence arbitrale de 30 avril 1990 dans l'affaire du *Rainbow Warrior*».

369 La propuesta original contenía el siguiente párrafo:

> «3. La declaración de la ilicitud del hecho por un tribunal internacional competente podrá constituir de por sí una modalidad de satisfacción apropiada.»

(*Anuario… 1989* (nota 21 *supra*), pág. 58, párr. 191).

370 Véase el párrafo 175 *supra*.

371 *C.I.J. Recueil 1949* (véase la nota 17 *supra*), párr. 35, que se repite en la parte dispositiva (pág. 36). Éste es el único punto en que hubo unanimidad en la Corte.

372 Véase el párrafo 178 *supra*.

373 En lo que respecta al carácter fundamental de la declaración reparativa por un perjuicio no material, véase, por ejemplo, Gray, *op. cit.*, págs. 17 y 18 (tribunales arbitrales), 96 a 107 (CPJI y CIJ), 127 a 131 (Tribunal de Justicia Europeo), 155 y 156 (tribunales de derechos humanos).

una declaración con respecto a sí mismo; esto sólo puede ser hecho por un tercero competente. La afirmación hecha por el Estado lesionado de que se ha violado una obligación internacional constituye una reclamación; hecha por el Estado responsable, es un reconocimiento. El proyecto de artículos debería especificar lo que el Estado responsable debería hacer tras un hecho internacionalmente ilícito (esto es, sus obligaciones secundarias); de no hacerlo, un tribunal competente estaría entonces facultado para ordenarlo por vía de reparación. Por consiguiente, el artículo 45 debería, en primer término, establecer como una forma de satisfacción el reconocimiento de la violación y, cuando corresponda, las disculpas o excusas.

ii) *Daños y perjuicios simbólicos, ejemplares y punitivos*

186. En lo que respecta a lo que podría calificarse de «segundo nivel» de las formas de satisfacción, por las razones antes señaladas su enumeración no debería ser exhaustiva. Existen muchas otras posibilidades, en especial, por ejemplo, una investigación cabal de las causas del accidente que ha causado daños o perjuicios, o un fondo fiduciario para administrar el pago de indemnizaciones a los beneficiarios. Pero las dos categorías que se mencionan en el artículo 45, los daños y perjuicios y las medidas disciplinarias o la acción penal, merecen un comentario.

187. Desde luego, normalmente la indemnización es pagadera por concepto del perjuicio o el daño sufridos y queda comprendida en el artículo 44. El párrafo 2 del artículo 45 menciona ahora dos otros tipos de indemnización, esto es, la indemnización simbólica y la «correspondiente a la gravedad» de la vulneración. Los problemas que se plantean en cada caso son muy diferentes.

188. La indemnización simbólica por daños se otorga en algunos ordenamientos a fin de indicar la existencia de una violación de la que no se ha podido probar que haya ocasionado algún perjuicio a la parte lesionada. No obstante, ha habido violación y la indemnización simbólica muestra precisamente eso, que se trata de un gesto simbólico y no de una indemnización. En los ordenamientos jurídicos que prevén la condena al pago de las costas tras el fallo, la indemnización por daños simbólicos puede dar lugar a ese pago, pero en la práctica internacional arbitral y judicial esto no sucede, porque casi siempre cada parte soporta las costas y, en todo caso, ello no depende de que se haya otorgado una indemnización equivalente a 1 dólar de los Estados Unidos (1,0734 euros). Cabe señalar también que en ciertos casos el otorgamiento de una indemnización simbólica se ha considerado como un elemento *negativo* contra el demandante, que muestra que la demanda no tenía fundamentos y era de carácter meramente técnico[374]. Aunque en ciertas ocasiones tribunales internacionales han otorgado una indemnización simbólica por daños, ésta es rara en la práctica reciente[375]. El Relator Especial tiene dudas sobre la utilidad de la indemnización simbólica por daños y perjuicios como una forma de satisfacción en el derecho internacional contemporáneo; en particular, no está claro qué finalidad podría cumplir que no se alcance mediante una declaración reparativa apropiada. En el supuesto de que el párrafo adicional propuesto fuera de carácter inclusivo, el Relator Especial abriga dudas de que sea necesario mencionar expresamente la indemnización nominal por daños y perjuicios.

189. El otorgamiento de indemnización sustancial por daños y perjuicios a título de satisfacción, aun a falta de prueba de los daños materiales, es una cuestión totalmente diferente y es fácil imaginar circunstancias en que ello pueda ser procedente[376]. Por «indemnización por daños y perjuicios sustanciales» se entiende la indemnización que no sea meramente simbólica, aun cuando no sea muy importante. El apartado *c* del párrafo 2 del artículo 45 establece que «en caso de vulneración manifiesta de los derechos del Estado lesionado, [la] indemnización de daños y perjuicios correspondiente a la gravedad de esa vulneración». Al parecer, esta disposición no prevé sino el pago de una suma simbólica a título de satisfacción en los casos que no entrañen una vulneración manifiesta; dicho de otro modo, a título de satisfacción se puede otorgar una suma insignificante, o una suma muy cuantiosa, pero no una suma intermedia. Que esta limitación sea apropiada dependerá, al menos en parte, de que el apartado *c* del párrafo 2 trate efectivamente de la indemnización punitiva propiamente tal, o de que su objeto sea lo que los ordenamientos jurídicos nacionales consideran como indemnización «agravada» o «ejemplar».

190. El segundo informe del Sr. Arangio-Ruiz era claro al respecto. El artículo 10 que había propuesto hacía referencia a la «indemnización punitiva o nominal», aun cuando el informe en sí hace más bien referencia a la «indemnización retributiva»[377]. En opinión del Relator

---

[374] Véase Walker, *The Oxford Companion to Law*, pág. 883. Indemnizaciones de 500 dólares por 24 horas de detención o de 100 dólares por la breve inmovilización de un buque, no constituyen indemnización simbólica en este sentido, especialmente si se tiene en cuenta el valor de la moneda a esa época. Véanse, respectivamente, el caso *Moke*, decisión de 16 de agosto de 1871 (Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, pág. 3411; y el caso *Arends* (1903) (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (n.º de venta: 1960.V.4), págs. 729 y 730), según cita el Sr. Arangio-Ruiz, *Anuario… 1989* (nota 21 *supra*), pág. 36, párr. 115.

[375] Véase Gray, *op. cit.*, págs. 28 y 29 y referencias. No parece haber habido ningún caso de indemnización simbólica por daños otorgada por un tribunal internacional en casos entre Estados desde que el Tribunal otorgó a Francia 1 franco francés de indemnización en el asunto *Phares* (*Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman* (1956), Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (n.º de venta: 63.V.3), pág. 216). Han otorgado indemnización simbólica por daños un tribunal del CIADI en el asunto *AGIP Spa* v. *Government of the People's Republic of the Congo* (1979), *ICSID Reports*, Cambridge, Grotius, 1993, pág. 329 (véase también *Revue critique de droit international privé*, n.º 1, enero-marzo de 1982, t. 71, pág. 92) (3 francos franceses por el lucro cesante, lo que parece una contradicción en los términos), y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Engel et autres*, sentencia de 23 de noviembre de 1976, *série A n.º 22*, pág. 69 (indemnización nominal de 100 florines). En ambos casos se otorgaron indemnizaciones sustanciales por otros conceptos. En otros casos los tribunales han considerado que el otorgamiento de sumas simbólicas nada podría añadir a la declaración sobre la existencia de una violación (casos *Carthage*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (nota 354 *supra*), págs. 460 y 461 y *Manoube* (1913), ibíd., pág. 475.

[376] Ese tipo de indemnización se otorgó al Canadá en el caso *I'm Alone* (1935), Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (n.º de venta: 1949.V.2), pág. 1609, y a Nueva Zelandia en la decisión del Secretario General en el caso *Rainbow Warrior* (1986) (ibíd., vol. XX, pág. 224).

[377] *Anuario… 1989* (véase la nota 21 *supra*), pág. 58, párr. 191, y también págs. 41 a 43, párrs. 136 a 144.

Especial, si se desea que haya una indemnización punitiva propiamente tal, ésta debería llamarse así y sólo debería ser procedente, todo lo más, en raros casos de violaciones manifiestas y graves. La redacción del apartado *c* quizás sea equívoca a este respecto, pero la intención es clara. Según el Presidente del Comité de Redacción, este apartado se proponía tratar sobre:

> lo que el *common law* denomina *«exemplary damages»* (indemnización de daños y perjuicios de carácter ejemplar o punitivo). Se trata de un grado superior de indemnización de daños y perjuicios otorgada a la parte lesionada además del equivalente de la pérdida real cuando al perjuicio que se le ha causado se suman circunstancias agravantes: violencia, opresión, malicia, fraude, actos malintencionados de la parte culpable. Este tipo de reparación tiene como finalidad «servir de escarmiento». El Comité de Redacción no ha conservado la expresión «*exemplary damages*» porque no parece tener equivalente en otros idiomas, pero ha decidido utilizar el contenido del concepto que ella designa. […] La fórmula «en caso de vulneración manifiesta» tiende a expresar esa idea, colocando alto el nivel por encima del cual ese tipo de satisfacción resulta posible[378].

De manera implícita pero clara el Comité (cuyo criterio la Comisión hizo suyo) rechazó el concepto de indemnización punitiva a los fines del artículo 45[379]. A este respecto, el Relator Especial está plenamente de acuerdo con la posición adoptada en 1992. No existe ninguna base y muy poca justificación para el otorgamiento de indemnizaciones punitivas propiamente tales en el ámbito de la responsabilidad de los Estados a falta de un régimen especial que lo permita[380]. El que se pueda o deba establecer ese régimen es una cuestión que deberá abordarse al examinar los artículos 19 y 51 a 53.

191. Por consiguiente, de lo que se trata es de saber si la indemnización debe pagarse a título de satisfacción por el daño no pecuniario a los Estados en casos que no entrañen una «vulneración manifiesta». En el pasado ha habido ciertamente casos de indemnización otorgada judicialmente y de arreglos negociados en que se han pagado sumas modestas pero no simbólicas por los perjuicios no pecuniarios, y el Relator Especial considera que no hay ninguna razón para excluir *a priori* esos casos. Por consiguiente, propone que se suprima la expresión «en caso de vulneración manifiesta», que figura en el actual apartado *c*.

iii) *Medidas disciplinarias o de otra índole contra personas*

192. Las medidas disciplinarias o penales son otras formas de satisfacción que se mencionan en el párrafo 2 del artículo 45 y que pueden ser pertinentes en algunos casos especiales. Aunque al aprobar este párrafo el Comité de Redacción opinó que esos casos serían «raros»[381], en la práctica se han producido. Sin embargo, no siempre es claro si el enjuiciamiento penal tiene el carácter de satisfacción o si es un aspecto del cumplimiento de una obligación primaria. La inclusión de esta categoría en los casos graves está en armonía con el concepto de satisfacción, pero el Relator Especial está de acuerdo con la sugerencia hecha por Francia de que la expresión «medidas disciplinarias o penales» es preferible a la expresión «medidas disciplinarias […] o castigo»[382]. En razón de la separación de poderes, el poder ejecutivo de un Estado sólo puede en realidad asumir el compromiso de someter el asunto al conocimiento de sus órganos de enjuiciamiento a los fines de la investigación y el enjuiciamiento; desde luego que no puede garantizar el castigo de personas que todavía no han sido condenadas por ningún delito.

d) *Limitaciones de la satisfacción: artículo 45, párrafo 3*

193. Un gobierno propuso que se suprimiera el párrafo 3[383], entre otras cosas, porque el concepto de «dignidad» es demasiado vago como fundamento de una restricción jurídica. Esta objeción es en cierto modo correcta desde el punto de vista terminológico pero, como en el pasado se han hecho muchas demandas abusivas bajo el pretexto de la satisfacción[384], parece justificarse una cierta limitación. Se propone que las demandas hechas a título de satisfacción se limiten a las medidas «proporcionadas al daño de que se trate», y que, además, esas demandas no revistan una forma humillante para el Estado afectado.

e) *Conclusión sobre el artículo 45*

194. Por estas razones, el Relator Especial propone la siguiente versión del artículo 45:

«Satisfacción

1. El Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito estará obligado a ofrecer una satisfacción por todo perjuicio no material ocasionado por ese hecho.

2. En primer término, deberá darse satisfacción en la forma de un reconocimiento de la violación, acompañado, en su caso, de una manifestación de pesar o disculpas oficiales.

3. Además, cuando las circunstancias lo requieran, podrá darse satisfacción en cualquier otra forma apropiada que asegure una reparación íntegra, en particular, entre otras:

[*a*) Indemnización simbólica por daños y perjuicios;]

b) Indemnización por daños y perjuicios correspondiente a la gravedad del perjuicio;

c) Cuando la violación sea consecuencia de una falta grave cometida por funcionarios públicos o del comportamiento criminal de cualesquiera personas, medidas disciplinarias o penales contra los responsables.

4. La satisfacción deberá ser proporcionada al perjuicio ocasionado y su forma no deberá ser humillante para el Estado responsable.»

---

[378] *Anuario… 1992*, vol. I, 2288.ª sesión, pág. 234, párr. 57.

[379] La posibilidad de que haya indemnización punitiva no es tampoco una de las consecuencias especiales de los «crímenes internacionales» en el capítulo VI de la segunda parte, como lo ha subrayado el Relator Especial en su primer informe (*Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7, párr. 51).

[380] Véanse los casos mencionados en el primer informe (ibíd., párr. 57). Véanse también Wittich, «Awe of the gods and fear of the priests: punitive damages in the law of State responsibility», y Jørgensen, «A reappraisal of punitive damages in international law».

[381] *Anuario… 1992*, vol. I, 2288.ª sesión, pág. 235, párr. 59.

[382] Véase la nota 35 *supra*.

[383] Véase el párrafo 176 *supra*.

[384] Véase, por ejemplo, el párrafo 172 *supra.* Estas demandas abusivas empleaban precisamente el término poco satisfactorio y subjetivo de la «dignidad» del Estado lesionado.

5. Intereses

a) *La cuestión de los intereses en el proyecto de artículos*

195. El párrafo 2 del artículo 44 trata fugazmente de los intereses. Sólo dice que «la indemnización […] podrá incluir los intereses […]». El comentario al párrafo 2 del artículo 44 es algo más explícito y refleja el tratamiento, más sustancial, que dio a la cuestión el Sr. Arangio-Ruiz en su segundo informe[385]. En él, apoyaba la existencia de una norma general de derecho a los intereses, que abarcaba el período comprendido entre el nacimiento de la reclamación y el pago efectivo, y no se limitaba a las reclamaciones de una suma de dinero. Además, en su opinión, «se deben otorgar intereses compuestos siempre que se demuestre que son indispensables para lograr el resarcimiento completo del daño sufrido por el Estado perjudicado»[386]. En cambio, el artículo 9 que proponía sobre los intereses no contenía una norma general de derecho a intereses simples (en oposición a los compuestos), y se limitaba a especificar el período que abarcaban los intereses devengados «por la ganancia dejada de obtener […] de una cantidad de dinero»[387]. Ello suponía que el pago de intereses se limitaba a las sumas de dinero y quizá incluso a las reclamaciones de lucro cesante (aunque podía tratarse sólo de un problema de expresión). Sin embargo, si el principio fundamental es que un Estado lesionado tiene derecho a intereses en la medida necesaria para lograr el pleno resarcimiento, no se comprende cómo pueden justificarse *a priori* esas limitaciones.

196. En el debate en primera lectura se señaló la discrepancia entre los argumentos a favor de los intereses presentados en el informe y el propuesto artículo 9, y se expresó también preocupación en cuanto a la admisibilidad de un tratamiento detallado de esas cuestiones[388]. El Comité de Redacción suprimió el artículo porque «sería sumamente difícil elaborar, sobre tales cuestiones, normas precisas que pudieran obtener un amplio apoyo». En su opinión, era suficiente «establecer un principio general y enunciarlo de manera bastante flexible, dejando al arbitrio del juez o del tercero participante en la solución del litigio la determinación en cada caso de si deben pagarse intereses»[389].

197. El párrafo 2 del artículo 44 está redactado, sin duda, en términos «bastante flexibles»; la dificultad es que no enuncia «principio general» de ninguna clase, sino que se refiere simplemente a una posibilidad. Según el comentario, su redacción tenía por objeto dejar en claro «que no hay derecho automático al pago de los intereses y tampoco presunción alguna en favor del Estado lesionado»[390], aunque señala que la práctica de los Estados «parece apoyar el otorgamiento de intereses además del importe principal de la indemnización»[391]. Evidentemente, el Comité de Redacción trató de hacer una distinción, mediante la redacción del párrafo 2, entre el otorgamiento de intereses y el resarcimiento del lucro cesante. Como este último sólo es posible «cuando proceda», parece que los intereses deberían atribuirse de forma más general[392]. Sin embargo, esa conclusión no es segura ni convincente; todo lo que el artículo dice es que la indemnización «podrá» incluir los intereses. Sin embargo, el comentario es más firme al decir que «la determinación del *dies a quo* y del *dies ad quem* en el cálculo de los intereses, la elección del tipo de interés y la asignación de interés compuesto son cuestiones que se han de resolver caso por caso»[393].

198. Como se señala en el párrafo 152 *supra*, algunos gobiernos apoyaron ese tratamiento algo reticente de la cuestión de los intereses en el párrafo 2 del artículo 44; otros fueron mucho más críticos, señalando que el artículo tendía a desestabilizar el principio de que debían concederse intereses cuando fueran necesarios para indemnizar a una parte lesionada por perjuicios derivados de un hecho internacionalmente ilícito. En este contexto, hay que señalar que ni el Relator Especial ni ningún miembro de la Comisión puso en duda ese principio en primera lectura; de hecho, casi todos los que hablaron al respecto lo apoyaron expresamente.

b) *Función de los intereses en relación con el resarcimiento*[394]

199. Teniendo en cuenta los comentarios hechos por los gobiernos y otras críticas al proyecto de artículos, se plantean dos cuestiones. La primera es la verdadera función de la concesión de intereses como aspecto de la

---

[385] *Anuario… 1989*, vol. II (primera parte), págs. 23 a 31, documento A/CN.4/425 y Add.1, párrs. 77 a 105.

[386] Ibíd., pág. 31, párr. 105.

[387] Ibíd., pág. 58, párr. 191. El artículo propuesto decía:

«1. En el caso de que la indemnización debida por la ganancia dejada de obtener consista en los intereses de una cantidad de dinero, estos intereses se devengarán:

a) Desde el primer día en que no se hayan tenido en cuenta, a efectos de la indemnización, para el cálculo de la cantidad otorgada como principal;

b) Hasta el día del pago efectivo.

2. Se otorgarán intereses compuestos siempre que sean necesarios para una indemnización completa, y el tipo de interés será el más adecuado para conseguir ese resultado.»

[388] *Anuario… 1990*, vol. I, 2169.ª sesión, pág. 152, párrs. 10 y 11; pág. 155 y 156, párrs. 29 y 30; 2170.ª sesión, pág.158, párr. 10; 2171.ª sesión, pág. 161, párr. 10; pág. 164, párr. 31; págs. 169 y 170, párrs. 69 a 71; 2172.ª sesión, pág. 172, párr. 13; pág. 175, párr. 33; pág. 178, párr. 62; 2173.ª sesión, pág. 180, párr. 11; pág. 181, párr. 23; pág. 186, párr. 60; pág. 187, párr. 69; 2174.ª sesión, pág. 190, párr. 11; pág. 191, párr. 23; pág. 192, párr. 34; pág. 193, párr. 42; pág. 196, párr. 64; y 2175.ª sesión, pág. 202, párr. 36. A juzgar por el debate, la Comisión hubiera estado dispuesta a aceptar una propuesta centrada en la existencia de un derecho *general* a los intereses, en la medida necesaria para garantizar el resarcimiento completo, pero le preocupaba que el propuesto artículo 9 tratara «solamente de un problema secundario», sobre el cual había prácticas discrepantes (declaración del Sr. Tomuschat, ibíd., 2170.ª sesión, pág. 158, párr. 10); véase asimismo la declaración del Sr. Ogiso, ibíd., 2171.ª sesión, pág. 161, párr. 10 («normas demasiado detalladas sobre cuestiones como el tipo de interés o los intereses compuestos, respecto de las cuales el derecho internacional no es claro»).

[389] *Anuario… 1992*, vol. I, 2288.ª sesión, pág. 233, párr. 48.

[390] *Anuario… 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 79, párr. 24 del comentario al artículo 8 [actual art. 44].

[391] Ibíd., párr. 25.

[392] *Anuario… 1992*, vol. I, 2288.ª sesión, pág. 233, declaraciones del Sr. Yankov, Presidente del Comité de Redacción, párr. 49.

[393] *Anuario… 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 79, párr. 26 del comentario al artículo 8 [actual art. 44].

[394] Sobre los intereses en el derecho internacional general, véase, por ejemplo, Brownlie, *op. cit.*, págs. 227 a 229; Barker, *The Valuation of Income-Producing Property in International Law*, cap. 7 y bibliografía citada. Sobre la experiencia en el derecho internacional comparado y en el derecho internacional privado, véase, por ejemplo, Hunter y Triebel, «Awarding interest in international arbitration»; Gotanda, «Awarding interest in international arbitration» y *Supplemental Damages in Private International Law*, caps. 2 y 3.

reparación de un hecho internacionalmente ilícito. La segunda es si es conveniente incluir una disposición relativa a los intereses en el proyecto de artículos.

i) *¿Un principio general?*

200. En cuanto a la primera cuestión, el segundo informe del Sr. Arangio-Ruiz[395] contiene un estudio útil de los precedentes y la doctrina. La existencia de una norma, al menos general, favorable al otorgamiento de intereses cuando sean necesarios para lograr el resarcimiento completo es apoyada también por la jurisprudencia más reciente.

201. Hay que señalar que la primera (en realidad la única) ocasión en que la CPJI fijó realmente la indemnización debida por un hecho internacionalmente ilícito incluyó los intereses. En el caso *Vapeur Wimbledon*, la Corte concedió unos intereses simples del 6% a partir de la fecha de la sentencia, basándose al parecer en que sólo eran exigibles «a partir del momento en que se haya fijado la suma debida y se haya determinado la obligación de pagar»[396]. Aunque la indemnización se fijó en relación con los costos reales de la desviación del buque francés, se trataba de una reclamación de derecho público basada en la violación de un tratado[397]. En el caso *Détroit de Corfou*[398], otra reclamación entre Estados, la cuestión de los intereses no se planteó.

202. La cuestión se ha planteado con frecuencia ante otros tribunales, tanto en casos en que la controversia subyacente suponía un perjuicio para personas privadas como en el de reclamaciones entre Estados propiamente dichas[399]. A este respecto, merece señalarse la experiencia del Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán[400]. En *The Islamic Republic of Iran* v. *The United States of America* (caso A/19), el Tribunal en pleno estimó que su competencia general para conocer de las controversias incluía la facultad de otorgar intereses, pero rehusó establecer normas uniformes al respecto, basándose en que ello sería de la competencia de cada sala y correspondería al «ejercicio de las facultades discrecionales que se les dieran para decidir en cada caso particular»[401]. Sobre la cuestión de principio, el Tribunal dijo:

> Las demandas de intereses son parte de la indemnización solicitada y no constituyen una acción distinta que requiera una decisión judicial independiente. De conformidad con el artículo V de la Declaración sobre la solución de controversias, el presente Tribunal debe decidir las controversias «sobre la base del respeto al derecho». Al hacerlo, ha tratado normalmente los intereses, cuando se solicitaban como parte integrante de la «controversia» que estaba obligado a decidir. El Tribunal observa que todas las salas han otorgado regularmente intereses como «indemnización por los daños sufridos como consecuencia de la demora en el pago». […] De hecho, es habitual que los tribunales arbitrales concedan intereses como parte de una decisión sobre daños y perjuicios, a pesar de la ausencia de toda referencia expresa a los intereses en el *compromis*. Dado que la facultad de otorgar intereses es parte intrínseca de las facultades del Tribunal para resolver las controversias, la exclusión de esa facultad sólo podría basarse en una disposición expresa de la Declaración sobre la solución de controversias. Tal disposición no existe. En consecuencia, el Tribunal llega a la conclusión de que forma parte claramente de sus facultades otorgar intereses a título de indemnización del daño sufrido[402].

El Tribunal ha concedido intereses a una tasa distinta y ligeramente inferior en el caso de controversias intergubernamentales[403]. No los ha concedido en algunos casos, por ejemplo, cuando consideró que una suma global constituía una indemnización completa, o cuando se daban otras circunstancias especiales[404].

203. La Decisión 16 del Consejo de Administración de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas trata de la cuestión de los intereses. Dispone así:

> 1. Se abonarán intereses desde la fecha en que se produjo la pérdida hasta la fecha del pago de la indemnización otorgada, a una tasa que sea suficiente para compensar a los reclamantes cuyas solicitudes hayan sido estimadas de la pérdida que se les haya irrogado por no haber podido utilizar el principal de la indemnización otorgada.
>
> 2. El Consejo de Administración examinará en su momento los métodos de cálculo y de pago de los intereses.
>
> 3. Los intereses se pagarán después del principal de la indemnización otorgada[405].

También aquí se ve la combinación de una decisión de principio favorable a los intereses cuando sean necesarios para indemnizar a un demandante, y la flexibilidad en la aplicación de ese principio; al propio tiempo, los intereses, aunque sean una forma de indemnización, se consideran como elemento secundario, subordinado al principal de la reclamación.

204. En ocasiones otorgan también intereses, o los prevén al menos, las cortes y tribunales de derechos humanos, aunque en la práctica las indemnizaciones sean en esos órganos relativamente conservadoras y las reclamaciones no tengan casi nunca carácter pecuniario. Se otorgan, por ejemplo, para proteger el valor de las indemnizaciones por daños y perjuicios pagaderas a plazos; es decir, adoptan la forma de intereses de demora[406].

---

[395] *Anuario… 1989* (véase la nota 21 *supra*).

[396] *Vapeur Wimbledon* (véase la nota 201 *supra*), pág. 32. La CPJI estimó fundada la demanda francesa de un tipo de interés del 6%, dadas «las condiciones financieras actuales en el mundo y […] las admitidas en los empréstitos públicos».

[397] La CPJI estimó también los intereses en el caso *Usine de Chorzów* (véase la nota 49 *supra*), pág. 17 («una suma equivalente a un interés del 5% anual desde la fecha del embargo hasta la del pago»). De hecho, no fijó la cuantía porque la indemnización fue convenida ulteriormente entre las partes.

[398] *C.I.J. Recueil 1949* (véase la nota 69 *supra*), pág. 244.

[399] En el primer asunto en que fijó una indemnización, el TIDM otorgó intereses de distintos tipos, según las diferentes categorías de daños: véase el asunto *Navire Saiga (n.º 2)* (nota 315 *supra*), pág. 66, párr. 173.

[400] Véase Aldrich, *op. cit.*, págs. 474 a 479; y Brower y Brueschke, *op. cit.*, cap. 18.

[401] *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1988, vol. 16, pág. 290. Como señala Aldrich, *op. cit.*, págs. 475 y 476, la práctica de las tres salas no ha sido totalmente uniforme.

[402] *Iran-United States Claims Tribunal Reports* (véase la nota 401 *supra*), págs. 289 y 290.

[403] Véase Brower y Brueschke, *op. cit.*, págs. 626 y 627, y sus referencias a los distintos asuntos. La tasa de interés adoptada fue del 10%, en comparación con el 12% para las reclamaciones comerciales.

[404] Véase Aldrich, *op. cit.*, págs. 476 y 477. Véase también el detallado análisis realizado por la Sala III (Virally, Brower, Ansari) en *McCollough and Company, Inc.* v. *Ministry of Post, Telegraph and Telephone, Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1988, vol. 11, págs. 26 a 31.

[405] S/AC.26/1992/16 (véase la nota 318 *supra*).

[406] Véase, por ejemplo, el caso *Velásquez Rodríguez* c. *Honduras* (nota 321 *supra*), párr. 57. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

(Continuación en la página siguiente.)

205. En su práctica más reciente, las comisiones y tribunales nacionales de indemnización han otorgado generalmente intereses al fijar la cuantía de indemnización. Sin embargo, en algunos casos de soluciones parciales consistentes en la concesión de una suma global, las reclamaciones se limitaron expresamente al principal, sobre la base de que, dada la limitación de los fondos que debían distribuirse, debían darse prelación a las reclamaciones del principal[407].

206. Aunque la tendencia apunte claramente hacia una mayor exigibilidad de los intereses como elemento del resarcimiento completo, incluso los partidarios del otorgamiento de intereses admiten que no existe un enfoque uniforme, en el plano internacional, de las cuestiones de la cuantificación y fijación de los intereses que en realidad se otorgan[408]. Así, según Gotanda:

> En los tribunales internacionales no hay un enfoque uniforme del otorgamiento de intereses. Como consecuencia, su concesión ha variado grandemente. Ha habido escaso acuerdo sobre las circunstancias que justifican el pago de intereses, y las tasas de los intereses otorgados han variado entre el 3 y el 20%[409].

ii) *La cuestión del interés compuesto*

207. Un aspecto de la cuestión de los intereses es la posible concesión de intereses compuestos. Al menos como cuestión de desarrollo progresivo, el Sr. Arangio-Ruiz se mostró favorable al otorgamiento de intereses compuestos «siempre que se demuestre que son indispensables para lograr el resarcimiento completo del daño sufrido por el Estado perjudicado»[410]. Sin embargo, la Comisión no aceptó su propuesta en ese sentido, y en el comentario se dice sólo que las cuestiones del interés compuesto «se han de resolver caso por caso»[411].

208. De hecho, la opinión general de las cortes y tribunales ha sido contraria al otorgamiento de intereses compuestos, lo que es cierto hasta en el caso de los tribunales que consideran que los demandantes tienen derecho normalmente a intereses compensatorios. Por ejemplo, el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán ha denegado de forma consecuente las demandas de intereses compuestos, incluso en casos en que el demandante sufrió un perjuicio a causa de cargos de intereses compuestos o deudas relacionados con la reclamación. En el caso *R. J. Reynolds Tobacco Company* v. *The Government of the Islamic Republic of Iran, Iranian Tobacco company*, el Tribunal no encontró:

> razón especial alguna para apartarse de los precedentes internacionales, que normalmente no permiten otorgar intereses compuestos. Como señala un autor: «hay pocas normas en el ámbito de los daños y perjuicios en derecho internacional que estén más asentadas que la norma de que el interés compuesto no es admisible». […] Aunque la expresión «todas las sumas» podría interpretarse en el sentido de que incluye los intereses y, en consecuencia, permite el interés compuesto, el Tribunal, por la ambigüedad de la redacción, interpreta esa cláusula a la luz de la norma internacional que acaba de mencionarse, y por consiguiente excluye el interés compuesto[412].

De conformidad con este enfoque, el Tribunal ha interpretado restrictivamente las disposiciones contractuales que parecían permitir el interés compuesto, a fin de impedir que el reclamante obtuviera un beneficio «totalmente desproporcionado con la posible pérdida que podría haber experimentado por no tener las sumas debidas a su disposición»[413].

209. La mayoría de los autores siguen apoyando la opinión expresada por el árbitro Max Huber en el caso *Biens britanniques au Maroc espagnol*:

> la jurisprudencia arbitral en materia de la indemnización que debe conceder un Estado a otro por daños sufridos por los nacionales de éste en el territorio del otro —jurisprudencia sin embargo especialmente rica— es unánime […] en desechar el interés compuesto. En esas circunstancias, harían falta argumentos particularmente firmes y de naturaleza muy especial para admitir en el presente asunto ese tipo de intereses[414].

Lo mismo es cierto con respecto al interés compuesto en las controversias entre Estados.

210. Sin embargo, varios autores (en especial Mann) han pedido que volviera a examinarse ese principio, basándose en que «el interés compuesto razonablemente devengado por la parte lesionada debe ser exigible como elemento de la indemnización de daños y perjuicios»[415]. Esa opinión ha sido apoyada por el Tribunal del CIADI

(Continuación de la nota 406.)

adopta actualmente un enfoque similar: véase, por ejemplo, el caso *Papamichaelopoulos* (nota 322 *supra*), págs. 60 y 61, párr. 39. En este caso, los intereses sólo eran exigibles con respecto a la indemnización pecuniaria concedida. Véase también Shelton, *op. cit.*, págs. 270 a 272.

[407] Barker, *op. cit.*, págs. 209, 237 y 238. Véase, por ejemplo, Foreign Compensation (People's Republic of China), providencia, texto reglamentario n.º 2201 (1987), Londres, HM Stationery Office, párr. 10, que da efecto a un Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República Popular China sobre la resolución de reclamaciones mutuas de propiedades históricas, de 5 de junio de 1987 (*Treaty Series*, n.º 37 (1987)), Londres, HM Stationery Office, con respecto a reclamaciones presentadas en 1949.

[408] Debe señalarse que cierto número de países islámicos, influidos por la *sharia*, prohíben el pago de intereses en sus leyes o incluso en su Constitución. Sin embargo, han establecido alternativas para los intereses en el contexto comercial e internacional. Por ejemplo, la Constitución del Irán prohíbe el pago de intereses (Principios 43 y 49), pero el Consejo de Guardianes de la Revolución ha estimado que el precepto no se aplica a «gobiernos, instituciones, sociedades y personas extranjeras que, de conformidad con los principios de su propia fe, no consideran prohibidos [los intereses]» (véase Gotanda, *op. cit.*, págs. 39 y 40, y las referencias que cita).

[409] Gotanda, *op. cit.*, pág. 13 (se omiten las referencias).

[410] *Anuario… 1989* (véase la nota 21 *supra*), pág. 31, párr. 105.

[411] *Anuario… 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 79, párr. 26 del comentario al artículo 8 [actual art. 44].

[412] Caso n.º 35 (1984), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1984, vol. 7, págs. 191 y 192, en que se cita a Whiteman, *Damages in International Law*, pág. 1997.

[413] *Anaconda-Iran, Inc.* v. *The Government of the Islamic Republic of Iran* (1986), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1984, vol. 13, pág. 235. Véase también Aldrich, *op. cit.*, págs. 477 y 478.

[414] *Biens britanniques au Maroc espagnol*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 650, citado por el Sr. Arangio-Ruiz (*Anuario… 1989* (véase la nota 21 *supra*), pág. 31, párr. 101). El informe cita varios casos ulteriores en que se otorgaron intereses compuestos o, al menos, no se desecharon por principio. Un ejemplo más reciente es el laudo de *Aminoil*, en que los intereses otorgados eran compuestos durante cierto período, sin que se explicara. Ello equivalía al 15% de la suma total definitiva (Barker, *op. cit.*, pág. 233, nota 119). Véase *Government of Kuwait* v. *American Independent Oil Company (Aminoil)* (1982), ILR, vol. 66, pág. 613 (Reuter, Hamed Sultan y Sir Gerald Fitzmaurice).

[415] Mann, «Compound interest as in item of damage in international law», pág. 383. Con su entusiasmo característico, Mann dice que esta propuesta no sólo debería ser derecho inglés, sino ser aceptada siempre que se otorgaran daños y perjuicios y, en consecuencia, debería ser considerada como un principio de derecho general» (ibíd.). Véase también Gotanda, *loc. cit.*, pág. 61, que propone un interés compuesto trimestral (también en este caso *de lege ferenda*).

en el asunto *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A.* v. *Republic of Costa Rica*:

> [A]unque se suele otorgar interés simple con más frecuencia que el compuesto, éste, indudablemente, no es desconocido ni se excluye en derecho internacional. No ha surgido una norma jurídica uniforme de la práctica del arbitraje internacional en lo que se refiere a determinar si en un caso concreto resulta adecuado el interés simple o el compuesto. Más bien, la determinación de intereses es una cuestión de criterio, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso de que se trate y, en especial, consideraciones de equidad que deben formar parte del derecho que ha de aplicar este Tribunal.
>
> En particular, cuando el propietario de un bien ha perdido en algún momento anterior el valor de ese activo pero no ha recibido el equivalente monetario que se le debe, la cuantía de la indemnización debe reflejar, al menos en parte, la suma adicional que ese dinero habría devengado si, con los ingresos generados por él, se hubiera reinvertido cada año al tipo de interés vigente en general. La finalidad del interés compuesto no es culpar ni castigar a nadie por la demora en el pago hecho al propietario expropiado, sino que se trata de un mecanismo para garantizar que la indemnización concedida al demandante sea apropiada en las circunstancias del caso.
>
> En el presente asunto, no se justificaría otorgar intereses simples, dado que […] durante casi 22 años, [el demandante] no ha podido utilizar su propiedad para el desarrollo turístico que proyectaba cuando compró Santa Elena, ni vender esa propiedad. En cambio, el interés compuesto no sería justo dada las circunstancias del caso, ya que [el demandante], aunque soportaba la carga de mantener la propiedad, siguió en posesión de ella y pudo utilizarla y explotarla en medida limitada»[416].

De hecho, el Tribunal concedió una suma global a título de indemnización de los daños sufridos por la propiedad a causa de las medidas adoptadas 23 años antes. Se concedieron intereses de mora sobre la base de un interés simple al expirar un breve plazo de gracia para el pago.

211. Para resumir, aunque normalmente no se conceden intereses compuestos con arreglo al derecho internacional ni por los tribunales internacionales, puede haber circunstancias especiales que justifiquen cierto elemento de composición en el marco del resarcimiento completo. Sin embargo, hay que ser prudente, ya que la concesión de los intereses compuestos podría traducirse en una suma excesiva y desproporcionada, en la que la cuantía de los intereses excedería con mucho del principal otorgado.

iii) *Cuestiones de tipos de interés y períodos contables*

212. La tercera cuestión se refiere a la forma de calcular los intereses: esto plantea un conjunto de problemas relativos a la fecha de iniciación (fecha de la violación, fecha en la que hubiera debido hacerse el pago, fecha de la reclamación o de la demanda), la fecha final (fecha del acuerdo de solución o de la sentencia, fecha del pago efectivo) y la tasa de interés aplicable (tasa vigente en el Estado demandado o en el Estado demandante, tipos de préstamo internacionales). Como ya se ha señalado, en la actualidad no hay uniformidad en la manera de tratar esas cuestiones. En la práctica, las circunstancias de cada caso y el comportamiento de las partes influyen en gran medida en el resultado. Aunque el artículo 9 propuesto por el Sr. Arangio-Ruiz[417] tomó la fecha de la violación como fecha inicial para el cálculo del período de intereses, puede haber dificultades para determinar esa fecha, y muchos ordenamientos jurídicos exigen que el demandante solicite el pago para que los intereses comiencen a devengarse[418]. En cualquier caso, el no hacer la oportuna demanda de pago es pertinente para decidir si se concederá o no intereses. En cuanto a los intereses por mora (posteriores a la decisión), en algunos casos se concede un período de gracia para el pago (de unas seis semanas a tres meses) antes de que los intereses comiencen a devengarse, y en otros no. Hay mucha sensatez en la observación del Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán de que esas cuestiones, si las partes no pueden resolverlas, deben dejarse al «ejercicio de las facultades discrecionales dadas a [los diferentes tribunales] para decidir cada asunto determinado»[419]. En cambio, el carácter anárquico actual de las decisiones y de la práctica sugiere que puede ser útil establecer una presunción que se aplicaría a menos que las partes convinieran otra cosa o que hubiera consideraciones específicas en sentido opuesto.

c) *¿Una disposición sobre intereses?*

213. El Relator Especial está de acuerdo con la crítica de que el párrafo 2 del artículo 44, en su redacción actual, no refleja el derecho internacional vigente en materia de intereses compensatorios. En principio, el Estado lesionado tiene derecho a intereses sobre el principal de la suma que represente su perjuicio, si esa suma se fija en una fecha anterior a la de la solución de controversias, la sentencia o el laudo relativos a la demanda, y en la medida necesaria para un resarcimiento completo[420]. Aunque sea un aspecto de la indemnización, ese derecho se trata en la práctica como un elemento distinto de los daños y perjuicios, y simplemente eso sugiere que debería reflejarse, como artículo separado, en el capítulo II. Ese artículo no debería limitarse (como se limitaba al parecer la propuesta del Sr. Arangio-Ruiz) a las sumas otorgadas con carácter de pérdida de ganancias. En el estado actual de la doctrina, sin embargo, resulta excesivo pretender que existe un derecho al interés compuesto. El comentario debería dejar en claro también que el artículo propuesto trata sólo de los intereses compensatorios. La facultad de una corte o de un tribunal de conceder intereses de demora (posteriores a la decisión) debe considerarse como cuestión de procedimiento y, por consiguiente, quedar fuera del ámbito del proyecto de artículos.

214. En consecuencia, el Relator Especial propone el siguiente artículo 45 *bis*:

«Intereses

1. Los intereses de toda suma principal exigible con arreglo al presente proyecto de artículos serán exigibles también cuando sea necesario para lograr un resarcimiento completo. El tipo de interés y la forma de calcularlo serán los más apropiados para alcanzar ese resultado.

---

[416] Caso n.º ARB/96/1 (Fortier, Lauterpacht, Weil) (véase la nota 20 *supra*), pág. 202, párrs. 103 a 105.

[417] *Anuario… 1989* (véase la nota 21 *supra*), pág. 58, párr. 191.

[418] La CPJI consideró pertinente la fecha de la solicitud formal en el caso *Indemnité russe* (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (n.º de venta: 61.V.4), pág. 442 (1912)), por analogía con la posición adoptada generalmente en los ordenamientos jurídicos internos europeos.

[419] Véanse el párrafo 202 y la nota 401 *supra*.

[420] Así, los intereses pueden no concederse cuando el perjuicio se fija en el valor corriente en la fecha de la decisión. Véase el laudo *Phares* (nota 375 *supra*), págs. 252 y 253.

2. A menos que se acuerde o decida otra cosa, los intereses se devengarán desde la fecha en que hubiera debido abonarse la indemnización hasta la fecha en que se cumpla la obligación de abonarla.»

6. Atenuación de la responsabilidad

215. Dos problemas se plantean cuando se pasa de la cuestión del alcance de la responsabilidad a la de su atenuación. El primero, que se aborda en el párrafo 2 del artículo 42 según fue aprobado en primera lectura, se refiere al supuesto de que el Estado que invoca la responsabilidad haya contribuido esencialmente a la pérdida sufrida. El segundo se refiere al supuesto de que, aun pudiendo atribuirse la pérdida al Estado responsable, el otro no haya tomado las medidas razonablemente a su disposición para mitigar la pérdida.

a) *Culpa concurrente*

216. En su versión actual, el párrafo 2 del artículo 42 aborda la culpa concurrente y la atenuación de la responsabilidad[421]. No es correcto incluirlo, igual que el párrafo 1 del mismo artículo, como principio general en el capítulo I. Puesto que es una restricción a la reparación, debería regularse en el capítulo II.

217. En el párrafo 2 del artículo 42 se establece lo siguiente:

> En la determinación de la reparación se tendrá en cuenta la negligencia o la acción u omisión dolosa:
>
> *a*) del Estado lesionado; o
>
> *b*) del nacional de ese Estado, en nombre del cual se interponga la demanda, que haya contribuido al daño.

218. El actual párrafo 2 del artículo 42 fue propuesto inicialmente por el Sr. Arangio-Ruiz en el contexto específico de la reparación por equivalencia, es decir la indemnización. En una de las variantes por él propuestas se incluía una disposición en virtud de la cual la indemnización se reducía cuando hubiere causas concomitantes, «en particular [cuando el daño sea debido en parte] a la culpa concurrente del Estado lesionado»[422]. El Comité de Redacción rechazó su teoría de las causas concomitantes, pero mantuvo la disposición especial sobre la culpa concurrente porque parecía justo tenerla en cuenta al determinar la forma y el alcance de la reparación[423].

219. En el comentario al párrafo 2 del artículo 42 se dice que la culpa concurrente es un factor «ampliamente reconocido, tanto en la doctrina como en la práctica, como pertinente para la determinación de la reparación»[424]. Esto vale especialmente para la indemnización, pero también para otras formas de reparación, y puede incluso determinar la elección de una u otra de esas formas[425]. Se dice en el comentario que «[l]as palabras 'la negligencia o la acción u omisión dolosa […] que haya contribuido al daño' están inspiradas en el párrafo 1 del artículo VI del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales»[426].

220. Los gobiernos que han hecho observaciones específicas sobre el párrafo 2 del artículo 42[427] no piden expresamente que se suprima pero les preocupa en general su redacción y las nociones en que se funda. Aun reconociendo que los factores que se tienen en cuenta en el párrafo 2 del artículo 42 «no son polémicos en sí», el Reino Unido se pregunta por qué se mencionan expresamente la negligencia o la acción u omisión voluntarias cuando otros elementos, como «[l]a naturaleza de la norma que se ha violado o del interés que ésta tiene por objeto salvaguardar» merecen también mención expresa. Puesto que la disposición se aplica a la reparación y no solamente a la indemnización, «preocupa al Reino Unido que con esta referencia a lo que parece ser una doctrina de la culpa o la negligencia concurrente se intente establecer como principio general de la responsabilidad de los Estados una cuestión que es realmente un aspecto de determinadas normas sustantivas del derecho internacional»[428]. También los Estados Unidos se preguntan por la finalidad del párrafo 2 del artículo 42. En su opinión, no se sabe si la finalidad del párrafo es aplicar «el principio de la culpa concurrente, lo cual, desde la perspectiva del *common law* podría llevar a excluir completamente la responsabilidad del infractor, o si se prevé una excepción parcial a la regla de la 'íntegra reparación'»[429]. Para los Estados Unidos, la primera finalidad sería inaceptable. En cuanto a la adopción del «principio de la culpa relativa», los Estados Unidos consideran que sería introducir en el proyecto de artículos un principio impreciso no establecido en el derecho actual de la responsabilidad de los Estados y que podría servir para que el Estado infractor pudiera «eludir la obligación de reparar»[430]. Al mismo tiempo, los Estados Unidos «reconocen las dificultades que se plantean cuando el Estado o el nacional lesionado son en parte responsables de los daños sufridos»[431], y reconocen que el Estado lesionado «podría estar sujeto a un deber de atenuar sus propios daños, análogo al que se establece en el derecho de las obligaciones»[432]. Francia propone que el

---

[421] La doctrina no ha estudiado mucho el tema. Véanse, no obstante, Bederman, «Contributory fault and State responsibility», y Salmon, «La place de la faute de la victime dans le droit de la responsabilité internationale».

[422] *Anuario… 1989* (véase la nota 21 *supra*), pág. 58, párr. 5 del proyecto de artículo 8 y, para el debate, ibíd., págs. 15 a 17.

[423] Véase *Anuario… 1992*, vol. I, 2288.ª sesión, pág. 230, párrs. 20 a 26.

[424] *Anuario… 1993*, vol. II (segunda parte), págs. 64 y 65, párr. 7 del comentario al artículo 6 *bis* [actual art. 42], con autorizadas referencias.

[425] Ibíd.

[426] Ibíd. Según el párrafo 1 del artículo VI de ese Convenio, el Estado que hubiere hecho el lanzamiento quedará exento de responsabilidad «en la medida en que demuestre que los daños son total o parcialmente resultado de negligencia grave o de un acto u omisión cometido con la intención de causar daños por parte de un Estado demandante o de personas físicas o morales a quienes este último Estado represente». Con independencia incluso de la carga de la prueba, éste es un principio de exoneración más amplio que el del párrafo 2 del artículo 42, a pesar de aplicarse en el contexto de la responsabilidad objetiva por una actividad extremadamente peligrosa.

[427] El resumen de las observaciones de los gobiernos sobre el artículo 42 puede verse en el párrafo 22 *supra*.

[428] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3.

[429] Ibíd.

[430] Ibíd. Véase también A/CN.4/496 (nota 3 *supra*), pág. 20, párr. 125, y las observaciones del Japón, según el cual el párrafo 2 del artículo 42 debería indicar claramente que la contribución al daño «no exime automáticamente al Estado que ha cometido un hecho ilícito de su obligación de reparar íntegramente el daño» (*Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/292).

[431] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3.

[432] Ibíd.

apartado *b* del párrafo 2 se limite al caso de la protección diplomática y comience, por lo tanto, con las palabras «de un nacional del Estado que ejerza la protección diplomática, cuando»[433].

221. Puede admitirse que el párrafo 2 del artículo 42 tiene ciertos aspectos de desarrollo progresivo, especialmente en el contexto de las obligaciones entre los Estados (frente a la protección diplomática). Por otra parte, parece razonable que se tenga en cuenta la conducta del Estado lesionado al determinar la forma y el alcance de la reparación. En la práctica, la conducta del Estado lesionado se tiene en cuenta de diversas maneras. El Relator Especial propone que el párrafo se mantenga como artículo independiente sobre la atenuación de la responsabilidad. Este título (atenuación) serviría para disipar los temores, manifestados por cierto gobierno, de que la conducta de la víctima llegue a eximir totalmente de responsabilidad al autor del hecho ilícito. El único supuesto en el que eso podría sostenerse sería aquel en que la pérdida no pudiera atribuirse en absoluto a la conducta del Estado responsable y sí íntegramente a la actuación de la «víctima» o un tercero. El supuesto puede darse, pero no lo resuelve la presente disposición sino el requisito general de la inmediación de la causa.

b) *Mitigación del daño*

222. Una cuestión conexa, ya abordada brevemente[434], es el supuesto deber del Estado lesionado de mitigar el daño. Como señala la CIJ en el caso *Projet Gabčikovo-Nagymaros*, no se trata de una obligación autónoma sino de una limitación de la indemnización de daños y perjuicios que, de otro modo, el Estado lesionado podría reclamar[435]. Aunque guarda relación con el concepto de «culpa concurrente» o «culpa relativa», la mitigación es analíticamente distinta: no es que la parte lesionada haya contribuido al daño, sino que no ha tomado las medidas que razonablemente podía tomar para mitigarlo. Habida cuenta sobre todo de la voluntad de limitar de modo razonable la obligación de reparar[436], este principio debería incluirse también en el proyecto de artículo.

7. Resumen de las conclusiones relativas al capítulo II de la segunda parte

223. En virtud de lo que antecede, el capítulo II de la segunda parte debería redactarse como sigue:

«Capítulo II

FORMAS DE REPARACIÓN

Artículo 43. Restitución

El Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito tendrá la obligación de restituir, es decir, restablecer la situación que existiera antes de la comisión del hecho ilícito, siempre y en la medida en que ello:

a) No sea materialmente imposible;

b) No entrañe una carga totalmente desproporcionada en relación con la ventaja que se derivaría para el Estado perjudicado de la obtención de la restitución en lugar de una indemnización.

Artículo 44. Indemnización

El Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito tendrá la obligación de indemnizar de las resultas económicamente valorables de ese hecho en la medida en que no las repare mediante la restitución.

Artículo 45. Satisfacción

1. El Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito tendrá la obligación de ofrecer una satisfacción por los daños no materiales que el hecho haya causado.

2. En primer lugar, la satisfacción consistirá en el reconocimiento de la comisión del hecho ilícito, acompañado, si procede, de la presentación de excusas o de una disculpa oficial.

3. Además, cuando las circunstancias lo requieran, la satisfacción adoptará las demás formas que proceda para asegurar la plena reparación, entre otras:

[*a*) Pago de una indemnización simbólica;]

b) Pago de una indemnización proporcionada a la gravedad del daño;

c) Ejercicio de acciones penales o disciplinarias contra los culpables, cuando el hecho internacionalmente ilícito fuera consecuencia de la falta grave de un funcionario público o de la conducta delictiva de cualquier persona.

4. La satisfacción guardará proporción con el daño sufrido y no será vejatoria para el Estado responsable.

Artículo 45* bis. *Intereses

1. Las sumas exigibles en virtud de los presentes proyectos de artículos devengarán intereses cuando ello sea necesario para asegurar la plena reparación del daño. El tipo y el cómputo de los intereses serán los que mejor convengan a esa finalidad.

2. Salvo acuerdo o decisión en contra, los intereses se devengarán desde la fecha en que sea exigible la indemnización y hasta la fecha en que ésta se pague.

Artículo 46* bis. *Atenuación de la responsabilidad

Al determinar la forma y el alcance de la reparación, se tendrá en cuenta:

a) La negligencia o la acción u omisión voluntarias de todo Estado, persona o entidad, en nombre de los cuales se haya interpuesto la demanda, que hayan contribuido al daño;

b) Si el perjudicado ha tomado o no las medidas que razonablemente estuvieran a su alcance para mitigar el daño.»

---

[433] Ibíd.

[434] En el párrafo 30 *supra*.

[435] *C.I.J. Recueil 1997* (véase la nota 18 *supra*), pág. 55, párr. 80, citado en el párrafo 30 *supra*.

[436] Véase el párrafo 161 *supra*.

Capítulo II

Estructura de las partes restantes del proyecto de artículos

224. En las secciones anteriores del presente informe se propusieron principios generales y formas de reparación, tomando como base, en gran medida, el proyecto de artículos aprobado en primera lectura, aunque con algunas modificaciones introducidas para tener en cuenta los acontecimientos posteriores, así como las observaciones de los gobiernos. La Comisión también ha apoyado provisionalmente algunas ideas presentadas por el Relator Especial con respecto a la estructura de las partes y los capítulos restantes[437]. Algunas de ellas se señalan a continuación:

a) Una nueva segunda parte *bis*, relativa a las formas de hacer valer la responsabilidad, que incluya los artículos sobre contramedidas;

b) Posibles disposiciones sobre los casos en que haya una pluralidad de Estados lesionados;

c) Un examen más detenido de la categoría de violaciones graves de las obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto;

d) Aplazamiento del examen de la forma del proyecto de artículos y de la cuestión conexa relativa a la solución de controversias (tercera parte del texto actual);

e) Una nueva cuarta parte, en la que se agruparían las diversas cláusulas de salvaguardia y demás disposiciones generales.

225. Habida cuenta de lo que antecede, en la presente sección del informe se examinan las cuestiones relativas a las formas de hacer valer la responsabilidad en lo que podría describirse como una situación «normal», es decir, las formas en que un Estado lesionado (tal como se define en el proyecto de artículo 40 *bis*, o de una manera análoga[438]) hace valer la responsabilidad frente a un Estado responsable. En la sección se examinan además las formas de hacer valer la responsabilidad en los casos en que hay una pluralidad de Estados responsables o de Estados lesionados.

226. En otra sección del presente informe se examinan los artículos relativos a las contramedidas, tanto en los casos en que un Estado lesionado adopta contramedidas como en las situaciones más complejas, en que varios o muchos Estados pretenden adoptar contramedidas; ello está relacionado con la cuestión fundamental aún pendiente, relativa a la determinación de la importancia que puede tener el hecho de que se trate de la violación grave de una obligación respecto de toda la comunidad internacional. Por último, en el informe se examina la cuestión relativa a una parte general (cuarta parte) en la que se incluyan las cláusulas de salvaguardia y las demás disposiciones generales que sean aplicables al proyecto de artículos en su conjunto (incluidos los artículos 37 y 39 aprobados en primera lectura).

[437] Véanse los párrafos 5 a 10 *supra*.

[438] Véase el párrafo 119 *supra*.

Capítulo III

Formas en que un Estado lesionado puede hacer valer la responsabilidad

A. Consideraciones generales

227. La segunda parte *bis* que se propone se basa en una distinción entre las consecuencias secundarias que se derivan por ministerio de la ley de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito y las diversas formas de hacer valer esas consecuencias o, en su caso, renunciar a hacerlas valer o aceptar su mitigación. Uno de los problemas que plantea la segunda parte en su forma aprobada en primera lectura es que parece considerar que todos los corolarios de un hecho internacionalmente ilícito se derivan por ministerio de la ley, es decir, como parte de la nueva relación jurídica secundaria que surge inmediatamente después de que se comete ese hecho. Partiendo de ese supuesto, era necesario definir esas consecuencias *a priori* y en términos que no dejaron aparentemente ningún elemento de elección o de respuesta a los otros Estados, o incluso al propio Estado responsable. Según ese supuesto, las contramedidas forman parte de la relación jurídica secundaria en el mismo grado que la reparación. Sin embargo, el funcionamiento del régimen de responsabilidad en la práctica dependerá del comportamiento ulterior de las partes interesadas. Un ejemplo sencillo es el siguiente: en caso de violación de una obligación bilateral normal entre Estados, el Estado lesionado de hecho tiene la posibilidad de perdonar la violación o de renunciar al derecho a hacer valer sus consecuencias, o puede optar por recibir una indemnización en lugar de la restitución, o concentrarse únicamente en la cesación del hecho y en el futuro cumplimiento de la obligación. Un texto en que se caracterizara a la restitución como la consecuencia normal de un hecho internacionalmente ilícito y no se aclarara que en esos casos el Estado lesionado puede optar válidamente por la indemnización no reflejaría el derecho ni la práctica internacionales.

228. Por consiguiente, es fundada la distinción entre las consecuencias que se derivan por ministerio de la ley de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito (segunda parte) y las consecuencias adicionales que dependen de las reacciones posteriores de las partes, que podrían consistir en la negativa a reparar (que abriría la posibilidad de que se adoptaran contramedidas), en la renuncia por parte del Estado lesionado (que causaría la pérdida de su derecho a hacer valer la responsabilidad) o en diversas posibilidades intermedias. A estas últimas está dedicada la segunda parte *bis*.

229. Se propone que el título de la segunda parte *bis* sea «Puesta en práctica de la responsabilidad de los Estados». No es necesario que en el texto inglés figure entre corchetes la expresión francesa «*mise en oeuvre*», aunque sea la expresión equivalente apropiada de la palabra «*implementation*» que sí puede incluirse en el texto francés.

230. El Relator Especial ya había indicado que el artículo 40 anterior (el nuevo artículo 40 *bis*) debería colocarse al principio de esta parte[439]. Si, tal como se ha sugerido, el artículo 40 *bis* propuesto se subdividiera en dos o tres artículos, éstos deberían distribuirse, según procediera, dentro de dicha parte. A continuación, el informe se centrará en el «Estado lesionado», en el sentido en que se propone definir a dicha expresión en el artículo 40 *bis*.

231. En primer lugar, es evidente que cada Estado lesionado tiene derecho a hacer valer la responsabilidad por cuenta propia[440]. Sin embargo, se plantean varias cuestiones con respecto a las modalidades y las limitaciones de esas formas de hacer valer la responsabilidad, que podrían incluirse en un primer capítulo general de esa parte[441]. Entre ellas cabe señalar las siguientes:

a) El derecho del Estado lesionado a elegir la forma de reparación (por ejemplo, optar por una indemnización en lugar de la restitución);

b) Los requisitos formales mínimos para hacer valer la responsabilidad (por ejemplo, presentar la solicitud por escrito);

c) Las cuestiones relacionadas con la admisibilidad de la reclamación (por ejemplo, el agotamiento de los recursos internos, la nacionalidad de las reclamaciones);

d) Las limitaciones a los derechos del Estado lesionado con respecto a la reparación (por ejemplo, el principio de *non ultra petita*, la regla que prohíbe el doble resarcimiento);

e) La pérdida del derecho a hacer valer la responsabilidad.

A continuación se examinan esos conceptos.

1. El derecho del Estado lesionado a elegir el tipo de reparación

232. En general, el Estado lesionado tiene derecho a elegir entre las formas de reparación disponibles. Por ejemplo, puede preferir la indemnización a la posibilidad de restitución, como lo hizo Alemania en el caso *Usine de Chorzów*[442], o como finalmente optó por hacerlo al llegar a un arreglo en el caso *Passage par le Grand-Belt*[443]. También puede considerarse satisfecho con un acto declarativo, sea en general o en relación con un aspecto particular de la reclamación. En el texto aprobado en primera lectura, se aceptó el derecho a elegir entre las distintas formas de reparación. Ello se reflejó en la formulación siguiente: «El Estado lesionado podrá». Esa no es la formulación que se propone en los diversos artículos en que se consagra el principio de la íntegra reparación. Por las razones mencionadas más arriba, la formulación de dichos artículos debería encararse desde el punto de vista de la obligación o las obligaciones del Estado responsable[444].

Pero, en todo caso, conviene establecer expresamente el derecho a elegir, tanto más cuanto que la posición de los terceros Estados sobre los que incida la violación (aunque no resulten concretamente lesionados por ella) se verá afectada por cualquier elección válida que haga el Estado lesionado de una u otra forma de reparación.

233. Ya se ha mencionado la cuestión de si existe alguna limitación al derecho de elección del Estado lesionado[445]. Existen sin duda casos en que un Estado no podría, por así decirlo, cobrar la indemnización y dejar la situación sin resolver, especialmente cuando se tratara de la vida o la libertad de una persona o del derecho de un pueblo a su propio territorio o a la libre determinación. Sin embargo, al profundizar el análisis se advierte que esas situaciones parecen referirse a cuestiones relacionadas más bien con la cesación de la violación o con la continuación del cumplimiento de una obligación que con la reparación propiamente dicha. La reparación está relacionada con la eliminación de lesiones y daños *pasados*. En la medida en que existan obligaciones de carácter continuado cuyo cumplimiento no incumba solamente a los dos Estados interesados, esos Estados quizás no puedan resolver la situación mediante un arreglo, así como el Estado lesionado quizás no pueda por sí solo exonerar al Estado responsable del cumplimiento de sus obligaciones de carácter continuado. Sin embargo, esas sutilezas pueden tenerse en cuenta en la redacción del texto y mencionarse en el comentario. Por analogía con el artículo 29 (Consentimiento), basta con referirse la elección «válida» que haga el Estado lesionado de una u otra de las formas de reparación y dejar que las condiciones de validez sean determinadas por el derecho internacional general. Con arreglo al proyecto de artículo tal elección debería surtir efecto.

2. Los requisitos formales para hacer valer la responsabilidad

234. Si bien la relación jurídica secundaria de responsabilidad puede surgir por ministerio de la ley cuando se comete un hecho internacionalmente ilícito, en la práctica es necesario que algún otro Estado interesado reaccione si desea lograr la cesación u obtener reparación. Las reacciones pueden manifestarse de distintas maneras, desde un recordatorio oficioso y confidencial de la necesidad de cumplir la obligación hasta una protesta oficial y la

---

[439] Véanse los párrafos 9 y 117 a 119 *supra*.

[440] Véanse los párrafos 102 y 107 *supra*. Para el examen de los casos en que varios Estados hacen valer la responsabilidad respecto del mismo hecho, véanse los párrafos 279 a 281 *infra*.

[441] La Convención de Viena de 1969 se ocupa por separado de cuestiones análogas en relación con cada tema. Por ejemplo, el procedimiento relativo a las reservas se trata en el artículo 23, después de los artículos relativos a la formulación de reservas y a sus efectos jurídicos. En la sección 1 de la parte V se agrupan varias disposiciones relativas al derecho de alegar una causa de nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de un tratado; véanse por ejemplo, los artículos 44 (Divisibilidad de las disposiciones de un tratado) y 45 (Pérdida del derecho de alegar una causa de nulidad […] de un tratado). En la sección 4 de la misma parte se tratan otras cuestiones de procedimiento y en la sección 5 las consecuencias de dicha alegación.

[442] Véanse el párrafo 23 y la nota 47 *supra.*

[443] Véanse los párrafos 136 y 137 y la nota 254 *supra*; en cuanto a las condiciones del arreglo, véase Koskenniemi, «L'affaire du passage par le Grand-Belt», en particular págs. 940 a 947.

[444] Véanse los párrafos 25 y 26 *supra*.

[445] Véase el párrafo 134 *supra*.

celebración de consultas, entre otras. Además, el hecho de que un Estado lesionado no reaccione al enterarse de la violación de una obligación puede tener consecuencias jurídicas, que puedan llegar a la pérdida del derecho a hacer valer la responsabilidad, por renuncia o por prescripción extintiva.

235. Al respecto, hay una analogía con el artículo 65 de la Convención de Viena de 1969, que dispone lo siguiente:

> 1. La parte que, basándose en las disposiciones de la presente Convención, alegue un vicio de su consentimiento en obligarse por un tratado o una causa para impugnar la validez de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación, deberá notificar a las demás partes su pretensión. En la notificación habrá de indicarse la medida que se proponga adoptar con respecto al tratado y las razones en que ésta se funde.
>
> 2. Si, después de un plazo que, salvo en casos de especial urgencia, no habrá de ser inferior a tres meses contados desde la recepción de la notificación, ninguna parte ha formulado objeciones, la parte que haya hecho la notificación podrá adoptar en la forma prescrita en el artículo 67 la medida que haya propuesto.
>
> 3. Si, por el contrario, cualquiera de las demás partes ha formulado una objeción, las partes deberán buscar una solución por los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.
>
> 4. Nada de lo dispuesto en los párrafos precedentes afectará a los derechos o a las obligaciones de las partes que se deriven de cualesquiera disposiciones en vigor entre ellas respecto de la solución de controversias.
>
> 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45, el hecho de que un Estado no haya efectuado la notificación prescrita en el párrafo 1 no le impedirá hacerla en respuesta a otra parte que pida el cumplimiento del tratado o alegue su violación.

236. Es preciso no exagerar el carácter formal del procedimiento ni dar a entender que la consecuencia normal del incumplimiento de una obligación es la presentación de una reclamación. En muchos casos la diplomacia silenciosa puede ser más efectiva para garantizar el cumplimiento e incluso la reparación. Sin embargo, el Estado lesionado o interesado tiene el derecho de reaccionar ante la violación de una obligación y la primera medida debe consistir en señalar la situación a la atención del Estado responsable y pedirle que tome medidas adecuadas para hacer cesar la violación y dar una reparación.

237. La función del proyecto de artículos no consiste en establecer detalladamente la forma en que ha de hacerse valer la responsabilidad. En la práctica, las reclamaciones por responsabilidad se presentan en distintos niveles de gobierno, según su gravedad y según el carácter de la relación general entre los Estados interesados. Además, algunas veces la CIJ ha aceptado procedimientos relativamente poco formales para hacer valer la responsabilidad. Por ejemplo, en el caso *Certaines terres à phosphates à Nauru*, Australia alegaba que la demanda de Nauru era inadmisible porque no se había presentado «dentro de un plazo razonable»[446]. Esa alegación planteaba dos cuestiones: primero, determinar cuándo se había presentado en realidad la demanda; segundo, si el tiempo transcurrido antes de su presentación (o incluso el tiempo ulterior transcurrido posteriormente, pero antes de que Nauru tomara medidas efectivas para llevar adelante su reclamación) había tenido consecuencias irreversibles. La Corte desestimó la excepción. Indicó que antes de la independencia de Nauru, en 1968, la reclamación había sido planteada, y no se había llegado a un arreglo, e hizo referencia a «informes de prensa» en el sentido de que el jefe de Estado de Nauru la había mencionado el día en que se declaró la independencia, así como, indirectamente, en cartas enviadas posteriormente a ministros australianos y conversaciones mantenidas con ellos. Sin embargo, la Corte señaló además que:

> No fue sino hasta el 6 de octubre de 1983 cuando el Presidente de Nauru solicitó por escrito al Primer Ministro de Australia que «procurara volver a examinar con comprensión» la posición de Nauru[447].

La Corte resumió las comunicaciones entre las partes de la manera siguiente:

> La Corte toma nota […] de que Nauru fue informado oficialmente, en última instancia mediante una carta de 4 de febrero de 1969, de la posición de Australia respecto de la rehabilitación de las tierras fosfáticas explotadas antes del 1.º de julio de 1967. Nauru no se opuso por escrito a esa posición hasta el 6 de octubre de 1983. Entretanto, sin embargo, como ha sido manifestado por Nauru y no ha sido contradicho por Australia, el Presidente de Nauru había planteado la cuestión en dos ocasiones a las autoridades australianas competentes. La Corte considera que, dado el carácter de las relaciones entre Australia y Nauru, así como las gestiones realizadas, el transcurso del tiempo no hizo que fuera inadmisible la demanda de Nauru[448].

Según el texto que antecede, parece que la CIJ no prestaba mucha importancia a las formalidades. Bastaba con que el Estado demandado hubiese estado enterado de la reclamación como resultado de comunicaciones del reclamante, aunque la prueba de las comunicaciones la constituyeran los informes de prensa sobre discursos o reuniones, en lugar de la correspondencia diplomática oficial. Sin embargo, a pesar de haber demostrado flexibilidad y de haberse fundado en el contexto de las relaciones entre los dos Estados interesados, la Corte parece en realidad haber tenido en cuenta el hecho de que el Estado demandante efectivamente había notificado al Estado demandado la reclamación.

238. En opinión del Relator Especial este enfoque, en principio, es correcto. Debe existir por lo menos algún requisito mínimo de notificación de un Estado a otro de la reclamación por responsabilidad, a fin de que el Estado responsable se entere de la alegación y pueda reaccionar ante ella (por ejemplo, haciendo cesar la violación y ofreciendo alguna forma de reparación apropiada). La forma precisa que ha de adoptar la reclamación dependerá sin duda de las circunstancias. Sin embargo, en el proyecto de artículos por lo menos debería exigirse que el Estado que hace valer la responsabilidad lo notifique al Estado responsable. Al hacerlo, lo normal sería que especificara el tipo de comportamiento que debería adoptar para que cesara el hecho ilícito, así como la forma de reparación que pretendiera obtener. Además, como el medio de comunicación normal entre Estados es el escrito, parece adecuado exigir que la notificación de la reclamación se haga por escrito[449].

---

[446] *C.I.J. Recueil 1992* (véase la nota 307 *supra*), pág. 253, párr. 31.

[447] Ibíd., párr. 35.

[448] Ibíd., párr. 36.

[449] Véase la Convención de Viena de 1969, art. 23 (las reservas, la aceptación expresa de una reserva y la objeción hecha a una reserva deben formularse por escrito), y art. 67 (la notificación para declarar la nulidad de un tratado, darlo por terminado o retirarse de él debe hacerse por escrito).

3. Algunas cuestiones relativas a la admisibilidad de las reclamaciones

239. Si el Estado que ha protestado por una violación no está satisfecho con la respuesta que haya dado el Estado responsable, tendrá el derecho de hacer valer la responsabilidad de ese Estado recurriendo a medidas que tengan por objeto la cesación, la reparación u otros fines, según lo dispuesto en la segunda parte. Cabe pensar que ello debería establecerse en el proyecto de artículos, por analogía con los párrafos 2 a 4 del artículo 63 y el artículo 65 de la Convención de Viena de 1969. Lo que debe determinarse es si las cuestiones relativas a la admisibilidad de las reclamaciones por responsabilidad deberían figurar en alguna de las disposiciones de la segunda parte *bis*.

240. En general en el proyecto de artículos no se consideran las cuestiones relativas a la jurisdicción de los tribunales y cortes internacionales, o a las condiciones de admisibilidad de los casos. En él se definen más bien las condiciones para determinar la responsabilidad internacional de los Estados y para que los Estados hagan valer esa responsabilidad. Por lo tanto, la función del proyecto de artículos no es tratar de cuestiones como el requisito del agotamiento de otros mecanismos de arreglo pacífico antes de la interposición de la demanda ni de la medida en que doctrinas como la *lis alibi pendens* o *electa una via* puedan afectar la jurisdicción de un tribunal internacional con respecto a otro[450]. En cambio, algunas cuestiones que podrían clasificarse como cuestiones de admisibilidad en caso de presentarse ante un tribunal internacional son de carácter más sustancial; son, ante todo, condiciones para hacer valer la responsabilidad de un Estado. Los ejemplos más evidentes son los requisitos del agotamiento de los recursos internos y de la nacionalidad de las reclamaciones.

a) *Agotamiento de los recursos internos (artículo 22)*

241. La norma del agotamiento de los recursos internos ya estaba incorporada en el artículo 22, aprobado en primera lectura, y fue examinada por la Comisión en su 51.º período de sesiones, en 1999, sobre la base del segundo informe del Relator Especial[451]. En el texto aprobado en primera lectura, el artículo 22 incorporaba la llamada interpretación «sustantiva» del agotamiento de los recursos internos, según la cual en los casos en que se aplique la norma del agotamiento de los recursos internos la violación no se produce hasta que se hayan agotado los recursos internos. Sin embargo, hay sin duda casos en que ello no ocurre; por ejemplo, la víctima de actos de tortura de la policía debe agotar los recursos internos, pero la tortura es una violación tanto de los derechos humanos como de la norma mínima en materia de trato debido a los extranjeros. El Relator Especial había propuesto que en lugar del artículo 22, se incluyera, al final del capítulo III de la primera parte, o en la segunda parte *bis* propuesta, una cláusula de salvaguardia respecto del requisito de agotamiento de los recursos internos[452]. Tras un examen más detenido, el Relator Especial considera que el lugar apropiado para esa cláusula es la segunda parte *bis*. La cláusula de salvaguardia debería formularse en términos muy generales; debería contemplar todos los casos a los que se aplica la norma de agotamiento de los recursos internos, en virtud de un tratado o del derecho internacional general. Por consiguiente, no debería limitarse, como el artículo 22 anterior, a los casos de protección diplomática, es decir, los casos relativos «al trato que se ha de otorgar a particulares extranjeros, personas físicas o jurídicas»[453]. No es necesario definir detalladamente en el proyecto de artículos las modalidades de aplicación de la norma. Tampoco es necesario examinar: *a*) si la norma se aplica a lesiones causadas fuera del territorio del Estado demandado; *b*) si se aplica a lesiones causadas a Estados extranjeros y a sus órganos, por ejemplo, en los ámbitos comercial o económico (*iure gestionis*); *c*) si a tales efectos determinados recursos deben incluirse entre los «recursos […] que tienen a su disposición», y *d*) cómo se configura el agotamiento. No hay duda de que estos temas serán examinados con detenimiento en el contexto de la labor que se realice con respecto a la protección diplomática.

b) *Nacionalidad de las reclamaciones*

242. El segundo motivo de inadmisibilidad que podría incluirse en la segunda parte *bis* se refiere a la nacionalidad de las reclamaciones. Cabe señalar una vez más que la formulación detallada de la norma de la nacionalidad de las reclamaciones corresponde al tema de la protección diplomática. Sin embargo, como la norma de la nacionalidad de las reclamaciones es una condición general para hacer valer la responsabilidad y no se relaciona únicamente con la jurisdicción o la admisibilidad de las reclamaciones ante órganos judiciales, parece conveniente tratarla de manera similar a la norma del agotamiento de los recursos internos. Por consiguiente, se propone una disposición sencilla a tal efecto[454].

4. Límites a la posibilidad de obtener una reparación

243. Las limitaciones aplicables al principio de la reparación íntegra deberían incluirse en la segunda parte, en que se definen las obligaciones del Estado responsable a ese respecto y se tienen en cuenta aspectos tales como la culpa concurrente. Sin embargo, en el contexto de las reclamaciones por responsabilidad pueden existir otras limitaciones. Al respecto cabe mencionar dos cuestiones.

---

[450] Para el examen de las diversas consideraciones que afectan a la jurisdicción y la admisibilidad de las reclamaciones internacionales presentadas a los tribunales, véanse Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale: étude des notions fondamentales de procédure et des moyens de leur mise en oeuvre*; Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, especialmente vol. II, cap. VII, págs. 427 a 575; y Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. II, *Jurisdiction*.

[451] *Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/498 y Add.1 a 4, párrs. 138 a 150, y para una exposición de los debates, véase ibíd., vol. II (segunda parte), párrs. 223 a 243.

[452] Véase el texto propuesto en el segundo informe del Relator Especial, *Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/498 y Add.1 a 4, párr. 158.

[453] Ibíd. En virtud del apartado *c* del párrafo 1 del artículo 41 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos podrá conocer de las comunicaciones entre Estados relativas a violaciones de los derechos humanos únicamente «después de haberse cerciorado de que se han interpuesto y agotado en tal asunto todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer, de conformidad con los principios del derecho internacional generalmente admitidos». Véase también el artículo 2 del Protocolo Facultativo y las disposiciones equivalentes de los instrumentos regionales de derechos humanos.

[454] Para el texto de la disposición, véase el párrafo 284 *infra*.

a) *El principio* non ultra petita

244. Los tribunales y cortes internacionales aplican, o por lo menos mencionan, con cierta frecuencia el principio *non ultra petita*, es decir, el principio según el cual no se concederá al Estado por concepto de reparación más de lo que éste ha solicitado. Por ejemplo, en el caso *Détroit de Corfou*, el Reino Unido reclamó la suma de 700.087 libras esterlinas por el valor de reposición del destructor *Saumarez*, que se hundió a causa de las minas. Los peritos de la CIJ determinaron que el verdadero valor de reposición era ligeramente superior a la cifra reclamada (716.780 libras esterlinas). La Corte adjudicó la cifra inferior y señaló que no podía «fijar un monto superior al reclamado en la solicitud del Gobierno del Reino Unido»[455]. La Corte ha aplicado ese principio en varios casos, considerándolo a veces una función de las normas de procedimiento relacionadas con las solicitudes formales de las partes[456] y otras veces un elemento inherente al proceso judicial[457].

245. La norma según la cual la demanda del Estado lesionado impone límites a la forma y la cuantía de la reparación que puede concederse se basa también en la jurisprudencia arbitral. Por ejemplo, en el caso *Biens britanniques au Maroc espagnol*, el Reino Unido pedía que se aplicara un interés compuesto del 7%; mientras que España consideraba que debía pagarse un interés simple del 5%. El Relator, Max Huber, señaló lo siguiente:

> Un interés del 5% sería sin duda demasiado bajo. En cambio, en algunos casos bien podría considerarse un porcentaje superior al 7%. Pese a ello, es necesario respetar el principio judicial según el cual es inaceptable adjudicar más de lo que reclaman las partes. A pesar del carácter especial de la investigación que se nos ha encomendado, el Relator considera […] que debe tener en cuenta, en la medida de lo posible, los principios que rigen el procedimiento judicial. Por ello, determina que el tipo del 7% es a la vez el porcentaje máximo y el mínimo[458].

En ese caso la aplicación del principio fue, por decir poco, bastante mecánica. El Reino Unido había pedido que se aplicara un interés compuesto del 7%, y no parece justificarse la consideración separada del tipo de interés y el método de cálculo. Un tipo de interés más elevado calculado como interés simple no habría superado la suma realmente pedida por el Reino Unido en concepto de interés[459].

246. Se ha determinado que el principio *non ultra petita* representa, por así decirlo, el límite exterior del laudo o el fallo definitivo que puede emitir un tribunal o una corte y no limita el fundamento de su fallo dentro de ese límite. Por lo tanto, la CIJ ha reafirmado siempre la libertad no sólo de elegir los motivos en que fundamentará su fallo sino también de calificar la esencia de la reclamación del Estado demandante[460]. Sin embargo, pueden surgir dificultades cuando una parte trata de restringir sus reclamaciones o peticiones con el propósito de limitar al Tribunal, por ejemplo, para que conceda la restitución en lugar de una indemnización. En el arbitraje del *Rainbow Warrior*, Nueva Zelandia pedía solamente que los dos agentes fueran devueltos a la isla y renunciaba expresamente a cualquier reclamación de indemnización sustitutiva[461]. El Tribunal parece haber considerado esto como una restricción de su poder de decisión, aunque el texto pertinente no deja de ser ambiguo. En él se señaló lo siguiente:

> Sin embargo, Nueva Zelandia no ha solicitado que se le otorgue una indemnización monetaria, ni siquiera como último recurso en caso de que el Tribunal no haga declaraciones ni dicte providencias encaminadas a hacer efectivo el regreso de los agentes. El Tribunal puede entender esa posición encarada como la evaluación que el Estado hace de su dignidad y sus derechos soberanos. El hecho de que Nueva Zelandia no solicitara que se impusiera una indemnización determinó también que Francia no se refiriera a ese medio específico de subsanar el daño en sus escritos ni en sus argumentos orales, y ni siquiera hubiese tenido la oportunidad de hacerlo. Además, el propio Tribunal no ha podido disponer de los argumentos de las dos partes […] sobre […] cuestiones pertinentes tales como la cuantía de la indemnización[462].

Por consiguiente, el Tribunal decidió «no ordenar una indemnización monetaria»[463]. Sin embargo, hizo una recomendación en sentido análogo, con la cual de hecho eludió la norma.

247. En opinión del Relator Especial, la norma *non ultra petita* es, de hecho, el complemento procesal del principio más fundamental según el cual el Estado lesionado tiene derecho a elegir entre los medios de subsanar el daño de que dispone en el contexto de la íntegra reparación. En el sentido de que en la segunda parte *bis* se establece claramente el derecho básico que tiene el Estado lesionado de elegir, no es necesario expresar dicho principio con más detalle. Además, ello podría limitar la flexibilidad de los tribunales internacionales para combinar los distintos medios de subsanar el daño que sean apropiados para cada caso, especialmente si, como lo hizo el relator Max Huber en el caso *Biens britanniques*

---

[455] *C.I.J. Recueil 1949* (nota 69 *supra*), pág. 249. En cambio, la Corte adjudicó la indemnización íntegra para la reparación del segundo buque dañado, el *Volage*, a pesar de que el monto determinado por los peritos era ligeramente inferior (ibíd.).

[456] Como en la *Demande d'interprétation de l'arrêt du 20 novembre 1950 en l'affaire du droit d'asile*, fallo, *C.I.J. Recueil 1950*, pág. 402 (véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 24) (al referirse «al principio según el cual corresponde a la Corte no sólo responder a las preguntas formuladas en las peticiones finales de las partes, sino también abstenerse de fallar sobre cuestiones que no se incluyen en esas peticiones»). En realidad, en el Estatuto de la Corte se hace referencia a la «demanda» del Estado demandante; véase especialmente el artículo 53. Es el Reglamento el que trata de las peticiones formales en el sentido de que incorporan y limitan esa demanda (arts. 49, 60, párr. 2; 79, párr. 2; y 95, párr. 1); asimismo, para las reconvenciones, véase el artículo 80, párr. 2.

[457] Como en el caso *Demande de réformation du jugement n.º 158 du Tribunal administratif des Nations Unies,* opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1973*, págs. 207 y 208, párr. 87; véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 122.

[458] Véase la nota 414 *supra*.

[459] Un enfoque mucho más flexible, que no deja de respetar el principio básico, fue adoptado por el Tribunal arbitral mixto rumano-alemán en el asunto *Dame Gologan et autres* c. *E. A.*, *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*, t. V (1926), pág. 945.

[460] Véase, por ejemplo, el examen de la jurisprudencia hecho por la Corte en los casos *Essais nucléaires (Australie* c. *France)*, fallo de 20 de diciembre de 1974, *C.I.J. Recueil 1974*, págs. 262 y 263, párr. 29, e ibíd. *(Nouvelle-Zélande* c. *France)* (nota 305 *supra*), págs. 466 y 467, párr. 30. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, págs. 133 y 134, respectivamente.

[461] Véase el párrafo 132 *supra*.

[462] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, pág. 272, párr. 119.

[463] Ibíd., párr. 120.

au Maroc espagnol[464], ello se aplica por separado a los distintos aspectos de la reparación que se pretende. El error que ello entrañaría debería explicarse en el comentario, pero no es necesario formular un artículo en el que se incorpore ese principio.

b) *La norma que prohíbe un doble resarcimiento*

248. Otra posible limitación de las reclamaciones por responsabilidad es la norma que prohíbe doble resarcimiento. En general se admite que la indemnización compensatoria no debe dar lugar a una situación en que se obtenga un «doble resarcimiento», es decir, que la parte lesionada reciba un valor superior a la estimación de las lesiones o los daños. Por ejemplo, en el caso *Usine de Chorzów*[465] la CPJI consideró axiomática la necesidad de «lograr una justa apreciación del monto y evitar conceder indemnizaciones dobles». Ese principio ha sido reafirmado en fallos de otros tribunales internacionales[466], así como en la práctica de los Estados[467]. En algunos contextos esto influye en la cuantía de la propia indemnización y, por lo tanto, se relaciona con las cuestiones ya examinadas en el capítulo II de la segunda parte. Por ejemplo, no puede concederse respecto del mismo período una indemnización por el lucro cesante y por los intereses correspondientes al capital que habría generado ese lucro[468]. Sin embargo, en otros casos, el Estado demandante podría tener derecho a una indemnización íntegra, lo cual debe especificarse en el momento de hacerse la reclamación a fin de evitar el doble resarcimiento. Así ocurre, frecuentemente, cuando distintas personas o entidades tienen el derecho de presentar una misma reclamación ante foros diferentes. También en este aspecto sirve de ejemplo, el caso *Usine de Chorzów*, ya que el bien en cuestión era al mismo tiempo objeto de reclamaciones de los (antiguos) propietarios ante tribunales arbitrales mixtos y de una reclamación de Alemania ante la CPJI. La Corte rechazó el argumento de Polonia según el cual esa circunstancia hacía que la reclamación de Alemania fuera inadmisible por la razón formal de que las partes no eran las mismas y por una razón de fondo según la cual la reclamación de Alemania estaba relacionada con un bien incautado en violación de un tratado, mientras que la jurisdicción de los tribunales estaba relacionada con bienes expropiados legítimamente. Sin embargo, es evidente que al calcular la cuantía de la indemnización pagadera a Alemania se habría tenido en cuenta la indemnización que se hubiere dispuesto pagar a las empresas.

249. En la mayoría de los casos el principio de prohibición del doble resarcimiento está subsumido en el principio general de la reparación íntegra (equitativa) que, por lo general, implica que la reparación no debe superar la suma necesaria para indemnizar al Estado lesionado por los daños sufridos y no debe ser injusta de acuerdo con las circunstancias. Sin embargo, en un caso puede que sea necesario establecer explícitamente el principio, es decir, cuando el mismo demandante tenga derecho a obtener reparación de varios Estados responsables por lo que es esencialmente un mismo daño. Dicho caso está relacionado con la cuestión de la pluralidad de Estados responsables y se examina más adelante en ese contexto[469].

5. La pérdida del derecho a hacer valer la responsabilidad

250. Por último, en el contexto de las reclamaciones por responsabilidad presentadas por un Estado lesionado, se plantea la cuestión de la pérdida del derecho a hacer valer la responsabilidad. En este caso también hay una analogía con el artículo 45 de la Convención de Viena de 1969, que se refiere a la pérdida del derecho a alegar una causa de nulidad de un tratado. El artículo dispone lo siguiente:

> Un Estado no podrá ya alegar una causa para anular un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación […] si, después de haber tenido conocimiento de los hechos, ese Estado:
>
> *a*) Ha convenido expresamente en que el tratado es válido, permanece en vigor o continúa en aplicación, según el caso; o
>
> *b*) Se ha comportado de tal manera que debe considerarse que ha dado su aquiescencia a la validez del tratado o a su continuación en vigor o en aplicación, según el caso.

En esas disposiciones se hace referencia a cuestiones como la renuncia a hacer valer una violación grave de un tratado. La existencia de ese artículo permite sostener que convendría incluir una disposición análoga en la segunda parte *bis*.

251. Habría que determinar qué elementos se incluirán en esa disposición. En primer lugar, parece necesario establecer una distinción entre la posición de un Estado lesionado y la de los demás Estados interesados. Por lo tanto, una renuncia válida a hacer valer la responsabilidad o el arreglo de la controversia por responsabilidad entre el Estado responsable y el Estado lesionado (o, si hay más de uno, todos los Estados lesionados), por ejemplo, puede excluir cualquier posibilidad de que otros Estados formulen una reclamación por indemnización o una amenaza de adopción de contramedidas.

252. Sin embargo, las cuestiones relacionadas con la pérdida del derecho a hacer valer la responsabilidad puede plantearse incluso en un contexto bilateral. Algunos de los motivos posibles son los siguientes: *a*) la renuncia a hacer valer la responsabilidad; *b*) la demora; *c*) el arreglo de la controversia, y *d*) la terminación o la suspensión de la obligación subyacente incumplida. Cabe considerar

[464] Véase la nota 414 *supra*.

[465] CPJI (véase la nota 49 *supra*), pág. 49. Véase también la página 45, en que la Corte observó que en esas circunstancias «no parece haber duda de que Polonia no corre riesgo alguno de tener que pagar nuevamente el valor de la fábrica a la Comisión de Reparación si, tal como lo reclama Alemania, lo paga a ese Estado».

[466] Véanse, por ejemplo, los casos *Harza* v. *Islamic Republic of Iran, Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1988, vol. 11, párr. 30; *Itel Corporation* v. *Islamic Republic of Iran* (1992), ibíd., Cambridge, Grotius, 1996, vol. 28 párrs. 31 y 32; *Seaco, Inc.* v. *Islamic Republic of Iran* (1992), ibíd., párrs. 55 y 56.

[467] Esto se observa, por ejemplo, en la práctica de las comisiones nacionales de indemnización que, al distribuir los pagos de sumas globales por concepto de indemnización deben tener en cuenta las sumas recibidas o que (si quien ha formulado la reclamación hubiese obrado con la diligencia debida) se habrían recibido de cualquier otra fuente respecto de los daños de que se trata; véase, por ejemplo, Foreign compensation (Egypt), providencia, texto reglamentario n.º 2104 (1971) (Londres, HM Stationery Office), art. 10, párr. 2, apdo. *b*, y Foreign Compensation (Romania), providencia, texto reglamentario n.º 1144 (1976), ibíd., art. 10.

[468] Véase, por ejemplo, *Uiterwyk Corporation* v. *Islamic Republic of Iran* (1988), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1989, vol. 19, págs. 158 y 159, párr. 188.

[469] Véase el párrafo 279 *infra*.

que todas esas categorías jurídicas (incluida la demora) son formas de renuncia a hacer valer la responsabilidad y que una disposición general basada en el artículo 45 de la Convención de Viena de 1969 bastaría para contemplar esos aspectos. Antes de llegar a esa conclusión conviene examinar brevemente las diversas posibilidades.

a) *Renuncia*

253. El primer y más evidente motivo de pérdida del derecho a invocar la responsabilidad es que el Estado lesionado haya renunciado a pedir cuentas, bien por la violación propiamente dicha, bien por sus consecuencias. En ello se plasma el principio general del consentimiento en cuanto afecta a los derechos o las obligaciones que incumben a un Estado en particular. Es indudable que, como ocurre con otras formas de consentimiento por parte de un Estado, pueden suscitarse dudas con respecto a la validez de una renuncia; por ejemplo, porque haya podido haber coacción del Estado o de su representante, o un error material con respecto a los hechos del asunto debido, tal vez, al falseamiento de esos hechos por el Estado responsable. Esas dudas deben resolverse de la manera que se propone en el artículo 29, que versa sobre el consentimiento como circunstancia que excluye la ilicitud[470]. Por tanto, debe hablarse de «renuncia válida» y dejar que el derecho general se ocupe de la cuestión de qué constituye una renuncia válida y en qué circunstancias.

254. Se puede plantear la duda de si hay diferencia entre el consentimiento posterior a la violación propiamente dicha y el consentimiento por el que se renuncia a las consecuencias de la violación. Según el comentario al artículo 29 aprobado en primera lectura, «si el consentimiento se ha dado sólo después de la comisión del hecho (*ex post facto*), sólo habrá habido renuncia […] a invocar la responsabilidad y las pretensiones en que ésta se traduce. Pero tal renuncia […] deja en pie la ilicitud del hecho precedente»[471]. Naturalmente, si la renuncia fue posterior al hecho en cuestión, éste, por definición, había sido ilícito en el momento de cometerse la violación. Sin embargo, no está claro por qué (al menos, en cuanto respecta a las obligaciones contraídas exclusivamente entre el Estado renunciante y el Estado responsable) el Estado renunciante no puede prestar su consentimiento retrospectivo al comportamiento en cuestión, con lo que lo legitimaría a todos los efectos. Por otra parte, es cierto que podría darse el caso que se prevé en el comentario: que un Estado estuviera dispuesto a pasar por alto las consecuencias de una violación —eventualmente, por decirlo así—, pero sin llegar a disculpar el comportamiento desde su principio. En cualquiera de los casos, parece razonable que una renuncia válida y sin reservas entrañe la pérdida del derecho de invocar la responsabilidad.

255. En algunos casos, puede que la renuncia se aplique solamente a un aspecto del vínculo jurídico que hay entre el Estado lesionado y el Estado responsable. Por ejemplo, en el asunto *Indemnité russe*, la embajada rusa había exigido reiteradamente a Turquía determinada suma (correspondiente al capital de un préstamo), sin hacer referencia alguna ni a intereses ni a recargos por mora. Habida cuenta de que Turquía pagó la suma exigida, el Tribunal estimó que el comportamiento de Rusia equivalía al desistimiento de toda otra pretensión que emanara del préstamo[472]. La decisión interesa tanto al efecto del arreglo como a la renuncia en sentido general, pero está claro que, en toda formulación del principio de la renuncia, se debe permitir renunciar a parte de las pretensiones de la manera que se acaba de exponer[473].

256. Aunque sea posible inferir que ha habido renuncia a partir del comportamiento de los Estados involucrados o de una declaración unilateral, el comportamiento o la declaración deben ser claros e inequívocos. En el caso *Certaines terres à phosphates à Nauru*, Australia adujo que las autoridades nauruanas anteriores a la independencia habían renunciado a la reclamación de rehabilitación por los motivos siguientes: *a*) por haber concertado el Acuerdo relativo a la industria de los fosfatos de la isla de Nauru, y *b*) por haber formulado declaraciones a tal efecto en la época de la independencia. Por lo que respecta al primer motivo, era cierto que en el Acuerdo se satisfacía una demanda fundamental de Nauru relativa al control de la industria de los fosfatos a partir de la independencia, pero, según las actas de las negociaciones, se había tratado la cuestión de la renuncia a la reclamación de rehabilitación pero Nauru no se había avenido a renunciar, y en el propio Acuerdo se guardaba silencio al respecto. En cuanto al segundo motivo, en las declaraciones correspondientes figura la observación de que las regalías futuras «harían posible resolver el problema [de la rehabilitación]»[474]. La CIJ rechazó el argumento de Australia. Por lo que respecta al Acuerdo, declaró lo siguiente:

> La Corte no estima necesario […] considerar si cabe atribuir a la República de Nauru cualquier renuncia que hubieran hecho las autoridades nauruanas antes de la independencia. Baste precisar que, de hecho, esas autoridades no renunciaron, en ningún momento, a sus pretensiones de manera clara e inequívoca[475].

Por lo que respecta a la declaración del jefe de Estado de Nauru, precisó que «[a] pesar de que había algunas ambigüedades en su redacción, la declaración no se desviaba, en modo alguno, del punto de vista que habían expresado de manera clara y reiterada los representantes del pueblo nauruano en varios órganos de las Naciones Unidas»[476]. Las circunstancias de las negociaciones, y la desigualdad de hecho de las partes, agudizaban la necesidad de que toda renuncia fuera clara e inequívoca: en caso de duda, no cabe presumir renuncia[477]. También debe aclararse esto en la disposición que se prevé redactar.

---

[470] Para un análisis del artículo 29, véase el segundo informe del Relator Especial, *Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/498 y Add.1 a 4, párrs. 232 a 243.

[471] *Anuario… 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 135, párr. 16 del comentario del artículo 29.

[472] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (véase la nota 80 *supra*), pág. 446.

[473] En este sentido, algunos casos de renuncia están vinculados a la satisfacción de una pretensión mediante la oferta y la aceptación de una reparación parcial. Véase el párrafo 259 *infra.*

[474] *C.I.J. Recueil 1992* (nota 307 *supra*), pág. 249, párr. 17.

[475] Ibíd., pág. 247, párr. 13.

[476] Ibíd., pág. 250, párr. 20.

[477] Véase, en otro ámbito, el caso *Différend territorial (Libye/Tchad)*, fallo, *C.I.J. Recueil 1994*, pág. 24, en el que la Corte declaró que la redacción del tratado pertinente era clara e inequívoca. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996*, pág. 72.

b) *Demora*[478]

257. Algo más controvertida es la cuestión de la pérdida del derecho de invocar la responsabilidad por la demora en presentar la reclamación. Parece que, en general, se acepta que el principio de prescripción extintiva es motivo de inadmisibilidad de una reclamación de responsabilidades. Así lo estimó, por ejemplo, la CIJ en el caso *Certaines terres à phosphates à Nauru*, en el siguiente pasaje:

> La Corte reconoce que, aun cuando ninguna disposición de ningún tratado le sea aplicable, la demora por parte del Estado demandante puede hacer que su pretensión sea inadmisible. Sin embargo, observa que en el derecho internacional no se especifica plazo alguno a ese respecto. Por consiguiente, incumbirá a la Corte determinar, a la luz de las circunstancias particulares del caso, si el transcurso del tiempo hace inadmisible la solicitud[479].

Prosiguiendo con su argumentación, la Corte declaró que, dadas las circunstancias del asunto y teniendo presente su historia, la pretensión de Nauru no era inadmisible por razón de su demora[480].

258. En el caso *Certaines terres à phosphates à Nauru* se dirimía una reclamación entre Estados, pero muchas de las decisiones judiciales sobre esta cuestión afectan a reclamaciones de protección diplomática interpuestas varios años o muchos años después de los incidentes que las provocaron. El contenido general de esos precedentes pueden resumirse de la manera siguiente:

a) El primer elemento que debe darse antes de que pueda hablarse de demora indebida es, evidentemente, que haya transcurrido un período de tiempo considerable. Sin embargo, nunca se ha fijado un plazo, concretamente de un plazo de años, que goce de aceptación general. En 1970, el Departamento Federal Político de Suiza propuso que se fijara un plazo de 20 a 30 años a contar desde que se hiciera la reclamación[481]. Otros han afirmado que los requisitos de las reclamaciones contractuales eran más rigurosos que los de las no contractuales[482]. Ninguna de las propuestas de fijar un plazo preciso o limitado para las reclamaciones internacionales en general ha tenido aceptación[483]. De hecho, sería prácticamente imposible fijar un plazo único, habida cuenta de la variedad de las situaciones, las obligaciones y los comportamientos que pueden dar lugar a una reclamación;

b) Naturalmente, hay muchos casos en que se fijan los plazos para determinadas clases de reclamaciones previstas en determinados tratados[484], sobre todo en el campo del derecho privado[485]. En cambio, es muy poco habitual que en las disposiciones de los tratados que se ocupan de las reclamaciones entre Estados se imponga un plazo expreso;

c) Una vez que se haya notificado una reclamación al Estado demandado, la demora en presentarla a trámite (por ejemplo, en un tribunal internacional) no se considerará, normalmente, motivo de su inadmisibilidad[486]. Así, en el caso *Certaines terres à phosphates à Nauru*, la CIJ declaró que era suficiente que Nauru se hubiera referido a sus reclamaciones en las negociaciones bilaterales que había mantenido con Australia en el período anterior a la incoación del procedimiento judicial en 1989[487]. En el asunto *Tagliaferro,* el árbitro Ralston declaró también que, a pesar de haber transcurrido 31 años desde que se había infligido el agravio, la reclamación era admisible, ya que se la había notificado inmediatamente después de haber ocurrido[488];

d) De hecho, de la costumbre internacional se desprende que el transcurso del tiempo *en cuanto tal* es insuficiente para que una reclamación sea inadmisible. Una de las graves preocupaciones que suscitan las normas sobre la demora es, según parece, la de las dificultades adicionales que causan al Estado demandado, debido al tiempo transcurrido (por ejemplo, en cuanto respecta a la reunión y aportación de pruebas). Así, en los casos *Stevenson* y *Gentini*, se plantearon consideraciones de justicia en materia de procedimiento[489]. En cambio, se ha rechazado la alegación de demora cuando, en vista de las circunstancias del caso, el Estado demandado no ha podido demostrar que se lo ha perjudicado[490];

e) La distinción entre la notificación de una reclamación y el inicio de las actuaciones ante una corte internacional u otro órgano se plantea, en parte, porque al derecho internacional le falta un mecanismo general de solución de controversias mediante terceros. A menudo,

---

[478] En Ibrahim, «The doctrine of laches in international law», se ofrece una útil reseña con referencias a la jurisprudencia y la doctrina. Entre los estudios anteriores, véase Pinto, «La prescription en droit international», págs. 438 a 448.

[479] *C.I.J. Recueil 1992* (nota 307 *supra*), págs. 253 y 254, párr. 32.

[480] Ibíd., pág. 255, párr. 36. El pasaje que hace al caso se cita en el párrafo 237 *supra*. El magistrado Oda disintió, alegando que, habida cuenta de que Nauru había guardado (lo que él estimaba) silencio con respecto a su reclamación durante más de 15 años después de la independencia, «no ha lugar para que la Corte la considere […] aunque sólo sea por motivos de propiedad judicial» (ibíd., pág. 324, párr. 28).

[481] Comunicado de 29 de diciembre de 1970, reproducido en Caflisch, «La pratique suisse en matière de droit international public 1975», pág. 153.

[482] Fleischhauer, «Prescription», pág. 1107.

[483] En numerosas decisiones internacionales se pone de relieve la falta de normas generales, y en particular la falta de un plazo limitado y preciso, medido en años. Parece, más bien, que la aplicación del principio de demora depende de la apreciación de los hechos del caso de que se trate. Además del caso *Certaines terres à phosphates à Nauru* (nota 307 *supra*), véanse por ejemplo, los casos *Gentini* (1903), Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, pág. 561, y *Ambatielos* ibíd., vol. XII (n.º de venta: 63.V.3), págs. 103 y 104.

[484] Por ejemplo, el plazo de seis meses de las solicitudes de particulares previsto en el párrafo 1 del artículo 35 del Protocolo n.º 11 del Convenio europeo de derechos humanos. Sin embargo, parece que ese plazo no se aplica a los asuntos entre Estados que se planteen en virtud del artículo 33.

[485] Por ejemplo, en los campos de las transacciones comerciales y el transporte internacional. Véase la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías. En cambio, en el campo de las violaciones individuales al derecho internacional, se tiende a no imponer plazos para enjuiciamientos: véase Weiss, «Time limits for the prosecution of crimes against international law».

[486] Opiniones diversas sobre la distinción entre notificación de la reclamación e inicio de las actuaciones figuran, por ejemplo, en Jennings y Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, pág. 527, y Rousseau, *Droit international public*, pág. 182.

[487] Véase el párrafo 256 *supra*.

[488] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, pág. 593 (1903).

[489] Casos *Stevenson* (1903), ibíd., vol. IX (n.º de venta: 59.V.5), pág. 385, y *Gentini* (1903), ibíd., vol. X, pág. 557.

[490] Véase, por ejemplo, el caso *Tagliaferro* (nota 488 *supra*); en el mismo sentido, el propio fallo del caso *Stevenson*, ibíd., vol. IX, págs. 386 y 387.

la única manera en que puede invocarse la responsabilidad de un Estado es presentar una reclamación por conducto diplomático, puesto que no hay recurso obligatorio a un tercero. Evidentemente, sería injusto perjudicar a un demandante considerando que la reclamación había prescrito, cuando aquél (o el Estado de aquél) hubiera hecho todo lo posible por que se tramitara la reclamación. Sin embargo, aun en los casos en que ese Estado hubiera podido acudir a un foro internacional en todas las ocasiones oportunas, se ha seguido aplicando la distinción. Por ejemplo, en el caso *LaGrand*, la CIJ admitió la solicitud de protección provisional de Alemania y decretó que se suspendiera la ejecución de la sentencia[491]. La Corte decretó esa suspensión a pesar de que Alemania había iniciado las actuaciones jurídicas literalmente en el último minuto, es decir, seis años y medio después de que se hubiera producido la infracción[492].

259. La tónica general es de una flexibilidad considerable. No se tendrá por inadmisible un asunto por motivos de demora a no ser que el Estado demandado se haya encontrado en clara desventaja, y los tribunales internacionales han venido sopesando de manera flexible las circunstancias particulares de cada caso; por ejemplo, el comportamiento del Estado demandado y la importancia del derecho en litigio[493]. En contra de lo que sugiera la expresión «demora», los tribunales internacionales no se han dedicado exclusivamente a medir el tiempo transcurrido y a aplicar unos plazos definidos, sino que, para ellos, el factor decisivo ha sido si el demandado podría haber esperado *razonablemente* que ya no se presentaría la reclamación[494]. Por esta razón, la distinción entre la demora, por una parte, y la renuncia implícita o la idea más general de aquiescencia, por otra, es relativa. De hecho, es discutible que todos los casos de no admisibilidad estudiados en el presente documento puedan tratarse como aspectos de un principio general de renuncia o aquiescencia. Sin embargo, a los efectos del proyecto de artículos, se propone que se adopte la separación tradicional entre renuncia y demora. Además, habida cuenta de los medios de comunicación modernos y del aumento del recurso a terceros en muchos casos, parece justificado adoptar un criterio más riguroso para determinar si se han aprovechado esos recursos, incluso en el ámbito de las reclamaciones entre Estados. Se propone que en el proyecto de artículos se disponga que no podrá invocarse la responsabilidad de un Estado respecto de una reclamación si ésta no se notificó al Estado responsable en un plazo razonable a contar desde que el Estado lesionado tuvo noticia del daño o perjuicio y si, en esas circunstancias, el Estado responsable hubiera podido creer de manera razonable que ya no se presentaría la reclamación. En esta disposición se equilibran los intereses del Estado lesionado y los del Estado presuntamente responsable y se refleja la importancia de la idea de «expectativa razonable» en el ámbito de la demora.

c) *Satisfacción*

260. Un tercer motivo claro de pérdida del derecho a invocar la responsabilidad es que el Estado responsable haya ofrecido alguna forma de reparación para satisfacer la reclamación y que la reparación se haya aceptado. Tal vez sea ésta la mejor explicación de la decisión que se adoptó en el asunto *Indemnité russe*: el tribunal de arbitraje puso de relieve el hecho de que, después de varios años de que Rusia insistiera en que se le devolviera el capital de una suma, sin hacer referencia alguna a intereses ni recargos por mora, se le había pagado efectivamente la suma exigida[495]. Dadas las circunstancias, el Tribunal estimó que el ofrecimiento y la aceptación del capital equivalían a una satisfacción plena y definitiva, aun cuando no hubiera una disposición expresa en tal sentido en un acuerdo de satisfacción[496]. De hecho, puede haber circunstancias en que quepa inferir que ha habido una satisfacción plena y definitiva, a partir de una combinación de actos unilaterales de los dos Estados interesados[497]. Por otra parte, para que haya satisfacción debe haber actuación de ambos Estados, o al menos aquiescencia clara por parte de uno con respecto a la actuación que ha tenido el otro con miras a zanjar la controversia. No basta que un Estado actúe unilateralmente[498].

---

[491] Véase la nota 261 *supra*.

[492] Alemania presentó su solicitud el 2 de marzo de 1999. Debido a la falta de tiempo, la etapa de medidas provisionales se limitó a una reunión de las partes con el Presidente de la Corte. En una opinión discrepante, el Presidente Schwebel señaló que «Alemania podría haber presentado su solicitud hace años, hace meses, hace semanas o hace días» y añadió que tenía «profundas reservas con respecto al procedimiento que había seguido […] el solicitante» (*C.I.J. Recueil 1999* (nota 261 *supra*), pág. 22).

[493] Es indudable que la importancia del derecho a la vida influyó sobremanera en el asunto *LaGrand* (véase la nota 261 *supra*).

[494] Otro factor importante ha sido la influencia de las analogías tomadas del derecho privado y de la normativa nacional relativa a la prescripción de acciones o a la negligencia en presentar reclamaciones. Cuando la reclamación de fondo (por ejemplo, un contrato) se rige por un ordenamiento jurídico nacional y prescribe, se extingue o se prohíbe con arreglo a aquél, no hay razón para no aplicar esos mismos criterios a una reclamación de protección diplomática que interponga el Estado de nacionalidad del demandante. Sin embargo, cabe también la posibilidad de aplicar los plazos de prescripción nacionales por analogía, y ha habido una tendencia general (aunque no universal) a acortar esos plazos y a tratarlos como cuestiones de fondo más que de procedimiento. En Hondius, «General report», especialmente págs. 22 a 25, se ofrece una reseña general del tema.

[495] Véase el párrafo 212 *supra*.

[496] Para casos de disposiciones expresas, véase, por ejemplo, el Acuerdo General de 9 de febrero de 1996 entre el Irán y los Estados Unidos sobre la solución de ciertos asuntos sometidos a la Corte Internacional de Justicia y al Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán, declarado cosa juzgada por acuerdo mutuo en virtud de providencia dictada por el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán (22 de febrero de 1996) (ILM, vol. XXXV, n.º 3, mayo de 1996), y el Acuerdo relativo a la resolución en la Corte Internacional de Justicia del asunto sobre ciertas tierras fosfáticas en Nauru (Nauru, 10 de agosto de 1993), Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1770, n.º 30807, pág. 380.

[497] Véase, por ejemplo, las disculpas que pidieron los Estados Unidos, el 4 de noviembre de 1998, por haber violado lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 35 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, en el caso *Convention de Vienne sur les relations consulaires* (nota 257 *supra*) (declaración de los Estados Unidos de América sobre la ausencia de notificación consular en el caso de Ángel Breard, reproducido en *Digest of United States Practice in International Law 1991-1999*, Cummins y Stewart (eds.), Washington D.C., Oficina del Asesor Jurídico, Departamento de Estado de los Estados Unidos, cap. 2, documento n.º 18). Eso coincidió con la solicitud del Paraguay de que se sobreseyera el asunto «con perjuicio»; véase *Convention de Vienne sur les relations consulaires* (Paraguay *c.* Estados Unidos de América), medidas provisionales, providencia de 10 de noviembre de 1998, *C.I.J. Recueil 1998*, pág. 427.

[498] Así, en el caso *Certaines terres à phosphates à Nauru* (véase la nota 307 *supra*), los tres Gobiernos asociados opinaron que «los acuerdos financieros previstos para los fosfatos satisfacen las necesidades futuras del pueblo nauruano, y particularmente las de rehabilitación o reasentamiento»; citado en *C.I.J. Recueil 1992*, pág. 248, párr. 15. La Corte declaró que no cabía atribuir esa opinión a Nauru cuando no había habido aceptación clara por su parte. Véase el párrafo 256 *supra*.

261. Hay buenas razones para subsumir esos casos de ofrecimiento y aceptación u otras formas de satisfacción en la categoría de renuncia. Está claro que cuando un Estado solicita que se sobresea un asunto «con perjuicio», renuncia a la pretensión en cuestión. Por otra parte, a menudo no quedará claro quién renuncia a qué, como se desprende del recurso frecuente a fórmulas como la de «sin perjuicio» en los acuerdos de solución. La cuestión es si se debe incluir una disposición expresa en la que se diga que el ofrecimiento y la aceptación de una reparación entrañarán la pérdida de todo otro derecho a invocar responsabilidad con respecto a la reclamación de que se trate, salvo que las partes estipulen o convengan lo contrario. De acuerdo con esa disposición, el Estado que acepte un ofrecimiento de reparación deberá aclarar si lo acepta sólo a modo de satisfacción parcial. En este caso, la aceptación sin reservas de la reparación ofrecida por el Estado responsable, incluso mediando la fórmula de «sin perjuicio», puede citarse como una de las clases de renuncia en el apartado correspondiente. Habiendo evaluado la alternativa, el Relator Especial prefiere la segunda solución, que es más económica.

d) *Terminación o suspensión de la obligación incumplida*

262. Por último, hay que referirse a la situación en que la obligación primaria cuyo incumplimiento se alega haya terminado o quedado en suspenso. Ello ocurrirá más probablemente en el caso de las obligaciones que dimanen de tratados, pero no cabe excluirlo por completo ni siquiera en el caso de las obligaciones que no dimanen de tratados. Por ejemplo, una zona que se hubiera regido en el pasado por el derecho de altamar puede pasar a ser jurisdicción de un Estado ribereño como resultado de unos procesos de reclamación y reconocimiento, pero se pueden plantear cuestiones de responsabilidad por la captura de buques pesqueros extranjeros durante el período «provisional» anterior a la resolución de las cuestiones de jurisdicción, y que seguirán siendo pertinentes acabado ese período[499]. Cabe prever otras situaciones parecidas. Por lo que se refiere al derecho de tratados, en el artículo 70 de la Convención de Viena de 1969 se dispone lo siguiente:

> 1. Salvo que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto, la terminación de un tratado en virtud de sus disposiciones o conforme a la presente Convención:
>
> […]
>
> *b*) No afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación[500].

Es cierto que en el artículo 73 de la Convención de Viena de 1969 se prevé también que sus disposiciones «no prejuzgarán ninguna cuestión que con relación a un tratado pueda surgir como consecuencia […] de la responsabilidad internacional de un Estado». Además, en el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 70, se reglamentan las situaciones de «ejecución» o aplicación de un tratado, no los de su «inejecución». No obstante, en los casos en que el incumplimiento de una obligación internacional dé lugar, inmediatamente, al derecho secundario del Estado lesionado a exigir reparación, es difícil pensar que ese derecho se vea afectado por la terminación de la obligación primaria incumplida. Así lo declaró expresamente el Tribunal de Arbitraje en el asunto del *Rainbow Warrior*, en que la obligación impuesta por el tratado bilateral caducó pese a haberse incumplido[501]. En estos casos, la terminación de la obligación primaria no provoca, ni mucho menos, la pérdida del derecho a invocar la responsabilidad y, *prima facie*, sigue existiendo el derecho secundario a la reparación. La cuestión es si, por analogía con el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 70 de la Convención de Viena de 1969, conviene decirlo expresamente. Habiendo evaluado la alternativa, ello no parece necesario: parece que la cuestión se decide, al menos por inferencia, en los proyectos de artículos 18 y 24 aprobados provisionalmente en segunda lectura. Es cierto que el artículo 18 se formula ahora meramente en términos negativos[502]. Sin embargo, cuando se lee en conjunción con el párrafo 1 del artículo 24[503], se deduce con claridad que el incumplimiento de una obligación internacional se perfecciona efectivamente en el momento en que ocurre, y que se desprenderán automáticamente las consecuencias que se enuncian en los capítulos I y II de la segunda parte. No parece que sea necesario enunciar esto en una disposición, aunque sí hay que aclarar este punto en el comentario. En particular, en el caso de un hecho ilícito continuo, debe recordarse que la violación cesa, por definición, cuando termina o se suspende la obligación, sin perjuicio de la responsabilidad en que ya se ha incurrido.

B. Asuntos que entrañan una pluralidad de Estados lesionados o responsables

263. Un asunto que no se trata expresamente en el proyecto de artículos aprobado en primera lectura es el tema general de las reclamaciones de responsabilidad relativas a un mismo hecho o transacción pero que afectan a una pluralidad de Estados. Se trata de un problema distinto del de las obligaciones multilaterales, aunque coincida con él en cierto grado. La base jurídica para determinar la responsabilidad de cada uno de los Estados implicados en determinado comportamiento podría, muy bien, ser diferente, e incluso, aunque fuera la misma, cada uno de los Estados responsables del comportamiento podría estar

[499] Véase el caso *Pêcheries*, *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 116 (véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 29). De hecho, las partes «acordaron dejar esta cuestión [de la indemnización por las capturas] para solucionarla posteriormente, en caso de que se planteara»; ibíd., pág. 126. También en uno de los casos *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni* c. *Islande)*, se reiteró la solicitud de indemnización por interferencia con unos buques pesqueros (fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1974*, pág. 7, párr. 12. En el otro caso (*Republique Féderale d'Allemagne* c. *Islande*, fondo, fallo, ibíd., pág. 175), se mantuvo la solicitud, pero se formuló de manera tan abstracta que la Corte declinó ocuparse de ella (ibíd., párrs. 71 a 76).

[500] Véanse también los artículos 71, párr. 2, apdo *b*, y 72, párr. 1, apdo. *b*.

[501] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (véase la nota 17 *supra*), pág. 266, párr. 106, en que se cita la opinión en disidencia de Lord McNair en el caso *Ambatielos*, excepción preliminar, fallo, *C.I.J. Recueil 1952*, pág. 63. La mayoría en este caso no tuvo que ocuparse de la cuestión.

[502] El artículo 18 dispone lo siguiente (*Anuario… 1999*, vol. I, 2605.ª sesión, pág. 295):

> «Un hecho de un Estado no se considerará violación de una obligación internacional a menos que el Estado se halle vinculado por dicha obligación en el momento en que se produzca el hecho.»

[503] En la versión aprobada provisionalmente (ibíd.), el artículo 24, párr. 1, dispone lo siguiente:

> «1. La violación de una obligación internacional mediante un hecho de un Estado que no tenga carácter continuo tiene lugar en el momento en que se produce el hecho, aunque sus efectos se prolonguen en el tiempo.»

obligado de distinta manera con respecto a los Estados lesionados. La cuestión radica en cómo varía la responsabilidad de un Estado si otro (u otros) también son responsables del mismo comportamiento o también han sido lesionados por él[504].

264. En los comentarios se hace referencia al problema bastante frecuentemente. Por ejemplo, en el del artículo 44 se afirma lo siguiente:

> [c]uando existe una pluralidad de Estados lesionados pueden surgir dificultades si éstos optan por diferentes formas de remedio. Esta cuestión es una de aquellas que probablemente se plantearán cada vez que haya dos o más Estados damnificados, de manera igual o diferente. Esta problemática incide en las consecuencias sustantivas e instrumentales de los hechos internacionalmente ilícitos y la Comisión tiene el propósito de volver a ella a su debido tiempo[505].

265. Lamentablemente, ese «debido tiempo» no llegó nunca y, como no se incluyó el tema en el proyecto de artículos que se aprobó en primera lectura, los gobiernos no han formulado observaciones detalladas por escrito al respecto. Sin embargo, en el debate que celebró la Sexta Comisión durante el quincuagésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General, en 1999, varios gobiernos se mostraron partidarios de que se incluyeran disposiciones relativas a la pluralidad de Estados. Hubo uno que, aun respaldando esa medida, puso de relieve «que el derecho internacional establecido en la materia era escaso»[506]. Varios gobiernos declararon que bastaría con ocuparse de la cuestión en los comentarios[507].

1. Exposición general de las cuestiones jurídicas

266. Hay que examinar por separado la cuestión de la pluralidad de Estados lesionados y de Estados responsables.

a) *Pluralidad de Estados responsables*[508]

267. En la versión actual del proyecto de artículos, se tratan ya varios aspectos concretos del problema o, al menos se hace referencia a ellos:

a) El artículo 9 versa sobre la atribución al Estado del comportamiento de órganos puestos a su disposición por otro Estado[509]. Cuando el órgano esté controlado por el Estado beneficiario y actúe en ejercicio de la autoridad independiente de ese Estado, el Estado beneficiario será responsable de sus actos. De ello se desprende que, en cualquier otra circunstancia, será responsable el Estado que lo haya puesto a disposición (o posiblemente ambos Estados);

b) En el artículo A (que se propuso en lugar del artículo 13 aprobado en primera lectura) se excluye del ámbito de aplicación del proyecto de artículos toda cuestión relativa a la responsabilidad de las organizaciones internacionales o de los Estados por el comportamiento de esas organizaciones[510]. Sin embargo, hay una distinción entre el comportamiento de una organización internacional en cuanto tal (por ejemplo, la celebración de un tratado o contrato por una organización, o la comisión por ésta de un ilícito civil o un hecho internacionalmente ilícito) y el comportamiento de los órganos de un Estado dentro del marco, o por instigación, de una organización internacional. El comportamiento de un órgano de un Estado no pierde esa cualidad por el hecho de que ese comportamiento, por ejemplo, haya sido coordinado por una organización internacional, o incluso autorizado por ella[511];

c) El capítulo IV de la primera parte versa sobre varios casos en que un Estado es responsable del acto de otro Estado[512]. Se trata, respectivamente, de los casos de ayuda o asistencia (art. 27), dirección y control (art. 27 *bis*) y coacción (art. 28). En estos artículos se parte de la base de que, en términos generales, el Estado A no es responsable de los hechos atribuibles al Estado B, pero que, en determinadas circunstancias, puede prescindirse del principio de que todo Estado es responsable exclusivamente de sus propios hechos. En el capítulo IV se declara que esto es sin perjuicio de la responsabilidad internacional del Estado que hubiera cometido el hecho (art. 28 *bis*); por tanto, el Estado que reciba asistencia, instrucciones o, incluso, sea coaccionado para cometer un hecho que perjudique a un tercer Estado será responsable de ese hecho, aunque, al menos en el caso de la coacción, podrá alegar causa de fuerza mayor como circunstancia que excluya la ilicitud de su comportamiento.

Algo más fundamental es que en el proyecto de artículos se trata implícitamente la cuestión general, en el sentido de que, dadas las circunstancias, *todo* Estado lesionado puede exigir cuentas a *todo* Estado responsable de comportamiento internacionalmente ilícito, aun cuando haya

---

[504] En la doctrina, se aborda, a menudo, este problema recurriendo a analogías tomadas del derecho interno; por ejemplo, la de la responsabilidad solidaria. Véanse Brownlie, *op. cit.*, 189 a 192 («Joint responsibility»); Noyes y Smith, «State responsibility and the principle of joint and several liability», y para una reseña general, Padelletti, *Pluralità di Stati nel fatto illecito internazionale*. Sin embargo, hay que tener más cuidado del habitual a la hora de utilizar aquí analogías tomadas del derecho interno. Las distintas tradiciones jurídicas han evolucionado a su propio modo, dependiendo de sus propias influencias históricas. Ejemplos de anteriores estudios sobre los diversos regímenes públicos figuran, por ejemplo, en Williams, *Joint Obligations*; Planiol, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des Facultés de droit*, y, para una útil reseña comparada, Weir, *loc. cit.*

[505] *Anuario… 1993*, vol. II (segunda parte), págs. 76 y 77, párr. 15 del comentario al artículo 8 [actual art. 44].

[506] A/CN.4/504 (véase la nota 3 *supra*), párr. 12.

[507] Ibíd.

[508] Para un debate preliminar, véase el segundo informe del Relator Especial, *Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/498 y Add.1 a 4, párrs. 161 a 164, 212 y 213.

[509] Véase *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7, párrs. 221 a 233, y, para el examen que se hizo en segunda lectura, ibíd., vol. II (segunda parte), págs. 91, 92 y 94, párrs. 412 a 415, 422 a 424 y 447.

[510] Ibíd., vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7, párrs. 258 a 264 y, para el examen que se hizo en la segunda lectura, ibíd., vol. II (segunda parte), págs. 91, 92 y 94, párrs. 414, 424 y 446, respectivamente. No se ha decidido dónde colocar el artículo A; tal vez sea mejor incluirlo en la cuarta parte.

[511] En general, para la cuestión de la responsabilidad de los Estados miembros por los hechos de organizaciones internacionales, véanse los informes que envió Higgins al Instituto de Derecho Internacional, «The legal consequences for Member States of the non-fulfilment by international organizations of their obligatrions toward third parties», Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, vol. 66-I (1995), pág. 249, y la resolución del Instituto al respecto: ibíd., vol. 66-II (1996), pág. 444. Véase también Klein, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, págs. 426 a 524.

[512] Véase *Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/498 y Add.1 a 4, párrs. 159 a 214, y, para el examen que se hizo en segunda lectura, ibíd., vol. II (segunda parte), págs. 73 a 77, párrs. 244 a 278.

varios Estados lesionados por el mismo comportamiento o varios Estados a los que se atribuya éste. Esta postura se enuncia en el comentario del artículo 27, en el que se distingue entre la acción conjunta y la participación de un Estado en el acto ilícito de otro. Según se aclara en el comentario:

> [N]o cabe hablar de participación de un Estado en el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado en los casos en que dos o más Estados, que actúan cada uno por conducto de sus propios órganos, cometen de concierto, e incluso en ocasiones al mismo tiempo, infracciones idénticas. […] Se impone una conclusión análoga en los casos de atribución paralela de un comportamiento único a varios Estados. Esto es lo que ocurre cuando el comportamiento de que se trate ha sido adoptado por un órgano común de una pluralidad de Estados. Según los principios en que se inspiran los artículos del capítulo II del proyecto, el comportamiento del órgano común sólo puede considerarse como un hecho de cada uno de los Estados de que es órgano común. Si ese comportamiento no es conforme a una obligación internacional, ocurrirá en tal caso que dos o más Estados han cometido paralelamente hechos internacionalmente ilícitos separados, aunque idénticos[513].

268. Lo anterior parece reflejar la postura del derecho internacional general, al menos en los casos en que no haya acuerdo en contrario entre los Estados interesados. En el caso *Détroit de Corfou*, el Reino Unido se resarció íntegramente de los daños y perjuicios que sufrieron sus buques, debido a las minas que había en aguas albanesas, cuando las atravesaban. La CIJ dictaminó que Albania era responsable de esas pérdidas ante el Reino Unido habida cuenta de que sabía, o debería haber sabido, de la presencia de las minas y del intento de los buques británicos de ejercer su derecho de tránsito, pero no había advertido a los buques[514]. Sin embargo, Albania no había colocado las minas (carecía de la capacidad de hacerlo en aquella fecha) sino, con toda probabilidad, un buque yugoslavo, como señaló sucintamente la Corte. Es probable que, en esas circunstancias (inferidas), Yugoslavia hubiera sido también responsable ante el Reino Unido por el daño que habían causado sus minas a los buques. Sin embargo, nadie insinuó que la responsabilidad de Albania por no haber dado aviso disminuyera a causa de ello, y mucho menos quedara excluida. Ese fue un caso clásico en el que dos Estados distintos eran responsables de las consecuencias directas de su propio comportamiento en un solo incidente. Cabe pensar en otros casos análogos[515].

269. En esos casos, habría que determinar por separado la responsabilidad de cada Estado participante, atendiendo a su comportamiento. Por ejemplo, en el caso *Détroit de Corfou*, la cuestión de la responsabilidad de Yugoslavia por haber colocado las minas era distinta de la responsabilidad de Albania por no haber advertido de su presencia, aun cuando los daños y perjuicios que sufrió el Reino Unido se debieran al mismo incidente. La cuestión es en qué variará la postura en los casos en que los Estados responsables actúen de consuno en una empresa conjunta o en que uno de ellos actúe en nombre del común de varios[516].

270. Esa cuestión se planteó en el caso *Certaines terres à phosphates à Nauru*[517]. Australia, único Estado demandado en ese asunto, era uno de los tres Estados partes en el Acuerdo de Administración Fiduciaria para Nauru. Tres Estados (Australia, Nueva Zelandia y el Reino Unido) quedaron «designados conjuntamente», con arreglo al artículo 2 del Acuerdo, «como la autoridad que ejercerá la administración del Territorio». Quedaba entendido que la Autoridad administradora que se designaba no constituiría una persona jurídica separada, sino que sería solamente la expresión de los tres Estados actuando conjuntamente con arreglo a lo dispuesto en el Acuerdo. De conformidad con el artículo 4 del Acuerdo, se reconocía que Australia, «en nombre de la Autoridad administradora», ejercería en el Territorio «plenos poderes legislativos, administrativos y judiciales». Así pues, Australia administró el Territorio con arreglo al Acuerdo de Administración Fiduciaria en nombre de los tres Estados[518]. En una de sus excepciones preliminares, Australia argumentó que no podía ser demandada individualmente en relación con Nauru, sino sólo conjuntamente con los otros dos Estados interesados. Una de las razones era de procedimiento: cualquier determinación de responsabilidad de Australia entrañaría necesariamente la de los otros dos Estados. Éstos eran partes necesarias en el asunto, y, de conformidad con el principio formulado en el asunto del *Or monétaire*[519], la demanda incoada solamente contra Australia era inadmisible. Pero había una segunda razón: la responsabilidad de los tres Estados que constituían la Autoridad administradora era «solidaria» y no podía incoarse una demanda contra uno solo de ellos.

271. La CIJ desestimó ambos argumentos, y determinó que era competente. Sobre la cuestión de la responsabilidad «solidaria», dijo lo siguiente:

> La excepción preliminar de Australia a este respecto parece tener dos ramificaciones, la primera de las cuales puede tratarse brevemente. Australia alega en primer lugar que, puesto que la demanda de Nauru se basa en la conducta de Australia como uno de los tres Estados que formaban la Autoridad administradora con arreglo al Acuerdo de Administración Fiduciaria, la naturaleza de la responsabilidad a ese respecto es tal que sólo puede demandarse a los tres Estados conjuntamente, y no a uno de ellos individualmente. A este respecto, Australia ha planteado la cuestión de si la responsabilidad de los tres Estados sería «mancomunada y solidaria», de modo que cualquiera de los tres estaría obligado a reparar completamente los daños emergentes de cualquier incumplimiento de las obligaciones de la Autoridad administradora, y no simplemente la tercera parte o alguna otra parte proporcional. Ésa es una cuestión que la Corte debe considerar con el fondo del asunto, pero es independiente de la cuestión de si Australia puede ser demandada individualmente. La Corte no considera que se haya demostrado que una demanda incoada solamente contra uno de los tres Estados deba declararse inadmisible *in limine litis* simplemente porque esa demanda

---

[513] *Anuario… 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 98, párr. 2 del comentario del artículo 27 (aprobado en primera lectura).

[514] *C.I.J. Recueil 1949* (véase la nota 17 *supra*), págs. 22 y 23.

[515] Nicaragua comenzó tres casos contra Estados vecinos por los daños y perjuicios que le había ocasionado la actividad de los contras, alegando que sus actividades estaban dirigidas y respaldadas por esos Estados así como por los Estados Unidos. Finalmente se sobreseyeron los tres casos, aunque sólo después de que la Corte hubiera confirmado su jurisdicción con respecto a Honduras (*Actions armées frontalières et transfrontalières* (Nicaragua *c.* Honduras), competencia y admisibilidad, fallo, *C.I.J. Recueil 1988*, pág. 69). Se declaró que los Estados Unidos eran responsables de algunos actos de los contras» y de los actos propios con que los había respaldado. Sin embargo, no se dilucidó la cuestión de qué grado de responsabilidad tenían los Estados Unidos, dado que se sobreseyó el asunto (véase la nota 309 *supra*).

[516] En el caso *Détroit de Corfou* (véase la nota 17 *supra*), no era necesario dilucidar si había habido actuación conjunta de Albania y Yugoslavia, dado que la responsabilidad de la primera había quedado suficientemente probada por su negligencia en dar aviso. En todo caso, la CIJ no habría podido declarar responsable a Yugoslavia, ya que ésta no era parte en el asunto.

[517] *C.I.J. Recueil 1992* (nota 307 *supra*).

[518] Ibíd., págs. 257 y 258, párr. 45.

[519] *Or monétaire pris à Rome en 1943*, fallo, *C.I.J. Recueil 1954*, pág. 19.

plantea cuestiones relativas a la administración del Territorio, que fue compartida con otros dos Estados. No puede negarse que Australia tenía obligaciones en virtud del Acuerdo de Administración Fiduciaria, por ser uno de los tres Estados que formaban la Autoridad administradora, y no hay nada en la naturaleza de ese Acuerdo que impida a la Corte examinar una demanda de incumplimiento de esas obligaciones por Australia[520].

Sin embargo, la Corte tuvo la prudencia de agregar que su decisión sobre la competencia no resolvía:

la cuestión de saber si Australia, en caso en que sea declarada responsable, debería reparar en forma total, o sólo parcial, los daños que Nauru alega haber sufrido, habida cuenta de las características de los sistemas de mandato y de administración fiduciaria […] y, en especial, del papel particular desempeñado por Australia en la administración del Territorio[521].

De hecho, la Corte nunca tuvo que resolver esas cuestiones. El asunto fue retirado por acuerdo, y Australia aceptó pagar en cuotas una suma equivalente al total de lo reclamado por Nauru. Posteriormente, los otros dos Estados aceptaron contribuir a los pagos efectuados de conformidad con el arreglo[522].

272. La cuestión de la extensión de la responsabilidad por un comportamiento realizado conjuntamente por un grupo de Estados ha sido abordada ocasionalmente en algunos tratados. Tal vez el ejemplo más interesante sea el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales. El artículo IV estipula expresamente que, en caso de colisión entre objetos espaciales lanzados por dos Estados de la que se deriven daños para un tercer Estado, aquéllos serán «mancomunada y solidariamente responsables». En ciertos casos, la responsabilidad es absoluta; en otros se funda en la culpa. A continuación, el párrafo 2 dispone lo siguiente:

En todos los casos de responsabilidad solidaria mencionados en el párrafo 1 de este artículo, la carga de la indemnización por los daños se repartirá entre los dos primeros Estados según el grado de la culpa respectiva; si no es posible determinar el grado de la culpa de cada uno de esos Estados, la carga de la indemnización se repartirá por partes iguales entre ellos. Esa repartición no afectará al derecho del tercer Estado a reclamar su indemnización total, en virtud de este Convenio, a cualquiera de los Estados de lanzamiento que sean solidariamente responsables o a todos ellos.

Análogamente, el artículo V establece una responsabilidad solidaria en el caso de que dos o más Estados hayan lanzado conjuntamente un objeto espacial que cause daños; el Estado desde cuyo territorio o instalaciones se haya lanzado un objeto espacial se considerará como participante en un lanzamiento conjunto. El párrafo 2 del artículo V estipula lo siguiente:

Un Estado de lanzamiento que haya pagado la indemnización por daños tendrá derecho a repetir contra los demás participantes en el lanzamiento conjunto. Los participantes en el lanzamiento conjunto podrán concertar acuerdos acerca de la distribución entre sí de la carga financiera respecto de la cual son solidariamente responsables. Tales acuerdos no afectarán al derecho de un Estado que haya sufrido daños a reclamar su indemnización total, de conformidad con el presente Convenio, a cualquiera o a todos los Estados de lanzamiento que sean solidariamente responsables.

Esto constituye, indudablemente, una *lex specialis*, pero al mismo tiempo es una útil indicación de lo que significaría un régimen de responsabilidad «mancomunada y solidaria» en lo tocante a un Estado lesionado. Además, los elementos relacionados con la «responsabilidad mancomunada y solidaria» que se describen en el Convenio corresponden en general a la noción de responsabilidad mancomunada y solidaria del *common law*, del que proviene la expresión. Según el *common law*, cada una de las personas que son responsables solidariamente (por ejemplo, los socios o fideicomisarios) responde por la totalidad del daño causado a terceros por la sociedad o por la violación del fideicomiso, y cada una de ellas puede ser demandada por el monto total de los daños, sin que sea necesario demandar conjuntamente a los socios o fideicomisarios. Su responsabilidad es «mancomunada» en el sentido de que son responsables de los comportamientos ilícitos de cada una de ellas frente a terceros; es «solidaria» en el sentido de que pueden ser demandadas por separado. Históricamente, empero, había otras formas de responsabilidad en el *common law*, entre las que figuraba una responsabilidad conjunta en sentido estricto, según la cual normalmente se debía demandar en forma colectiva a las personas conjuntamente responsables, que no eran separadamente responsables de las acciones del grupo. Análogamente, en los sistemas jurídicos de tradición romanista hay distintas formas de responsabilidad solidaria, según el contexto[523].

273. En derecho internacional puede ser un ejemplo de responsabilidad «mancomunada», pero no «solidaria», la responsabilidad de las cuatro Potencias respecto de toda Alemania y de Berlín antes de 1990. En una serie de asuntos, los tribunales se negaron a considerar que se podía demandar por separado a cada uno de los Estados por comportamientos derivados de los acuerdos cuatripartitos[524].

274. Otro «caso especial» es la responsabilidad de la Unión Europea y sus Estados miembros en el marco de los «acuerdos mixtos», cuando la Unión y todos sus miembros, o algunos de ellos, son partes a título propio, pero la responsabilidad por el cumplimiento se distribuye entre ellos en formas no determinadas *a priori*. Hasta la fecha, la formulación más desarrollada de este tipo de responsabilidad es la que figura en el Anexo IX de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. En el marco de tales acuerdos, la responsabilidad por el cumplimiento se distribuye entre la Unión Europea y los Estados miembros, aunque el fundamento de la distribución pueda variar con el tiempo. Existe una disposición según la cual los demás Estados pueden pedir que se les informe acerca de a quién, entre la Unión y los Estados miembros, incumbe la responsabilidad en un momento dado; sólo habrá responsabilidad mancomunada y solidaria en caso «de no dar esa información en un plazo razonable o de dar información contradictoria»[525].

---

[520] *C.I.J. Recueil 1992*, págs. 258 y 259, párr. 48.

[521] Ibíd., pág. 262, párr. 56.

[522] En relación con la remoción del asunto de la lista de la Corte, véase la providencia de 13 de septiembre de 1993 (nota 307 *supra*); respecto del Acuerdo de arreglo, véase la nota 496 *supra*.

[523] Véase Weir, *loc. cit.*, págs. 43 y 44, párrs. 79 a 81. Para el derecho alemán, véase Markesinis, *op. cit.*, págs. 904 a 907, con referencias bibliográficas.

[524] Véanse los asuntos citados en el primer informe del Relator Especial, *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7, párr. 229, nota 300.

[525] Anexo IX, art. 6, párr. 2. En general sobre los acuerdos mixtos, véase, por ejemplo, Rosas, «Mixed Union – Mixed Agreements».

275. Entre las fuentes del derecho internacional enumeradas en el párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la CIJ no figura la analogía con los sistemas jurídicos nacionales y, si bien dicha analogía puede desempeñar algún papel, éste es claramente subsidiario[526]. Es necesario actuar con especial cautela cuando se trata de analogías con normas o conceptos que no son generalmente compartidos y en su entorno nacional dependen de consideraciones históricas o de las facultades y procedimientos de los tribunales; ciertamente ello se aplica a conceptos tales como el de la responsabilidad «mancomunada y solidaria» o «*solidaria*». En contraste, lo que importa a nivel internacional son los términos mismos de cada acuerdo o arreglo, interpretados a la luz de los principios del consentimiento, de la independencia de los Estados y de la regla *pacta tertiis*.

276. Antes de considerar qué disposición debería incluirse en el proyecto de artículos, en caso de que se incluya alguna, es preciso mencionar brevemente algunas cuestiones conexas:

a) *Responsabilidad de los Estados miembros por el comportamiento de una organización internacional*. Este punto plantea cuestiones delicadas en relación con la estructura y el funcionamiento de las organizaciones internacionales que no es adecuado considerar en el marco del proyecto de artículos. Como se indicó anteriormente, está excluido del alcance del proyecto de artículos por el proyecto de artículo A[527];

b) *Aplicación del principio del* Or monétaire[528]. El principio del *Or monétaire*, que la CIJ explicó en el caso *Certaines terres à phosphates à Nauru*[529] y aplicó en el caso *Timor oriental*[530], constituye un obstáculo procesal a la admisibilidad de una demanda ante un tribunal internacional y no forma parte, como tal, del derecho de la responsabilidad de los Estados. Dicho principio surge porque una corte o un tribunal que ejerce potestades jurisdiccionales no puede determinar la responsabilidad jurídica de un Estado que no sea parte en los procedimientos, y carece de la potestad de ordenar que comparezca un tercero necesario. Al carecer de tales potestades, no puede determinar la responsabilidad del Estado A, que es parte en el asunto, si, para llegar a esa determinación, resulta necesario determinar en primer lugar la responsabilidad del Estado B, que no es parte;

c) *Existencia de normas especiales de responsabilidad para «negocios comunes»*. Cuando dos personas emprenden conjuntamente un «negocio común» que causa perjuicios a un tercero, por lo general se admite que la víctima pueda reclamar la totalidad de sus perjuicios a cualquiera de los participantes, con arreglo al principio de sentido común según el cual la víctima no debería estar obligada a probar qué elementos determinados de los daños son atribuibles a cada uno de ellos. Los tribunales internacionales han llegado a resultados análogos haciendo referencia a consideraciones de «equidad» o exigiendo que el Estado responsable de un comportamiento ilícito demuestre cuáles son las consecuencias emanadas de la violación que *no* deberían atribuírsele[531];

d) *Contribución de varios Estados en casos de actividad conjunta*. Cuando dos o más Estados emprenden una actividad común y uno de ellos es considerado responsable de los daños emergentes, es natural que ese Estado pretenda la contribución de los otros, por una u otra razón. Se prevé una contribución de esa índole en el párrafo 2 del artículo IV y el párrafo 2 del artículo V del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales[532]. Como ya se indicó, el Reino Unido y Nueva Zelandia aportaron efectivamente una contribución a Australia, en relación con su arreglo del caso *Certaines terres à phosphates à Nauru*[533]. Por otra parte, puede haber casos en los que, por razones de equidad, el tribunal excluya cualquier tipo de contribución, por ejemplo, fundándose en la máxima *ex turpi causa non oritur actio*. En tales casos, la víctima recibe la indemnización pero, en las relaciones entre los coautores del ilícito, la carga recae sobre el destinatario de la reclamación.

277. Esta breve reseña del estado actual del derecho lleva a la conclusión siguiente. En principio, la regla normal parece consistir en que cada Estado es responsable separadamente del comportamiento que le sea atribuible con arreglo a las normas enunciadas en los capítulos II y IV de la primera parte, y que dicha responsabilidad no se ve atenuada ni reducida por el hecho de que otro Estado también sea responsable (u otros Estados también sean responsables) del mismo comportamiento. Tal fue la conclusión a la que llegó, con prudencia, el magistrado Shahabuddeen en su opinión separada en el caso *Certaines terres à phosphates à Nauru*. Refiriéndose a la labor de esta Comisión, dijo lo siguiente:

> No es necesario extenderse sobre los aspectos generales de la difícil cuestión, cuidadosamente examinada por la Comisión, consistente en saber cuándo debe considerarse a un Estado como participante en el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado. Basta con señalar que la Comisión consideró que, cuando algunos Estados actúan por conducto de un órgano común, cada Estado es separadamente responsable del hecho ilícito del órgano común. Me parece que esa opinión va en el mismo sentido que la afirmación de Nauru según la cual, en este caso, cada uno de los tres Estados es mancomunada y solidariamente responsable de la manera en que Nauru fue administrado en su nombre por Australia, independientemente de si Australia puede ser considerada técnicamente como un órgano común, o no.

No abundan los pronunciamientos judiciales. Sin embargo, hablando de la posibilidad de que un Estado que no era parte hubiese contribuido a la lesión en el caso *Détroit de Corfou*, el magistrado Azevedo tuvo ocasión de decir lo siguiente:

> «La víctima mantiene el derecho de presentar una demanda contra cualquiera de las partes responsables, *in solidum*, según la elección que siempre se deja a su discreción, en la esfera puramente económica; mientras que un juez penal no puede, en principio, pronunciarse sobre la culpabilidad del cómplice del autor de un delito sin establecer al mismo tiempo la culpabilidad del autor o del ejecutante material del delito» (*C.I.J. Recueil 1949*, pág. 92).

En lo tocante a los hechos, el caso *Détroit de Corfou* permite hacer varias distinciones. Sin embargo, cabe observar que, según la concepción básica del magistrado Azevedo sobre el derecho común el derecho

---

[526] Véase *Statut international du Sud-Ouest africain*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1950*, pág. 148 (opinión separada de Sir Arnold McNair); véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 17.

[527] Véase el párrafo 267 *supra*.

[528] Véase la nota 519 *supra*.

[529] *C.I.J. Recueil 1992* (nota 307 *supra*), pág. 259, párr. 50.

[530] *C.I.J. Recueil 1995* (nota 205 *supra*), pág. 29.

[531] Véase el párrafo 35 *supra*.

[532] Véase el párrafo 272 *supra*.

[533] Véase el párrafo 271 *supra*.

de demandar a «cualquiera de las partes responsables, *in solidum*», correspondía a la parte lesionada «según la elección que *siempre* se deja a su discreción, en la esfera puramente económica» (sin cursivas en el original). Este enfoque parecería compatible con la opinión de que Nauru tiene derecho a demandar solamente a Australia[534].

Sin embargo, no es necesario asimilar esta situación a la «responsabilidad mancomunada y solidaria» (tal como se la entiende en determinados sistemas jurídicos nacionales. Los Estados son libres de incorporar este principio en sus acuerdos, pero (fuera de los arreglos concretos y del principio de la *lex specialis*) el caso normal de responsabilidad se presenta cuando un comportamiento atribuible a un Estado con arreglo a los principios enunciados en los capítulos II o IV de la primera parte constituye una violación de una obligación internacional de dicho Estado frente a otro Estado que también es parte en esa obligación o tiene derecho a beneficiarse de ella.

278. Además de la jurisprudencia (escasa, debe reconocerse), esta conclusión puede fundarse en varias consideraciones:

a) En cada caso será necesario considerar la posición de cada uno de los Estados demandados, por ejemplo, para determinar si se aplican a dicho Estado algunas circunstancias que excluyan la ilicitud. Si el Estado A ejerce coacción sobre el Estado B para que cometa junto con él un hecho internacionalmente ilícito en perjuicio del Estado C, tal vez el Estado B pueda invocar a la coacción como circunstancia que excluye la ilicitud, pero el Estado A no podrá hacerlo[535];

b) Análogamente, la posición jurídica de los dos Estados copartícipes puede ser diferente desde el punto de vista de las normas aplicables. Por ejemplo, tal vez uno de los Estados copartícipes esté obligado por una norma particular (por ejemplo, de un tratado bilateral con el Estado lesionado), y el otro copartícipe no. Sólo en circunstancias muy limitadas sería posible responsabilizar a éste por la violación cometida por el primero[536].

b) *Pluralidad de Estados lesionados*

279. Pasando a la cuestión de la pluralidad de Estados lesionados, se advierte que, por las razones explicadas más arriba, el problema relacionado con el artículo 40 era importante. Ello se debía a que, en el caso de las obligaciones multilaterales, se consideraba «lesionados» a una gran cantidad de Estados y aparentemente no había diferenciación alguna en la situación jurídica de ninguno de ellos, independientemente de si era la víctima principal de la violación o un Estado interesado que procuraba asegurar el respeto de la obligación en aras del interés «público»[537]. Como ahora se propone distinguir entre el Estado «lesionado» y los demás Estados, así como dar prioridad a las reacciones del primero, por ejemplo, en lo tocante a la opción por la indemnización en lugar de la restitución, la importancia del problema se reduce en gran medida.

280. En la práctica, desde luego, aún podría ocurrir que varios Estados tuviesen la calidad de «lesionados» con arreglo a la definición propuesta en relación con una única violación de una obligación multilateral. Por ejemplo, todos los Estados partes en una obligación integral serían lesionados por la violación de ésta, así como todos ellos tendrían derecho a suspender un tratado por una violación grave de una obligación de esa índole en virtud del apartado *c* del párrafo 2 del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969[538]. En tal caso, la Convención permite que cada Estado actúe por cuenta propia, o que actúen todos en conjunto. Sólo en este último caso podrá ocurrir que la acción determine efectivamente que el Estado responsable quede excluido del arreglo contractual; si no, el remedio, si realmente lo es, consiste en la suspensión individual del tratado[539].

281. Pasando a las formas de hacer valer la responsabilidad, cuando varios Estados han sido lesionados (por ejemplo, porque cada uno de ellos resulta especialmente afectado) por un único hecho internacionalmente ilícito, no hay problema en que cada uno de ellos reclame la cesación, o la indemnización del perjuicio que se le ha causado (salvo en virtud de la regla que prohíbe el doble resarcimiento)[540]. Tampoco plantea problemas, en principio, el hecho de que cada uno de ellos procure una reparación respecto del hecho ilícito (es decir, ilícito en lo que le concierne). El único problema que podría plantearse consistiría en que los Estados lesionados no estuviesen de acuerdo acerca de la aceptación de una indemnización en lugar de la restitución, suponiendo que ésta fuese posible. En teoría, podría aducirse que, habida cuenta del principio de la prioridad de la restitución respecto de la indemnización, el modo de reparación aplicable sería la restitución, a menos que todos los Estados lesionados estuviesen de acuerdo en lo contrario. En la práctica, empero, es probable que la situación sea la inversa. Por ejemplo, en el caso *Forêts du Rhodope central*, el árbitro se negó a ordenar la restitución en lugar de la indemnización, en una situación compleja en la cual varias otras personas tenían un interés jurídico pero no habían reclamado la restitución[541]. Globalmente, no parece que las situaciones en las cuales varios Estados hayan sido lesionados por un mismo hecho ilícito hayan causado en la práctica dificultades que justifiquen una regulación especial en el proyecto de artículos.

2. Disposiciones propuestas

282. Resumiendo, a falta de una solución especial para el problema de la pluralidad de Estados lesionados o responsables, oponible en virtud de un tratado o en virtud de otras razones, la posición general adoptada por el derecho internacional parece ser sencilla. Cada Estado es responsable de su propio comportamiento en relación con sus propias obligaciones internacionales. Cada Estado lesionado (en el sentido estricto que se ha propuesto)

---

[534] *C.I.J. Recueil 1992* (véase la nota 307 *supra*), págs. 284 y 285.

[535] Véase el segundo informe del Relator Especial, *Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/498 y Add.1 a 4, párr. 207.

[536] Ibíd., párrs. 181 a 184.

[537] Véanse los párrafos 85 y 109.

[538] Véanse los párrafos 91 y 111 *supra*.

[539] Cómo se indicó más arriba, es posible que la suspensión de un tratado no beneficie en modo alguno al Estado lesionado, y dicha suspensión no constituye, en general, un «remedio» frente a una violación.

[540] En el caso *Vapeur Wimbledon* (véase la nota 201 *supra*), cuatro Estados incoaron un procedimiento respecto de un buque británico tomado a flete por una empresa francesa, que transportaba municiones de Italia a Polonia. Sólo Francia reclamaba una indemnización, indudablemente porque con arreglo a los acuerdos de flete el transportista francés debía asumir las pérdidas vinculadas con el retardo y la modificación del itinerario.

[541] Véase el párrafo 128 y la nota 237 *supra*.

tiene derecho a reclamar a cualquier Estado responsable la reparación de las pérdidas derivadas del hecho de ese Estado y claramente atribuibles a él. Tales reclamaciones están sujetas a las condiciones siguientes: por una parte, que el Estado lesionado no podrá obtener de cualquier fuente una indemnización mayor que las pérdidas que haya sufrido y, por otra parte, que cuando haya más de un Estado responsable por una misma lesión, podrán surgir cuestiones de contribución entre ellos. Un factor de complicación, en las reclamaciones que se refieren a una pluralidad de Estados responsables, radica en la regla del *Or monétaire*[542], pero se trata de una regla de admisibilidad judicial, y no es un criterio determinante de la responsabilidad como tal[543]. Esas cuestiones son claramente diferentes de la cuestión de si es posible responsabilizar a los Estados miembros por los actos de las organizaciones internacionales y, en caso afirmativo, en qué circunstancias; se considera, fundadamente, que dicha cuestión forma parte del derecho relativo a las organizaciones internacionales y está fuera del ámbito del proyecto de artículos.

283. La cuestión radica en determinar si es necesario formular expresamente esas proposiciones en el proyecto de artículos, o si bastaría con una explicación en el comentario. A juicio del Relator Especial, sería deseable cierta aclaración, habida cuenta de la frecuencia con que se plantean cuestiones de esta índole, de su importancia y de la incertidumbre de que han estado rodeadas. En consecuencia, se proponen disposiciones en el sentido indicado.

C. Conclusiones en relación con la segunda parte *bis*, capítulo I

284. Por esas razones, el Relator Especial propone los siguientes proyectos de artículos en el capítulo I de la segunda parte *bis*:

«SEGUNDA PARTE *BIS*

PUESTA EN PRÁCTICA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

CAPÍTULO I

FORMAS DE HACER VALER LA RESPONSABILIDAD DE UN ESTADO

Artículo 40 **bis**. *Derecho de un Estado a hacer valer la responsabilidad de otro Estado*[544]

Artículo 46 **ter**. *Formas de hacer valer la responsabilidad de un Estado*

1. El Estado lesionado que se proponga hacer valer la responsabilidad de otro Estado con arreglo a los presentes artículos deberá notificar de su reclamación a dicho Estado, y deberá indicar:

a) Qué comportamiento del Estado responsable resulta necesario, a su juicio, para asegurar la cesación del hecho ilícito continuado, si lo hubiere, de conformidad con el artículo 36 *bis*;

b) Qué forma debería asumir la reparación.

2. No se podrá hacer valer la responsabilidad de un Estado con arreglo al párrafo 1 en caso de que:

a) La reclamación no se haya planteado de conformidad con una norma aplicable en relación con la nacionalidad de las reclamaciones;

b) Se trate de una reclamación a la que sea aplicable la regla del agotamiento de los recursos internos, y no se hayan agotado los recursos internos eficaces de que disponga la persona o entidad en cuyo nombre se plantea la reclamación.

Artículo 46 **quater**. *Pérdida del derecho a hacer valer la responsabilidad*

No se podrá hacer valer la responsabilidad de un Estado con arreglo a los presentes artículos en caso de que:

a) Se haya renunciado válidamente a la reclamación, sea mediante la aceptación sin reservas de una oferta de reparación, sea en otra forma inequívoca;

b) No se haya notificado de la reclamación al Estado responsable dentro de un plazo razonable a contar desde el momento en que el Estado lesionado haya tenido noticia de la lesión, y las circunstancias sean tales que el Estado responsable pueda haber pensado razonablemente que ya no se llevaría adelante la reclamación.

Artículo 46 **quinquies**. *Pluralidad de Estados lesionados*

Cuando dos o más Estados resulten lesionados por un mismo hecho internacionalmente ilícito, cada Estado lesionado podrá hacer valer por su propia cuenta la responsabilidad del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito.

Artículo 46 **sexies**. *Pluralidad de Estados responsables de un mismo hecho internacionalmente ilícito*

1. Cuando dos o más Estados sean responsables de un mismo hecho internacionalmente ilícito, la responsabilidad de cada Estado deberá determinarse de conformidad con el presente proyecto de artículos en relación con el hecho de dicho Estado.

2. Lo dispuesto en el párrafo 1:

a) No habilitará a Estado, persona o entidad algunos a obtener una indemnización mayor que los daños sufridos.

b) Se entenderá sin perjuicio de:

i) Las normas que puedan existir en relación con la admisibilidad de procedimientos ante una corte o tribunal;

ii) La posible exigencia de contribución de los distintos Estados responsables.»

[542] Véase la nota 519 *supra*.

[543] Véase el párrafo 240 *supra*, la distinción entre admisibilidad de las reclamaciones de responsabilidad y la admisibilidad de los procedimientos judiciales.

[544] Para el texto del artículo 40 *bis* propuesto por el Relator Especial, véase el párrafo 119 *supra*.

D. Adopción de contramedidas por el Estado lesionado

285. Con respecto a la invocación de responsabilidad por un Estado lesionado, queda por resolver el problema de la adopción de contramedidas. De conformidad con el criterio seguido hasta el momento con respecto a la invocación de responsabilidad (segunda parte *bis*), se propone que se aborde en primer lugar la adopción de contramedidas en un caso que puede considerarse «normal», es decir, cuando el Estado lesionado afronta al Estado responsable (individualmente o en grupo). En una sección subsiguiente del presente informe se tratará, como aspecto del amplio grupo de cuestiones asociadas a los antiguos artículos 19, 40 y 51 a 53, una mayor diversidad de casos de contramedidas relacionados con las obligaciones multilaterales.

1. Introducción

286. Las disposiciones relativas a las contramedidas, que actualmente constituyen el capítulo III de la segunda parte, fueron objeto de amplios debates entre 1992 y 1995, basados en los informes detallados del Sr. Arangio-Ruiz[545]. En lo que respecta al segundo proceso de lectura, el debate inicial celebrado en el 51.º período de sesiones, en 1999, se basó en el presente segundo informe del Relator Especial, que planteaba una serie de cuestiones generales[546]. En el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 51.º período de sesiones se resumió el resultado del debate del modo siguiente:

> [u]na minoría de la Comisión prefería mantener la vinculación entre las contramedidas y la tercera parte. Sin embargo, ni siquiera esta minoría defendía la desigualdad que existía en la relación entre la adopción de contramedidas y la solución de controversias. En cambio, se propugnó el mantenimiento de una estrecha relación entre ambos conceptos debido a la preocupación existente por el peligro de posibles abusos inherentes a las contramedidas y a la necesidad de controlarlos en la medida de lo posible.
>
> […]
>
> [La] propuesta de desvincular ambos conceptos no perjudicaba la posición de que las cuestiones resultantes del recurso a las contramedidas pudieran ser objeto de un procedimiento de solución de controversias. Sin embargo, era insostenible la idea de poner en el proyecto de artículos un procedimiento obligatorio de solución de controversias a disposición únicamente del Estado que había cometido el hecho internacionalmente ilícito.
>
> […]
>
> [A]l pedirse una igualdad de trato entre los Estados dentro del sistema existente, lo que se pedía en realidad era un sistema general de solución de controversias en relación con el proyecto de artículos. [Eso] implicaba que el proyecto de artículos tendría que adoptar la forma de un proyecto de convención, decisión que todavía no se había adoptado[547].

En espera de que se resolvieran las cuestiones relativas a las contramedidas que planteaban los artículos 47 a 50, en su 51.º período de sesiones, en 1999, la Comisión no adoptó un enunciado preciso del artículo 30 en virtud del cual se impidiera que fueran ilícitos los actos adoptados en forma de contramedidas[548].

287. Tras el debate preliminar celebrado en el 51.º período de sesiones de la Comisión, en 1999, el Relator Especial considera que las disposiciones sobre contramedidas deberían figurar en la segunda parte *bis*, pero sin vinculación especial con la solución de controversias. Su inclusión en la segunda parte obedece a que, en general, las contramedidas deberían verse como un instrumento para asegurar el cumplimiento y no como medidas punitivas o sanciones. La desvinculación entre las contramedidas y la solución de controversias se explica, en definitiva, por el hecho de que, de estar vinculados ambos conceptos, el Estado destinatario (*ex hypothesi*, el Estado que haya cometido un acto internacionalmente ilícito) tendría un derecho exclusivo a invocar la solución por terceros, derecho que debería conferirse igualmente al Estado lesionado, en lugar de que se adoptaran contramedidas. Si las contramedidas se abordan en detalle en la segunda parte *bis*, bastará con que se mencionen simplemente en el capítulo V de la primera parte como circunstancias que impiden el carácter ilícito.

288. Este criterio parece gozar de un apoyo general en la Comisión, al menos como primera hipótesis. Por otra parte, si no se puede llegar a un acuerdo sobre el contenido de las disposiciones relativas a las contramedidas (en particular, en lo referente al régimen de las contramedidas con respecto a las obligaciones multilaterales), es posible que deban estudiarse otras opciones. La más evidente consistiría en que se especificaran más las condiciones para las contramedidas en el capítulo V de la primera parte.

289. Conviene señalar que en el caso *Projet Gabčikovo-Nagymaros*, el criterio seguido por la CIJ en lo referente a las contramedidas propició en general un equilibrio entre los artículos del proyecto, aclarando al mismo tiempo una serie de cuestiones. La Corte, en un contexto bilateral en que no se trataba de contramedidas prohibidas, apoyó cuatro elementos diferenciados del régimen de las contramedidas: *a*) toda contramedida debe adoptarse en respuesta a un hecho ilícito[549]; *b*) la contramedida debe estar precedida por una solicitud de cumplimiento presentada por el Estado lesionado[550]; *c*) la contramedida debe ser proporcional y «corresponder a la lesión sufrida, teniendo en cuenta los derechos pertinentes»[551], y *d*) la contramedida debe tener la finalidad de inducir al Estado que ha cometido el hecho ilícito a cumplir sus obligaciones conforme al derecho internacional, por lo que la medida debe ser reversible[552]. En particular, la Corte aceptó el concepto de las contramedidas en que se basaba el artículo 47. También hizo suyo el requisito de proporcionalidad, pero agregó aclaraciones útiles referentes a dicho requisito, adoptando un criterio más estricto que el que cabría deducir del artículo 49.

---

[545] Véanse sus informes cuarto, sexto y séptimo (nota 21 *supra*). Para un resumen de los debates, véase *Anuario… 1992*, vol. II (segunda parte), págs. 21 a 44, párrs. 117 a 276; *Anuario… 1994*, vol. II (segunda parte), págs. 152 y 153, párrs. 275 a 288, y pág. 161, párrs. 347 a 353, y *Anuario… 1995*, vol. II (segunda parte), págs. 62 y 63, párrs. 340 a 343.

[546] Véase *Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/498 y Add.1 a 4; para un resumen de los debates, véase ibíd., vol. II (segunda parte), págs. 92 a 94, párrs. 426 a 453.

[547] Ibíd., pág. 94, párrs. 450 a 452.

[548] Ibíd., pág. 83, párr. 332.

[549] *C.I.J. Recueil 1997* (nota 18 *supra*), págs. 55 y 56, párr. 83.

[550] Ibíd., pág. 56, párr. 84. La Corte no mencionó ningún requisito de negociaciones previas. En aquel caso, había habido negociaciones exhaustivas, de modo que la cuestión no se planteó.

[551] Ibíd., párr. 85.

[552] Ibíd., págs. 56 y 57, párr. 87.

290. Las observaciones hechas por los gobiernos en relación con las contramedidas se referían a la cuestión general de si los artículos 47 a 50 debían mantenerse en el texto y a cuestiones concretas de redacción y de equilibrio[553]. De modo general, los gobiernos han señalado:

a) la dificultad de distinguir en la práctica entre las contramedidas y las «medidas transitorias de protección» a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 48;

b) la cuestión de si las contramedidas deben tener algún nexo con el derecho lesionado (es decir, el concepto de contramedidas recíprocas);

c) la eventualidad de «medidas colectivas» y de contramedidas en caso de incumplimiento de las obligaciones multilaterales o *erga omnes*;

d) los posibles efectos de la distinción entre «crímenes» y «delitos» sobre el régimen de las contramedidas y, de manera más general, la cuestión de si las contramedidas deben cumplir una función punitiva;

e) los efectos de las contramedidas en la situación económica del Estado al cual se aplican y en la situación de los derechos humanos en dicho Estado, así como las posibles consecuencias para terceros Estados;

f) el desequilibrio inherente a las contramedidas, que sólo favorecen a los Estados más poderosos.

291. En opinión del Relator Especial, si bien conviene tener en cuenta esas críticas y preguntas, no por ello debe llegarse a la conclusión de que deben eliminarse los artículos del proyecto. A su juicio, es apropiado considerar las contramedidas como aspectos de la invocación de la responsabilidad de los Estados (es decir, como consecuencias instrumentales, por adoptar la terminología del Sr. Arangio-Ruiz). Es más probable que un régimen equilibrado de contramedidas sirva más para controlar los excesos que el silencio sobre una cuestión de vital importancia a la que, por lo demás, la Comisión probablemente no podrá contribuir. Además, cabe afirmar que, en general, la respuesta registrada hasta el presente sobre la labor de la Comisión ha sido positiva. Por estas razones, se propone estudiar en la presente sección los artículos existentes y las observaciones formuladas al respecto y proceder a ese examen desde la perspectiva de las contramedidas adoptadas por un Estado lesionado (según la definición que se propone en el artículo 40 *bis*, párr. 1). Las contramedidas respecto de obligaciones multilaterales, en que el Estado o los Estados que adoptan las contramedidas no son propiamente Estados lesionados, plantean problemas mucho más difíciles que sólo pueden abordarse una vez resueltas las cuestiones básicas de las contramedidas adoptadas por un Estado lesionado en sentido estricto.

2. Examen del actual capítulo III (arts. 47 a 50)

292. Los artículos 47 a 50 constituyen un conjunto de disposiciones bastante integradas, y no es posible tratar cuestiones que afecten por ejemplo al artículo 47 sin tener en cuenta los artículos subsiguientes. En consecuencia, se propone que se resuma el contenido de los cuatro artículos y las observaciones hechas al respecto por los gobiernos y examinar a continuación de forma temática las cuestiones planteadas.

a) *Artículo 47 (Contramedidas adoptadas por el Estado lesionado)*

293. El artículo 47 dispone lo siguiente:

> 1. A los efectos de los presentes artículos, por adopción de contramedidas se entiende que el Estado lesionado no cumple con una o varias de sus obligaciones para con el Estado autor de un hecho internacionalmente ilícito con objeto de inducirle a cumplir sus obligaciones a tenor de los artículos 41 a 46, mientras este último Estado no cumpla esas obligaciones y siempre que ello sea necesario a la luz de su respuesta a las peticiones del Estado lesionado de que cumpla dichas obligaciones.
>
> 2. La adopción de contramedidas estará supeditada a las condiciones y restricciones enunciadas en los artículos 48 a 50.
>
> 3. Cuando la contramedida adoptada respecto del Estado autor del hecho internacionalmente ilícito entrañe el incumplimiento de una obligación para con un tercer Estado, ese incumplimiento no podrá justificarse frente al tercer Estado invocando el presente capítulo.

Así pues, el artículo 47 es una disposición híbrida, en la que se «definen» las contramedidas, se mencionan las limitaciones de que son objeto las contramedidas de acuerdo a los artículos 48 a 50 y se aborda la posición de los terceros Estados con respecto a las contramedidas.

294. Según el comentario, el artículo 47 especifica el «derecho del Estado lesionado» a adoptar toda «contramedida legítima»[554]. En cambio, en la amplia definición que figura en el párrafo 1 se evita decir que el Estado lesionado tiene derecho a adoptar contramedidas o que estas medidas son legítimas. Simplemente se dice en qué consisten. No es el artículo 47 el que impide que las medidas sean consideradas ilegítimas, sino el artículo 30. No obstante, el argumento parece evasivo; la justificación para regular las contramedidas en la antigua segunda parte radica en que se trata de medidas que pueden adoptarse, en ciertas circunstancias, para inducir a un Estado que viola una obligación internacional a cumplir con sus obligaciones «secundarias» de cese y reparación. El comentario trata las medidas con este criterio, subrayando al mismo tiempo las limitaciones en su aplicación. En particular: *a*) las contramedidas sólo pueden adoptarse ante una conducta efectivamente ilícita; no es suficiente creer de buena fe que la conducta es ilícita[555]; *b*) su finalidad se limita a la «obtención, por el Estado lesionado, de la cesación del hecho ilícito y la reparación»; en particular, no son punitivas sino que constituyen un medio[556]; *c*) «sólo pueden aplicarse como último recurso cuando los demás medios […] han fracasado o serían a todas luces ineficaces para inducir al Estado infractor a cumplir con sus obligaciones»[557]; *d*) sólo pueden aplicarse en la medida en que sean «necesarias» para ese fin[558], y *e*) al evaluar la necesidad de las medidas, el Estado lesionado debe tener en cuenta «la medida en que el Estado infractor ha dado a

---

[553] Véase el segundo informe del Relator Especial, *Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/498 y Add.1 a 4, párrs. 376 a 381.

[554] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 73 y 74, párr. 1 del comentario al artículo 47.

[555] Ibíd.

[556] Ibíd., pág. 74, párr. 2. A este respecto, la concepción de las contramedidas en la segunda parte más exigua que en el artículo 30 adoptado en primera lectura, que preveía ciertas «sanciones».

[557] Ibíd., párr. 4.

[558] Ibíd., párr. 5.

sus peticiones una respuesta», lo cual implica un diálogo entre el Estado lesionado y el Estado objeto de las contramedidas en lo que se refiere al cese y a la reparación[559]. Evidentemente, las contramedidas sólo legitiman la conducta pertinente entre el Estado lesionado y el Estado objeto de las contramedidas, si bien ello no excluye la posibilidad de que, en un mundo interdependiente en que los Estados están cada vez más vinculados entre sí por obligaciones multilaterales, las contramedidas afecten «incidentalmente a la situación de terceros Estados»[560]. Según el comentario, esta posibilidad «reviste importancia particular en los casos en que el Estado lesionado pueda violar normas que establecen obligaciones *erga omnes*»[561]. No obstante, pese a esta referencia, los artículos relativos a las contramedidas apenas abordan la cuestión de las obligaciones *erga omnes*, ya que la concepción de los artículos 47 a 50 gira en torno a la relación bilateral entre el Estado lesionado y el Estado infractor. Como ya se ha señalado, es apropiado abordar en primer lugar esta situación y examinar posteriormente las cuestiones más complejas de las obligaciones colectivas y las contramedidas colectivas. Sin embargo, cabe recalcar que resulta extraño el mero hecho de prever que el Estado lesionado pueda violar una obligación *erga omnes* al adoptar una medida contra un único Estado.

295. Sólo unos pocos gobiernos han formulado observaciones generales sobre el artículo 47. Aparte de Francia, que considera que «el proyecto de artículo 47 es algo heterogéneo» y que la definición del párrafo 1 «parece no guardar relación con los otros dos párrafos»[562], los gobiernos apoyan en general el artículo y son partidarios del reforzamiento y la aclaración de algunos de los principios que contiene. Algunos gobiernos propugnan que la Comisión no se limitara a codificar el derecho consuetudinario existente en materia de contramedidas sino que «estableciera normas claras» por las que se limiten las circunstancias en que los Estados puedan recurrir a las contramedidas[563]. Por ejemplo, un gobierno sugiere que sólo los Estados directamente lesionados por un hecho ilícito puedan tener derecho a responder y que incluso en ese caso tengan que demostrar que han sufrido un daño[564].

296. Los párrafos 1 y 3 han suscitado observaciones más concretas. Con respecto al párrafo 1, varios gobiernos expresan su preocupación por la posible función punitiva de las contramedidas, si bien esta opinión no es universal. Concretamente, Grecia considera que el capítulo III en su conjunto parecería más indicado «para infracciones tipificadas como delitos que para infracciones que constituyen crímenes internacionales» y que en el texto del capítulo III debería quedar más clara esa distinción[565]. En cambio, otros gobiernos afirman con determinación que «las contramedidas no deben tener carácter punitivo, sino que deben tener por objeto la restitución y reparación o compensación»[566]. A fin de evitar dudas sobre esta cuestión, Irlanda sugiere que se agregue al párrafo 1 la frase «Ello no incluye la adopción de medidas de carácter punitivo»[567]. Al igual que todos los otros gobiernos que han hecho observaciones sobre el artículo 47[568], Irlanda también está de acuerdo con el principio enunciado en el párrafo 3 sobre la protección de los terceros Estados, pero sugiere «una ligera enmienda»; argumentando que «[d]ado que las contramedidas dirigidas a un Estado pueden lesionar a otras personas u organismos internacionales, como las ONG, Irlanda propone que en este párrafo se sustituya el término 'tercer Estado' por el término 'tercero'»[569].

297. Francia y Dinamarca (en nombre de los países nórdicos) no cuestionan el contenido del párrafo 3, pero consideran que sería más adecuado que figurara en una disposición aparte[570]. De hecho, Dinamarca es partidaria de una nueva redacción más general del artículo 47 y considera que sería «prudente» limitar el derecho a recurrir a contramedidas. Por consiguiente, propone que se refundan los artículos 47 a 49 en uno solo, titulado «Condiciones para recurrir a contramedidas» en el que se dispondría en primer lugar que sería ilícito recurrir a contramedidas a menos que se cumplieran ciertas condiciones, tras lo cual se enumerarían las condiciones pertinentes[571].

b) *Artículo 48 (Condiciones del recurso a las contramedidas)*

298. En el artículo 48 se enuncian ciertas condiciones de procedimiento para adoptar contramedidas o para mantenerlas en vigor. Este fue con mucho el más controvertido de los cuatro artículos adoptados en primera lectura. Su texto es el siguiente:

> 1. Antes de tomar contramedidas, el Estado lesionado cumplirá la obligación de negociar prevista en el artículo 54. Esta obligación se entenderá sin perjuicio de que este Estado tome las medidas transitorias de protección que sean necesarias para preservar sus derechos y que por lo demás cumplan los requisitos de este capítulo.

---

[559] Ibíd., párr. 6.

[560] Ibíd., pág. 75, párr. 7.

[561] Ibíd., párr. 8.

[562] Véase la nota 35 *supra*.

[563] A/CN.4/496 (véase la nota 3 *supra*), pág. 19, párr. 121.

[564] Ibíd.

[565] *Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/292, observaciones sobre el capítulo III. Para una opinión diferente, véase Mongolia (véase la nota 35 *supra*).

[566] A/CN.4/504 (véase la nota 3 *supra*), pág. 21, párr. 74. Singapur critica las «contradicciones aparentes» entre los comentarios sobre los artículos 30 y 47 a este respecto (*Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3).

[567] Ibíd.

[568] Véase A/CN.4/496, pág. 19, párr. 121, y A/CN.4/504, pág. 20, párr. 74 (nota 3 *supra*). Singapur considera que el párrafo 3 «acaso no sea suficiente» y que el proyecto de artículos «acaso deba tener en cuenta las preocupaciones relativas a los abusos cometidos en perjuicio de terceros Estados inocentes y a la situación de éstos» (*Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3).

[569] Ibíd.

[570] Ibíd. Para Francia, este principio «está fuera de lugar en este artículo (evidentemente, el Estado A no puede hacer pagar al Estado C lo que le ha hecho el Estado B)».

[571] Ibíd. Según Dinamarca, en nombre de los países nórdicos, esas condiciones son las siguientes:

«*a*) La comisión real de un hecho internacionalmente ilícito;

b) La presentación previa, por parte del Estado lesionado, de una protesta unida a la exigencia de cesación o reparación;

c) El rechazo del ofrecimiento de solucionar la controversia mediante procedimientos amistosos, incluida la decisión vinculante de terceros;

d) La comunicación oportuna y suficiente, por parte del Estado lesionado, de su intención de recurrir a la adopción de contramedidas;

e) La proporcionalidad, según la cual, las medidas que el Estado lesionado adopte guardarán proporción con la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y sus efectos.»

2. El Estado lesionado que tome contramedidas deberá cumplir las obligaciones en materia de solución de controversias que dimanan de la tercera parte o de cualquier otro procedimiento vinculante de solución de controversias vigente entre él y el Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito.

3. Si ha cesado el hecho internacionalmente ilícito, el Estado lesionado suspenderá las contramedidas cuando el Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito aplique de buena fe el procedimiento de solución de controversias a que se refiere el párrafo 2 y en la medida en que lo aplique, y cuando la controversia esté sometida a un tribunal facultado para dictar mandamientos que vinculen a las Partes.

4. La obligación de suspender las contramedidas termina en caso de que el Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito no atienda un requerimiento o mandamiento dimanante del mecanismo de solución de controversias.

299. En el comentario se señala que hay un desacuerdo importante en el seno de la Comisión sobre el artículo 48. Si bien todos sus miembros estaban de acuerdo en que debían promoverse los medios pacíficos para la solución de la controversia, se discrepaba sobre la cuestión de si esto debía ser un requisito necesario para la adopción de contramedidas, *a*) dadas las posibilidades que tenían los Estados de prolongar las negociaciones y de seguir procedimientos dilatorios, y *b*) dado que «algunos tipos de contramedidas (inclusive algunas de las más fácilmente revocables, por ejemplo la congelación de activos) sólo son eficaces si se toman con rapidez»[572]. El dilema entre el mantenimiento de la eficacia de las contramedidas y el objetivo de evitar que se recurra a ellas de forma prematura se ha intentado resolver haciendo una distinción entre las «medidas transitorias» (descritas como «medidas transitorias de protección») y otras medidas. Según el comentario, las «medidas transitorias» son las que resultan necesarias para «preservar [los] legítimos derechos» del Estado lesionado. En cambio, las «contramedidas plenas» —expresión que no figura en el texto de los artículos— no pueden adoptarse sin antes tratar de resolver la controversia mediante negociación[573]. Se sostiene que las medidas transitorias son por naturaleza revocables; por lo tanto, lo que se compara es «la ocupación temporal de los bienes con su confiscación, o la suspensión de una licencia con su anulación»[574].

300. Otra forma de compaginar los intereses del Estado que adopta las contramedidas con los del Estado que es objeto de tales medidas consiste en requerir que las contramedidas se suspendan en ciertas condiciones, especificadas en los párrafos 3 y 4. A este respecto, es importante destacar que las disposiciones de los artículos 47 a 50 se asocian a los arreglos para la solución de controversias sobre contramedidas con intervención vinculante de terceros, que se propusieron en primera lectura y que ya se mencionaron[575]. En el comentario se resumen los efectos de esas disposiciones del modo siguiente:

> [S]i se cumplen las condiciones básicas para las contramedidas previstas en el artículo 47, y si las negociaciones iniciales no han aportado una solución, el Estado lesionado puede tomar contramedidas sin recurrir previamente al procedimiento de solución de controversias mediante tercero. Pero, si toma contramedidas, el Estado contra el que se tomen puede recurrir al arbitraje con efecto vinculante […] o a otro procedimiento aplicable de solución de controversias mediante tercero. Si el Estado presuntamente autor del hecho ilícito recurre a tal procedimiento y lo aplica de buena fe, deben suspenderse las contramedidas, siempre que haya cesado el propio hecho ilícito[576].

No obstante, esta suspensión es condicional; si el Estado autor del hecho ilícito no coopera en el procedimiento de solución mediante tercero o no cumple un mandamiento o requerimiento de medidas transitorias emitido por un tercero, podrá anularse la suspensión[577]. En el comentario se expresa la opinión de que este sistema «representa un importante adelanto con respecto a los procedimientos existentes para resolver controversias en las que se hayan aplicado contramedidas», en particular porque contribuye a reducir «el elemento del sistema de contramedidas que tendía a generar una espiral de respuestas»[578].

301. La República Checa e Irlanda señalan que el artículo 48 fue «objeto de mucho debate y controversia en la Comisión»[579]. Las observaciones de los gobiernos reflejan también una amplia gama de opiniones discrepantes y a veces antagónicas. Así, por ejemplo, Suiza «acoge con satisfacción las disposiciones sobre la solución de controversias relativas a las contramedidas»[580]. En cambio, otros gobiernos consideran que el artículo 48 debería enmendarse a fondo o incluso omitirse por completo. Por ejemplo, Francia sugiere un enunciado totalmente distinto para esa disposición[581], mientras que los Estados Unidos opinan que «[c]omo mínimo, todo el artículo 48 debería figurar en un protocolo facultativo sobre solución de controversias»[582]. Sin perjuicio de su posición general respecto del contenido de los proyectos de artículo sobre las contramedidas, el Reino Unido propone

---

[572] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 76, párr. 2 del comentario al artículo 48.

[573] Ibíd., párr. 3.

[574] Ibíd., párr. 4.

[575] Véase el párrafo 265 *supra*.

[576] Ibíd., pág. 77, párr. 11.

[577] Ibíd., párr. 12, en que se resume el efecto del artículo 48, párr. 4.

[578] Ibíd., párr. 13.

[579] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3; en este contexto, Irlanda «duda que sea prudente vincular las condiciones relativas a las contramedidas con» las disposiciones relativas a la solución de controversias.

[580] Ibíd. Véase también el Japón, que estima que «los artículos 48 a 50 están, en general, bien redactados, ya que impedirían que se abusara de las contramedidas al imponer no sólo restricciones de procedimiento sino también de fondo» (*Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/292, observaciones sobre el artículo 48).

[581] La propuesta de Francia (*Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3, observaciones sobre el artículo 48) tiene el siguiente texto:

> «1. El Estado lesionado que decida adoptar contramedidas deberá, antes de ponerlas en vigor:
>
> *a*) Instar al Estado autor del hecho cuyo carácter internacionalmente ilícito aduce, mediante solicitud motivada, a que cumpla sus obligaciones;
>
> *b*) Notificar a dicho Estado el contenido de las contramedidas que prevé adoptar;
>
> *c*) Aceptar una negociación de buena fe con dicho Estado.
>
> 2. El Estado lesionado podrá, no obstante, proceder, desde el momento de su notificación, a poner en práctica a título precautorio las contramedidas que sean necesarias para proteger sus derechos.
>
> 3. Cuando el hecho internacionalmente ilícito haya terminado, el Estado lesionado deberá suspender las contramedidas a partir del momento en que las partes apliquen un procedimiento de solución obligatoria de la controversia y las decisiones adoptadas en él puedan ser obligatorias.
>
> 4. La obligación de suspender las contramedidas termina en caso de que el Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito no cumpla una decisión dimanada del procedimiento de solución de controversias.»

[582] Ibíd. Francia agrega asimismo que, «[c]omo sistema obligatorio de condiciones, [el artículo 48] carece de fundamento en el derecho internacional consuetudinario» (véase también A/CN.4/496 (nota 3 *supra*), págs. 19 y 20, párr. 121).

que se agregue al texto una disposición «del tenor del artículo 45 de la Convención de Viena de 1969, que prohíba que un Estado recurra a las contramedidas una vez que haya dado su aquiescencia a la contravención de sus derechos»[583]; también debería prestarse especial atención al supuesto en que «[v]arios Estados pueden tomar contramedidas, pero es posible que el Estado afectado en mayor medida decida no tomar ninguna, e incluso aceptar la violación»[584].

302. Con independencia de estos comentarios y sugerencias generales, las observaciones de los gobiernos se centran principalmente en los párrafos 1 y 2. En relación con el párrafo 1, se examinan dos cuestiones principales. La primera de ellas es la condición de negociar, que debe cumplirse antes de adoptar contramedidas plenas. Algunos gobiernos apoyan claramente esta disposición, considerando que las contramedidas se aplican a «casos excepcionales»[585], y no son una consecuencia «directa y automática» de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito[586]. Otros países no niegan la existencia de la obligación de negociar, pero la interpretan de forma más limitada; por ejemplo, el Japón argumenta que cuando la finalidad de las contramedidas es inducir al Estado que ha cometido el hecho ilícito a restablecer lo antes posible la situación anterior, no existe tiempo suficiente para negociar; en consecuencia, la interpretación adecuada consiste en que se permita al Estado lesionado «tomar contramedidas si el Estado que ha cometido el hecho ilícito no ha dado una respuesta concreta a su petición en un plazo razonable»[587]. Otros gobiernos se oponen a que se agregue al texto tal disposición, sobre todo por considerar que la obligación de negociar antes de adoptar contramedidas, a diferencia de la solicitud previa de cese y reparación, no forma parte del derecho internacional consuetudinario[588]. Para el Reino Unido, por ejemplo, en el párrafo 1 se propone «imponer una novedosa e injustificada restricción a los Estados, que es impracticable y utópica en el mundo moderno en rápida evolución»[589]. Los Estados Unidos van más lejos y afirman que el proyecto de artículos debe reflejar la regla consuetudinaria fundamental de que pueden adoptarse contramedidas antes de las negociaciones y durante las mismas[590].

303. La segunda cuestión planteada con respecto al párrafo 1 es la referencia a «medidas transitorias de protección». Con excepción de Dinamarca (en representación de los países nórdicos), que propone que se haga «referencia especial al concepto de medidas de protección provisionales»[591], otros gobiernos consideran que será difícil en la práctica «distinguir esas medidas de las contramedidas en sentido estricto»[592]. Para la Argentina, las medidas transitorias «parecerían diferenciarse de las contramedidas, no en su naturaleza sino en razón del grado o en el tiempo de duración»[593]. El Reino Unido denuncia vigorosamente que la referencia a «medidas transitorias de protección» es «desafortunada pues podría sugerir un vínculo conceptual, totalmente equivocado, con la adopción de medidas transitorias en la CIJ»[594]. Los Estados Unidos ponen en duda que «al igual que las contramedidas, las medidas transitorias de protección serían ilícitas a falta de un hecho ilícito que las precipite»; en caso contrario, resultarían necesarias, pero de ser así, «no está claro cómo se podría aplicar ese término en circunstancias concretas»[595].

304. Por lo que respecta al párrafo 2 del artículo 48, incluso los gobiernos que apoyan en principio la existencia de un vínculo entre la adopción de contramedidas y el régimen de solución de controversias enunciado en la tercera parte 3, expresan dudas sobre su enunciado y su concepción. Por ejemplo, la República Checa, si bien «simpatiza con la idea de verificar, al menos *a posteriori*, la licitud de las contramedidas», considera que el párrafo 2 «instituye una relación orgánica bastante fuerte entre las partes segunda y tercera del proyecto» y por lo tanto prejuzga la cuestión del carácter vinculante de esa última parte en detrimento de las «normas de fondo sobre contramedidas»[596]. Para los Estados Unidos, el párrafo 2 «está doblemente viciado» en cuanto al sistema de arbitraje establecido en el proyecto. En primer lugar, el sistema de arbitraje vinculante que se propone en el párrafo 2 del artículo 58 «no tiene fundamento en el derecho internacional consuetudinario, no funcionaría en la práctica» y crearía «un grave desequilibrio en el

---

[583] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3. En opinión del Reino Unido, la Comisión debería limitarse al artículo 30 y omitir los artículos 47 a 50 (ibíd.).

[584] Ibíd.

[585] Ibíd. La Argentina propone que las palabras «establecer una inversión en la presunción de licitud de las contramedidas», consideradas como «un hecho meramente tolerado» por el derecho internacional; véase también A/CN.4/496, pág. 19, párr. 120, y A/CN.4/504, págs. 20 y 21, párr. 74 (nota 3 *supra*).

[586] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3. La República Checa añade que «esos requisitos tienen por objeto reducir la posibilidad de recurrir de manera prematura, y por tanto abusiva, a las contramedidas» (ibíd.). Francia estima que «la adopción de contramedidas debe estar vinculada, en la medida de lo posible, a un proceso de solución pacífica de controversias» y, junto con Austria, es también partidaria de la obligación previa de negociar (ibíd.); véase también A/CN.4/496 (nota 3 *supra*), págs. 19 y 20, párr. 121).

[587] *Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/292, observaciones sobre el artículo 48. En el mismo orden de ideas, Irlanda considera que el Estado deseoso de adoptar contramedidas «normalmente debe negociar con el Estado infractor a fin de obtener el cese del hecho ilícito y/o la reparación», pero que es improbable que los Estados estén dispuestos a «contraer una obligación más amplia antes de adoptar contramedidas» (*Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3).

[588] Alemania y los Estados Unidos; Alemania considera «absolutamente injusto obligar al Estado lesionado a agotar todos los medios de solución amistosa de la controversia antes de adoptar contramedidas (pacíficas)» (ibíd.); véase también A/CN.4/504 (nota 3 *supra*), págs. 20 y 21, párr. 74).

[589] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3.

[590] Ibíd.

[591] Ibíd. La República Checa parece también apoyar el concepto de medidas provisionales, al señalar que su suspensión «privaría de contenido a las contramedidas» (ibíd.); véase también A/CN.4/496 (nota 3 *supra*), págs. 19 y 20, párr. 121.

[592] Alemania agrega que «la nueva categoría de 'medidas transitorias de protección' podría facilitar los intentos de evitar las limitaciones a que tradicionalmente están supeditadas las represalias» (*Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3). Véase también Irlanda, que teme que la distinción pueda incluso «resultar fuente de mayor discordia entre los Estados» (ibíd.), y el Japón, que propugna una definición más clara de las medidas transitorias (véase la nota 43 *supra*); véase también A/CN.4/504 (nota 3 *supra*), pág. 21, párr. 76).

[593] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3.

[594] Ibíd.

[595] Ibíd.

[596] Ibíd.

tratamiento del Estado lesionado y del Estado autor del hecho ilícito», imponiendo al primero «un costo inaceptable»[597]. En segundo lugar, la referencia a «cualquier otro procedimiento vinculante de solución de controversias vigente» entre las partes podría interpretarse en el sentido de que «constituye consentimiento para recurrir a procedimientos de solución de controversias cuando el procedimiento existente exige que haya consentimiento mutuo»[598]. Al mismo tiempo, otro gobierno ha sugerido que aunque se desvinculara la adopción de contramedidas y del procedimiento de solución de controversias, habría que supeditar la adopción de contramedidas a que el Estado que hubiera incurrido en el acto ilícito rechazara el «ofrecimiento de llegar a un arreglo a través de un procedimiento obligatorio mediante terceros»[599].

305. Con respecto al párrafo 3, el Japón apoya la disposición, aunque considera su texto «más bien vago»; a su entender, si el procedimiento mencionado es judicial, «se debería indicar claramente»[600]. Los Estados Unidos consideran que el requisito enunciado en el párrafo 3 «podría dar lugar a más demoras y abusos por parte del Estado autor del hecho ilícito»[601].

c) *Artículo 49 (Proporcionalidad)*

306. El artículo 49 establece el requisito fundamental de proporcionalidad como condición para que una contramedida sea legítima. En particular, dispone que:

> Ninguna contramedida adoptada por el Estado lesionado deberá ser desproporcionada al grado de gravedad del hecho internacionalmente ilícito ni a los efectos de éste sobre el Estado lesionado.

307. En el comentario se describe «el principio de proporcionalidad como requisito general para la legitimidad de las contramedidas» y «un elemento crucial para determinar la licitud de una contramedida, habida cuenta del inherente riesgo de abuso resultante de la desigualdad de hecho de los Estados»[602]. La cuestión no radica en la existencia del requisito sino en el rigor con el que debe aplicarse. Esto justifica la formulación negativa del artículo 49 («ninguna contramedida […] deberá ser desproporcionada») por referencia a formulaciones en casos ya resueltos como el de *Naulilaa*[603] y el arbitraje *Accord relatif aux services aériens*[604]. Así pues, el requisito de proporcionalidad es flexible y permite tomar en consideración tanto la gravedad del hecho ilícito como sus efectos sobre el Estado lesionado[605]. En particular, no pretende:

> limitar excesivamente la capacidad del Estado para adoptar contramedidas eficaces respecto de ciertos hechos ilícitos que entrañen obligaciones *erga omnes*, por ejemplo violaciones de los derechos humanos. Al mismo tiempo, el Estado jurídicamente lesionado, en comparación con el Estado materialmente lesionado, estaría más limitado a la hora de elegir el tipo y la intensidad de las medidas que sean proporcionales al daño jurídico sufrido[606].

308. Los gobiernos que hicieron observaciones sobre el artículo 49 coinciden en que el principio de proporcionalidad de las contramedidas forma parte del derecho internacional consuetudinario[607]; para algunos, es un elemento de «importancia crucial»[608], o «uno de los requisitos fundamentales que legitiman el recurso a ellas [las contramedidas]»[609]. Algunos gobiernos se declaran preocupados por la redacción del artículo 49[610], pero ninguno pone en duda la pertinencia de la referencia al «grado de gravedad del hecho internacionalmente ilícito»[611]. La República Checa considera que el principio de la proporcionalidad «cobra más importancia, si cabe, en el caso de las contramedidas que se adoptan frente a un crimen. Las secuelas de un crimen pueden afectar en grado diverso a la comunidad de Estados y, por consiguiente, el principio de proporcionalidad debería aplicarse por separado a cada Estado lesionado»[612].

309. La cuestión planteada por los Estados respecto del artículo 49 es el eventual perfeccionamiento de la disposición agregándole otros elementos pertinentes en la determinación de la proporcionalidad. Por ejemplo, Austria, subrayando el efecto «regulatorio» propiciado por el principio de proporcionalidad, propugna el perfeccionamiento del concepto, al menos en el comentario sobre el artículo[613]. Tanto Irlanda como los Estados Unidos consideran posible definir el concepto de forma más amplia en el propio proyecto de artículo, si bien «la proporcionalidad es cuestión de aproximación, no de precisión, y

---

[597] Ibíd. Véase también A/CN.4/504 (nota 3 *supra*), pág. 21, párr. 75, donde se sugiere que el Estado que adoptara las medidas y el Estado contra el cual se adoptaran «debían tener las mismas posibilidades de recurrir a medios de solución pacífica de la controversia»; véanse asimismo las observaciones del Japón sobre el artículo 48 (nota 43 *supra*).

[598] Véase la nota 35 *supra*.

[599] A/CN.4/504 (nota 3 *supra*), pág. 21, párr. 75.

[600] Véase la nota 43 *supra*.

[601] Véase la nota 35 *supra*.

[602] *Anuario… 1995*, vol. II (segunda parte), pág. 66, párr. 2 del comentario al artículo 13 [actual art. 49].

[603] *Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique* (incidente de *Naulilaa*), Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 1028 (excluyendo «represalias totalmente desproporcionadas en relación con el acto que las motivó»). Ese caso se refería a represalias armadas y no a contramedidas en el sentido del capítulo III.

[604] *Affaire concernant l'accord relative aux services aériens du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis d'Amérique et la France*, ibíd., vol. XVIII (n.º de venta: E/F.80.V.7), pág. 444, párr. 83 («no parecen ser claramente desproporcionadas cuando se comparan con [las medidas] tomadas por Francia»).

[605] *Anuario… 1995*, vol. II (segunda parte), págs. 67 y 68, párrs. 6 a 8.

[606] Ibíd., pág. 68, párr. 9. Sin embargo, en el texto de los proyectos de artículo adoptado en primera lectura no se hace ninguna distinción entre «lesión jurídica» y «lesión material».

[607] Véase, por ejemplo, Alemania (*Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3), en referencia a la opinión consultiva de la CIJ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, C.I.J. Recueil 1996*, pág. 226 (véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996*, pág. 105), Irlanda (ibíd.), los Estados Unidos (ibíd., y A/CN.4/504 (nota 3 *supra*), págs. 20 y 21, párr. 74).

[608] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3, Austria.

[609] Ibíd., la República Checa.

[610] Ibíd. Irlanda aprueba la «formulación negativa» de la condición (ibíd.), pero «Francia propone sustituir la frase 'el grado de gravedad del hecho internacionalmente ilícito o los efectos de éste sobre el Estado lesionado' por la frase 'los efectos del hecho internacionalmente ilícito sobre el Estado lesionado, así como con su grado de gravedad» (ibíd.).

[611] Ibíd., Alemania, por ejemplo. En cambio, para los Estados Unidos, la formulación adoptada en primera lectura da «una importancia indebida» a un «vago concepto» de gravedad, que «sólo refleja un aspecto del derecho internacional consuetudinario» (ibíd.).

[612] Ibíd.

[613] Ibíd. Para Alemania, «en el contexto de la proporcionalidad habrá que considerar todos los elementos que se juzguen pertinentes en cada caso» (ibíd.).

no exige ni identidad ni equivalencia exacta para juzgar la legitimidad de una contramedida»[614]. Estos gobiernos critican en particular el hecho de que, al evaluarse la proporcionalidad, no se tiene en cuenta la finalidad de la contramedida. Aludiendo a la reciente aplicación del concepto de proporcionalidad por órganos internacionales de derechos humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Irlanda declara que «tanto el objetivo especial de la contramedida [el cese y/o la reparación] como la forma especial de la reparación deseada, de ser este el caso, pueden ser pertinentes para la cuestión de la proporcionalidad de una contramedida»[615]. Del mismo modo, para los Estados Unidos, «[e]sencialmente, proporcionalidad significa que las contramedidas deben ser adecuadas para inducir al autor del hecho ilícito a cumplir sus obligaciones conforme al derecho internacional y que las medidas adoptadas con tal fin no deberían agravar la controversia sino servir para resolverla»[616].

310. Con respecto al artículo 49 se plantean otras dos cuestiones. Irlanda pone en tela de juicio la distinción que se hace en el comentario entre una lesión jurídica y una lesión material y observa que «en muchos casos de violaciones de derechos humanos serán los nacionales del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito quienes sufrirán daños materiales», por lo que «es posible que la limitación prevista en relación con los efectos de un hecho internacionalmente ilícito y los daños jurídicos sufridos por un Estado sea demasiado restrictiva». En tales casos, «podría ser que […] la forma tradicional de interpretar la proporcionalidad de las contramedidas como relación entre un hecho ilícito y un Estado lesionado sea inadecuada»[617]. En segundo lugar, en las deliberaciones de la Sexta Comisión, se sugirió que «se considerara la cuestión de la responsabilidad de los Estados en el caso de represalias desproporcionadas con respecto a la contravención original»[618].

d) *Artículo 50 (Contramedidas prohibidas)*

311. En el artículo 50 se prohíbe la adopción de contramedidas de cinco clases. Esta disposición estipula lo siguiente:

> El Estado lesionado se abstendrá de recurrir, a modo de contramedida:
>
> *a*) A la amenaza o al uso de la fuerza, prohibidos por la Carta de las Naciones Unidas;
>
> *b*) A medidas extremas de coacción política o económica enderezadas a poner en peligro la integridad territorial o la independencia política del Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito;
>
> *c*) A cualquier comportamiento que infrinja la inviolabilidad de los agentes, locales, archivos y documentos diplomáticos o consulares;
>
> *d*) A cualquier comportamiento que vulnere derechos humanos fundamentales; o
>
> *e*) A cualquier otro comportamiento que contravenga a una norma imperativa de derecho internacional general.

312. El amplio comentario sobre el artículo 50 empieza señalando la duplicación entre el apartado *e* y los apartados *a* y *d*, que se justifican por la necesidad de evitar controversias sobre el carácter imperativo de estas normas específicas[619]. Más adelante, en el comentario se abordan las exclusiones concretas:

a) Las represalias armadas o las contramedidas en las que intervengan fuerzas armadas están expresamente excluidas por la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas[620], así como por la doctrina y la práctica modernas[621];

b) El comentario entra en más detalles para justificar la exclusión de las «medidas extremas de carácter económico o político [que] pueden tener consecuencias tan graves como las resultantes del uso de la fuerza»[622]. El problema radica, sin embargo, en que las contramedidas son por definición coercitivas y se adoptan para inducir a un Estado a hacer algo que está obligado a hacer pero que se niega a hacer. Dado que ciertas medidas extremas están excluidas por la Carta de las Naciones Unidas, es evidente que no pueden legitimarse incluyéndolas en los proyectos de artículos; en la medida en que no estén excluidas (y siempre que cumplan los otros requisitos de los proyectos de artículos, especialmente la proporcionalidad), su función es ser coercitiva. En el comentario se trata de abordar esta cuestión. Se argumenta que «si se formula en términos demasiado amplios, el apartado *b* podría equivaler a una cuasiprohibición de las contramedidas», pero se sostiene que el artículo 50 limita «la conducta prohibida a 'medidas extremas de coacción política o económica'»; además, «el término 'enderezadas' […] denota un propósito hostil o punitivo y excluye la conducta que pueda de manera remota y no intencionada poner en peligro la integridad territorial o la independencia política del Estado»[623];

c) Con respecto a la inmunidad diplomática, el comentario señala que se limita a «las normas del derecho diplomático destinadas a garantizar la seguridad física y la inviolabilidad de los agentes, los locales, los archivos y los documentos diplomáticos en todas las circunstancias, inclusive el conflicto armado»[624]. Esta protección reviste particular importancia cuando dos Estados están en conflicto, una situación que es muy probable que se dé cuando se amenaza con recurrir a contramedidas o se recurre a ellas;

d) Según el comentario, la prohibición de las contramedidas que afectan a los derechos humanos

---

[614] Ibíd. Los Estados Unidos añaden que «un grado de respuesta superior al hecho ilícito que la precipitó podría ser adecuado para hacer que el Estado autor del hecho ilícito cumpla sus obligaciones» (ibíd.); véase también Irlanda (ibíd.).

[615] Ibíd.

[616] Ibíd. En consecuencia, los Estados Unidos consideran que «la norma de la proporcionalidad debería sopesar los objetivos de las contramedidas además de la importancia del principio afectado por el hecho ilícito antecedente» (ibíd.).

[617] Ibíd.

[618] A/CN.4/504 (nota 3 *supra*), pág. 21, párr. 74.

[619] *Anuario… 1995*, vol. II (segunda parte), pág. 68, párr. 1 del comentario al artículo 14 [actual art. 50].

[620] Anexo a la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970.

[621] *Anuario… 1995*, vol. II (segunda parte), pág. 68, párr. 2, en que se cita la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, primer principio, párr. 6.

[622] *Anuario… 1995*, vol. II (segunda parte), pág. 69, párr. 5 del comentario al artículo 14 [actual art. 50].

[623] Ibíd., pág. 72, párr. 12.

[624] Ibíd., párr. 14.

fundamentales tiene su origen histórico en la prohibición de las represalias contra las personas protegidas por el derecho internacional humanitario y posteriormente se hizo extensiva a la protección que brindan a las personas las normas inderogables de derechos humanos. Sin embargo, aquí el problema radica en que por definición las contramedidas adoptadas contra un Estado no pueden permitir la violación de derechos humanos inderogables, cuyos beneficiarios son, por definición, terceros en relación con el Estado al que se aplican las contramedidas, aun cuando sean nacionales de dicho Estado. En realidad, lo importante son las «consecuencias inhumanas» que son «resultado indirecto de medidas contra el Estado autor del hecho lesivo»[625]. En el comentario se citan ejemplos de boicot y de otras medidas que excluyen los artículos encaminados a aliviar el sufrimiento humano o las actividades de asistencia humanitaria[626]. Una vez más, el problema radica en que esas exenciones no suponen necesariamente por parte del Estado lesionado una conducta legalmente requerida por las normas de derechos humanos; por más que esas exenciones se ajusten a consideraciones humanitarias, en general, las normas de derechos humanos no obligan a los Estados a permitir que sus ciudadanos o funcionarios lleven a cabo actividades humanitarias en el territorio de otros Estados. Otro argumento más convincente que justifica el apartado *d* es que las contramedidas son «una cuestión esencial entre los Estados interesados» y que esas medidas deben tener «mínimos efectos en las personas privadas a fin de evitar el castigo colectivo»[627];

e) Por último, en cuanto a la exclusión residual de conductas que vulneren otras normas imperativas, el comentario no ofrece ejemplos y señala que el apartado *e* «tal vez no sea estrictamente necesario, ya que, por definición, las normas de *jus cogens* no pueden eludirse a modo de contramedida o de otra manera». Sin embargo, la referencia a normas imperativas «aseguraría el ajuste gradual de los artículos según la evolución del derecho en esta esfera y, por tanto, sería útil»[628].

313. Los gobiernos que hicieron observaciones sobre el artículo 50 no coincidieron en la evaluación de su finalidad general y de su contenido. Por un lado, algunos países (como Irlanda y la República Checa) subrayaron que los intereses de la comunidad internacional exigían que se prohibieran determinadas categorías de contramedidas[629], y apoyaron en consecuencia las prohibiciones enumeradas «la mayoría de las cuales forman parte del *jus cogens*»[630]. Si bien no estaba de acuerdo con algunos elementos concretos de la lista, Irlanda señaló en particular que «en los últimos decenios se ha ido reconociendo cada vez más que determinados tipos de conducta de un Estado deben prohibirse en todas las circunstancias, por lo que lógicamente no deben permitirse ni siquiera para responder a un hecho lesivo de otro Estado»[631]. Por otro lado, algunos gobiernos estimaron que, en general, el artículo 50 no reflejaba la práctica de los Estados ni el derecho internacional consuetudinario[632]. Entre otros países, Singapur criticó el artículo 50 por considerar que «no se aborda la cuestión esencial relativa a saber si las medidas que se adopten deben guardar relación o tener algún nexo con el derecho lesionado»[633]. Los Estados Unidos lo consideraron «innecesario» en la medida en que el principio de proporcionalidad establecido en el proyecto de artículo 49 limitaría en general «las contramedidas que pueden adoptarse y, en la mayoría de los casos, impediría adoptar las contramedidas enumeradas en el proyecto de artículo 50»[634]. A este país también le preocupaba que la disposición «puede añadir varios niveles de normas sustantivas a los regímenes vigentes sin clarificar ni las normas concretas aplicables ni el derecho de la responsabilidad de los Estados», citando como ejemplo las reglas sobre las relaciones diplomáticas y consulares[635].

314. El apartado *a* no ha sido objeto de muchas observaciones por parte de los gobiernos, si bien Francia considera que su redacción resulta «extraña» y sugiere un enunciado basado en el artículo 52 de la Convención de Viena de 1969[636]. Recordando que, de conformidad con la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, los Estados tienen el deber de abstenerse de actos de represalia que impliquen el uso de la fuerza, Irlanda «está plenamente de acuerdo con las limitaciones de las contramedidas que se especifican» en este apartado, que «implícitamente reconoce el papel de las Naciones Unidas y de sus órganos en esa esfera»[637].

315. Las opiniones sobre el apartado *b*, en cambio, están divididas. Entre sus partidarios figuran, al menos implícitamente, los Estados que critican en general la adopción de contramedidas por estimar que favorecen «a los Estados más poderosos y [pueden] socavar todo sistema sustentado en la igualdad y la justicia»[638]. Según sostiene Singapur:

> Un Estado económica o políticamente más poderoso ha de estar en mejor posición de imponer contramedidas eficaces que los Estados más débiles, en especial los Estados en desarrollo y los Estados menos adelantados. Análogamente, las repercusiones de las contramedidas aplicadas contra Estados más débiles serán, en general, mucho más perjudiciales que en el caso de Estados más poderosos[639].

---

[625] Ibíd., pág. 74, párr. 20.

[626] Ibíd., pág. 75, párr. 21.

[627] Ibíd., párr. 22.

[628] Ibíd., pág. 76, párr. 26.

[629] A/CN.4/496 (nota 3 *supra*), pág. 19, párr. 121.

[630] Anuario… 1998, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3, la República Checa. Del mismo modo, Irlanda «apoya firmemente las limitaciones sustantivas que se pormenorizan en el proyecto de artículo 50 con respecto a las medidas que pueden adoptarse lícitamente como contramedidas» (ibíd.). Dinamarca, en nombre de los países nórdicos, sería partidaria de mantener en el texto una disposición sobre las contramedidas prohibidas «tal como se hace en el proyecto de artículo 50» (ibíd.).

[631] Ibíd.

[632] Ibíd., los Estados Unidos añaden que la prohibición «puede contribuir a agravar las controversias en vez de solucionarlas»; véase también Singapur (ibíd.) y A/CN.4/496 (nota 3 *supra*), pág. 19, párr. 120.

[633] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3; véase también Estados Unidos (ibíd.).

[634] Ibíd.

[635] Ibíd.; el Reino Unido afirma que las limitaciones establecidas en el artículo 50 «no son satisfactorias» (ibíd.)

[636] Ibíd. El enunciado propuesto sería el siguiente: «A la amenaza o al uso de la fuerza en violación de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas».

[637] Ibíd. Véase también A/CN.4/504 (nota 3 *supra*), pág. 21, párr. 74, donde se subraya que «las contramedidas armadas [están] prohibidas en virtud del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, que [ha] pasado a ser una norma consuetudinaria de derecho internacional».

[638] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3, Singapur; véase también la Argentina (ibíd.), y A/CN.4/496 (nota 3 *supra*), pág. 19, párr. 120.

[639] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3.

Por otra parte, otros gobiernos están muy en contra de este apartado. Francia considera que carece de base en el derecho consuetudinario, por lo que debería suprimirse[640]. El Japón teme que «queden prohibidas prácticamente todas las contramedidas»[641]. Tanto el Reino Unido como los Estados Unidos critican el apartado por considerar que está redactado en términos vagos y subjetivos[642], y el Reino Unido agrega que «si el hecho ilícito que se hubiera cometido originalmente fuera la aplicación de 'medidas extremas de coacción política o económica' al Estado lesionado, es difícil entender por qué ese Estado no puede reaccionar de la misma manera contra el Estado que ha cometido el hecho ilícito»[643]. Irlanda y Suiza son más partidarias del apartado. Para Irlanda, la práctica de los Estados respalda este texto, si bien duda «de que exista un acuerdo universal sobre la prohibición de esa conducta en todas las circunstancias»; por lo tanto, la disposición es *de lege ferenda*[644]. Además, cree que «conviene establecer este tipo de limitaciones para la adopción de contramedidas», aunque el término «extremas» sea impreciso. En opinión de Irlanda, podría centrarse la atención en la protección de «los intereses vitales de la población de un Estado que hubiera cometido un hecho lesivo, a diferencia de los intereses vitales del propio Estado»; en particular, considera que no sería conveniente que las contramedidas «privaran a la población de un Estado de sus medios de subsistencia»[645]. En el mismo orden de ideas, Suiza se pregunta por qué la prohibición enunciada en el apartado *b* no se hace extensiva a otras formas de coacción, «por ejemplo, las que afectan al medio ambiente» y sugiere que se supriman las palabras «política o económica»[646].

316. Sobre el apartado *c* se han hecho pocas observaciones. Irlanda considera que es también *de lege ferenda*, en la medida en que la inviolabilidad de los agentes y locales, archivos y documentos diplomáticos y consulares puede no existir «en todas las circunstancias»; no obstante, Irlanda apoya decididamente la disposición, señalando que

> para responder a un hecho lesivo de otro Estado. Irlanda observa con agrado que la Comisión ha intentado establecer limitaciones reconocidas a las contramedidas legítimas para sentar una base, y en general apoya la lista de conductas prohibidas. Sin embargo, Irlanda no está de acuerdo con todos los elementos de esa lista, y más adelante abordará cada una de las categorías de esas conductas[647].

Del mismo modo, los Estados Unidos apoyan enérgicamente el apartado *c* que, sin embargo, «no debe interpretarse erróneamente que […] impide adoptar medidas fundadas en el principio de reciprocidad»[648].

317. El apartado *d* plantea un debate similar al del apartado *b*. Para algunos Estados, su texto, especialmente las palabras «derechos humanos fundamentales», no está claramente definido[649], y puede crear problemas «pues hay poco o nulo acuerdo en cuanto a cuáles son los 'derechos humanos fundamentales'»[650]. El Reino Unido lo considera también «difícil de entender y de una amplitud inaceptable», aunque «parece comprensible». Observando que «la mayoría de las contramedidas no se dirigen a los individuos, sino que son medidas que un Estado toma contra otro Estado», el Reino Unido se pregunta «cómo una contramedida en el sentido que se conoce del término puede llegar a convertirse en 'comportamiento que vulnere' derechos fundamentales» o incluso «otros derechos humanos generalmente reconocidos». En su opinión, el apartado *d* plantea cuestiones de derecho sustantivo, lo cual confirma que en los proyectos de artículo no se debería intentar «regular de forma detallada» las contramedidas[651]. Por otra parte, Irlanda «está de acuerdo, en líneas generales, con la limitación» relativa a los derechos humanos fundamentales. Al igual que otros gobiernos, Irlanda considera que la expresión «derechos humanos fundamentales» es «demasiado general e imprecisa», pero cree «posible determinar cuáles son los derechos humanos fundamentales» que no pueden vulnerarse, ni siquiera en época de guerra u otra situación de emergencia pública. A este respecto, Irlanda menciona el «alto grado de concordancia» entre los diversos tratados de derechos humanos respecto de los derechos que no pueden vulnerarse[652]. Remitiéndose concretamente al artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Irlanda sugiere que la lista que figura en dicho tratado sea incluida en el proyecto de artículo 50. Por consiguiente, recomienda que se prohíban expresamente las contramedidas que impliquen:

> una excepción respecto de cualquiera de los derechos especificados en el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto […], así como las contramedidas que sean discriminatorias por cualquiera de los fundamentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 4[653].

318. Irlanda propone que se suprima el apartado *e*. Si bien, en su opinión, «hay amplia aceptación del concepto de norma imperativa de derecho internacional general, no existe el mismo grado de consenso respecto de la determinación y formulación de normas específicas» y, por lo tanto, la disposición no puede ser suficientemente específica[654]. Del mismo modo, los Estados Unidos señalan que «es difícil determinar cuáles son las normas imperativas, con excepción de las relativas al genocidio, la esclavitud y la tortura»[655], y Francia también es partidaria de que se suprima el apartado, de acuerdo con su visión actual del

---

[640] Ibíd.

[641] *Anuario… 1999* (véase la nota 43 *supra*), comentarios al artículo 50.

[642] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3. Para el Reino Unido, «no hay una forma evidente de abordar la definición de medidas 'extremas'».

[643] Ibíd.

[644] Ibíd.

[645] Ibíd. Véase también Singapur que considera «irónico» que una contramedida pueda causar sufrimiento a una población «que ya puede estar sufriendo, por otra parte, bajo un régimen represivo» (ibíd.).

[646] Ibíd.

[647] Ibíd.

[648] Ibíd.

[649] El Japón, que recomienda la supresión del apartado si no puede definirse más claramente (*Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/498 y Add.1 a 4, observaciones sobre el artículo 50).

[650] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3, los Estados Unidos.

[651] Ibíd. El Reino Unido señala también que algunas cuestiones abordadas en el comentario (como la exclusión de los embargos comerciales de los «artículos de primera necesidad y los destinados a fines humanitarios») son actualmente objeto de controversia en el Consejo de Seguridad y en la Asamblea General.

[652] Ibíd.

[653] Ibíd.

[654] Ibíd.

[655] Ibíd.

concepto de *jus cogens*[656]. En cambio, se ha sugerido que la Comisión examine «las medidas adoptadas en los últimos años contra los Estados 'parias' culpables de violar las normas fundamentales del derecho internacional»[657].

319. Por último, Francia, tratando de destacar el «carácter condicional y transitorio» de las contramedidas, propone un nuevo artículo 50 *bis* relativo al cese de las contramedidas con el siguiente texto:

> Las contramedidas deberán terminar no bien se hayan cumplido las obligaciones vulneradas y el Estado lesionado haya obtenido una reparación íntegra[658].

3. Refundición de las disposiciones relativas a las contramedidas adoptadas por un Estado lesionado

320. En este contexto, cabe examinar cinco cuestiones básicas, que son las siguientes:

a) La definición de contramedidas;

b) Las obligaciones no sujetas al régimen de contramedidas;

c) Las condiciones para adoptar y mantener contramedidas;

d) La cancelación de contramedidas;

e) La formulación del artículo 30.

A continuación se trata cada una de esas cuestiones.

a) *Definición de contramedidas*

321. Como ya se ha señalado, el artículo 47 es una disposición híbrida que «define» las contramedidas adoptadas por un Estado lesionado y limita el alcance de las contramedidas especificando que no pueden afectar a los derechos de terceros Estados[659]. Ese artículo ha suscitado un número considerable de observaciones y propuestas de los gobiernos, a quienes preocupa el carácter dual de los proyectos de artículos sobre las contramedidas. Su inclusión en la segunda parte (o la segunda parte *bis*) se justifica porque las contramedidas son un medio —a veces el único—para inducir al Estado responsable a cumplir con sus obligaciones de cese y reparación y, como tales, están permitidas por el derecho internacional. Pero la atención se centra en la reglamentación de las contramedidas y lo que mayormente preocupa a los gobiernos, es decir, el posible abuso de las contramedidas. La poca elegancia de la «definición» de las contramedidas en el artículo 47 se debe a que la Comisión no estaba dispuesta a decir, en pocas palabras, que las contramedidas que cumplen los requisitos especificados son una respuesta lícita (o «legítima») a la violación de una obligación internacional. Es del todo apropiado tratar de impedir que se abuse de las contramedidas, pero esto es un efecto necesario de su inclusión en el texto, no su razón de ser.

322. Paradójicamente, algunas de las preocupaciones sobre el alcance de las contramedidas permitidas y sobre el carácter híbrido del artículo 47 podrían resolverse con un enunciado más directo. Lo esencial es que las contramedidas, que son por definición medidas que de otro modo violarían las obligaciones del Estado lesionado frente al Estado responsable, son sólo legítimas o están sólo permitidas en las relaciones entre esos dos Estados, es decir, en un sentido relativo[660]. Si el artículo 47 lo dice así, es sólo implícitamente, y las referencias del artículo 47, párr. 3 a las violaciones de obligaciones frente a terceros Estados y las referencias del artículo 50, apdo. *d* a las violaciones de derechos humanos tienden a oscurecer aún más la cuestión. Más que una definición, el artículo 47 podría concebirse como una afirmación del derecho del Estado lesionado a adoptar contramedidas contra un Estado responsable con los fines y requisitos especificados en los artículos pertinentes[661].

323. Pero aún subsisten problemas en la forma en que se conciben las contramedidas, de los cuales deben mencionarse dos en particular. El primero es la relación entre el incumplimiento de una obligación y la suspensión de dicha obligación. El segundo es la cuestión del alcance esencial de las contramedidas; ¿deben verse en sentido amplio (como parece desprenderse del artículo 47) o deben limitarse de algún modo, ya sea con una referencia a contramedidas «recíprocas» (adoptadas en relación con la misma obligación o con otra obligación estrechamente vinculada a la primera) o al menos con una referencia a algún criterio de revocabilidad.

i) *Las contramedidas y la suspensión de obligaciones, especialmente las que se derivan de tratados*

324. A veces han surgido dificultades a causa de la confusión (tal vez comprensible) entre la adopción de contramedidas, que de otro modo sería una violación de una obligación internacional, y la suspensión de una obligación. Los académicos han subrayado las notables limitaciones que impone la Convención de Viena de 1969 en lo relativo a la suspensión de tratados y se han preguntado de qué modo pueden eludirse tales limitaciones al adoptarse contramedidas[662]. Por deducción, la adopción de contramedidas se considera equivalente a la suspensión de una obligación. La CIJ parece haber hecho suya esta posición en el caso *Projet Gabčikovo-Nagymaros*, donde resolvió lo siguiente:

> La Corte no puede aceptar el argumento de Hungría por el que sostiene que en 1989, al suspender y posteriormente abandonar las obras de las que aún era responsable en Nagymaros y en Dunakiliti,

---

656 Ibíd.

657 A/CN.4/496 (nota 3 *supra*), pág. 19, párr. 121.

658 Véase la nota 35 *supra*.

659 Véanse los párrafos 271 a 275 *supra*.

660 Según las palabras de la CIJ en el caso *Projet Gabčikovo-Nagymaros*, las contramedidas deben estar «dirigidas contra» el Estado responsable (*C.I.J. Recueil 1997* (nota 18 *supra*), pág. 55, párr. 83).

661 En consecuencia, la cuestión del efecto frente a terceros Estados puede abordarse en el contexto del artículo 50. La definición de las contramedidas excluye de por sí las medidas dirigidas contra terceros Estados. Se trata en realidad de qué *consecuencias* pueden tener las contramedidas para los terceros Estados. Véanse los párrafos 348 y 349 *infra*.

662 En efecto, los tratados sólo pueden suspenderse total o parcialmente por incumplimiento «material», pero el requisito primordial para la adopción de contramedidas no es la materialidad sino la proporcionalidad; véase, por ejemplo, Greig, *loc. cit.*, pág. 359, que considera la suspensión de tratados como un recurso y argumenta que las limitaciones enunciadas en los artículos 42, párr. 2 y 60 de la Convención de Viena de 1969 resultan «letra muerta» si se admiten contramedidas por violaciones no materiales.

no suspendió por ello la aplicación del Tratado de 1977 propiamente dicho ni lo rechazó. La actitud de Hungría en aquel momento sólo puede interpretarse como una expresión de su renuencia a cumplir con al menos algunas de las disposiciones del Tratado y del Protocolo del 6 de febrero de 1989, especificadas en el plan contractual conjunto. A consecuencia de la actitud de Hungría resultó imposible llevar a cabo el sistema de obras que el Tratado había calificado expresamente de «único e indivisible»[663].

Es evidente que Hungría demostró no estar dispuesta a cumplir con algunas de las disposiciones del Tratado a partir de 1989, al suspender las obras requeridas por el mismo; también resulta obvio que, una vez consideradas jurídicamente insuficientes las razones aducidas por Hungría para justificar su actitud, esta denegación implicaba su responsabilidad por incumplir precisamente esas disposiciones. También es posible que lo que en realidad pretendía hacer Hungría en 1989-1990 (aunque nunca lo dijo explícitamente) era suspender las partes del Tratado que desaprobaba. Pero está claro que existe una diferencia jurídica entre la suspensión de un tratado y el hecho de negarse (con o sin justificación) a cumplirlo. La suspensión de un tratado (o de una parte disociable de un tratado), en caso de estar jurídicamente fundada, deja el tratado en una situación precaria, ya que, mientras está suspendido y hasta que no se adopten medidas para darle de nuevo vigencia, deja de constituir una regla jurídica aplicable para las partes[664]. En cambio, una conducta que no se ajusta a la letra de un tratado vigente, si se justifica como contramedida, no acarrea la suspensión del tratado; el tratado sigue siendo aplicable y la parte que adopta contramedidas debe continuar justificando su incumplimiento remitiéndose a los criterios para adoptar contramedidas (necesidad, proporcionalidad, etc.), mientras siga incumpliendo el tratado. Las contramedidas no son un motivo más fundado que la necesidad para suspender un tratado[665].

325. Existe pues una clara distinción entre las medidas adoptadas en el marco del derecho de los tratados (codificado en la Convención de Viena de 1969) y las conductas que plantean cuestiones de responsabilidad estatal (no incluidas en el ámbito de dicha Convención). El derecho de los tratados trata esencialmente sobre el contenido de reglas primordiales y la validez de los intentos de alterarlas; el derecho de la responsabilidad asume la existencia de las reglas primordiales (ya sean reglas basadas en tratados o de otro tipo) y se ocupa de la cuestión de si puede excusarse una conducta que no se ajuste a tales reglas y, en caso negativo, de las consecuencias de tal conducta. Así pues, es coherente aplicar las reglas de la mencionada Convención relativas a la materialidad del incumplimiento y a la disociabilidad de disposiciones de un tratado al abordar los problemas de la suspensión, al tiempo que se aplican las reglas propuestas en los proyectos de artículos en cuanto a la proporcionalidad, por ejemplo, al abordar la cuestión de las contramedidas.

ii) *El alcance de las contramedidas*

326. Según el artículo 47, por «adopción de contramedidas se entiende que el Estado lesionado no cumple con una o varias de sus obligaciones para con el Estado autor de un hecho internacionalmente ilícito». Es cierto que los proyectos de artículos limitan las contramedidas de varios modos: *a*) con el requisito de que la adopción de contramedidas sea «necesaria» para asegurar el cumplimiento de las obligaciones secundarias de cese y reparación; *b*) imponiendo ciertos requisitos de forma y de procedimiento para la adopción y el mantenimiento de contramedidas, en particular la proporcionalidad, y *c*) excluyendo por completo ciertas medidas (especialmente las que implican el uso de la fuerza o la violación de derechos humanos fundamentales). Aun así, el artículo 47 regula las contramedidas en términos sumamente amplios. Un Estado que incaute los bienes de otro Estado o que destruya su embajada «no cumple con una o varias de sus obligaciones para con el Estado autor de un hecho internacionalmente ilícito». No obstante, parece difícil justificar esas medidas con el argumento de que sirven para garantizar el cumplimiento de las obligaciones secundarias del Estado al que se aplican las medidas.

327. Un concepto que propuso inicialmente el Relator Especial, Sr. Riphagen, para limitar la amplitud de las contramedidas es el de «contramedidas recíprocas»[666]. Esas contramedidas suponían la suspensión del cumplimiento de obligaciones frente al Estado responsable «si tales obligaciones corresponden a la obligación violada o están directamente relacionadas con ella»[667].

328. El concepto de contramedidas recíprocas tiene cierta fuerza visceral, asociada con el instinto de desquite, además de la idea de que un Estado que haya hecho algo a otro Estado no puede quejarse si es objeto de la misma medida o de la violación de la misma obligación. Pero se han formulado serias objeciones respecto del concepto de las contramedidas recíprocas como condición que limita la adopción de contramedidas[668]. Estas objeciones pueden resumirse como sigue: en primer lugar, es evidente que las contramedidas recíprocas requieren que el Estado lesionado esté en condiciones de imponer al Estado responsable las mismas medidas o medidas análogas, y esta posibilidad es básicamente fortuita. Por ejemplo, el Estado A puede no estar en condiciones de incautar los bienes del Estado B en su territorio (como represalia por la incautación de sus bienes por el Estado B) si el Estado B no tiene bienes en el territorio del Estado A. En segundo lugar, el concepto de contramedidas recíprocas presupone la reciprocidad de las obligaciones internacionales, lo cual no es necesariamente así; por ejemplo, la obligación puede ser de carácter unilateral, o es posible que el Estado A ya haya cumplido de forma irrevocable la parte que le corresponde de su obligación. En tercer lugar, muchas medidas pueden verse descartadas por razones de orden público y humanidad, aunque se sea víctima de una acción similar; por ejemplo, si el Estado A expulsa arbitrariamente de su territorio a los nacionales del Estado B,

[663] *C.I.J. Recueil 1997* (nota 18 *supra*), pág. 39, párr. 48.

[664] Véase la Convención de Viena de 1969, art. 72. La Convención no especifica cómo puede darse de nuevo aplicabilidad a un tratado suspendido ni si para ello es preciso el consentimiento de las partes o un acto unilateral del Estado que suspendió el tratado y, de ser así, las circunstancias pertinentes. Véase, no obstante, el artículo 72, párr. 2.

[665] Como afirmó la CIJ (ibíd., pág. 63, párr. 101).

[666] *Anuario… 1985*, vol. II (primera parte), pág. 11, documento A/CN.4/389. Véase también *Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/498 y Add.1 a 4, párrs. 325, 361 y 385.

[667] *Anuario… 1985*, vol. II (primera parte), pág. 11, documento A/CN.4/389, pág. 11, art. 8. El Sr. Riphagen también previó las «medidas de represalia» con las que se suspendía el cumplimiento de otras obligaciones no relacionadas con la obligación pertinente, aunque sujetas a una condición de reciprocidad (formulada en términos vagos) (ibíd., pág. 11, art. 9).

[668] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 73, párr. 1 del comentario al artículo 47.

tal medida no justifica que el Estado B haga lo propio con los ciudadanos del Estado A. El concepto de contramedidas recíprocas (adoptado como limitación del derecho a tomar contramedidas) animaría al Estado responsable a adoptar medidas radicales a las que el Estado lesionado no estuviera dispuesto a recurrir.

329. Sin embargo, esta conclusión (a la que llegó la Comisión en primera lectura) no pone fin al debate. Es más probable que las contramedidas cumplan los requisitos de necesidad y proporcionalidad si se adoptan en relación con la misma obligación o con una obligación conexa, como en el caso *Accord relatif aux services aériens*[669]. Si un Estado sale del contexto inmediato de una disputa, tanto si se trata de servicios aéreos o de acceso a los puertos del país para otro Estado, e impone medidas en otro ámbito, corre el peligro de exacerbar el conflicto en vez de resolverlo. Es preciso hablar de la presunción a favor de contramedidas recíprocas, que podría expresarse por ejemplo mediante una disposición en virtud de la cual se considerara no proporcional toda medida adoptada con respecto a obligaciones no conexas si existiera la posibilidad razonable de adoptar contramedidas recíprocas. Pero habría dificultades para determinar lo que sería una «posibilidad razonable» con este fin y, en resumidas cuentas, el Relator Especial considera que el vínculo entre reciprocidad y proporcionalidad puede exponerse con suficiente claridad en el comentario.

330. Queda así pendiente la cuestión de determinar si debe limitarse más el alcance de las contramedidas, aun cuando no sean estrictamente recíprocas. En el caso *Projet Gabčikovo-Nagymaros*, la CIJ resolvió que toda contramedida debía ser «revocable». Tras llegar a la conclusión de que «la desviación del Danubio llevada a cabo por Checoslovaquia no era una contramedida lícita porque no era proporcional», la Corte dictaminó:

> Por consiguiente, no es preciso invocar otra condición para la licitud de una contramedida, a saber que su finalidad debe ser inducir al Estado autor del hecho ilícito a cumplir con sus obligaciones en virtud del derecho internacional y que por lo tanto la medida debe ser revocable[670].

El problema consiste en que, si bien una medida puede ser revocable (el embargo sobre los bienes puede levantarse, los servicios de aviación civil pueden reanudarse), muy raras veces serán del todo reversibles los efectos que tuvo la medida durante su aplicación, habida cuenta de las pérdidas que habrán sufrido el Estado objeto de las medidas y terceros. Por ejemplo, la compañía aérea afectada por la suspensión de un acuerdo de servicios aéreos habrá perdido ingresos, y si estaba al borde de la insolvencia, puede haber tenido que ser liquidada. Sin embargo, nunca se ha sugerido que los Estados que apliquen con éxito contramedidas deban indemnizar a quienes hayan sufrido pérdidas a consecuencia de las contramedidas; de exigirse tal compensación, en muchos casos no llegarían a adoptarse contramedidas[671].

331. No obstante, el concepto de revocabilidad tiene solidez. La característica de las contramedidas es que son instrumentos o medios que se utilizan para lograr un determinado resultado (el cumplimiento por parte del Estado objeto de las contramedidas de sus obligaciones internacionales de cese y reparación) y que sólo se justifican si son necesarias para lograr ese fin. Todo daño irreparable causado al Estado objeto de las contramedidas que ha incumplido una obligación internacional frente al Estado lesionado supondría un castigo o una sanción por incumplimiento y no una contramedida como se entiende en los proyectos de artículos. Lo difícil es cómo reflejar esa idea. En vez de hablar de revocabilidad, parece suficiente para ello que en el artículo 47, párr. 2, se definan las contramedidas como conducta que deja en suspenso una obligación frente al Estado objeto de las contramedidas[672]. De este modo se indicará claramente que la contramedida no debe impedir la reanudación del cumplimiento; este requisito puede especificarse con mayor detalle en los comentarios.

iii) *Otros aspectos del artículo 47*

332. Otros aspectos de la formulación del artículo 47 son menos controvertidos. Es evidente que las contramedidas sólo pueden adoptarse teniendo en cuenta las condiciones y restricciones enunciadas en los artículos subsiguientes. No cabe duda de que esta afirmación es necesaria, pero no hace falta que figure sola en un párrafo. También es evidente que en virtud de los proyectos de artículos las contramedidas son un medio para cumplir un objetivo y no un instrumento punitivo. Sólo pueden adoptarse con el fin de inducir al Estado responsable a cumplir con sus obligaciones de cese y reparación. Por consiguiente, es necesario que el Estado lesionado, antes de recurrir a las contramedidas, inste al Estado responsable a cumplir sus obligaciones, tras lo cual sólo podrán aplicarse las contramedidas si el Estado responsable no cumple con sus obligaciones o si se niega a hacerlo[673]. La circunstancia de necesidad que justifica las contramedidas se plantea, no por el incumplimiento en sí sino por el subsiguiente incumplimiento de esas obligaciones. Obviamente, a fin de determinar tal incumplimiento, el Estado responsable debe haber instado previamente al otro Estado a cumplir con sus obligaciones.

333. El Relator Especial propone más abajo una versión del artículo 47 que se ajusta a estas conclusiones[674].

b) *Obligaciones no sujetas al régimen de contramedidas*

334. En el actual artículo 50 (Contramedidas prohibidas) se combinan muy diversas prohibiciones[675]. Algunos apartados tienen la finalidad de excluir por completo ciertos tipos de contramedidas (apdos. *a*, *c* y *e*). Al menos uno

---

[669] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (véase la nota 604 *supra*), pág. 417.

[670] *C.I.J. Recueil 1997* (véase la nota 18 *supra*), págs. 56 y 57, párr. 87.

[671] Por supuesto, cabe hacer una distinción entre las personas cuyos derechos frente al Estado lesionado son menoscabados por una contramedida y las que se ven indirectamente afectadas por tal medida. Es posible que un embargo comercial contra el Estado B afecte también a terceros que comercian con dicho Estado, pero no es lo mismo que si el embargo comercial fuera dirigido directamente contra esos terceros.

[672] A este respecto, el Relator Especial propone que se empleen los términos utilizados por el Sr. Riphagen en su sexto informe (*Anuario… 1985*, vol. II (primera parte), págs. 10 y 11, documento A/CN.4/389).

[673] En el caso *Projet Gabčikovo-Nagymaros* (*C.I.J. Recueil 1997* (nota 18 *supra*), pág. 56, párr. 84), la CIJ sostuvo que «el Estado lesionado debe haber instado al Estado que ha cometido un hecho ilícito a poner fin a su conducta ilícita o a repararla».

[674] Véase el párrafo 367 *infra*.

[675] Véanse el texto y los comentarios del artículo 50 en los párrafos 289 a 297 *supra*.

de ellos (apdo. *b*) se refiere al efecto de las contramedidas y dispone que éstas no pueden prever ciertas formas «extremas de coacción». Uno de los apartados (apdo. *d*, que excluye los comportamientos que vulneren «derechos humanos fundamentales») se inspira en ciertas prohibiciones bien implantadas de las represalias en cuestiones de derecho internacional humanitario, pero también plantea la cuestión de si no debe abordarse por separado el efecto de las contramedidas que vulneren indirectamente derechos humanos fundamentales. No obstante, parece mejor y más claro distinguir entre las obligaciones que no pueden ser suspendidas mediante contramedidas y las obligaciones que deben respetarse al adoptar este tipo de medidas, es decir, entre la cuestión que motiva las contramedidas y su efecto. Sería útil dividir el artículo 50 en dos artículos, uno relacionado con el artículo 47 que abordara la primera cuestión y otro que abordara la segunda.

i) *Contramedidas con uso de la fuerza*

335. Sobre el tema de las contramedidas, la primera exclusión no controvertida es la de las contramedidas con uso de la fuerza (actual art. 50, apdo. *a*). Las reglas relativas al uso de la fuerza por los Estados en las relaciones internacionales son las reglas primordiales que figuran en la Carta de las Naciones Unidas, o que se mencionan en ella, junto con, tal vez, otras reglas respaldadas por la práctica internacional de aceptación general. En la medida en que esas reglas figuran en la Carta, adquieren máxima relevancia en virtud del Artículo 103; en cualquier caso, muchas opiniones concuerdan en que si hay reglas de derecho internacional con carácter imperativo, son sin duda éstas. Si se hace una distinción entre obligaciones primarias y secundarias, estas reglas son primarias; los proyectos de artículos no tienen la finalidad de detallarlas o ampliarlas con reglas secundarias, aunque sea posible[676]. Pero en cualquier caso no existe en el derecho internacional moderno ningún fundamento en el que se puedan basar las contramedidas con uso de la fuerza que prohíbe la Carta.

336. Queda pues la cuestión del enunciado del apartado *a* del artículo 50. Francia propone un nuevo texto basado en el artículo 52 de la Convención de Viena de 1969[677]; este texto representa una mejora, pero requiere algún reajuste para tener en cuenta la concepción propuesta consistente en que el artículo 50 excluya ciertas obligaciones, *a priori*, como posibles motivos de adopción de contramedidas. En consecuencia, el apartado *a* del artículo 50 debería excluir del régimen de las contramedidas las obligaciones relacionadas con la amenaza o el uso de la fuerza, prohibidos por la Carta de las Naciones Unidas.

ii) *Obligaciones mínimas necesarias para mantener la inviolabilidad diplomática y consular*

337. La segunda exclusión, enunciada en el artículo 50, apdo. *c*, se refiere al «comportamiento que infrinja la inviolabilidad de los agentes, locales, archivos y documentos diplomáticos o consulares». A diferencia de lo que ocurre con el apartado *a*, aquí se trata de un problema funcional. La cuestión no radica en que la inviolabilidad diplomática y consular sea una norma imperativa que no se puede vulnerar. El apartado *c* trata más bien de mantener el nivel básico de comunicación diplomática entre los dos Estados en momentos en que, por definición, sus relaciones pueden ser muy tensas. También trata de evitar la situación en que el personal y los locales diplomáticos puedan convertirse de hecho en posibles rehenes permanentes susceptibles de contramedidas. En este contexto, cobran importancia las observaciones de la CIJ en el caso *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*. La Corte señaló que ni siquiera las presuntas actividades delictivas de los Estados Unidos contra la República Islámica del Irán habrían justificado conculcaciones de la inviolabilidad diplomática y consular: «el propio derecho diplomático prevé los medios necesarios de defensa y las sanciones en caso de actividades ilícitas llevadas a cabo por miembros de misiones diplomáticas o consulares»[678]. La Corte calificó las reglas del derecho diplomático de «régimen autónomo» y estimó que «el principio de la inviolabilidad de los agentes diplomáticos y de los locales de las misiones diplomáticas [era] uno de los fundamentos de este régimen ya establecido»[679]. Evidentemente, la Corte no previó que la violación de alguna otra obligación internacional pudiera constituir una justificación o excusa para la vulneración de la inviolabilidad.

338. Cabe señalar que ningún gobierno ha propuesto la supresión del apartado *c* del artículo 50[680]. Es cierto que, como observó un gobierno, esa inviolabilidad puede no existir «en todas las circunstancias»[681]; no obstante, habría que explicar en el comentario que lo que se preserva es precisamente la obligación de respetar la inviolabilidad ente los dos Estados de conformidad con las reglas aplicables de derecho internacional, totalmente sin perjuicio, claro está, de los derechos que tiene el Estado receptor en virtud de esas reglas (por ejemplo, el derecho a revocar la autorización de la misión, a declarar *persona non grata* a su personal, o a imponer restricciones recíprocas de libertad de movimiento). Otro Estado planteó la cuestión de si cabía deducir que la inviolabilidad del personal y los locales diplomáticos y consulares podía ser objeto de contramedidas recíprocas, es decir, si la detención de personal diplomático o la ocupación de locales diplomáticos del Estado A podía justificar que el Estado A procediera a adoptar medidas similares con el personal y los locales del Estado B[682]. Pero no parece existir ningún caso reciente de infracciones de la inviolabilidad diplomática o consular (y no de otras prerrogativas) que hayan justificado la adopción de contramedidas, e independientemente de la opinión categórica ya mencionada de la CIJ, no parece conveniente instituir un sistema de esta índole exclusivamente para los fines del apartado *c*. Ese apartado debería mantenerse en su forma actual.

---

[676] Entre estas reglas figuran, siempre que aún estén reconocidas por el derecho internacional, las reglas relativas a las represalias bélicas, que son reglas primarias en relación con los actos permisibles en un conflicto armado, y no reglas secundarias de responsabilidad.

[677] Véase el párrafo 314 *supra.*

[678] *C.I.J. Recueil 1980* (véase la nota 65 *supra*), pág. 38, párr. 83, donde se hace referencia, entre otras cosas, al artículo 9 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

[679] Ibíd., pág. 40, párr. 86.

[680] Véase el párrafo 294 *supra*.

[681] Véase la nota 35 *supra*.

[682] Véase el párrafo 294 *supra*, donde figura la observación hecha al respecto por los Estados Unidos, y véanse los párrafos 327 a 329 *supra* en que se examinan las contramedidas recíprocas.

iii) *Obligaciones en materia de solución de controversias*

339. Otra necesidad funcional en momentos de conflicto entre Estados es la de mantener en vigencia todas las disposiciones existentes para la solución de controversias. Tal como señaló la CIJ en el caso *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* en relación con un tratado bilateral de amistad, «ninguna presunta violación del tratado por cualquiera de las partes podría impedir que esa parte invocara las disposiciones del tratado relativas a la solución de controversias»[683]. Si bien esto no figura en el artículo 50, está implícito en el artículo 48, párr. 2 en virtud del cual el Estado lesionado debe cumplir las disposiciones de cualquier «procedimiento […] de solución de controversias vigente» entre ese Estado y el Estado objeto de las contramedidas. No obstante, es conveniente decir explícitamente en el artículo 50 que no podrá suspenderse una obligación relativa a la solución de controversias a modo de contramedida.

iv) *Obligaciones derivadas del derecho de los derechos humanos y del derecho humanitario*

340. El apartado *d* del artículo 50 excluye las contramedidas que supongan «cualquier comportamiento que vulnere derechos humanos fundamentales». Como dijo un gobierno[684], esta exclusión plantea una dificultad, dado que las obligaciones de derechos humanos no son, al menos en principio, en beneficio de determinados Estados y, por consiguiente, es difícil ver cómo una obligación de derechos humanos podría ser objeto de contramedidas lícitas. Naturalmente, es posible que el Estado A, al adoptar contramedidas contra el Estado B (por ejemplo, congelando los bienes del Estado B en su territorio), viole los derechos humanos de alguna persona, ciudadana o no del Estado B. Pero del enunciado propuesto del artículo 47 se desprende claramente que si la conducta es lícita o legítima frente al Estado B no tiene por qué serlo también frente a terceros, aun personas. En cualquier caso, la medida en sí no estaría prohibida en tal hipótesis, tan sólo sus efectos frente al tercero[685]. Puede ser necesario hacer una reserva para los derechos humanos «fundamentales» en el proyecto de artículo 48, que haga referencia a las condiciones para adoptar contramedidas, pero en el artículo 50 está fuera de lugar.

341. Sin embargo, puede ser necesario que en el artículo 50 se haga referencia a la prohibición fundamental de las represalias contra personas, que existe en derecho internacional humanitario. En particular, en el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales se prohíben las represalias contra determinadas clases de personas protegidas, y estas prohibiciones gozan de una aceptación muy amplia[686]. Está claro que cuando las reglas aplicables de derecho internacional general o los tratados multilaterales prohíban ciertas conductas a modo de represalias, no pueden suspenderse las obligaciones pertinentes en ninguna circunstancia ni con contramedidas, recíprocas o de otra clase[687]. Toda disposición basada en el artículo 60, párr. 5, de la Convención de Viena de 1969 tiene ciertamente cabida en los proyectos de artículos. La cuestión más amplia de las contramedidas que menoscaban derechos humanos fundamentales será examinada más adelante[688].

v) *Obligaciones derivadas de otras normas imperativas*

342. Por último, el artículo 50, apdo. *e*, prohíbe las contramedidas que supongan «cualquier otro comportamiento que contravenga a una norma imperativa de derecho internacional general». Es evidente que si una norma imperativa no puede ser vulnerada por dos Estados mediante un tratado, tampoco puede ser vulnerada por una medida unilateral en forma de contramedida. No obstante, varios gobiernos han expresado su preocupación por esta circunstancia, ya sea a causa de su posición general con respecto a las normas imperativas o por la falta de especificación de esta categoría[689]. Sin embargo, la verdadera dificultad consiste en determinar las normas imperativas existentes cuya aplicación no esté excluida, ya por la concepción de las contramedidas en sí o por otras disposiciones concretas. Por ejemplo, cuestiones como las prohibiciones de genocidio, esclavitud y tortura están evidentemente excluidas (tanto por la concepción básica de las contramedidas contra un Estado como por la propuesta equivalente al artículo 50, apdo. *d*, relativo a los derechos humanos fundamentales[690]). Las contramedidas con uso de la fuerza están excluidas por el apartado *a* por considerarse que esta cuestión está regulada por las reglas aplicables al uso de la fuerza en las relaciones internacionales (consideradas en general inderogables)[691]. Por lo tanto, se puede argumentar que la supresión del apartado *e* es innecesaria. Por otra parte, pueden reconocerse nuevas normas de carácter imperativo y si la comunidad internacional en su conjunto llega a considerar que una

[683] *C.I.J. Recueil 1980* (véase la nota 65 *supra*), pág. 28, párr. 53. Este es el otro aspecto del principio de la autonomía de las cláusulas de arbitraje en lo que se refiere a las contramedidas. Véase, por ejemplo, la Convención de Viena de 1969, art. 65, párr. 4, y Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems*, cap. 1.

[684] Véase el párrafo 295 *supra*.

[685] Tal como señaló el Tribunal en el caso *Cysne*, «las represalias no son admisibles salvo frente al Estado que ha cometido el hecho ilícito. Es sabido que unas represalias legítimas adoptadas contra un Estado que ha cometido un hecho ilícito pueden afectar a personas de un tercer Estado inocente. Pero esto es sólo una consecuencia indirecta e involuntaria, que en la práctica el Estado lesionado intentará siempre evitar o limitar en la medida de lo posible» (*Responsabilité de l'Allemagne en raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât à la guerre* (1930), Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (véase la nota 16 *supra*), pág. 1057).

[686] Véase Partsch, «Reprisals», págs. 203 y 204, y Oeter, «Methods and means of combat», págs. 204 a 207, con referencias a disposiciones pertinentes.

[687] Véase el artículo 60, párr. 5, de la Convención de Viena de 1969, que impide que los Estados, en caso de violación material, suspendan o pongan fin a disposiciones de los tratados «relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados». El párrafo 5 fue añadido al texto en la Conferencia de Viena por 87 votos a favor, ninguno en contra y 9 abstenciones (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, segundo período de sesiones, Viena, 9 de abril-22 de mayo de 1969, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.70.V.6), 21.ª sesión plenaria, pág. 122, párr. 68). Su texto se ha repetido sin cambios en el artículo 60, párr. 5, de la Convención de Viena de 1986.

[688] Véanse los párrafos 349 a 351 *infra.*

[689] Véase el párrafo 318 *supra*.

[690] Véanse los párrafos 349 a 351 *infra*.

[691] Véase el párrafo 335 *supra*.

determinada regla no puede vulnerarse en ninguna circunstancia, deben quedar prohibidas las contramedidas que la vulneren. Por estas razones, debería mantenerse en el texto del apartado *e*.

343. De hecho, podría sugerirse que el apartado *e* del artículo 50 se hiciera extensivo a otras reglas de derecho internacional vigentes entre el Estado lesionado y el Estado objeto de las contramedidas si esas reglas se consideraran inderogables, independientemente de si se definieran como imperativas de acuerdo al derecho internacional general. Por otra parte, el ejemplo típico de norma inderogable aparece en los instrumentos regionales de derechos humanos, y los efectos de las contramedidas en los derechos humanos se abordan de otros modos. Además, el hecho de que en un tratado multilateral no haya cláusulas de inderogabilidad no significa que puedan vulnerarse las disposiciones, ya que para ello debe haber una cláusula de esta índole. No cabe duda de que en un tratado bilateral o multilateral se podría renunciar a la posibilidad de adoptar contramedidas por su incumplimiento o en relación con el contenido del tratado. Así ocurre, por ejemplo, con los tratados de la Unión Europea, que tienen su propio sistema de ejecutoriedad[692]. En la OMC, debe obtenerse un permiso especial para adoptar medidas de represalia, lo cual excluiría también todo derecho residual a adoptar contramedidas en virtud del derecho internacional general por violaciones de la OMC y de acuerdos conexos[693]. En la medida en que las cláusulas de inderogabilidad u otras disposiciones de los tratados (como las que prohíben las reservas) se interpreten correctamente en el sentido de que las disposiciones del tratado son inderogables, pueden suponer también la exclusión de las contramedidas[694]. Pero esto puede lograrse con la disposición de *lex specialis* (actual art. 37), y es suficiente indicar esta posibilidad en el comentario sobre el artículo 50.

c) *Condiciones para adoptar y mantener contramedidas*

344. El artículo 48 adoptado en primera lectura se refiere exclusivamente a las condiciones de procedimiento para adoptar y mantener contramedidas[695]. Por las razones ya especificadas, en esta sección es necesario examinar tanto las cuestiones de procedimiento como las de fondo.

i) *Requisitos de fondo*

345. A este respecto, conviene examinar cuatro cuestiones: la proporcionalidad, las repercusiones en los derechos de terceros Estados, las repercusiones de derechos humanos, y las situaciones de «coacción extrema». Estas cuestiones estaban reguladas, respectivamente, por los artículos 49, 47, párr. 3, 50, apdo. *d* y 50, apdo. *b*, aprobados en primera lectura.

a. Proporcionalidad

346. Nadie pone en duda que la proporcionalidad es una limitación clave a la hora de adoptar contramedidas, y la idea de mantener en el texto un artículo específico sobre la proporcionalidad goza de un amplio apoyo[696]. El problema es más bien la forma en que debe enunciarse ese artículo. Evidentemente, es apropiado tener en cuenta tanto el grado de gravedad del incumplimiento como las consecuencias para la víctima (que, sin embargo, puede o no ser un Estado). No obstante, varios gobiernos propusieron que el requisito de proporcionalidad se formulara de manera más estricta, lo cual evidencia la necesidad de reconsiderar el actual enunciado doblemente negativo («no será desproporcionado»). En otros ámbitos jurídicos en que la proporcionalidad es pertinente, el requisito suele expresarse en términos positivos, aunque en esos ámbitos tampoco se pueda determinar con precisión lo que es proporcional[697]. En el caso *Projet Gabčikovo-Nagymaros*, la CIJ resolvió que las contramedidas debían ser «proporcionales al daño sufrido, habida cuenta de los derechos pertinentes»[698]. Esta formulación positiva resulta preferible. Se trata de determinar si también sería útil introducir en el artículo 49 el concepto de finalidad, es decir, requiriendo que se evaluara la proporcionalidad de las contramedidas comprobando si estaban concebidas para inducir al Estado que ha cometido un hecho ilícito a cumplir con sus obligaciones en virtud del derecho internacional[699]. Esto constituye realmente un requisito, pero es un aspecto de la prueba de necesidad enunciada en el artículo 47. No hay duda de que la proporcionalidad está vinculada a la necesidad, dado que puede considerarse que una medida claramente desproporcionada tampoco resulta necesaria. Pero constituye también una limitación incluso para las medidas que son necesarias porque, de no ser adoptadas, existen pocas probabilidades de que el Estado que ha cometido el hecho ilícito cumpla con sus obligaciones. En cualquier caso, toda contramedida debe ser proporcional al daño sufrido, y esto tiene una función que en parte no depende de la cuestión de si la contramedida era

---

[692] Sobre la exclusión de las contramedidas unilaterales en la legislación de la Unión Europea, véanse por ejemplo los asuntos acumulados 90 y 91-63, *Comisión de la Comunidad Económica Europea* c. *Gran Ducado de Luxemburgo y Reino de Bélgica*, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, 1964, edición especial española, pág. 133; asunto 52/75, *Comisión de las Comunidades Europeas* c. *República Italiana*, ibíd., 1976, edición especial española, pág. 113, y asunto 232/78, *Comisión de las Comunidades Europeas* c. *República Francesa*, ibíd., 1979, edición especial española, pág. 1333.

[693] Véase el artículo 3, párr. 7, del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (nota 319 *supra*) y, para un ejemplo de tal autorización, véase OMC, Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos – y recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD: decisión de los árbitros (WT/DS27/ARB) (9 de abril de 1999).

[694] Para emplear el sinónimo adoptado por la CIJ en el caso *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (nota 607 *supra*), pág. 257, párr. 79.

[695] Véanse los párrafos 276 a 283 *supra*.

[696] Véase el resumen de las observaciones de los gobiernos en los párrafos 308 y 309 *supra*.

[697] Esta era la razón por la que el Tribunal Arbitral adoptó la formulación negativa en el caso *Accord relatif aux services aériens* (véase la nota 604 *supra*). Sin embargo, naturalmente se trataba de una contramedida recíproca también en materia de servicios aéreos, al igual que la restricción francesa ante la que se reaccionaba. El Relator Especial, Sr. Riphagen, no aplicó expresamente la prueba de la proporcionalidad a las contramedidas recíprocas, si bien observó que en las medidas adoptadas por reciprocidad hay elementos de «proporcionalidad» y de «protección provisional» (*Anuario… 1985*, vol. II (primera parte), pág. 11, párr. 3 del comentario al artículo 8). El Sr. Riphagen adoptó una prueba de «desproporción manifiesta» para lo que denominó contramedidas no recíprocas o represalias (ibíd., pág. 12, párr. 2 del comentario al artículo 9).

[698] *C.I.J. Recueil 1997* (véase la nota 18 *supra*), pág. 56, párr. 85.

[699] Véase la nota 35 *supra*. Véase también el párrafo 306 *supra*.

necesaria para lograr un determinado resultado. En consecuencia, el Relator Especial propone que las contramedidas deban ser proporcionales al daño sufrido, habida cuenta de la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y de sus efectos para la parte lesionada.

b. Efectos para terceros Estados

347. En el artículo 47, párr. 3, se aclara que las contramedidas sólo justifican una violación del derecho internacional frente al Estado responsable. Esto se deriva del efecto relativo y condicional de las contramedidas, ya especificado en el artículo 47, párr. 1; también debería derivarse de la caracterización de las contramedidas como circunstancias que impiden el carácter ilícito de un acto en el artículo 30 de la primera parte. Los gobiernos no han vacilado ante la propuesta, aunque algunos han argumentado que el párrafo 3 no debía incluirse en el artículo 47, y al menos un gobierno ha sugerido que se le dé un enunciado más amplio[700]. Por su parte, el Relator Especial pone en duda el valor de una disposición aparte al considerar que, dado que ya está claro que las contramedidas sólo permiten la suspensión del cumplimiento de una obligación entre el Estado lesionado (o quizás algún otro Estado u otros Estados que actúen en su nombre) y el Estado responsable, no hay en sentido estricto ninguna necesidad de aludir a la posición de terceros Estados. Por definición, sus derechos (es decir, el cumplimiento de las obligaciones que el Estado lesionado tenga para con ellos) no son menoscabados. Esto no significa que los terceros Estados no puedan resultar afectados por las contramedidas. Las contramedidas (por ejemplo, en forma de interrupción de los vínculos comerciales, suponiendo que tal interrupción constituya una violación del derecho internacional frente al Estado objeto de la contramedida[701]) pueden tener efectos o consecuencias indirectas en terceros Estados, pero esto es otra cuestión. De hecho, cabe argumentar que la limitación separada en lo que se refiere a los derechos de los terceros Estados no sólo es innecesaria sino también poco conveniente, ya que suscita a contrario la impresión de que las contramedidas crean objetivamente repercusiones en el mundo, lo cual no es el caso[702].

348. El efecto relativo y limitado de las contramedidas que combaten actos ilícitos únicamente frente al Estado responsable debería expresarse claramente en los artículos 30 y 47, párr. 1. De hacerse así, no podrá plantearse propiamente la cuestión de si las contramedidas justifican el incumplimiento de obligaciones frente a terceros Estados. Sin embargo, conviene examinar la sugerencia de Irlanda[703] de que se adopte una disposición más amplia para proteger la posición de terceros; con ello se aclararía que las contramedidas no pueden justificar el incumplimiento de obligaciones frente a terceros Estados.

c. Consecuencias sobre derechos humanos

349. La posición con respecto a los derechos humanos es, a un nivel, la misma que en relación con los derechos de terceros Estados. Evidentemente, los Estados no son los principales beneficiarios de las obligaciones de derechos humanos, si bien tienen derecho a invocar esas obligaciones y a velar por su respeto. Además, las obligaciones en materia de derechos humanos tienen su propio régimen de reservas y excepciones que tiene en cuenta consideraciones como las de emergencia nacional. Así pues, es obvio que esas obligaciones (independientemente de si se califican o no de «básicas» o «fundamentales») no pueden verse afectadas por las contramedidas, es decir, no pueden suspenderse mediante contramedidas, y las conductas que violen obligaciones de derechos humanos no pueden justificarse ni excusarse salvo en la medida en que lo prevea el propio régimen aplicable en materia de derechos humanos. En realidad, el problema es diferente. Se trata de determinar si las medidas adoptadas contra un Estado tienen repercusiones para las personas o para la población de dicho Estado.

350. Esta cuestión se ha examinado la mayoría de las veces en el contexto de las repercusiones que tienen para las poblaciones civiles y especialmente para los niños las sanciones del Consejo de Seguridad, un tema que no entra en el ámbito de los proyectos de artículo. No obstante, cabe señalar que en la Observación general n.º 8 (1997) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se abordan tanto las sanciones impuestas como contramedidas por un Estado o un grupo de Estados como las impuestas por el Consejo de Seguridad. En dicha observación general se subraya que «independientemente de las circunstancias, esas sanciones deben siempre tener plenamente en cuenta las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales»[704] y además se afirma lo siguiente:

> Al considerar las sanciones, resulta esencial distinguir entre el objetivo básico que se persigue al ejercer una presión política y económica sobre la minoría gobernante del país para persuadirla a que respete el derecho internacional y la imposición colateral de sufrimientos a los grupos más vulnerables del país en cuestión[705].

Pueden hacerse analogías con otros elementos del derecho internacional general. Por ejemplo, el artículo 54, párr. 1, del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales dispone incondicionalmente que «queda prohibido, como método de guerra, hacer padecer hambre a las personas civiles». La última frase del artículo I, párr. 2 de los dos Pactos de derechos humanos de las Naciones Unidas dice que «[e]n ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia»; esta disposición era la

[700] Véanse los párrafos 296 y 297 *supra*.

[701] Véase el párrafo 322 *supra.* Sobre la cuestión de si las medidas de boicot económico pueden violar el derecho internacional, véase por ejemplo Neff, «Boycott and the law of nations: economic warfare and modern international law in historical perspective».

[702] Es útil comparar las contramedidas con medidas adoptadas en el ejercicio de los derechos de beligerante. Existe un complejo conjunto de reglas relativas a la posición de los terceros en conflictos armados, contra los que, por ejemplo, pueden ejercerse los derechos de registro e incautación en alta mar, y sus nacionales pueden ser víctimas de las armas dirigidas contra un beligerante, aunque estas personas no sean su objetivo. Véase, por ejemplo, Instituto Internacional de Derecho Humanitario, *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conficts at Sea*; Schindler, «Transformations in the law of neutrality since 1945», y Bothe, «Neutrality in naval warfare: what is left of traditional international law?». No parece existir un conjunto de normas específicas equivalentes para las contramedidas, ya que la adopción de contramedidas nunca ha creado en derecho internacional una «condición jurídica» equivalente a la condición jurídica de beligerante.

[703] Véase el párrafo 296 *supra*.

[704] *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 1998, Suplemento n.º 2* (E/1998/2-E/C.12/1997/10), anexo V, párr. 1.

[705] Ibíd., párr. 4.

base del artículo 42, párr. 3 de los proyectos de artículos, aprobado en primera lectura[706].

351. Existe pues una serie de preocupaciones sobre las consecuencias de las contramedidas para los derechos humanos y parece necesario aclarar la situación según lo dispuesto en el actual artículo 50, apdo. *d*. A fin de no dar a entender que las contramedidas pueden suspender las obligaciones en materia de derechos humanos, en la disposición propuesta que protege la posición de terceros debería hacerse una referencia general expresa a los derechos humanos de las personas afectadas[707]. Si bien algunos gobiernos se preguntaban qué es lo que está comprendido en el concepto de derechos humanos «básicos» o «fundamentales»[708], esta cuestión no se puede resolver de un modo u otro en los proyectos de artículos sino que habrá de determinarse teniendo en cuenta las obligaciones de derechos humanos del Estado pertinente dimanantes de los tratados y del derecho internacional general.

d. Situaciones de «extrema coacción»

352. Por último, debe hacerse referencia al artículo 50, apdo. *b*, que excluye del ámbito de las contramedidas las «medidas extremas de coacción política o económica enderezadas a poner en peligro la integridad territorial o la independencia política del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito». El apartado *b* ha resultado polémico y ha dado lugar a una amplia gama de observaciones de los gobiernos y de propuestas para su supresión o modificación radical[709]. La dificultad radica en que, por una parte, preocupa en general la posibilidad de que se abuse de las contramedidas, mientras que, por otra parte, la coacción es la esencia de las contramedidas, que por definición son medidas que se adoptan para inducir a un Estado a cumplir con sus obligaciones internacionales, medidas de otro modo ilícitas que son necesarias para ese fin. Así pues, la prohibición de «medidas extremas de coacción» tiene que superar tres objeciones: *a*) que la referencia a medidas «extremas» sólo puede significar una coacción eficaz para un determinado fin; *b*) que no puede definirse lo que es «extremo»; *c*) que, de conformidad con el requisito reforzado de proporcionalidad, las medidas «extremas» sólo pueden ser reacciones ante medidas extremas e ilícitas del Estado responsable. La referencia en el artículo 50, apdo. *b*, a medidas «enderezadas a poner en peligro la integridad territorial o la independencia política» del Estado responsable plantea cuestiones análogas. Cabe argumentar que una medida no puede estar lícitamente «enderezada» a poner en peligro la integridad territorial de un Estado porque, en primer lugar, el uso de la fuerza está excluido como contramedida y, en segundo lugar, la integridad territorial de un Estado no podría ser objeto de contramedidas; al igual que la soberanía territorial, la integridad territorial es un atributo permanente del Estado y no está sujeta a medidas de suspensión. En cuanto a la independencia política, si poner en peligro la independencia política de un Estado significa requerirlo a que haga algo que se niega a hacer —por ejemplo, cumplir con sus obligaciones internacionales— puede argumentarse también que ésta es precisamente la finalidad de las contramedidas; en cambio, si significa que no puede ponerse en peligro la independencia política del Estado en otros aspectos, se trata de determinar cómo podrían tener tal efecto las contramedidas que por lo demás fueran lícitas en virtud de los proyectos de artículos.

353. Existe además el problema de que el artículo 50, apdo. *b*, sólo prohíbe las medidas «extremas» de coacción encaminadas a poner en peligro la integridad territorial o la independencia política. Cabría deducir que las medidas menos extremas encaminadas a poner en peligro la integridad territorial (como las medidas de contraintervención o contra la insurrección) sí pueden ser lícitas. Así pues, si el Estado A permite a un grupo secesionista o rebelde emitir por radio o televisión desde su territorio contra el vecino Estado B, el Estado B podría igualmente permitir a un grupo rebelde partidario de la disolución del Estado A emitir por radio y televisión desde su territorio. La radiodifusión, aunque sea ilícita, no constituye normalmente una actividad «extrema de coacción».

354. Así pues, la formulación del artículo 50, apdo. *b*, es deficiente y conviene buscar otro enunciado que garantice que no se abuse de las contramedidas, más allá de las limitaciones establecidas en otros artículos. Hay argumentos para propugnar la supresión del apartado *b*, pero en resumidas cuentas el Relator Especial considera que trata de abordar verdaderos problemas, y sugiere una disposición en virtud de la cual las contramedidas no puedan poner en peligro la integridad territorial ni representar una intervención en la jurisdicción nacional del Estado responsable[710]. Evidentemente, el cumplimiento o incumplimiento por parte de ese Estado de sus obligaciones internacionales de cese y reparación no es competencia de su jurisdicción nacional, pero no deben adoptarse contramedidas como pretexto para intervenir en otras cuestiones internas del Estado responsable que no guarden relación con la cuestión del cumplimiento de sus obligaciones internacionales; estas cuestiones siguen estando protegidas por el principio de la jurisdicción nacional.

ii) *Requisitos de procedimiento*

355. Habida cuenta de las conclusiones a que llegó la Comisión en su 51.º período de sesiones, en 1999, ya resumidas[711], las deliberaciones sobre el artículo 48 deben basarse en el criterio de que los proyectos de artículos no establecerán ningún vínculo orgánico entre las contramedidas y un método especifico de solución de controversias. La función de la Comisión consiste, al menos de momento, en formular disposiciones sobre las

---

[706] Véanse los párrafos 38 a 42 *supra.*

[707] Para la disposición propuesta, véase el párrafo 367 *infra*.

[708] Véase el párrafo 317 *supra*.

[709] Véase el párrafo 315 *supra*.

[710] La Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (véase la nota 620 *supra*), al referirse al principio de no intervención, dispone lo siguiente:

> «Ningún Estado […] tiene derecho a intervenir directa o indirectamente, *y sea cual fuere el motivo**, en los asuntos internos o externos de ningún otro […].
>
> Todo Estado tiene el derecho *inalienable** a elegir su sistema político, económico, social y cultural, sin injerencia en ninguna forma por parte de ningún otro Estado.»

En numerosas resoluciones y en otros tratados y textos figuran afirmaciones similares.

[711] Véase el párrafo 265 *supra*.

contramedidas de acuerdo con los siguientes criterios: *a*) la elaboración, con fines de codificación y desarrollo progresivo, de disposiciones apropiadas sobre las contramedidas en virtud del derecho internacional general, y *b*) el derecho (y también la obligación) que tienen los Estados conforme al derecho internacional general de resolver sus diferencias por medios pacíficos elegidos por ellos mismos. Sin embargo, esto no significa que en los proyectos de artículos no deba hacerse referencia a las formas de solución de controversias a que puedan recurrir las partes en un determinado caso.

356. Ya se han señalado las disposiciones del artículo 48 y el intenso debate que han suscitado[712]. Se plantean tres cuestiones concretas:

a) El requisito inicial de notificación de la controversia;

b) La relación entre la adopción de contramedidas y el requisito de negociación (y la disposición de transacción que prevé «medidas transitorias de protección»);

c) La previsión de la posibilidad de suspender las contramedidas cuando la controversia se someta de buena fe a un procedimiento de solución mediante terceros.

357. Con respecto a la primera cuestión, es evidente que un Estado agraviado por el incumplimiento del derecho internacional que prevea la adopción de contramedidas por esta razón debe dirigirse en primer lugar al Estado responsable para instarlo a cumplir con sus obligaciones de cese y reparación[713]. Sea cual sea la posición sobre los requisitos formales para invocar responsabilidad[714], los Estados no pueden adoptar contramedidas sin antes dar al Estado responsable la oportunidad de responder a su queja. Esto ya se recoge muy brevemente en el artículo 47, párr. 1, aprobado en primera lectura, en virtud del cual se evalúa la necesidad de contramedidas en función de la reacción ante las quejas del Estado lesionado. No obstante, nada se dice sobre el modo en que deben formularse esas quejas. En la versión modificada del artículo 48, Francia propone que el Estado lesionado presente una «solicitud motivada» al Estado responsable en que lo inste a cumplir sus obligaciones, le notifique las contramedidas que prevea adoptar y lo exhorte a aceptar la negociación. Pero entretanto (a partir de la fecha de la notificación), el Estado lesionado puede «poner en práctica a título precautorio las contramedidas que sean necesarias para proteger sus derechos»[715]. Se unifican así con un nuevo texto más concreto (y mejorado, según el Relator Especial) los dos elementos del artículo 48, párr. 1, aprobado en primera lectura. Pero sea cual sea la posición adoptada respecto del segundo elemento de las medidas transitorias, parece conveniente requerir expresamente que, para poder adoptar contramedidas, debe haberse instado previamente al Estado responsable a cumplir sus obligaciones y es preciso que éste no lo haya hecho o se haya negado a hacerlo. En una situación en que las contramedidas estén o puedan estar justificadas, cabría fijar un plazo relativamente breve para la respuesta; sin embargo, dada la diversidad de casos posibles, no parece apropiado fijar un plazo determinado en el texto del artículo 48 propiamente dicho.

358. Con respecto a la segunda cuestión, se conviene en general en que las partes en una controversia en que puedan adoptarse contramedidas deben acatar los procedimientos de solución de controversias que existan entre ellas, por lo que conviene mantener el actual artículo 48, párr. 2, con este tenor. No obstante, se plantea la cuestión de si la obligación de negociar sobre la controversia debe ser un requisito para la adopción de cualquier tipo de contramedidas, o al menos que no sean de carácter transitorio. Sobre esta cuestión se han hecho diversas observaciones, que se resumen a continuación:

a) Independientemente de si se adopta expresamente el criterio del carácter «revocable» de las contramedidas, lo esencial es que las contramedidas persiguen un fin y no son punitivas y que debe ponérseles fin en cuanto el Estado responsable cumpla con sus obligaciones internacionales. En este sentido son *siempre* de carácter temporal;

b) La expresión «medidas transitorias de protección», aprobada en el artículo 48, párr. 1, en primera lectura, no resulta clara y da pie a confusiones con las medidas cautelares indicadas o dictadas por los tribunales internacionales[716]. La «definición» sumamente breve de esas medidas es también insatisfactoria;

c) Aunque la formulación del artículo 48, párr. 1, sea deficiente, hay una distinción razonable entre las medidas adoptadas de inmediato y cautelarmente ante una violación (por ejemplo, la suspensión temporal de una licencia, la congelación temporal de bienes) y las medidas que, aun pudiendo cancelarse, tienen efectos más concretos (por ejemplo, el hecho de retirar una licencia, que aun así puede volver a expedirse; la imposición de algún tipo de régimen de administración o gestión de los bienes, que también puede suspenderse). Los proyectos de artículos deberían alentar respuestas más comedidas y fomentar las oportunidades de negociación si con las negociaciones no se perjudican los derechos del Estado lesionado;

d) Si bien la propuesta de aplazar todas las contramedidas hasta que concluyan las negociaciones o hayan fracasado definitivamente recibió cierto apoyo durante el debate sobre el artículo 48 en primera lectura, no parece satisfactoria[717]. Se propiciarían más bien los retrasos y la prevaricación.

Aunque no esté expresado de forma óptima, el Relator Especial considera por estas razones apropiado el equilibrio esencial que se mantiene en el artículo 48 entre, por una parte, la notificación y la negociación y, por otra, la capacidad del Estado lesionado para adoptar medidas transitorias para proteger sus derechos. Además, este equilibrio parece expresarse de forma elegante en la

---

[712] Véanse los párrafos 298 a 305 *supra*.

[713] Según la CIJ, este requisito ya existe en derecho internacional general (véase el párrafo 289 *supra*).

[714] Véanse los párrafos 234 a 238 *supra*.

[715] Para el texto completo de la propuesta de Francia, véase la nota 581 *supra*.

[716] Véase, por ejemplo, el artículo 41 del Estatuto de la CIJ y el artículo 290 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

[717] El Tribunal desestimó esta opinión por tratarse de una cuestión de derecho internacional general en el caso *Accord relatif aux services aériens* (véase la nota 604 *supra*), pág. 445, párr. 91.

propuesta ya mencionada de Francia. El Relator Especial propone una disposición de tenor similar[718].

359. La tercera cuestión se refiere a la posible suspensión de las contramedidas una vez iniciado un procedimiento de solución de controversias y cuando un tribunal está facultado para dictar o indicar medidas transitorias de protección. En tal caso, y siempre que el procedimiento de solución de controversias se aplique de buena fe, la adopción de medidas unilaterales no parecería justificada. El artículo 48, párrs. 3 y 4, al que se había incorporado este principio, no era simplemente un invento de la Comisión sino que se inspiraba en las observaciones del Tribunal en el caso *Accord relatif aux services aériens*[719]. Además, ha sido aceptado en su conjunto por los gobiernos que hicieron observaciones sobre el artículo 48[720]. En opinión del Relator Especial, debería mantenerse en el texto.

360. A fin de resumir las conclusiones sobre las tres cuestiones mencionadas, se sugiere que en los proyectos de artículos se disponga lo siguiente:

a) Para poder adoptar contramedidas, es preciso haber instado al Estado responsable a cumplir sus obligaciones y que éste no lo haya hecho o se haya negado a hacerlo;

b) Las contramedidas no deberían estar prohibidas durante las negociaciones; más bien convendría mantener la distinción aprobada en primera lectura entre medidas «transitorias» y otras medidas, pero formulándolas con más claridad;

c) Las contramedidas deberían suspenderse cuando la controversia se sometiera de buena fe a un procedimiento con intervención de terceros, siempre y cuando la violación no fuera continua.

d) *Cancelación de contramedidas*

361. Como ya se señaló, Francia propone una disposición sobre la cancelación de las contramedidas en virtud de la cual deberá ponerse fin a las contramedidas en cuanto cesen las condiciones que hayan justificado su adopción, es decir, «no bien se hayan cumplido las obligaciones vulneradas y el Estado lesionado haya obtenido una reparación íntegra»[721]. Este requisito se desprende claramente de los artículos existentes, pero podrían redactarse de forma más explícita[722]. El Relator Especial sugiere que se adopte un único artículo relativo a la suspensión y cancelación de contramedidas al que se incorporen también las disposiciones del artículo 48 referentes a la suspensión de las contramedidas, aprobadas en primera lectura[723].

e) *El enunciado del artículo 30*

362. Queda pendiente la cuestión del enunciado del artículo 30 en la primera parte. Si se da por sentado que las disposiciones detalladas sobre las contramedidas figurarán en la segunda parte *bis*, el artículo 30 puede ser muy simple. Se recomienda que disponga lo siguiente:

> «La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado quedará excluida si el hecho constituye una contramedida lícita prevista en los artículos [47] a [50 *bis*], y en la medida en que lo sea»[724].

4. Las contramedidas y la excepción de incumplimiento

363. En su segundo informe, el Relator Especial recomendó que se reconociera como circunstancia que excluye la ilicitud una versión más limitada de la excepción por incumplimiento (*exceptio inadimplenti non est inadimplendum*)[725]. Sobre la propuesta se expresaron muy variadas opiniones y se convino en revisarla a la luz de la reconsideración de las disposiciones sobre las contramedidas[726]. Del mismo modo, las observaciones formuladas por los gobiernos ante la Sexta Comisión en su quincuagésimo período de sesiones, en 1999, fueron muy variadas[727].

364. La primera cuestión que se plantea es si la excepción por incumplimiento debe considerarse una forma de contramedida. Está claro que la excepción es sólo aplicable a las obligaciones sinalagmáticas (prestaciones) en que el cumplimiento por una parte está vinculado al cumplimiento por la otra parte y depende de él. Normalmente, se trata del cumplimiento de la misma obligación o de una obligación muy vinculada a la primera. Pero en opinión del Relator Especial, la excepción por incumplimiento no debe equipararse a una contramedida en el sentido del artículo 47. En casos en que se aplica la excepción, la razón por la cual el Estado A tiene derecho a no cumplir es simplemente que, al no haber cumplido el Estado B la obligación conexa, al Estado A aún no le corresponde cumplir. Es cierto que el Estado A puede aplazar su cumplimiento para inducir al Estado B a cumplir. Pero el propósito de la excepción no es como en las contramedidas. El motivo del Estado A no es pertinente; puede ocurrir que simplemente no esté interesado en cumplir a falta de cumplimiento por parte del Estado B. Además, no existe ningún requisito de notificación o de intento de resolver la controversia por medios diplomáticos o por otros medios como condición para seguir aplicando la excepción. Ocurre sencillamente que, a raíz de un acuerdo, por ejemplo, sobre el intercambio de prisioneros de guerra o la financiación conjunta de un proyecto, el Estado A no está obligado a entregar sus prisioneros de guerra al Estado B o a hacer su contribución a menos que el Estado B esté a su vez dispuesto a cumplir su parte del trato. Así pues, la excepción por incumplimiento debe verse como una circunstancia

---

[718] Para la disposición propuesta, véase el párrafo 367 *infra.* Véase también la nota 734, donde figura otra posible disposición en la que no se hace distinción entre las medidas «transitorias» y otras medidas.

[719] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (véase la nota 604 *supra*), págs. 445 y 446, párrs. 94 a 96.

[720] Véase el párrafo 305 *supra.* En la propuesta de Francia (nota 581 *supra*) figura el mismo principio con un texto casi idéntico.

[721] Véase el párrafo 319 *supra*.

[722] Para la disposición propuesta, véase el párrafo 367 *infra*.

[723] Para el texto del artículo propuesto, véase el párrafo 367 *infra.*

[724] Véase el segundo informe del Relator Especial, *Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/498 y Add.1 a 4, párr. 394.

[725] Ibíd., párrs. 316 a 331. La versión recomendada (como artículo 30 *bis* (ibíd., párr. 356) se basaba en el *dictum* de la CPIJ en el caso *Usine de Chorzów* (véase la nota 47 *supra*), pág. 31, en virtud del cual «una Parte no puede oponer a la otra el hecho de no cumplir una obligación […] si aquella Parte, por un acto contrario al derecho, ha impedido a ésta cumplir esa obligación».

[726] *Anuario… 1999*, vol. II (segunda parte), págs. 83 y 84, párrs. 334 a 347, para un resumen del debate.

[727] A/CN.4/504 (nota 3 *supra*), pág. 16, párr. 52, donde se resumen una amplia gama de respuestas.

por la que queda excluida la ilicitud con respecto a cierto tipo de obligaciones (sinalagmáticas) o que se limita a un término implícito en ciertos tratados. Mientras que en la cuestión de la proporcionalidad el nexo entre la violación y el incumplimiento es pertinente, en la reglamentación de las contramedidas no se requiere ni debería requerirse específicamente tal nexo[728].

365. Pero aunque jurídicamente sea distinta de las contramedidas y goce de un amplio reconocimiento internacional[729], la excepción por incumplimiento no puede justificar su inclusión en los proyectos de artículo como circunstancia por la que queda excluida la ilicitud. La cuestión esencial es si debe considerarse que en derecho internacional la excepción se limita a las obligaciones derivadas de los tratados, es decir, a una cuestión que se deduce, como cuestión de interpretación, de un intercambio de obligaciones en un tratado, o si tiene una base jurídica más amplia[730]. De aceptarse lo primero, puede clasificarse la excepción como regla primaria y no es preciso incluirla en los proyectos de artículos.

366. No cabe duda de que debe considerarse que la excepción por incumplimiento, en su forma más amplia, se basa en la interpretación de los tratados o contratos, en que el cumplimiento de obligaciones idénticas o conexas está condicionado[731]. Pero la posición relativa al principio más limitado reconocido por la CIJ en el caso Usine de Chorzów[732] es diferente. Aquí la relación no es entre obligaciones sinalagmáticas sino entre la conducta de dos partes: el incumplimiento por una parte ha «impedido» a la otra cumplir la obligación pertinente. Esto no es más que la aplicación del principio general con arreglo al cual una parte no debe alegar las consecuencias de su propio comportamiento ilícito. En opinión del Relator Especial, ese principio puede generar nuevas consecuencias en materia de responsabilidad de los Estados, que serían preservadas por el artículo 38 aprobado en primera lectura[733]. Deberá determinarse si conviene incluir en los proyectos de artículos algún aspecto concreto de ese principio general. Ahora bien, si se mantiene el artículo 38 en el texto, la Comisión podrá estimar que el principio del caso Usine de Chorzów está suficientemente plasmado en el texto[734].

[728] Véanse los párrafos 327 a 329 *supra*.

[729] Además de las autorizadas fuentes citadas en el segundo informe, *Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/498 y Add.1 a 4, párrs. 316 a 331, véase también *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others* v. *Republic of Cameroon*, *ICSID Reports*, Cambridge, Grotius, 1994, vol. 2, págs. 156 a 159 (véase también *Revue critique de droit international privé*, n.º 1, enero-marzo de 1987, t. 114, pág. 163), y O'Neill y Salam, «Is the *exceptio non adimpleti contractus* part of the new *lex mercatoria*?», pág. 152.

[730] Existe una clara analogía con el debate sobre si la doctrina del cambio fundamental de circunstancias en el derecho de los tratados se basaba en una cláusula implícita del tratado o era una regla de derecho independiente. En el artículo 62 de la Convención de Viena de 1969 era considerada una regla de derecho, y actualmente es la opinión aceptada; véase el caso *Compétence en matière de pêcheries (République Fédérale d'Allemagne* c. *Islande)*, competencia de la Corte, fallo, *C.I.J. Recueil 1973*, pág. 63, párr. 36.

[731] Véase, por ejemplo, Ruzié, *Droit international public*, pág. 48, y Greig, *loc. cit.*, págs. 399 y 400.

[732] Véase la nota 47 *supra*.

[733] Véase el párrafo 63 *supra*.

[734] Además, su formulación plantea dificultades. Cuando la violación cometida por el Estado A impida totalmente el cumplimiento por parte del Estado B (por ejemplo, cuando el Estado A prohíba el acceso a su territorio o a recursos indispensables para el cumplimiento de la obligación del Estado B), el Estado B podrá invocar fuerza mayor. Si, no obstante, aún es técnicamente posible para el Estado B cumplir su obligación (por ejemplo, utilizando sus propios recursos en vez de los que debería haber facilitado el Estado A), no puede afirmarse que el Estado A ha impedido realmente el cumplimiento, y la excusa del Estado B no se basa en la imposibilidad sino en la equidad. Esto sugiere a su vez que debe haber flexibilidad en la aplicación del criterio del caso *Usine de Chorzów* (nota 47 *supra*) y refuerza el argumento a favor de que se regule por el artículo 38, en caso de que ese artículo se mantenga en el texto.

En base a ello, y habida cuenta de la respuesta equívoca que ha recibido, el Relator Especial no insiste en su propuesta de artículo 30 *bis*.

5. Conclusiones sobre las contramedidas adoptadas por un Estado lesionado

367. Por estas razones, el Relator Especial recomienda que las disposiciones que figuran a continuación sobre las contramedidas adoptadas por un Estado lesionado sean incorporadas al capítulo II de la segunda parte *bis*.

«Segunda parte *bis*

APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

Capítulo II

CONTRAMEDIDAS

Artículo 47. Finalidad y contenido de las contramedidas

1. A reserva de lo que disponen los artículos que figuran a continuación, el Estado lesionado podrá adoptar contramedidas contra un Estado que sea responsable de un hecho internacionalmente ilícito a fin de inducirlo a cumplir con las obligaciones que se derivan de la segunda parte, mientras no haya cumplido con tales obligaciones y según sea necesario teniendo en cuenta el modo en que el Estado responsable haya reaccionado después de que el Estado lesionado lo haya instado a cumplir con dichas obligaciones.

2. Las contramedidas se limitarán a la suspensión del cumplimiento de una o varias obligaciones internacionales del Estado que adopte dichas medidas frente al Estado responsable.

Artículo 47 **bis.** *Obligaciones no sujetas a contramedidas*

No podrán suspenderse, a modo de contramedidas, las siguientes obligaciones:

a) Las obligaciones relativas a la amenaza o al uso de la fuerza, enunciadas en la Carta de las Naciones Unidas;

b) Las obligaciones relativas a la inviolabilidad de los agentes, locales, archivos y documentos diplomáticos o consulares;

c) Toda obligación relativa a la solución de controversias mediante terceros;

d) Las obligaciones de carácter humanitario que excluyan toda forma de represalia contra las personas protegidas por tales obligaciones, o

e) Cualquier otra obligación derivada de normas imperativas de derecho internacional general.

Artículo 48. Condiciones para recurrir a contramedidas

1. Antes de adoptar contramedidas, el Estado lesionado:

a) Presentará una solicitud motivada al Estado responsable en la que lo instará a cumplir con sus obligaciones;

b) Notificará a ese Estado las contramedidas que prevea adoptar;

c) Accederá a negociar de buena fe con ese Estado.

2. A partir de la fecha de la notificación, el Estado lesionado podrá poner en aplicación provisionalmente las contramedidas que sean necesarias para preservar sus derechos dimanantes del presente capítulo.

3. Si, tras un período razonable, las negociaciones no culminan con la solución de la controversia, el Estado lesionado podrá, con arreglo al presente capítulo, adoptar las contramedidas pertinentes[735].

4. El Estado que adopte contramedidas cumplirá con las obligaciones que le correspondan en virtud de los procedimientos de solución de controversias que existan entre dicho Estado y el Estado responsable.

Artículo 49. Proporcionalidad

Las contramedidas deberán ser proporcionales a la lesión sufrida, teniendo en cuenta la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y sus efectos perjudiciales para la parte lesionada.

Artículo 50. Contramedidas prohibidas

Las contramedidas no deberán:

a) Poner en peligro la integridad territorial del Estado responsable ni suponer una injerencia en la jurisdicción nacional de éste;

b) Menoscabar los derechos de terceros, en particular los derechos humanos fundamentales.

Artículo 50* bis. *Suspensión y cancelación de contramedidas

1. Las contramedidas deberán suspenderse si:

a) El hecho internacionalmente ilícito ha cesado, y

b) La controversia se presenta a un tribunal o a otro órgano que esté facultado para dictar mandamientos o adoptar decisiones vinculantes para las partes.

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, las contramedidas adoptadas de conformidad con el presente capítulo podrán reanudarse si el Estado responsable no atiende un requerimiento o no acata un mandamiento del tribunal u órgano o si no aplica de buena fe el procedimiento de solución de controversias.

3. Deberá ponerse fin a las contramedidas en cuanto el Estado responsable haya cumplido con las obligaciones derivadas de la segunda parte en relación con el hecho internacionalmente ilícito.»

[735] Si la Comisión decide no hacer ninguna distinción entre las medidas «transitorias» y otras contramedidas, cabría sustituir los párrafos 1 a 3 por la siguiente disposición:

«1. Antes de adoptar contramedidas, es preciso que se haya instado al Estado responsable a cumplir con sus obligaciones, conforme al artículo 46 *ter*, y que éste no lo haya hecho o se haya negado a hacerlo.»

Capítulo IV

Invocación de la responsabilidad hacia un grupo de Estados o hacia la comunidad internacional

368. En los capítulos anteriores del presente informe, se han examinado, en toda su amplitud, las consecuencias de la responsabilidad de los Estados para el Estado responsable, así como la invocación de la responsabilidad por el Estado lesionado o los Estados lesionados, ya sea mediante el planteamiento de una reclamación internacional o, eventualmente, mediante la adopción de contramedidas. Quedan por examinar dos grupos de cuestiones para terminar el proyecto de artículos: *a*) la invocación de la responsabilidad de un Estado hacia un grupo de Estados distintos del directamente lesionado, incluida la invocación de la responsabilidad hacia la comunidad internacional en su conjunto, y *b*) la cuestión de las cláusulas residuales y de excepción previstas en la cuarta parte del proyecto de artículos. En el presente capítulo del informe se tratan esas cuestiones de manera consecutiva. Habida cuenta de que ya se las ha examinado o tratado durante la labor que se ha hecho sobre el tema desde 1998, es posible ocuparse de ellas en el plano de los principios. Ya se han expuesto, en su mayor parte, los fundamentos doctrinales y prácticos de las propuestas que aquí se hacen, en la medida en que existan tales fundamentos[736].

A. Generalidades

369. En su primer informe, el Relator Especial analizó con detalle todas las cuestiones que se habían planteado en los artículos 19 y 51 a 53 con respecto a los «crímenes internacionales»[737]. Después de haber celebrado un prolongado debate[738], la Comisión decidió provisionalmente que trataría las cuestiones de la manera siguiente:

se observó que no había consenso respecto de la cuestión del tratamiento de los «crímenes» y «delitos» en el proyecto de artículos y

[736] Para una reseña de la práctica de los Estados en relación con las contramedidas colectivas, véanse, no obstante, los párrafos 391 a 394 *infra*.

[737] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7, párrs. 43 a 95.

[738] Descrito en ibíd., vol. II (segunda parte), págs. 69 a 83, párrs. 241 a 331.

que era necesario trabajar más acerca de las posibles maneras de tratar las cuestiones sustanciales planteadas. En consecuencia, se convino en lo siguiente: *a*) sin perjuicio de las opiniones de ningún miembro de la Comisión, se dejaría de lado el proyecto de artículo 19 por el momento mientras la Comisión procedía a considerar otros aspectos de la primera parte; *b*) debería considerarse si el desarrollo sistemático en el proyecto de artículos de conceptos fundamentales, como obligaciones (*erga omnes*), normas imperativas (*jus cogens*) y una posible categoría de las infracciones más graves de la obligación internacional podría ser suficiente para resolver todas las cuestiones planteadas por el artículo 19[739].

La cuestión ha dado lugar a otro sustancial análisis doctrinario[740], y a algunas observaciones adicionales de los gobiernos[741]. En algunos casos, se han reformulado las posturas vigentes, pero también ha habido cierta tendencia favorable a la idea de que la elaboración sistemática de los conceptos vigentes —las obligaciones hacia la comunidad internacional en su conjunto, las normas imperativas de derecho internacional—, unida al establecimiento de una categoría de infracciones «graves» o «especialmente graves», puede bastar para aplacar las inquietudes que suscita el artículo 19.

370. Hay que insistir en que es sumamente conveniente, si no esencial, que se apruebe el proyecto de artículos con el respaldo general de la Comisión. A juicio del Relator Especial, sigue sin poderse llegar a un consenso con respecto al artículo 19, en su versión aprobada en primera lectura. Sin embargo, lo mismo ocurrirá con toda propuesta de supresión de ese artículo, a menos que vaya acompañada del reconocimiento expreso de la importancia que tienen para la responsabilidad de los Estados las infracciones de las obligaciones hacia la comunidad internacional en su conjunto, especialmente las infracciones más graves.

371. En sus informes posteriores, el Relator Especial ha tratado de poner en práctica el mandato enunciado en el párrafo 369, de la manera que se resume a continuación:

a) Se reconoce que el cumplimiento de las exigencias de una norma imperativa de derecho internacional general es circunstancia que excluye la ilicitud (art. 29 *bis*) y que las obligaciones que dimanan de normas imperativas priman en otros respectos (art. 33, párr. 2, apdo. *a*); proyecto de artículo 47 *bis*, apdo. *e*);

b) No cabe invocar el estado de necesidad como circunstancia que excluya la ilicitud cuando ello menoscabe gravemente un interés esencial de la comunidad internacional en su conjunto (art. 33, párr. 1, apdo. *b*); ese interés puede pesar también en favor del Estado que invoca la responsabilidad;

c) En la definición de «Estado lesionado» se reconoce expresamente el interés general de los Estados en velar por que se cumplan las obligaciones hacia la comunidad internacional en su conjunto (proyecto de artículo 40 *bis*).

Además, en los artículos se distingue cuidadosamente la responsabilidad de los Estados por incumplimiento de obligaciones multilaterales de su responsabilidad por incumplimiento de obligaciones bilaterales.

372. Cabe preguntarse qué queda por hacer; qué hay que hacer todavía para cumplir el mandato de la Comisión. A este respecto, conviene hacer algunas observaciones preliminares:

a) En primer lugar, hay que reconocer que el medio primordial que se emplea en las relaciones internacionales actuales para resolver los casos de emergencia que afectan a la propia existencia de los Estados o a la seguridad de su población rebasa el campo de aplicación de las normas secundarias en materia de responsabilidad de los Estados. Incumbe, por ejemplo, a los órganos internacionales competentes, en particular al Consejo de Seguridad y a la Asamblea General;

b) Sin duda, se plantean cuestiones con respecto a la rendición de cuentas y al funcionamiento cabal del Consejo de Seguridad y de otros órganos que se ocupan de los casos de emergencia. Sin embargo, es significativo que esas cuestiones afecten tanto a las cosas que no se hacen como a las que se hacen mal —el no haber intervenido a tiempo cuando, de haberlo hecho, quizás se pudiera haber evitado un desastre; la promesa oficial de que los «sectores protegidos» serían seguros, que se incumplió por inoperancia y falta de voluntad[742]. Hay que repetir que, con independencia de cuáles sean las reformas institucionales y de otra índole que ayuden a resolver esas cuestiones, no se las puede resolver mediante las normas secundarias generales relativas a la responsabilidad de los Estados;

c) Por esas y otras razones, ya se ha acordado provisionalmente prescindir de la idea de las «sanciones legítimas» que está implícita en el artículo 30. Las sanciones que se aprueben de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas u otras que se impongan válidamente en virtud de tratados internacionales rebasan el ámbito del proyecto y se tratan, respectivamente, en los artículos 39 y 37 y 38[743];

d) Un rasgo esencial de esas sanciones es que el imponerlas y el supervisarlas requieren una actividad colectiva organizada. Los regímenes sustanciales de los comités de sanciones; los procedimientos de autorización

---

[739] Ibíd., pág. 83, párr. 331.

[740] Véanse, por ejemplo, Abi-Saab, «The uses of Article 19»; Bowett, «Crimes of State and the 1996 report of the International Law Commission on State responsibility»; Dominicé, «The international responsibility of States for breach of multilateral obligations»; Gaja, «Should all references to international crimes disappear from the ILC draft articles on State responsibility?»; Graefrath, «International crimes and collective security»; Pellet, «Can a State commit a crime? Definitely, yes!», y «Vive le crime! Remarques sur les degrés de l'illicite en droit international»; Sreenivasa Rao, «Comments on article 19 of the draft articles on State responsibility adopted by the International Law Commission»; Rosenne, «State responsibility and international crimes: further reflections on article 19 of the draft articles on State responsibility»; Rosenstock, «An international criminal responsibility of States?»; Triffterer, «Prosecution of States for crimes of State», y Zemanek, «New trends in the enforcement of *erga omnes* obligations».

[741] Para un resumen de esas observaciones, véase A/CN.4/496, párrs. 110 a 115, y A/CN.4/504, párrs. 23 y 78 a 81 (nota 3 *supra*).

[742] Véanse, por ejemplo, Informe presentado por el Secretario General de conformidad con la resolución 53/35 de la Asamblea General: la caída de Srebrenica (A/54/549), de 15 de noviembre de 1999; el informe de la Comisión Independiente de Investigación acerca de las medidas adoptadas por las Naciones Unidas durante el genocidio de 1994 en Rwanda (S/1999/1257, anexo), de 15 de diciembre de 1999, y la declaración del Secretario General de 16 de diciembre de 1999 (SG/SM/7263-AFR/196).

[743] En lo que respecta al artículo 38, véanse los párrafos 60 a 65 *supra*; en lo que respecta al artículo 37, los párrafos 415 a 421 *infra*; en lo que respecta al artículo 39, los párrafos 422 a 426 *infra*.

y concesión de excepciones; el examen de las solicitudes de indemnización a terceros Estados afectados de conformidad con el Artículo 50 de la Carta; la decisión con respecto a las relaciones entre las sanciones que no entrañan recurso a la fuerza, el mantenimiento de la paz y otras medidas: nada de esto pertenece al ámbito del proyecto de artículos, y no procede intentar duplicarlo en otros regímenes paralelos que puedan concebirse[744];

e) Una novedad significativa de los últimos años ha sido la creación de una Corte Penal Internacional. Los sucesos acaecidos en el decenio de 1990 han demostrado, una vez más, que el imponer sanciones a pueblos enteros produce escasos resultados y plantea el problema de que se da la impresión de que se castiga a muchas personas para sancionar a unas pocas que tienen el poder. En los casos en que el comportamiento delictivo de unos cuantos dirigentes (pertenezcan o no oficialmente al gobierno) produzca tragedias humanas o de otra índole, o las exacerbe, tal vez sea una equivocación tomar medidas contra el «Estado» o contra su población. En la mayoría de los casos de comportamiento delictivo en gran escala, la población del Estado en cuestión es, de manera directa o indirecta, una víctima. Se están creando mecanismos —de los que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no es sino un elemento— para exigir cuentas a las personas implicadas. En esta labor, la responsabilidad de los Estados tiene su importancia, pero es secundaria[745].

f) En particular, no se ha planteado que la responsabilidad penal de una persona conforme al derecho internacional dependa de que se dilucide, previamente, la criminalidad del Estado en cuestión. Si ello se planteara, se suscitarían cuestiones difíciles, ya que habría que investigar previamente al propio Estado[746] o se lo haría comparecer en el tribunal penal competente para juzgarlo *in absentia*. Así no se respetan las garantías procesales, ni las de los Estados ni las de las personas[747].

En suma, el derecho general relativo a la responsabilidad de los Estados sólo puede desempeñar un papel subordinado en este campo. Sin embargo, debe desempeñarlo. De acuerdo con lo dispuesto en la primera parte del proyecto de artículos, los Estados en cuanto tales serán responsables de las infracciones graves de obligaciones fundamentales, y las consecuencias de ello serán de magnitud proporcionada: responsabilidad del infractor hacia la comunidad internacional en su conjunto, obligación de desistir de la infracción y de repararla íntegramente, en especial mediante la restitución, y posibilidad de que se impongan al infractor contramedidas de peso si incumple esa obligación. Con objeto de definir dicho papel, hay que desarrollar algunas ideas fundamentales.

1. Derecho de todo Estado a invocar la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones hacia la comunidad internacional

373. Al hablar de la responsabilidad de los Estados, conviene partir de la idea de las obligaciones hacia la comunidad internacional en su conjunto. Cabe inferir que el contenido de esas obligaciones es coextensivo, en gran medida, con el de las normas imperativas. Por definición, una norma imperativa tiene el mismo rango para todos los Estados[748]. Dimana del derecho internacional general y no puede derogarse mediante normas de carácter unilateral o convencional. Puede darse el caso de que exista una obligación *erga omnes* que varíe en dos Estados particulares por acuerdo de ambos. No obstante, en ese caso, la obligación no será imperativa. Pero también es cierto que, si se deroga una norma, es porque ésta no obligaba *de la misma manera* a toda la comunidad internacional.

374. Por más que eso sea así, se propone que se tomen como núcleo esencial de las obligaciones hacia la comunidad internacional en su conjunto las pocas normas que se acepten generalmente como universales en cuanto a su ámbito e inderogables en cuanto a su contenido, y en cuyo cumplimiento todo Estado tenga interés legítimo. Esta es la clase de normas que tenía presentes, al parecer, la CIJ en el *dictum* del caso *Barcelona Traction*[749]. Es innecesario (incluso inconveniente) citar ejemplos de esas normas en el proyecto de artículos. Entre ellas figuran la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, la prohibición del genocidio y la esclavitud, el derecho a la libre determinación y las demás obligaciones de derechos humanos y derecho humanitario que se reconocen como inderogables en el derecho internacional general. En el comentario debe aclararse que esa categoría incluye sólo un número reducido de normas que gozan de aceptación universal.

375. Por lo que respecta a esa clase de obligaciones, debe reconocerse que todos los Estados tienen interés legítimo en su cumplimiento, con independencia de que su incumplimiento los afecte de manera especial o no[750]. El corolario que de ello se desprende es que, como

---

[744] Esos regímenes deberían tener forma de tratado, pero aún no se ha decidido qué forma tendrá el proyecto de artículos (véase el párrafo 6 *supra*).

[745] Con respecto a las sanciones penales o disciplinarias que se imponen a las personas como forma de satisfacción en casos especiales, véase el párrafo 192 *supra*.

[746] Véase el procedimiento de dos etapas que se aplicó a las «organizaciones delictivas» en virtud del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, anexo al Acuerdo de Londres en relación con el procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias europeas del Eje, de 8 de agosto de 1945 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 82, pág. 279; véase en español Quintano Ripollés, *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, Madrid, Instituto Francisco de Vittoria, 1955, t. I, pág. 406), arts. 9 a 11. Es muy dudoso que esas disposiciones (que, naturalmente, no se aplicaron al Gobierno alemán en cuanto tal) estuvieran entre los «principios del derecho internacional», como se declaró en la resolución 95 (I) de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1946. Desde entonces, no han aparecido en ninguna resolución ni tratado internacionales.

[747] En ocasiones, se dice que la participación de un Estado en un crimen tipificado en el derecho internacional vuelve a ese Estado «transparente», con lo que deniega la protección a los funcionarios suyos que hayan sido acusados de crímenes internacionales. Sin embargo, el principio (enunciado en el artículo 7 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional e invocado reiteradamente desde entonces) según el cual el hecho de que una persona acusada de haber cometido un crimen internacional ocupara un cargo oficial «no será considerada como excusa eximente para librarles de responsabilidad o para mitigar el castigo» se aplicará con independencia de que el comportamiento del funcionario formara parte de un «crimen de Estado».

[748] Véase la Convención de Viena de 1969, art. 53.

[749] *C.I.J. Recueil 1970* (véase la nota 164 *supra*), pág. 32, párr. 33; véase también el párrafo 97 *supra*.

[750] Véanse los párrafos 106 y 107 y el cuadro 1 *supra*. Una analogía apropiada, en este caso, es la idea del *locus standi* en pro del interés público; cabe señalar que en los tratados de derechos humanos y en otros muchos tratados se confiere a los Estados partes, en general, el derecho a invocar la responsabilidad, al menos a los efectos de solicitar

mínimo, todos los Estados tienen interés legítimo en velar por que cese toda infracción de esas normas y en exigir las garantías de no reincidencia. Debería plasmarse ese corolario en el proyecto de artículos. Cabe señalar que no hay peligro de conflicto ni contradicción en el caso en que varios o muchos Estados exijan que cese una infracción o que se declare que ha habido infracción (o exijan, incluso, restitución, en el caso de que haya que restituir una situación objetiva, el *statu quo ante*, en interés de las víctimas de la infracción[751]). Así las cosas, el limitar esa invocación a los supuestos en que todos o casi todos los Estados se pusieran de acuerdo para actuar sería una medida demasiado restrictiva. Debe reconocerse que todo Estado parte en una obligación impuesta en pro del interés colectivo tiene, al menos, derecho a protestar, a exigir que cese el incumplimiento de la obligación y a exigir que se declare que ha habido infracción, y, en su caso, a exigir restitución.

2. Límites del derecho a invocar la responsabilidad en nombre de otro

376. Por otra parte, aun cuando se reconozca que el derecho de todo Estado a invocar la responsabilidad respecto de obligaciones hacia la comunidad internacional en su conjunto tiene carácter individual, no es un derecho instituido en favor del interés particular del Estado que lo invoque, sino en interés de la comunidad. Difiere del interés del Estado, la persona o la entidad que sea víctima directa de la infracción (un Estado que sufra un ataque armado, un pueblo al que se niegue el derecho a la libre determinación). Los Estados que no estén directamente afectados[752] por el incumplimiento de una obligación y que invoquen un interés legítimo en su cumplimiento no exigirán el cese o la reparación en su propio nombre sino en el de las víctimas del incumplimiento y en pro del interés público. De ello se desprende que, en las disposiciones relativas a la invocación de responsabilidad en nombre de la comunidad internacional, habrá que reconocer la primacía de los intereses de las víctimas directas. A este fin, habrá que examinar por separado el caso en que la víctima sea un tercer Estado y el caso, distinto, en que lo sea una colectividad humana u otra entidad.

a) *El Estado víctima*

377. Cuando haya un Estado víctima identificable, las medidas colectivas que se adopten en su nombre, incluidas las de reparación, deberán adoptarse con su consentimiento[753]. Pueden surgir dificultades cuando el gobierno del Estado víctima haya sido suprimido o derrocado, por ejemplo mediante intervención ilegal desde el exterior o mediante golpe de Estado, y ese Estado carezca de representantes válidos. Este caso extremo se ha dado ciertamente, pero, cuando se dé, debe resolverse mediante las leyes y los usos vigentes en materia de representación de Estados en situaciones de excepción y por las organizaciones internacionales competentes[754]. No debe permitirse que eso impida ver el hecho de que lo normal es que el Estado víctima siga estando representado válidamente en el plano internacional.

b) *Víctimas que no son Estados: personas y colectividades*

378. En principio, cabe aplicar la misma solución cuando la víctima primaria no sea un Estado sino una colectividad humana o una persona. Sin embargo, por razones evidentes, puede haber grandes dificultades para garantizar la representación legítima de las colectividades humanas o las personas y para limitar el derecho de otros Estados a plantear cuestiones relativas al cumplimiento de obligaciones en el plano internacional, a falta de una expresión válida de los deseos de la víctima o las víctimas[755]. En todo caso, esos Estados pueden interesarse legítimamente en las cuestiones de legalidad internacional, sin identificarse necesariamente con las víctimas ni pretender representarlas. Ya se ha propuesto que no se trate en las partes segunda y segunda *bis* la cuestión de la invocación de la responsabilidad por entidades que no sean Estados y se ha recomendado que se incluya la correspondiente cláusula de salvaguardia en el capítulo I de la segunda parte[756]. Por lo que atañe a la invocación de la responsabilidad por un Estado en los casos en que la víctima primaria no sea un Estado, en el proyecto de artículos se dispondrá que todo Estado parte en la obligación colectiva de que se trate tendrá el derecho de invocar la responsabilidad exigiendo que cese la infracción, que se ofrezcan garantías de no reincidencia y que, en su caso, se haga la restitución oportuna.

c) *Incumplimiento de obligaciones hacia la comunidad que no entraña víctimas*

379. Cuando no haya víctimas concretas e identificables (como puede ocurrir en el caso de determinadas obligaciones *erga omnes* en el ámbito del medio ambiente, por ejemplo aquellas cuyo incumplimiento entrañe perjuicio para el «patrimonio mundial común»), y cuando la restitución resulte imposible materialmente, otros Estados podrán limitarse a exigir que cese la infracción y que se ofrezcan satisfacción y garantías de no reincidencia. Sin embargo, cabe reiterar que esos casos de incumplimiento son importantes de por sí y que todo Estado parte en la obligación colectiva de que se trate tendrá derecho a invocar la responsabilidad respecto de ellos.

3. Cuestiones relativas a las sanciones y al procedimiento

380. Es evidente que las cuestiones de la cesación, la no reincidencia y la restitución no agotan las posibles consecuencias que pueden derivarse del incumplimiento de obligaciones hacia la comunidad internacional en su conjunto. Otras consecuencias pueden ser el exigir daños y perjuicios cuantiosos acordes con la gravedad de la infracción, e incluso el imponer sanciones propiamente

que se declare que ha habido infracción, y no se les impone requisito alguno en el sentido de que deban verse especialmente afectados.

751 Véase el párrafo 113 *supra*.

752 Como Etiopía y Liberia en el caso *Sud-Ouest africain* (véase la nota 168 *supra*).

753 Véase el párrafo 109 *supra*.

754 Véase un examen del tema en Talmon, *Recognition of Governments in International Law: with Particular Reference to Governments in Exile*, en el que se intenta restablecer la doctrina del reconocimiento de los gobiernos en el exilio como medio de resolver esos problemas.

755 Véase el problema de la representación a que hizo referencia el magistrado Vereshchetin en su opinión separada en el caso *Timor oriental, C.I.J. Recueil 1995* (nota 205 *supra*), pág. 135.

756 Véase el párrafo 99 *supra*; para el texto de la disposición propuesta, véase el párrafo 119 *supra*.

dichas. Ciertamente, la imposición de sanciones pecuniarias es la consecuencia más leve de toda la gama posible[757]. Sin embargo, la cuestión de las sanciones o las indemnizaciones punitivas sirve de ejemplo útil. Como se recordará, en el proyecto de artículos aprobado en primera lectura no se preveían indemnizaciones punitivas ni siquiera en el caso de los «crímenes internacionales» definidos en el artículo 19[758]. La exclusión de la indemnización punitiva del derecho internacional la han respaldado incluso gobiernos que, por lo demás, estaban de acuerdo con el artículo 19[759]. Ciertamente, hay fuentes de peso para sostener que la indemnización punitiva no existe en el derecho internacional[760]. A juicio del Relator Especial, si bien los Estados pueden invocar individualmente la responsabilidad para garantizar la cesación de la infracción y la restitución en *todos* los casos que entrañen infracción de las obligaciones hacia la comunidad internacional en su conjunto[761], también debe formularse la pregunta de si cabe prever multas o indemnizaciones punitivas al menos en el caso de las infracciones graves o especialmente graves. Si la respuesta es negativa, el proyecto de artículos sólo tendrá aplicación limitada en este ámbito, y el desarrollo de las consecuencias secundarias mediante multas por infracción grave habrá de quedar para el futuro. Ello será así con independencia de que la razón aducida sea la falta de disposiciones sobre indemnizaciones punitivas en el derecho internacional, la falta de mecanismos para imponerlas, su inadmisibilidad para los Estados por motivos pragmáticos o la imposibilidad de instituir ese régimen en un texto carente de la fuerza de un tratado que goce de aceptación general[762].

381. Hay que recalcar que, a pesar del importante debate que ha habido sobre el artículo 19 y sobre la idea de «crímenes internacionales de los Estados», casi no se han adoptado medidas prácticas al respecto. Sí se han adoptado medidas activas para aplicar la idea de «responsabilidad criminal internacional» en el caso de determinados crímenes previstos en el derecho internacional y, bajo los auspicios del Consejo de Seguridad, se han aplicado algunos principios de responsabilidad internacional vigentes a algunas infracciones graves, entre las que destaca la invasión de Kuwait por el Iraq en 1990. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico e institucional, las disposiciones que permiten exigir cuentas a los Estados por las infracciones más graves del derecho internacional siguen siendo esencialmente las mismas que las de la época en que se propuso y se aprobó por primera vez el artículo 19.

382. La situación puede compararse con la del derecho de la Unión Europea, que hasta ahora es el régimen supranacional más desarrollado. En particular, cabe hacer referencia al artículo 228 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (antiguo art. 171), en el que se dispone lo siguiente:

> 1. Si el Tribunal de Justicia declarare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia.
>
> 2. Si la Comisión estimare que el Estado miembro afectado no ha tomado tales medidas, emitirá, tras haber dado al mencionado Estado la posibilidad de presentar sus observaciones, un dictamen motivado que precise los aspectos concretos en que el Estado miembro afectado no ha cumplido la sentencia del Tribunal de Justicia. Si el Estado miembro afectado no hubiere tomado las medidas que entrañe la ejecución de la sentencia del Tribunal en el plazo establecido por la Comisión, ésta podrá someter el asunto al Tribunal de Justicia. La Comisión indicará el importe que considere adecuado a las circunstancias para la suma a tanto alzado o la multa coercitiva que deba ser pagada por el Estado miembro afectado. Si el Tribunal de Justicia declarare que el Estado miembro afectado ha incumplido su sentencia, podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva[763].

En 1996, la Comisión Europea aprobó unas normas indicativas para aplicar esa disposición y, en 1997, aprobó otras sobre los métodos de cálculo del pago de las multas. El primer caso en que se aplicaron esas disposiciones contra un Estado ocurrió en 2000, cuando el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas impuso una multa de 20.000 euros diarios por infracción repetida del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. La infracción consistió en verter ininterrumpidamente residuos peligrosos en un río. En su sentencia, el Tribunal resumió el efecto de las normas indicativas de la Comisión en materia de multas de la manera siguiente:

> [L]a comunicación 96/C 242/07, antes citada, prevé, en particular, que la determinación del importe de la multa o de la multa coercitiva debe estar guiada por el objetivo mismo de dicho instrumento, a saber, asegurar la aplicación efectiva del derecho comunitario. La Comisión estima, por tanto, que el importe debe calcularse en función de tres criterios fundamentales, a saber, la gravedad de la infracción, su duración y la necesidad de asegurar el efecto disuasorio de la sanción para evitar la reincidencia.
>
> La comunicación 97/C 63/02, antes citada, identifica las variables matemáticas utilizadas para calcular el importe de una multa coercitiva, a saber, un tanto alzado de base uniforme, un coeficiente de gravedad, un coeficiente de duración, así como un factor destinado a reflejar la capacidad de pago del Estado miembro al tiempo que persigue que la multa coercitiva sea a la vez proporcionada y disuasoria, calculado a partir del producto interior bruto de los Estados miembros y de la ponderación de sus votos en el Consejo[764].

El Tribunal señaló que esas normas indicativas «contribuyen a garantizar la transparencia, la previsibilidad y la seguridad jurídica de su actuación, a la vez

---

[757] Véanse las diversas consecuencias que sufrieron el Iraq, después de su invasión a Kuwait, o la Alemania en 1945, después del holocausto y de la segunda guerra mundial.

[758] No se hace referencia alguna a la indemnización punitiva en el artículo 53. Como ya se ha demostrado, al aprobar el apartado *c* del párrafo 2 del artículo 45, la Comisión no pretendía instituir una indemnización punitiva (véase el párrafo 190 *supra*).

[759] Véase *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7, párr. 54.

[760] Véanse las decisiones a que se hace referencia (ibíd., párr. 57), y véase el párrafo 190 *supra*.

[761] Véase el párrafo 375 *supra*.

[762] Esta enumeración no agota el catálogo de posibles razones. La comunidad internacional empieza a tomarse en serio la imposición de multas a particulares, y sobre todo a personajes de gobiernos presentes y pasados que han cometido crímenes internacionales especialmente graves. Cabe pensar que esta tarea es más inmediata y urgente que la de penalizar a los Estados y (de manera indirecta) a sus ciudadanos.

[763] Este procedimiento se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 227, en el que se permite a cualquier Estado miembro recurrir al Tribunal de Justicia si estima que otro Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado, a efectos de reparación declaratoria. Sin embargo, el procedimiento previsto en el artículo 228 no es el único en virtud del cual se pueden imponer multas a los Estados miembros.

[764] Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Comisión de las Comunidades Europeas* c. *República Helénica*, asunto C-387/97, sentencia de 4 de julio de 2000, *Recopilación de Jurisprudencia 2000*, pág. I-05047, párrs. 85 y 86, en los que se citan las comunicaciones de la Comunidad Europea 96/C 242/07, de 21 de agosto de 1996 (*Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 1996, C 242, pág. 6) y 97/C 63/02, de 28 de febrero de 1997 (ibíd., 1997, C 63, pág. 2).

que persiguen la proporcionalidad de los importes de las multas coercitivas que decida proponer»[765]. Aprobó la propuesta de que al fijar el importe de las multas se tuviera en cuenta tanto el producto interior bruto como el número de votos de que dispusiera en el Consejo el Estado miembro de que se tratara, en la medida en que ello «permite reflejar la capacidad de pago de este Estado miembro manteniendo al mismo tiempo una diferencia razonable entre los distintos Estados miembros»[766]. Y llegó a la siguiente conclusión:

> [L]os criterios de base que deben tomarse en consideración para garantizar la naturaleza coercitiva de la multa con vistas a la aplicación uniforme y efectiva del derecho comunitario son, en principio, la duración de la infracción, su gravedad y la capacidad de pago del Estado miembro de que se trate. Para aplicar estos criterios, deben tenerse en cuenta, en particular, las consecuencias de la falta de ejecución sobre los intereses privados y públicos y la urgencia que exista de que el Estado miembro de que se trate cumpla sus obligaciones.
>
> En el presente caso, debe señalarse que, a la vista de la naturaleza de los incumplimientos de que se trata, que aún perduran, el pago de una multa coercitiva es, efectivamente, el medio más adecuado a las circunstancias del caso[767].

Al reducir la multa propuesta por la Comisión, el Tribunal tuvo en cuenta que no se habían demostrado todas las infracciones repetidas que había alegado aquélla. Al mismo tiempo, consideró que la reiteración de las infracciones, en vista de su capacidad de «poner directamente en peligro la salud humana y perjudicar al medio ambiente», así como de su incompatibilidad con la política ambiental de la Unión Europea, era «especialmente grave»[768].

383. La manera en que evolucione el procedimiento de multas previsto en el artículo 228 sólo se sabrá en el futuro, y naturalmente el procedimiento rige sólo en el derecho de la Unión Europea, no en el internacional. Sin embargo, cabe precisar algunos puntos:

a) El procedimiento demuestra que, a pesar de las pretensiones ocasionales en contrario, no hay nada en la idea del Estado ni en la de las relaciones jurídicas basadas en tratados que excluya, *a priori*, la imposición de multas;

b) Las multas previstas en el artículo 228 no se califican de sanciones «penales», y su intención, al menos en primera instancia, es garantizar que se cumpla una obligación[769];

c) Se imponen exclusivamente en casos especiales, a instancias de un órgano colectivo y después de un procedimiento de dos etapas ante un tribunal investido de jurisdicción general y obligatoria y con todas las debidas garantías procesales;

d) Se imponen según un régimen en el que se excluyen las contramedidas[770].

384. Al Relator Especial le parece claro que, en el actual estadio de desarrollo del derecho internacional, no se dan las condiciones para imponer regularmente multas a los Estados y que estas condiciones sólo pueden crearse con gran dificultad. El Tribunal de Justicia dijo que se necesitaban transparencia, certidumbre y proporcionalidad. Estos son los requisitos jurídicos generales de las garantías procesales en los asuntos penales. No son exclusivos de subregímenes jurídicos como el de la Unión Europea.

385. Sin embargo, si hay dificultades para imponer multas o sanciones análogas a los Estados a falta de instituciones y procedimientos adecuados, sí existe, por otra parte, el uso de aplicar contramedidas para inducir a un Estado a cumplir sus obligaciones internacionales. Dejando de lado los regímenes especiales, para adoptar esas contramedidas no se requiere haber agotado previamente los recursos judiciales, ni siquiera autorización judicial previa[771]. Si el Estado lesionado está legitimado para aplicar contramedidas como forma descentralizada de obtener reparación, la cuestión que se plantea es por qué no pueden respaldarlo en ello otros Estados que tengan un interés reconocido en que se cumpla la obligación infringida. Otra cuestión es la de si debe permitirse a uno o varios Estados adoptar contramedidas colectivas cuando se enfrenten con el incumplimiento de una obligación hacia la comunidad internacional en su conjunto que no lesione directamente a ninguno de ellos (por ejemplo, en el ámbito de los derechos humanos o en un conflicto armado interno).

B. Contramedidas colectivas[772]

386. En un capítulo anterior del presente informe se han examinado las disposiciones sobre contramedidas aprobadas en primera lectura en todo cuanto afecta a las medidas adoptadas por Estados lesionados en el sentido estricto de esta expresión (por ejemplo, en el sentido en que se la define provisionalmente en el párrafo 1 del artículo 40 *bis*). La cuestión es hasta qué punto pueden legítimamente otros Estados hacer valer el derecho a reaccionar contra el incumplimiento de obligaciones colectivas en las que son parte, aunque no hayan sido lesionados en el sentido que acaba de exponerse. Para simplificar el tema, se estudiarán esos casos bajo el epígrafe de «contramedidas colectivas». No se limitarán a los casos en que varios o muchos Estados actúen concertadamente. El elemento colectivo puede aportarlo también el hecho de que el Estado que reaccione haga valer el derecho a intervenir en pro del interés público ante el incumplimiento de una obligación multilateral en la que sea parte, aunque no haya sido lesionado individualmente por ese incumplimiento; o el hecho de que las medidas las coordinen varios Estados interesados.

387. Es importante distinguir entre las contramedidas individuales que hayan adoptado uno o varios Estados que obren a título particular y por medio de sus propios órganos, por un lado, y las reacciones institucionales que

---

[765] Ibíd., párr. 87.

[766] Ibíd., párr. 88; véase párr. 89, en que se califican las normas indicativas de la Comunidad Europea de «una referencia útil».

[767] Ibíd., párrs. 92 y 93.

[768] Ibíd., párr. 94.

[769] El Tribunal de Justicia desestimó el argumento del demandado de que las actuaciones eran inadmisibles porque la multa tenía un elemento retrospectivo. Puntualizó que «la alegación formulada […] relativa a la toma en consideración, a efectos de fijar la multa coercitiva, de elementos y criterios referidos al pasado, coincide, en esencia, con el examen del fondo del asunto y, en particular, del objeto de la multa coercitiva contemplada en el artículo 171, párr. 2, del Tratado» (ibíd., párr. 42).

[770] Véase el párrafo 343 *supra*.

[771] Véase el párrafo 355 *supra*.

[772] En Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite: des contremesures à la légitime défense*, págs. 110 a 175, se ofrece un análisis valioso de esas cuestiones. Véanse también Akehurst, «Reprisals by third States»; Charney, *loc. cit.*, Frowein, *loc. cit.*; Hutchinson, *loc. cit.*, y Simma, «From bilateralism to community interest in international law».

tengan lugar en el marco de organizaciones internacionales, por otro. Estas últimas, por ejemplo cuando se producen al amparo de lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, no se prevén en el proyecto de artículos[773]. Pasando a un plano más general, en el proyecto de artículos no se prevé el caso de que una organización internacional adopte medidas, aun cuando los Estados miembros dirijan o controlen su actuación[774].

388. Una segunda distinción que hay que hacer es la de reacciones «no amistosas» pero tampoco ilegales, ante el comportamiento de otro Estado (retorsión) y las reacciones que sean incompatibles con las obligaciones internacionales del Estado y se justifiquen, si acaso, como contramedidas legítimas. Si bien a veces resulta difícil trazar esa distinción en la práctica, sobre todo en los casos de actuación colectiva, es indispensable trazarla cuando se trate de la responsabilidad de los Estados. Sólo las contramedidas propiamente dichas están dentro del campo de aplicación del proyecto de artículos[775]. Así pues, las contramedidas no comprenden las medidas políticas de no reconocimiento colectivo, con independencia de que este no reconocimiento sea obligatorio[776] o facultativo.

389. En tercer lugar, hay que distinguir con claridad las contramedidas que no entrañen el recurso a la fuerza de las reacciones que sí lo entrañen. Las medidas que entrañen el recurso a la fuerza en las relaciones internacionales, o que estén comprendidas en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, se regirán por las normas primarias pertinentes y rebasarán el ámbito de las obligaciones secundarias que abarca el proyecto de artículos. Esto ya se ha expuesto al tratar de la versión actual del artículo 50[777].

390. Habiendo aclarado lo anterior, se propone, en primer lugar, examinar brevemente algunos ejemplos recientes de contramedidas colectivas entendidas en el sentido que se acaba de definir; en segundo lugar, intentar determinar cómo se las usa y, en tercer lugar, examinar, a la luz de ese uso, qué disposiciones deberían incluirse al respecto en el proyecto de artículos. Debe insistirse en que no se trata solamente de *introducir* en el proyecto de artículos disposiciones de contramedidas colectivas. En la versión del proyecto que se aprobó en primera lectura, se permite a todo Estado lesionado (expresión que se define genéricamente en el artículo 40 original) adoptar contramedidas por cuenta propia, haciendo caso omiso de lo que pueda hacer otro Estado y, en particular, haciendo caso omiso de la opinión o la respuesta del Estado víctima. Ya se han examinado las deficiencias de esa interpretación tan amplia de las contramedidas colectivas[778]. Así pues, la cuestión radica en cómo limitar y controlar la disposición actual en materia de contramedidas colectivas, que comprende el artículo 40 y el artículo 47 leídos conjuntamente y que es una disposición ilimitada y carente de coordinación.

1. Examen de los usos de los Estados

391. En bastantes ocasiones, los Estados han reaccionado en contra del incumplimiento de obligaciones colectivas, aunque no pudieran pretender haber sido lesionados en el sentido en que se entiende la expresión en el párrafo 1 del artículo 40 *bis*. Las reacciones han adoptado la forma de sanciones económicas (en violación de obligaciones previstas en tratados) o de medidas de otra índole (por ejemplo, la ruptura de relaciones en materia de espacio aéreo en violación de los tratados de aviación bilaterales, o la congelación de activos financieros). Cabe citar los siguientes ejemplos:

a) *Los Estados Unidos de América-Uganda (1978)*. En octubre de 1978, el Congreso de los Estados Unidos aprobó una normativa en que se prohibía exportar productos y tecnología a Uganda e importar cualquier cosa de este país[779]. En su condición de miembros del GATT, los Estados Unidos y Uganda tenían prohibido imponer restricciones y cuotas generales a las exportaciones, en sus relaciones económicas[780]. Pese a ello, los Estados Unidos no se acogieron a las excepciones que se permitían en el GATT, sino que declararon, en esa normativa, que «[e]l Gobierno de Uganda […] ha cometido genocidio contra los ugandeses» y que «los Estados Unidos deben adoptar medidas para desvincularse de todo gobierno extranjero que cometa el crimen internacional del genocidio»[781];

b) *Algunos países occidentales contra Polonia y la Unión Soviética (1981)*. El 13 de diciembre de 1981, a raíz del movimiento de tropas soviéticas en la frontera oriental de Polonia, el Gobierno de este último país impuso la ley marcial y, posteriormente, reprimió manifestaciones y encarceló a 12.500 disidentes[782]. Después de que algunos Estados Miembros de las Naciones Unidas condenaran verbalmente los hechos, los Estados Unidos y otros países occidentales tomaron medidas contra Polonia y la Unión Soviética, que comprendieron, aparte de actos de no amistad, la suspensión, con efecto inmediato, de los tratados en que se conferían derechos de aterrizaje a Aeroflot en los Estados Unidos y a LOT

---

[773] Véase la versión actual del artículo 39, que se estudia más adelante (párrs. 422 a 426).

[774] Véase el párrafo 428 *supra*, en el que se trata la propuesta de excluir del proyecto de artículos las cuestiones relativas a la responsabilidad que entrañen los actos de las organizaciones internacionales.

[775] Por ejemplo, los boicots diplomáticos colectivos, o la negativa a hacer visitas de Estado o a mantener vínculos deportivos, no infringen el derecho internacional y, aunque su intención pueda ser hostil o no amistosa, no constituyen contramedidas. Tampoco parece ser una contramedida en sentido estricto la postura colectiva que adoptó la OUA contra el régimen de *apartheid* de Sudáfrica, habida cuenta de que no había concertado con ese país tratados en que se le impusieran obligaciones en materia de comercio o aviación. Véase Ferguson-Brown, «The legality of economic sanctions against South Africa in contemporary international law», y Dugard, «The Organization of African Unity and colonialism: an enquiry into the plea of self-defence as a justification for the use of force in the eradication of colonialism» (trata más de la legítima defensa que de las contramedidas). Las medidas colectivas contra Rodesia se adoptaron de conformidad con los Capítulos VI y, posteriormente, VII de la Carta de las Naciones Unidas: véase Gowlland-Debbas, *Collective Responses to Illegal Acts in International Law: United Nations Action in the Question of Southern Rhodesia*, págs. 365 a 422.

[776] Como ocurrió, por ejemplo, en la situación que examinó la CIJ en el caso *Namibie, C.I.J. Recueil 1971* (nota 169 *supra*), pág. 16.

[777] Véase el párrafo 335 *supra*.

[778] Véanse los párrafos 109 y 114 *supra*.

[779] Ley de embargo contra Uganda n.º 95-435, de 10 de octubre de 1978, *United States Statutes at Large 1978*, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1980, vol. 92, págs. 1051 a 1053.

[780] Véase el artículo XI, párr. 1 del GATT.

[781] Ley de embargo contra Uganda (véase la nota 779 *supra*), pág. 1052, secc. 5, apdos *a* y *b*.

[782] Rousseau, «Chronique des faits internationaux», págs. 603 y 604.

en el mismo país, en Austria, Francia, los Países Bajos, el Reino Unido y Suiza[783]. En todos esos casos, se hizo caso omiso de los procedimientos de suspensión previstos en los respectivos tratados, por lo que (salvo que hubiera quedado excluida su ilicitud) las medidas constituyeron violaciones del derecho internacional[784];

c) *Medidas colectivas contra la Argentina (1982)*. En abril de 1982, cuando la Argentina se apoderó de parte de las Islas Malvinas (Falkland), el Consejo de Seguridad le pidió que se retirara de inmediato[785]. A instancias del Reino Unido, los miembros de la Comunidad Europea, Australia, el Canadá y Nueva Zelandia fueron más allá de la condena verbal e impusieron sanciones comerciales, entre ellas la prohibición temporal de todas las importaciones de productos argentinos, que contravenía el artículo XI, párr. 1 y, posiblemente, el artículo III del GATT. Es dudoso que pudieran justificarse las medidas alegando la excepción de razones de seguridad nacional prevista en el inciso iii) del apartado *b* del artículo XXI del GATT[786]. Además, el embargo decretado por los países europeos conculcaba también los derechos que tenía la Argentina en virtud de los acuerdos sectoriales de comercio de textiles y comercio de carne ovina[787], a los que no se aplicaban las excepciones en materia de seguridad del GATT;

d) *Estados Unidos de América contra Sudáfrica (1986)*. Cuando, en 1985, el Gobierno de Sudáfrica decretó el estado de excepción en gran parte del país, el Consejo de Seguridad recomendó que se emprendieran boicots económicos sectoriales y que se cortaran las relaciones culturales y deportivas con aquel país[788]. Posteriormente, otros países aplicaron medidas que rebasaron las recomendadas por el Consejo y que constituían, *prima facie*, violaciones del derecho internacional. Por ejemplo, el Congreso de los Estados Unidos aprobó la *Comprehensive Anti-Apartheid Act*, en virtud de la cual suspendió, con efecto inmediato, los derechos de aterrizaje de South African Airlines en territorio estadounidense[789]. Esa suspensión inmediata contravino las condiciones del Acuerdo de aviación concertado en 1947 entre los Estados Unidos y la Unión Sudafricana[790] y se justificó como medio de exhortar al Gobierno de Sudáfrica «a adoptar medidas que llevaran a instaurar una democracia sin distinción de raza»[791];

e) *Medidas colectivas contra el Iraq (1990)*. El 2 de agosto de 1990, las tropas iraquíes invadieron Kuwait y lo ocuparon. El Consejo de Seguridad condenó inmediatamente la invasión alegando que constituía un atentado contra la paz y la seguridad internacionales y, a partir del 6 de agosto, aprobó una serie de resoluciones en las que legitimó las medidas que adoptaron los Estados Miembros para restaurar el Gobierno de Kuwait. Aun antes de que el Consejo hubiera autorizado a los Estados Miembros a adoptar medidas, los Estados miembros de la Comunidad Europea y los Estados Unidos habían impuesto embargos comerciales y decidido congelar los activos financieros iraquíes[792]. Esas medidas se adoptaron como respuesta directa a la invasión del Iraq y, al menos inicialmente, no se las había legitimado mediante resoluciones del Consejo;

f) *Medidas colectivas contra la República Federativa de Yugoslavia (1998)*. En respuesta a la crisis humanitaria de Kosovo, los Estados miembros de la Comunidad Europea aprobaron unas leyes en que se decretó la congelación de los fondos yugoslavos y la prohibición inmediata de los vuelos[793]. Para varios países, como Alemania, Francia y el Reino Unido, esa última medida implicaba la ruptura de los acuerdos bilaterales en materia de aviación[794]. Dudando de la legitimidad de la medida, el Gobierno británico se dispuso a aplicar inicialmente el procedimiento de denuncia de un año de duración que se preveía en el artículo 17 de su acuerdo con Yugoslavia. Sin embargo, después cambió de postura y denunció los vuelos con efecto inmediato. A modo de justificación, declaró que «del historial cada vez más grave que tiene el Presidente Milosevic en materia de derechos humanos se desprende que, desde una perspectiva moral y política, ha privado a su Gobierno del derecho a insistir en que se le aplique el plazo de 12 meses de antelación que se le aplicaría normalmente»[795]. La República Federativa de Yugoslavia protestó y declaró que esas medidas eran «ilegales, unilaterales y ejemplo de política discriminatoria»[796].

392. En otros casos, los Estados «interesados» suspendieron también la aplicación de derechos previstos en tratados para ejercer presión sobre Estados que habían incumplido obligaciones colectivas. Sin embargo, no hicieron valer el derecho de adoptar contramedidas, sino

---

[783] Sicilianos, *op. cit.*, págs. 161 y 162; Rousseau, *loc. cit.*, pág. 607.

[784] Véanse, por ejemplo, el artículo 15 del Acuerdo de Transporte Aéreo entre los Estados Unidos y Polonia (Varsovia, 19 de julio de 1972) (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1279, n.º 21084, pág. 205), y el artículo 17 del Acuerdo de Transporte Aéreo Civil entre los Estados Unidos y la Unión Soviética (Washington, 4 de noviembre de 1966) (ibíd., vol. 675, n.º 9606, pág. 3).

[785] Resolución 502 (1982) del Consejo de Seguridad.

[786] Otros miembros del GATT pusieron en entredicho el recurso de los Estados occidentales a esa disposición; véanse el comunicado de los países occidentales (documento del GATT L.5319/Rev.1) y las declaraciones del Brasil y España (documento del GATT C/M/157, págs. 5 y 6). Se analiza la cuestión en Hahn, *Die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Repressalie*, Berlín, Springer, 1996, págs. 328 a 334, y Sicilianos, pág. 163.

[787] Los tratados figuran en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.º L 298, de 26 de noviembre de 1979, pág. 2, y n.º L 275, de 18 de octubre de 1980, pág. 14.

[788] Resolución 569 (1985) del Consejo de Seguridad, de 26 de julio de 1985. Véanse referencias adicionales en Sicilianos, *op. cit.*, pág. 165.

[789] ILM, vol. 26, n.º 1 (enero de 1987), pág. 79 (secc. 306), y pág. 104 (orden de implementación).

[790] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 66, pág. 1239 (art. VI).

[791] ILM (véase la nota 789 *supra*), pág. 105.

[792] Véanse, por ejemplo, los decretos del Presidente Bush de 2 de agosto de 1990, que figuran en *American Journal of International Law* (Washington D.C.), vol. 84, n.º 4 (octubre de 1990), págs. 903 a 905.

[793] Posiciones comunes de 7 de mayo y 29 de junio de 1998, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.º L 143, de 14 de mayo de 1998, pág. 1, y n.º L 190, de 4 de julio de 1998, pág. 3; ejecutadas mediante los Reglamentos del Consejo de la Comunidad Europea 1295/98, ibíd., n.º L 178, de 23 de junio de 1998, pág. 33, y 1901/98, ibíd., n.º L 248, de 8 de septiembre de 1998, pág. 1.

[794] Véanse, por ejemplo, Reino Unido, *Treaty Series* n.º 10, Londres, H. M. Stationery Office, 1960, y *Recueil des Traités et Accords de la France*, 1967, n.º 69.

[795] Véase *British Year Book of International Law, 1998*, vol. 69, págs. 580 y 581. La postura británica se resume también en ibíd., *1999*, vol. 70, págs. 555 y 556.

[796] Declaración del Gobierno de la República Federativa de Yugoslavia sobre la suspensión de los vuelos de las aerolíneas yugoslavas, de 10 de octubre de 1999, reproducida en Weller, *The Crisis in Kosovo 1989-1999*, pág. 227.

el de suspender la aplicación del tratado debido a un cambio fundamental de circunstancias. Cabe citar dos ejemplos:

a) *Los Países Bajos contra Suriname (1982)*. En 1980, un gobierno militar se hizo con el poder en la antigua colonia holandesa de Suriname. En respuesta a la represión que lanzó el nuevo gobierno contra los movimientos de oposición en diciembre de 1982, el Gobierno de los Países Bajos suspendió la aplicación del tratado bilateral de asistencia para el desarrollo en virtud del cual Suriname tenía derecho a recibir subvenciones económicas hasta 1985[797]. Si bien el propio tratado no contenía ninguna cláusula de suspensión o terminación, el Gobierno de los Países Bajos alegó que los atentados contra los derechos humanos que se habían producido en Suriname constituían un cambio fundamental de circunstancias que daba lugar al derecho de suspensión[798].

b) *Los Estados miembros de la Comunidad Europea contra la República Federativa de Yugoslavia (1991)*. Los Estados miembros de la Comunidad Europea argumentaron de manera parecida en relación con Yugoslavia. En el otoño de 1991, en respuesta a la reanudación de los combates dentro de Yugoslavia, los miembros de la Comunidad Europea suspendieron, y denunciaron después, el Acuerdo de cooperación con Yugoslavia de 1983[799]. Ello dio lugar a la anulación general de las preferencias comerciales en materia de importaciones y, por tanto, excedió el embargo de armas que había ordenado el Consejo de Seguridad en su resolución 713 (1991). La reacción era incompatible con las condiciones del Acuerdo de cooperación, en el que no se preveía la suspensión inmediata, sino sólo la denuncia, que debería notificarse con una antelación de seis meses[800]. Para justificar la suspensión, los Estados miembros de la Comunidad Europea mencionaron expresamente la amenaza para la paz y la seguridad de la región. Pero, como en el caso de Suriname, alegaron que había habido un cambio fundamental de circunstancias, en lugar de hacer valer el derecho a adoptar contramedidas[801].

393. Esos ejemplos se citan no con ánimo exhaustivo sino aclaratorio. De ellos se desprende que algunos Estados están dispuestos a recurrir a las contramedidas para responder al incumplimiento de obligaciones colectivas. En otros casos, no siempre resulta fácil decidir si las medidas han constituido efectivamente un comportamiento incompatible con las obligaciones internacionales o han sido actos no amistosos, pero legales, de retorsión. Cabe citar, por ejemplo, las medidas que adoptaron algunos países occidentales contra la Unión Soviética después de la invasión del Afganistán. Aunque la mayoría de las medidas constituyeron probablemente actos de retorsión, la reacción más controvertida, el embargo de las exportaciones de cereales por parte de los Estados Unidos, constituyó probablemente una violación del compromiso que había contraído ese país con la Unión Soviética en virtud de acuerdos bilaterales[802].

394. En otros casos, parece que los Estados «interesados», al menos hicieron valer el derecho de recurrir a contramedidas para hacer frente al incumplimiento de obligaciones colectivas, aunque las medidas efectivas que adoptaran no llegaran a ser contramedidas propiamente dichas. A este respecto, cabe citar las diversas declaraciones que se adoptaran en las cumbres del Grupo de los Siete para que se tomaran medidas colectivas contra los países que acogían autores de terrorismo aéreo[803]. La reacción de algunos Estados que apoyaron a los Estados Unidos a petición de éstos durante la crisis del personal diplomático y consular indica que esos Estados estaban dispuestos a adoptar contramedidas, si bien se puede considerar que las medidas que se adoptaron en realidad no eran sino meras retorsiones[804].

2. Evaluación

395. En el estudio se ha comprobado que, en un número considerable de casos, Estados que no habían sido «lesionados» en el sentido del párrafo 1 del artículo 40 *bis* habían tomado medidas contra otro Estado en respuesta al incumplimiento previo de obligaciones colectivas por parte de este otro Estado. Además, al menos en algunos casos, esas medidas constituían, de por sí, un incumplimiento (o, si no, habían llevado aparejado el incumplimiento) de las obligaciones que tenía el Estado que las había adoptado hacia el Estado al que iban dirigidas. De esto parece deducirse que el derecho a recurrir a las contramedidas no puede limitarse a las víctimas de la infracción en cuestión, sino que también puede dimanar del incumplimiento de una obligación colectiva, en el sentido en que se la ha definido ya en el presente informe[805].

396. Sin embargo, hay que matizar ese argumento en varios puntos:

a) En primer lugar, hay que reconocer con franqueza que la utilización de las contramedidas predomina en determinado grupo de Estados (a saber, el de los Estados occidentales). Hay pocos casos en que, por ejemplo, Estados de África o Asia hayan adoptado contramedidas colectivas[806];

---

[797] Véase Lindemann, «The repercussions resulting from the violation of human rights in Surinam on the contractual relations between the Netherlands and Surinam», págs. 68 y 69. El tratado en cuestión se reimprimió en la *Tractatenblad van het Koninkrijk der Nederlanden*, n.º 140, 1975.

[798] Véase Siekmann, «Netherlands State practice for the parliamentary year 1982-1983», pág. 321.

[799] *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.º L 315, de 15 de noviembre de 1991, pág. 1, en lo que respecta a la suspensión, y n.º L 325, de 27 de noviembre de 1991, pág. 23, en lo que respecta a la denuncia.

[800] Art. 60, párr. 2, del Acuerdo de cooperación.

[801] Asimismo, el Tribunal de Justicia Europeo se fundó en el derecho de los tratados, y no en el derecho de la responsabilidad de los Estados, al dictaminar la validez del reglamento comunitario en cuestión: véase el asunto C-162/96, *A. Racke GmbH & Co.* v. *Hauptzollamt Mainz*, sentencia de 16 de junio de 1998, *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, 1998-6, págs. 3706 a 3708, párrs. 53 a 59.

[802] Si bien se cumplieron las condiciones del acuerdo, el Gobierno de los Estados Unidos había dado permiso, unilateralmente, para comprar cantidades mayores de cereales. El embargo estadounidense suprimió esas compras adicionales. Véase Sicilianos, *op. cit.*, pág. 158.

[803] Véase la declaración conjunta sobre terrorismo internacional de la Cumbre Económica de Bonn (17 de julio de 1978), ILM, vol. XVII, n.º 5 (septiembre de 1978), pág. 1285. Las declaraciones posteriores figuran en ibíd., vol. XX, n.º 4 (julio de 1981), pág. 956, e ibíd., vol. XXV, n.º 4 (julio de 1986), pág. 1005.

[804] Véase el análisis de Frowein, *loc. cit.*, pág. 417, y Sicilianos, *op. cit.*, págs. 159 y 160.

[805] Párrs. 83 y 92 *supra.*

[806] Sin embargo, en lo que respecta a la adopción de medidas colectivas en el caso de África meridional, véase la nota 169 *supra.*

b) En segundo lugar, la utilización es poco sistemática; en la mayoría de los casos de incumplimiento de obligaciones colectivas, no ha habido reacción alguna, aparte de las condenas verbales;

c) En tercer lugar, aun cuando se hayan adoptado medidas coactivas, éstas no siempre se han calificado de contramedidas. De la decisión del Gobierno de los Países Bajos de alegar un cambio fundamental de circunstancias para suspender la ejecución del tratado que había suscrito con Suriname parece desprenderse que se prefieren otros conceptos[807].

397. Ha de admitirse que la manera en que se utilizan las contramedidas no permite extraer conclusiones claras con respecto a si los Estados tienen el derecho de recurrir a las contramedidas cuando no hayan sido lesionados en el sentido en que se entiende la expresión en el párrafo 1 del artículo 40 *bis*. Por otra parte, cabe hacer varias observaciones.

398. En primer lugar, no parece que haya una distinción basada en la fuente jurídica de la obligación colectiva que se ha incumplido. En los ejemplos aducidos, los Estados han reaccionado contra violaciones tanto del derecho convencional como del derecho internacional consuetudinario. Naturalmente, no procede recurrir a contramedidas para responder a la violación de tratados en que se excluye, por lo común, la aplicación de los principios generales del derecho internacional o en que se prevén disposiciones propias de autorización de medidas colectivas. Sin embargo, por otra parte, no se ha estimado que la existencia de normativas convencionales, incluidos los mecanismos de vigilancia (por ejemplo, los que se aplican en el campo de los derechos humanos), impida, de por sí, recurrir a las contramedidas.

399. Por otra parte, a pesar de la utilización poco sistemática de las contramedidas, en ninguno de los casos en que se han utilizado se trataba de violaciones aisladas o de poca importancia de las obligaciones colectivas. Si los Estados han recurrido a contramedidas para responder al incumplimiento de obligaciones colectivas, es porque han considerado que ese incumplimiento había llegado a determinado límite[808]. Lo cierto es que los ejemplos a que se ha hecho referencia tenían que ver con algunas de las crisis políticas más graves de los últimos tiempos. Con las debidas precauciones, cabe decir que sólo se han producido reacciones contra violaciones graves de obligaciones colectivas.

400. Finalmente, en los casos en que sólo ha habido un Estado directamente lesionado (por ejemplo, un Estado víctima y otros terceros Estados «interesados»), parece que los demás Estados han considerado la reacción del Estado víctima como jurídicamente pertinente, cuando no decisiva. Por ejemplo, durante el conflicto de las Islas Malvinas (Falkland) y la crisis de los rehenes de Teherán, los demás Estados actuaron a raíz del llamamiento que hicieron el Reino Unido y los Estados Unidos, en su condición de víctimas directas, y sólo dentro del ámbito previsto en el llamamiento. Cuando un Estado sea la víctima de una infracción (y el interés de los demás Estados en la infracción, si es que lo tienen, sea de carácter más general), parece natural que el Estado víctima sea el que decida si se adoptan contramedidas, y cuáles habrán de adoptarse, dentro de los límites generales que se impongan en el proyecto de artículos. En efecto, los terceros Estados no deben intervenir en una controversia adoptando contramedidas si las partes principales desean resolverlas por otros medios. Hay aquí una analogía con la legítima defensa colectiva. En el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la CIJ señaló que un tercer Estado no puede adoptar medidas de legítima defensa colectiva salvo a instancias del acreedor principal de la obligación (el Estado objeto del ataque armado)[809]. Sin embargo, es evidente que las normas relativas al uso de la fuerza dan lugar a obligaciones *erga omnes*: son obligaciones colectivas. La Corte citó el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* en el caso *Projet Gabčikovo-Nagymaros* como pertinente para el derecho en materia de contramedidas[810], y la analogía parece razonable, aunque no convincente. Si el Estado A no puede adoptar medidas de legítima defensa colectiva en favor del Estado B sin el consentimiento de éste, parece improcedente sostener que pueda adoptar contramedidas (colectivas) en los casos en que el Estado B sea la víctima, con independencia de lo que desee este Estado. Por otra parte, si el Estado A, en tanto que miembro de la comunidad internacional acreedor de la obligación, no puede adoptar contramedidas proporcionadas en nombre del Estado B, que es la víctima de la infracción, entonces el Estado B se ve obligado, en la práctica, a hacer frente por sí solo al Estado responsable y, de esta manera, se convierte un vínculo jurídico fundado en una obligación multilateral en un vínculo bilateral en cuanto a su ejecución, lo que, por principio, no parece acertado.

3. Conclusión provisional

401. Las conclusiones que puedan extraerse de los casos que se acaban de examinar son necesariamente provisionales; los casos de utilización de contramedidas son bastante raros y afectan a un número reducido de Estados. No obstante, hay argumentos en favor de la opinión de que el Estado lesionado por el incumplimiento de una obligación multilateral no debe quedar solo en lo que respecta a exigir reparación por la infracción. Si otros Estados están legitimados para invocar la responsabilidad con respecto a esas infracciones, al menos en lo que respecta

[807] Véase el párrafo 392, apdo. *a supra.* Cabe señalar que en el artículo 62 de la Convención de Viena de 1969, tal como se la interpretó y aplicó, por ejemplo, en el caso *Projet Gabčikovo-Nagymaros* (véase la nota 18 *supra*), el recurso al supuesto del cambio fundamental de circunstancias está sujeto a condiciones rigurosas. En consecuencia, es dudoso que pueda aplicarse esa doctrina en muchos de esos casos. Sin embargo, la cuestión es que en ocasiones los gobiernos han preferido aducir motivos (posiblemente improcedentes) para denunciar tratados, en lugar de recurrir a las contramedidas.

[808] No incumbe al Relator Especial, ni tampoco a la Comisión, juzgar si, en determinados casos, las opiniones compartidas más o menos generalmente con respecto a las infracciones especialmente graves se correspondían, en efecto, con los hechos. Los Estados que adoptan contramedidas lo hacen por su propia cuenta y riesgo, y la cuestión de si están justificados en determinado caso es una cuestión de apreciación objetiva (véase el párrafo 289 *supra*). La cuestión es si los Estados que adoptaron las contramedidas de que se tratara afirmaron que estaban justificadas en razón —y, por implicación clara, sólo en razón— de que los motivos alegados eran verdaderos y serios.

[809] Véase la nota 207 *supra*.

[810] *C.I.J. Recueil 1997* (véase la nota 18 *supra*), pág. 55, párr. 83.

a exigir que cesen y que se ofrezcan garantías de no reincidencia, y a exigir también la restitución en nombre del Estado lesionado[811], ello no parece contradecir el principio de que se los reconozca como legitimados para adoptar contramedidas con el consentimiento de ese Estado. Huelga decir que esas contramedidas deben ceñirse a las condiciones que rijan para el propio Estado lesionado[812] y que, además, debe reconocerse su carácter «colectivo». Así pues, deben considerarse todas las contramedidas que se hayan adoptado en relación con determinada infracción al determinar si la respuesta es, en general, proporcionada. Además, si el Estado responsable coopera con el Estado lesionado en la resolución de la controversia, los demás Estados respetarán ese procedimiento. Esto puede lograrse limitando la posibilidad de actuación de «terceros» Estados a la de adoptar las contramedidas que hubiera podido adoptar legítimamente el propio Estado lesionado.

402. Por consiguiente, se propone que se modifique la postura del proyecto de artículos con respecto a la cuestión de las contramedidas colectivas limitando el margen que tienen los Estados que no hayan sido directamente lesionados por el incumplimiento de una obligación multilateral para adoptar contramedidas. En contraste con la postura de la versión del proyecto de artículos adoptada en primera lectura, en la nueva versión debe aclararse que la distinción entre Estados lesionados y otros Estados legitimados para invocar la responsabilidad, distinción que se propone que se incorpore en el artículo 40 *bis*, repercute en el derecho que tiene el grupo más amplio de Estados de recurrir a las contramedidas. En los casos en que el incumplimiento de una obligación colectiva lesione directamente a un Estado, los demás Estados que sean acreedores de la obligación y que estén comprendidos en la definición que se propone en el párrafo 2 del artículo 40 *bis* estarán legitimados para adoptar contramedidas en nombre del Estado lesionado, a instancias de este Estado, con su consentimiento y dentro de los límites del consentimiento prestado. Además, el Estado lesionado tendrá que adaptar por propia cuenta el régimen de contramedidas si se da una situación en que varios Estados adopten, o tengan derecho a adoptar, contramedidas en pro del interés colectivo. En particular, debe tenerse en cuenta el comportamiento de cada uno de los Estados que adopten medidas de esa índole al determinar la proporcionalidad. Esas condiciones y limitaciones figuran en la disposición prevista que se enuncia en el párrafo 413 *infra*.

403. Una segunda situación es la de la adopción de contramedidas colectivas en los casos en que no haya Estados «lesionados» en el sentido en que se entiende la expresión en el párrafo 1 del artículo 40 *bis*, especialmente en los casos de incumplimiento de obligaciones de derechos humanos de las que es acreedora la comunidad internacional en su conjunto, pero que afectan sólo a los ciudadanos del Estado responsable. La dificultad en estos casos radica en que, casi por definición, las partes lesionadas carecerán de órganos representativos que expresen válidamente sus deseos en el plano internacional y se correrá el grave peligro de exacerbar la situación si se permite a terceros Estados adoptar libremente contramedidas basadas en su propia apreciación de aquélla. Por otra parte, resulta difícil pensar que, ante violaciones evidentes, graves y persistentes de obligaciones hacia la comunidad internacional, los terceros Estados no tengan derecho a actuar.

404. En diversos ámbitos, especialmente en los que afectan a los derechos humanos y al derecho humanitario, se traza una distinción entre violaciones aisladas de las obligaciones colectivas y violaciones de carácter grave y sistemático. Además, se traza esa distinción incluso cuando la norma de base que se aplique sea la misma para las violaciones aisladas que para las graves y sistemáticas (como suele ser el caso). Por ejemplo:

a) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha distinguido entre los casos aislados y los casos que entrañan un incumplimiento sistemático equiparable a un trato o castigo inhumano o degradante y ha dictaminado que la norma del agotamiento de los recursos locales no se aplica en estos últimos casos[813];

b) El procedimiento que se instituyó en la resolución 1503 (XLVIII) del Consejo Económico y Social, de 27 de mayo de 1970, se ocupa de los casos que entrañan (un patrón sistemático de violaciones graves y fehacientemente probadas de los derechos humanos y las libertades fundamentales)[814];

c) El calificar los crímenes de lesa humanidad de asunto de derecho internacional general implica imponer un límite a las violaciones sistemáticas o generalizadas, ya sea por definición (como ocurre con el genocidio y el *apartheid*) o por deducción ineludible de la propia definición de los actos prohibidos[815].

También debe prestarse atención a la justificación por la que se prohibieron los vuelos comerciales a Yugoslavia, que expuso el Consejo de la Unión Europea en su reglamento n.º 1901/98, de 7 de septiembre de 1998. En la exposición de los hechos se alegó que se había utilizado:

> indiscriminadamente la violencia y la represión militar contra sus propios ciudadanos, lo que constituye una grave violación de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario[816].

405. Como cuestión normativa, las restricciones y limitaciones de las contramedidas colectivas —en particular, la preocupación por el mantenimiento de las garantías procesales del Estado presuntamente responsable, el problema de la intervención en una controversia de carácter particular y de la posibilidad de exacerbarla— se reducirán sustancialmente cuando la infracción de que

---

[811] Véase el párrafo 377 *supra*.

[812] Véase el párrafo 367 *supra* por lo que respecta a las condiciones que se proponen para que un Estado lesionado esté legitimado para adoptar contramedidas.

[813] *Irlande* c. *Royaume-Uni* (véase la nota 175 *supra*), estudiada en el segundo informe del Relator Especial, *Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/498 y Add.1 a 4, párr. 125.

[814] Véase un análisis del procedimiento instituido en la resolución 1503, por ejemplo, Alston, «The Commission on Human Rights», págs. 145 a 155.

[815] Véase, por ejemplo, la definición de «crímenes de lesa humanidad» que se da en el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que se corresponde con la propia definición que dio la Comisión en el artículo 18 del Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (*Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 51, párr. 50).

[816] *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 248, 8 de septiembre de 1998, pág. 1.

se trate sea grave, sistemática y persistente y esté bien demostrada. Parece improcedente impedir que se adopten contramedidas colectivas en esos casos. Es más, si se lo impide puede que los Estados se sientan obligados a intervenir de otra manera, que tal vez sea menos conveniente. No incumbe a la Comisión examinar en este punto la legalidad de la intervención humanitaria en respuesta a violaciones graves de obligaciones hacia la comunidad internacional[817]. Sin embargo, al menos puede decirse que, en el derecho internacional, debería ofrecerse a los Estados que tuvieran un interés legítimo en que se cumplieran esas obligaciones algún medio de procurar su cumplimiento que no entrañe el recurso a la fuerza.

406. Por las razones que acaban de exponerse, el Relator Especial propone que, en el proyecto de artículos, se permita a los Estados partes en una obligación hacia la comunidad internacional adoptar contramedidas colectivas en respuesta a un incumplimiento grave y bien demostrado de esa obligación, sobre todo a fin de exigir que cese el incumplimiento y de obtener garantías de no repetición en nombre de los Estados que no hayan sido víctimas del incumplimiento[818]. Esas contramedidas se atendrán a las demás condiciones que se impongan a las contramedidas en el proyecto de artículos y, sobre todo, no deberán infringir, consideradas en conjunto, el requisito de proporcionalidad. En el texto debería constar esa restricción en lugar de darse a entender —como se hacía en los artículos 40 y 47 aprobados en primera lectura— que las contramedidas individuales son corolario de toda lesión definida en sentido amplio.

C. Consecuencias adicionales de las «violaciones graves» de las obligaciones hacia la comunidad internacional en su conjunto

407. La siguiente cuestión es la de si la categoría de violaciones graves, especialmente graves o sistemáticas de las obligaciones hacia la comunidad internacional en su conjunto tiene consecuencias adicionales[819]. Huelga decir que las consecuencias jurídicas generales de la responsabilidad afectarán a esas violaciones y que su gravedad será proporcional a la gravedad de las violaciones. Sin embargo, cabe preguntarse si hay otras consecuencias jurídicas que afecten a las «violaciones graves» en cuanto tales. Hay que distinguir la cuestión de las obligaciones adicionales del Estado responsable de la de las posibles consecuencias para otros Estados.

408. Por lo que respecta al propio Estado responsable, cabe recalcar que, en el proyecto de artículos aprobado en primera lectura, sólo se preveían las siguientes consecuencias de los crímenes, entendidos conforme a la definición que se daba de ellos en el artículo 19:

a) Se exigía la restitución, aun cuando la carga de efectuar dicha restitución, en lugar de dar una indemnización, fuera desproporcionada al beneficio que obtuviera el Estado lesionado (apartado *a* del artículo 52, en que se suspenden las limitaciones previstas en el apartado *c* del artículo 43 en el caso de los crímenes);

b) La restitución puede comprometer gravemente la independencia política o la estabilidad económica del Estado responsable (apartado *a* del artículo 52, en que se suspenden las limitaciones previstas en el apartado *d* del artículo 43);

c) Las medidas de satisfacción puede que «menoscaben la dignidad» del Estado responsable (véase el apartado *b* del artículo 52, en que se suspende la restricción prevista en el párrafo 3 del artículo 45).

Si, como se recomienda, se suprime el apartado *d* del artículo 43[820], sólo se mantendrán la primera y la tercera de esas «consecuencias» y es sumamente difícil pensar en casos reales en que haya alguna diferencia entre ellas. Por lo que respecta a la primera consecuencia, si el Estado lesionado no tiene la posibilidad de elegir válidamente que se lo indemnice, en lugar de que se proceda a la restitución[821], la restitución (si es factible) será efectivamente obligatoria, habida cuenta de la importancia de los valores que entrañan las obligaciones hacia la comunidad internacional en su conjunto y de la necesidad de no condonar su incumplimiento. Por lo que respecta a la tercera consecuencia, el principal elemento del párrafo 4 del proyecto de artículo 45 es ahora la proporcionalidad[822], y no hay necesidad de «humillar» ni siquiera al Estado que haya cometido una violación grave de una obligación hacia la comunidad internacional. A juicio del Relator Especial, esas «consecuencias» son triviales, accesorias e irreales, y deben suprimirse.

409. Por otra parte, habida cuenta de los valores en que se fundamenta el artículo 19 —que son válidos con independencia de que se acepte o no la palabra «crímenes» para expresarlos—, hay argumentos en favor de que se pague una indemnización punitiva por violación grave, de manera que se ponga de manifiesto la gravedad de la violación y se disuada de cometerla en el futuro. Se ha sostenido que la imposición de multas en algunos procedimientos judiciales centralizados, equivalentes a los previstos en el artículo 228 del Tratado constitutivo de

---

[817] Como señaló la CIJ en los casos *Licéité de l'emploi de la force*, medidas provisionales, providencia de 2 de junio de 1999, *C.I.J. Recueil 1999*, párr. 16, «el uso de la fuerza en Yugoslavia […] dadas las circunstancias actuales […] plantea cuestiones muy graves en materia de derecho internacional».

[818] Véanse también los párrafos 115 y 116 y el cuadro 2 *supra*.

[819] En la versión del proyecto de artículos que se aprobó en primera lectura, se señaló que «podrían usarse expresiones como 'un hecho ilícito internacional de carácter grave' o 'un hecho ilícito excepcionalmente grave' en sustitución de la palabra 'crimen'» *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 69, art. 40, párr. 3). Debe recalcarse que algunas de esas infracciones graves son delitos claros en sí mismos, habida cuenta de que la definición del hecho ilícito garantiza, de por sí, que sólo se tengan en cuenta casos graves o extremos (por ejemplo, el genocidio o los crímenes de lesa humanidad). Otras (por ejemplo, la tortura) son delitos generales que, en caso de que adquieran carácter extremo o sistemático, quedarán comprendidos en la categoría. Se ha propuesto que, para aclararlo, se añada un proyecto de artículo que podría colocarse en el capítulo I de la segunda parte y cuyo texto podría ser el siguiente:

> «Podrán ser acreedores de las obligaciones que se imponen al Estado responsable en la presente parte otro Estado, varios Estados, todos los demás Estados partes o la comunidad internacional en su conjunto, según sean el carácter y el contenido de la obligación internacional y las circunstancias de la infracción, y con independencia de que un Estado sea el beneficiario último de la obligación.»

[820] Véase el párrafo 145 *supra*.

[821] En la medida en que la restitución atañe a la continuación del cumplimiento de la obligación primaria, tal vez ni siquiera el Estado lesionado pueda renunciar a ella válidamente (véanse los párrafos 134 y 253 *supra*).

[822] Véase el párrafo 193 *supra*.

la Comunidad Europea, rebasa el ámbito del presente texto y exigiría un régimen reglamentario especial que falta en la actualidad y que, desde un punto de vista realista, no puede instituirse en el proyecto de artículos[823]. Sin embargo, la postura con respecto a la indemnización punitiva no es necesariamente la misma y cabe pensar que un Estado lesionado tenga derecho a exigir una indemnización de esa índole. En realidad, en los casos en que se cometan violaciones graves y sistemáticas de obligaciones hacia la comunidad internacional, siempre existirá un grupo mucho más amplio de personas indirectamente afectadas y habrá que hacer labores importantes de restauración. A los efectos del debate, el Relator Especial propone que, en el caso de violaciones graves de las obligaciones hacia la comunidad internacional, pueda obligarse al Estado responsable a pagar una indemnización punitiva. Otra posibilidad es, si no se mantiene la redacción actual del apartado *c* del párrafo 2 del artículo 45 en relación con las violaciones entendidas en un sentido más general[824], la de aplicar ese apartado a la categoría de violaciones graves.

1. Conveniencia o no de imponer obligaciones adicionales a otros Estados en caso de violación grave de obligaciones hacia la comunidad internacional

410. En el artículo 52 aprobado en primera lectura se preveían pocas o ningunas obligaciones adicionales para el Estado responsable, pero en el artículo 53 sí se preveían, paradójicamente, obligaciones de esa índole para los terceros Estados. Por lo que respecta a las violaciones graves a que se hace referencia en el artículo 19, los terceros Estados estaban obligados a lo siguiente:

a) No reconocer la legalidad de la situación creada por el crimen internacional;

b) No prestar ayuda ni asistencia al Estado que haya cometido el crimen internacional a mantener la situación creada por dicho crimen;

c) Cooperar con otros Estados en el desempeño de las obligaciones que imponen los apartados *a* y *b*; y

d) Cooperar con otros Estados en la aplicación de medidas destinadas a eliminar las consecuencias del crimen.

Esas consecuencias se analizaron en un informe anterior[825], en el que se puntualizó que, dejando de lado el término controvertido de «crímenes», eran admisibles en general, pero sólo en la medida en que no se prestaran a deducciones *a contrario* en el caso de otras violaciones que no fueran graves, especialmente graves o sistemáticas. Por ejemplo, puede que los Estados no reconozcan la legalidad de la adquisición unilateral de territorio mediante la fuerza, aun cuando fuera razonablemente legítimo recurrir a ella. Los Estados no pueden ayudar a retener rehenes legalmente, incluso en casos aislados. También a los efectos del debate, el Relator Especial propone que se redacte una versión unificada de los artículos 51 a 53. En el comentario correspondiente deberá aclararse que las consecuencias expuestas pueden aplicarse también en otros casos, dependiendo de las circunstancias y del contenido de la norma primaria aplicable.

2. Margen para la evolución posterior

411. Es evidente que las cuestiones relativas a la importancia y el cumplimiento de las obligaciones hacia la comunidad internacional evolucionan con rapidez[826]. Las estructuras más antiguas de responsabilidad estatal bilateral son claramente inapropiadas para ocuparse de las violaciones graves del derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario, por no mencionar las situaciones que amenazan la supervivencia de Estados y pueblos. No cabe esperar que el proyecto de artículos se anticipe a la evolución futura y, por tanto, hay que dejar para más adelante las consecuencias adicionales, ya sean penales o de otra índole, que puedan derivarse del comportamiento internacionalmente ilícito por razón de su tipificación como crimen o como violación de una obligación hacia la comunidad internacional en su conjunto. Tal vez se considere esa cláusula como una admisión del fracaso de la búsqueda de otras versiones apropiadas y fundadas en principios pertinentes que puedan reemplazar la versión actual del artículo 19. Sin embargo, en opinión del Relator Especial, se trata, más bien, de la admisión realista de los límites de la codificación y el desarrollo progresivo, en una época de transformación institucional y política veloz.

D. Resumen de las conclusiones relativas a la segunda parte del capítulo III y a la segunda parte *bis*

412. Por las razones que acaban de exponerse, el Relator Especial propone que el texto de la segunda parte del capítulo III diga lo siguiente:

«[Capítulo III

VIOLACIONES GRAVES DE LAS OBLIGACIONES HACIA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL EN SU CONJUNTO

Artículo 51. Consecuencias de las violaciones graves de las obligaciones hacia la comunidad internacional en su conjunto

1. El presente capítulo se aplica a la responsabilidad internacional que dimana de la violación grave y patente, por parte de un Estado, de una obligación de la que es acreedora la comunidad internacional en su conjunto.

2. Esa violación entrañará, para el Estado responsable de ella, todas las consecuencias jurídicas que entrañaría cualquier otro hecho internacionalmente ilícito y, además, [una indemnización punitiva] [el pago de daños y perjuicios acordes con la gravedad de la violación].

3. Entrañará también, para todos los demás Estados, las siguientes obligaciones adicionales:

a) No reconocer la legalidad de la situación creada por la violación;

---

[823] Véanse los párrafos 382 y 383 *supra.*

[824] Según se ha propuesto en el párrafo 191 *supra*.

[825] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7, párr. 51.

[826] Véanse los párrafos 372 y 391, así como el párrafo 382 *supra*.

b) No prestar ayuda ni asistencia al Estado que haya cometido la violación para mantener la situación creada por ella;

c) Cooperar en la aplicación de medidas destinadas a poner fin a la violación y, en la medida de lo posible, eliminar sus consecuencias.

4. Los párrafos 2 y 3 se entenderán sin perjuicio de las demás consecuencias penales y de otra índole que entrañe la violación con arreglo al derecho internacional.]»

Habida cuenta de que la versión del capítulo III que se propone es completa e independiente y de que no tiene razón de ser que el artículo 19, en su versión aprobada en primera lectura, figure en la primera parte, si se aprueba el capítulo III, puede suprimirse el artículo 19. En el comentario correspondiente habrá que explicar con más detalle el contenido reducido de la categoría a la que se aplica el capítulo III y el carácter no exclusivo de las consecuencias que se enuncian en el párrafo 3.

413. También pueden añadirse varias disposiciones a la segunda parte *bis*, como ya se ha propuesto. Ante todo, en la versión del artículo 40 *bis* que ya se ha propuesto debe aclararse en qué supuestos la categoría más general de Estados (a la que se hace referencia en el párrafo 2) tiene derecho a invocar la responsabilidad, de acuerdo con las recomendaciones que ya se han formulado[827]. También deben regir para esos Estados, en la medida de lo necesario, las condiciones para invocar la responsabilidad que se enuncia en la segunda parte *bis*[828]. Además, deben añadirse las siguientes disposiciones a esa parte:

[827] Véanse los párrafos 378 y 379 *supra*.

[828] Ello puede lograrse añadiendo a la versión propuesta del artículo 40 *bis* una disposición a los efectos de que el Estado lesionado pueda invocar todas las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito de acuerdo con lo previsto en la segunda parte. Además, debe añadirse el siguiente párrafo relativo a la categoría más amplia de Estados a que se hace referencia actualmente en el párrafo 2 del artículo 40 *bis*:

«Todo Estado a que se haga referencia en el párrafo 2 podrá exigir lo siguiente:

a) La cesación del hecho internacionalmente ilícito, de conformidad con el artículo 36 *bis*;

b) En nombre de y con el consentimiento del Estado lesionado, la reparación para este Estado de conformidad con el artículo 37 *bis* y el capítulo II;

c) En caso de que no haya Estado lesionado:

i) La restitución en interés de la persona o entidad lesionados, de conformidad con el artículo 43, y

ii) [Una indemnización punitiva] [El pago de daños y perjuicios acordes con la gravedad de la violación], de conformidad con el párrafo 2 del artículo 51, a condición de que la suma que se pague se destine a las víctimas de la violación.»

Además, el artículo 46 *ter*, en la versión ya propuesta (véase el párrafo 284 *supra*), puede aplicarse a todo Estado que invoque la responsabilidad, ya sea un Estado lesionado o no.

[829] Esos artículos irían antes del artículo 50 *bis* (Suspensión y terminación de las contramedidas), según se ha propuesto en el párrafo 367 *supra*.

«Artículo 50A[829]. Contramedidas en nombre de un Estado lesionado

Todos los demás Estados que tengan derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado con arreglo al [párrafo 2 del artículo 40 *bis*] podrán adoptar contramedidas a instancias y en nombre de un Estado lesionado, con las condiciones que imponga este Estado y en la medida en que este Estado tenga derecho a adoptar esas contramedidas.

Artículo 50B. Contramedidas en caso de violación grave de obligaciones hacia la comunidad internacional en su conjunto

1. En los casos a que se hace referencia en el artículo 51, en que ningún Estado en particular ha sido lesionado por la violación, todo Estado podrá adoptar contramedidas, sin perjuicio de lo dispuesto en el presente capítulo y con arreglo a lo dispuesto en él, para velar por que cese la violación y se obtenga reparación en favor de las víctimas.

2. En caso de que más de un Estado adopte contramedidas con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1, esos Estados cooperarán para velar por que se cumplan las condiciones de adopción de contramedidas enunciadas en el presente capítulo.»

Capítulo V

Cuarta parte. Disposiciones generales

414. Por último, hay que reunir algunas cláusulas de salvaguardia que ya se han aprobado en primera lectura, o que se han propuesto posteriormente, y estudiar qué otras disposiciones de carácter general pueden incluirse en la cuarta parte. Esta parte ha de considerarse como una parte general y de conclusión en la que se aclararán algunos asuntos que no se tratan en el proyecto de artículos y se explicarán algunas de las relaciones que hay entre el proyecto y otras normas y esferas del derecho internacional.

A. Artículos existentes

1. Artículo 37. *Lex specialis*

415. El artículo 37 aprobado en primera lectura lleva el título de «*Lex specialis*». En él se dispone lo siguiente:

Las disposiciones de esta parte no se aplicarán en los casos y en la medida en que las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito del Estado hayan sido determinadas por otras reglas de derecho internacional que se refieran específicamente a ese hecho internacionalmente ilícito.

416. En el comentario del artículo 37, sumamente sucinto, se insiste en «el carácter *supletorio* de las disposiciones de la segunda parte», y se señala que los Estados pueden, bien en el instrumento en que se crea la obligación primaria en cuestión o bien en otra parte, «determinar las consecuencias jurídicas, entre ellos, del hecho internacionalmente ilícito de que se trate»[830]. La única limitación de esta libertad, según el comentario, es que los Estados:

[830] *Anuario… 1983*, vol. II (segunda parte), pág. 47, párr. 1 del comentario al artículo 2 [actual art. 37]. No se ofrecen ejemplos.

inter se, no pueden prever consecuencias jurídicas del incumplimiento de sus obligaciones recíprocas que autoricen actos contrarios a normas imperativas de derecho internacional general ni eludir la supervisión de los órganos competentes de las Naciones Unidas en virtud de sus responsabilidades con respecto al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales[831].

417. Las observaciones formuladas por los gobiernos con respecto al proyecto de artículo 37 han respaldado el principio[832]; es más, varios gobiernos han propuesto que se lo aplique de manera general al proyecto de artículos[833]. La República Checa trae a colación la relación que hay entre las disposiciones del artículo 37 y los «crímenes» que se tratan en el artículo 19 y dice que convendría examinar la redacción del proyecto de artículo 37 «para aclarar que las disposiciones de la segunda parte, relativas al régimen de los 'crímenes', no tienen carácter meramente suplementario»[834]. Señala que, habida cuenta de que el «crimen» es la transgresión de una norma imperativa de *jus cogens*, las normas secundarias que se le apliquen «deberán tener también carácter imperativo, es decir, no podrán derogarse mediante acuerdo *inter partes*»[835].

418. Suiza trae a colación la relación que hay entre el proyecto de artículo 37 y el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969 y la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (en adelante, Convención de Viena de 1986) y señala que, dado el tenor actual del artículo 37, podría considerarse que la terminación de un tratado conforme a lo dispuesto en ese artículo «excluye […] cualquier otra consecuencia, como las derivadas del proyecto sobre responsabilidad de los Estados»[836]. Propone que se aclare esa situación y estima que tal vez convenga hacer una reserva en relación con el artículo 60 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986[837].

419. Por lo que respecta a la colocación del proyecto de artículo, el Japón propone que se lo coloque en el capítulo I de la primera parte del proyecto[838]. Francia, por otra parte, opina que el proyecto de artículo podría incluirse en las disposiciones finales o en las disposiciones introductorias del proyecto de artículos, junto con los artículos 38 y 39, habida cuenta de que se ocupa de «las relaciones entre el proyecto de artículos y las normas externas y resalta […] el carácter supletorio de este texto»[839].

420. Los Estados suelen prever disposiciones expresas relativas a las consecuencias jurídicas de la violación de determinadas normas. Por tanto, la cuestión radica en saber si esas consecuencias son exclusivas; en otros términos, si esas disposiciones excluyen las consecuencias que, de otro modo, se aplicarían de conformidad con el derecho internacional general. Esta cuestión es siempre una cuestión de interpretación de cada caso, que no puede prejuzgarse en una disposición como el artículo 37. En ocasiones, quedará claro, a partir de la redacción de un tratado u otro texto, que sólo se derivarán las consecuencias que se hayan especificado. En otras ocasiones, podrá modificarse un aspecto del derecho general, con lo que quedarán vigentes todavía otros aspectos. Un ejemplo del primer caso es el de las disposiciones del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias[840]. Un ejemplo del segundo caso es el artículo 41 (antiguo 50) del Convenio europeo de derechos humanos[841]. Ambos afectan a asuntos que se tratan en la segunda parte del proyecto de artículos, pero las mismas consideraciones rigen, en principio, para la primera parte. Así pues, puede que en determinado tratado se impongan obligaciones a un Estado, pero que se defina el «Estado» a esos efectos, de manera que se deriven consecuencias diferentes de las que hubieran derivado de las normas de atribución de la primera parte del capítulo II[842].

421. El Relator Especial está de acuerdo con la opinión de que el artículo 37 debería aplicarse de manera general al proyecto de artículos y que, por tanto, debería colocarse en la cuarta parte. Por consiguiente, se propone una versión del artículo 37 en que se deje abierta la cuestión de la interpretación[843].

2. Artículo 39. Relación con la Carta de las Naciones Unidas

422. En el artículo 39 se dispone lo siguiente:

> Las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito del Estado enunciadas en las disposiciones de esta parte estarán sujetas, según corresponda, a las disposiciones y procedimientos de la Carta de las Naciones Unidas relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

423. Las observaciones de los gobiernos acerca del proyecto de artículo 39 han sido un tanto heterogéneos. Varios Estados no han encontrado ningún problema en la

---

[831] Ibíd., párr. 2.

[832] Véase el debate que se celebró en la Sexta Comisión, en el que «se formuló la observación de que el proyecto debería seguir respetando la *lex specialis*» (A/CN.4/496 (nota 3 *supra*), pág. 21, párr. 127). La Sexta Comisión ha señalado que los regímenes de tratados concretos en que se fija un ámbito propio de responsabilidad de los Estados prevalecerán, normalmente, sobre las disposiciones del proyecto de artículos (con independencia de la forma que adopte éste en último término) (ibíd.). Análogamente, en su 54.º período de sesiones, la Comisión señaló que el proyecto de artículos «no se aplicaría a los regímenes jurídicos autónomos, como los relativos al medio ambiente, a los derechos humanos y al comercio internacional, que se habían establecido en los últimos años» (A/CN.4/504 (nota 3 *supra*), pág. 9, párr. 127).

[833] Véanse las observaciones de Alemania, los Estados Unidos y el Reino Unido (véase la nota 35 *supra*), así como las del Japón («la precedencia otorgada a la *lex specialis* no debe atañer únicamente a la segunda parte, sino también a la tercera o incluso a la primera parte» (*Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/292). Véase también la observación que se hizo en la Sexta Comisión de que «la Comisión debería redactar los artículos partiendo de la base de que la regla de *lex specialis* debía transformarse en principio general» (A/CN.4/496 (nota 3 *supra*), pág. 21, párr. 127).

[834] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3.

[835] Ibíd.

[836] Ibíd.

[837] En el debate que hubo en la Sexta Comisión se subrayó también que era importante respetar el «paralelismo entre el derecho de los tratados y el derecho sobre la responsabilidad internacional, dejando bien clara la complementariedad del proyecto de artículos con la Convención de Viena» (A/CN.4/496 (nota 3 *supra*), pág. 21, párr. 127).

[838] Véase la nota 43 *supra*.

[839] Véase la nota 35 *supra*.

[840] Véanse el párrafo 157 y la nota 319 *supra*.

[841] Véanse el párrafo 156 y la nota 312 *supra*.

[842] Véanse las cláusulas «federales» de los tratados, que eximen a determinadas unidades integrantes del Estado del ámbito de aplicación del tratado en cuestión (por ejemplo, el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, arts. 70 y 72) o limita las obligaciones con respecto a esas unidades (por ejemplo, la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, art. 34).

[843] Véase el párrafo 429 *infra*.

precedencia que se da en el proyecto de artículos al mecanismo de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales de la Carta de las Naciones Unidas con respecto a las disposiciones de la segunda parte del proyecto de artículos[844]. Los Estados Unidos, por ejemplo,

están de acuerdo con el objetivo del proyecto de artículo, que destaca que, según la Carta, la responsabilidad del mantenimiento de la paz y la seguridad incumbe al Consejo de Seguridad y que el hecho de un Estado, realizado de conformidad con una decisión del Consejo adoptada en virtud del Capítulo VII, no puede calificarse como hecho internacionalmente ilícito[845].

A su juicio, el Artículo 103

no sólo establece la preeminencia de la Carta sino que también deja claro que los convenios ulteriores no pueden imponer obligaciones contradictorias a los Estados. Así, el proyecto de artículos no menoscabaría la responsabilidad del Consejo de Seguridad en lo que se refiere al mantenimiento o el restablecimiento de la paz y seguridad internacionales[846].

424. A Francia, por su parte, le preocupa que el proyecto de artículo 39 «parece contrario al Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, que no hace distinción alguna entre las disposiciones de la Carta»[847] y considera que semejante cláusula «limitaría las prerrogativas del Consejo de Seguridad»[848]. Francia estima que sería preferible decir que las disposiciones del presente proyecto deben entenderse sin perjuicio de las disposiciones y los procedimientos de la Carta, de conformidad con su Artículo 103, y propone que se vuelva a redactar el artículo de la manera siguiente: «Las disposiciones del presente proyecto deben entenderse sin perjuicio de las disposiciones y los procedimientos de la Carta de las Naciones Unidas, de conformidad con su Artículo 103»[849]. El Reino Unido, aunque apoya el principio de la predominancia de la Carta de las Naciones Unidas, que ha quedado recogido en el Artículo 103 de la Carta y en el proyecto de artículo 39, se opone a que se trate en el proyecto de artículos la cuestión de la relación entre los derechos de los Estados y sus obligaciones en virtud del derecho de la responsabilidad de los Estados y de la Carta. A su juicio, esa cuestión «plantea problemas complejos que se refieren no sólo a las Naciones Unidas sino también a otras organizaciones internacionales y regionales que pueden estar actuando de consuno con las Naciones Unidas o que cumplan funciones que les han sido asignadas en virtud de la Carta»[850].

425. Por lo que respecta a la colocación del proyecto de artículo, Francia opina que podría incluirse en las disposiciones finales o introductorias del proyecto de artículos[851]. El Japón es partidario de que se lo coloque en el capítulo I de la primera parte, «[p]uesto que el artículo 39 se relaciona con el conjunto del proyecto de artículos»[852].

426. El Relator Especial está de acuerdo, en principio, con esa opinión; aunque el artículo 39 tiene relación con el contenido del capítulo I de la primera parte, es mejor colocarlo en la cuarta parte. También está de acuerdo en que no hay que mencionar las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas relativas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales ni introducir la matización de «cuando proceda», que es sugerente pero carente de significado[853]. El Artículo 103 de la Carta es exhaustivo y categórico: su efecto, cualquiera que sea, puede preservarse con una mera disposición[854].

B. Propuestas de adiciones a la cuarta parte

427. Se ha vuelto habitual que los textos propuestos por la Comisión (ya sea para aprobarlos como tratado o de otra manera) contengan una serie de cláusulas de salvaguardia y otras cláusulas generales, que tienen por objeto delimitar el ámbito de aplicación de esos textos y salvaguardar cuestiones jurídicas conexas. Un ejemplo destacado de ello es el de la Convención de Viena de 1969, en la que se reservan los casos de sucesión de Estados, responsabilidad de los Estados y estallido de las hostilidades (art. 73) y el caso de existencia de un Estado agresor (art. 75). La función que pueda desempeñar este último artículo la desempeña, en este caso, el artículo 39, y no parece necesario referirse a las cuestiones de sucesión de Estados en el proyecto de artículos[855]. Por otra parte, ha habido incertidumbre y confusión con respecto a las relaciones entre la suspensión o terminación de los tratados y el incumplimiento de las obligaciones impuestas en tratados debido, por ejemplo, a la adopción de contramedidas. Parece procedente que en el proyecto de artículos se haga lo mismo que se ha hecho en el artículo 73 de la Convención de Viena y se reserve expresamente la decisión con respecto a toda cuestión relativa a la validez, la suspensión, la terminación o el contenido de un tratado[856]. En realidad, cabe preguntarse si no debe decirse lo mismo con respecto al contenido y la aplicabilidad a un Estado de toda norma del derecho internacional consuetudinario de fondo, es decir toda norma en que se enuncie el contenido de una obligación internacional. Para contribuir al debate, se hace una propuesta de esa índole más adelante.

---

[844] Véanse las observaciones de la República Checa (en las que se analizan las respuestas a los «crímenes internacionales» y se señala que «ya existe un mecanismo específico en el ámbito del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales […] y que dicho mecanismo se tiene debidamente en cuenta en el proyecto de artículo 39» (*Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3), Mongolia (en que se insiste en que en el texto «se deberá tener plenamente en cuenta la situación actual relativa a las medidas que las Naciones Unidas adoptan en virtud del Capítulo VII de la Carta» (ibíd.)) y el Japón («Es evidente que, según lo dispuesto en el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas y en el artículo 39 del proyecto de artículos, la Carta tiene prevalencia sobre el proyecto de artículos» (véase la nota 43 *supra*).

[845] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3.

[846] Ibíd. Los Estados Unidos señalan también que «[l]os principios de la responsabilidad de los Estados pueden conformar el proceso de adopción de decisiones del Consejo, pero el proyecto de artículos no regiría sus decisiones».

[847] Ibíd.

[848] Ibíd.

[849] Ibíd.

[850] Ibíd.

[851] Ibíd.

[852] Véase la nota 43 *supra*.

[853] Arangio-Ruiz critica firmemente la redacción del artículo 39 que se aprobó en primera lectura en «Article 39 of the ILC first-reading draft articles on State responsibility». Propone que se suprima totalmente el artículo 39 o que se le añada una disposición en que se diga que ese artículo no «rebasará lo dispuesto en el Artículo 103 de la Carta de manera que pueda dar lugar a distorsiones del régimen de responsabilidad de los Estados». Por las razones que se aducen en el texto, el actual Relator Especial propone que se introduzca una mera cláusula de salvaguardia en relación con el artículo 39, solución que es compatible con la que acaba de exponerse.

[854] Véase el párrafo 429 *infra*.

[855] Hay controversia sobre en qué circunstancias puede haber sucesión de la responsabilidad de Estados. En el proyecto de artículos no se trata esta cuestión, que es un aspecto del derecho de sucesión más que del derecho de responsabilidad.

[856] Véase la propuesta que hace Suiza (párr. 418 *supra*).

428. Otras cláusulas de salvaguardia posibles son las siguientes:

a) *Reserva de la responsabilidad de o por actos de las organizaciones internacional*es. Esto ya se ha propuesto y la Comisión llegó a un acuerdo provisional al respecto en su 50.º período de sesiones, en 1998[857];

b) *Casos de protección diplomática*. Por el contrario, la relación entre el proyecto de artículos y el proyecto de la Comisión sobre la protección diplomática no puede expresarse en términos de exclusión. El proyecto de artículos se ocupa de casos de responsabilidad de los Estados que caen dentro del ámbito de la protección diplomática, así como dentro del ámbito de las lesiones directas ocasionadas por un Estado a otro, y ello es así aun cuando las normas secundarias relativas a la protección diplomática hayan de especificarse con más detalle en el curso de la labor de la Comisión sobre el tema. No parece haber necesidad de aclarar eso en el texto, ya que se puede aclarar en el comentario;

c) *Cuestiones relativas a la falta de validez y al no reconocimiento*. Las cuestiones relativas a la validez fundamental de los hechos del Estado rebasan el ámbito de aplicación del proyecto de artículos, aun cuando, al menos en algunos casos, puedan tener consecuencias en el comportamiento internacionalmente ilícito. Otro tanto ocurre con las cuestiones generales del no reconocimiento, que afectan a otras cuestiones relativas a la validez fundamental o a la política estatal, según los casos. Sin embargo, tampoco parece necesario aclararlo en el texto, cuando se puede aclarar en el comentario;

d) *Carácter no retroactivo del proyecto de artículos.* En los textos de los tratados que se basen en la labor de la Comisión, suele disponerse que esos tratados no se aplicarán, en cuanto tales, a los hechos que hayan ocurrido antes de que entraran en vigor, pero sin perjuicio del efecto que pueda tener toda norma de derecho internacional general consagrada en el tratado[858]. Habida cuenta de que aún no se ha adoptado decisión alguna con respecto a la forma que tendrá el proyecto de artículos, parece improcedente examinar una cláusula de esa índole por el momento;

e) *Cláusulas definitorias*. En el proyecto de artículos se ha adoptado el método de definir los términos necesarios a determinados efectos en determinados artículos. No parece que haya que incluir una cláusula definitoria independiente.

C. Resumen de las conclusiones relativas a la cuarta parte

429. Por esas razones, el Relator Especial propone que la cuarta parte rece de la manera siguiente:

«CUARTA PARTE

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 37. Disposiciones especiales previstas en otras normas aplicables

Las disposiciones de estos artículos no se aplicarán en el caso ni en la medida en que las condiciones para que un Estado cometa un hecho internacionalmente ilícito, o las consecuencias jurídicas de ese hecho, hayan sido determinadas exclusivamente por otras normas de derecho internacional que tengan relación con ese hecho.

Artículo A. Responsabilidad de o por el comportamiento de una organización internacional

En estos artículos no se prejuzgará cuestión alguna que pueda suscitarse en relación con la responsabilidad que se imponga en el derecho internacional a una organización internacional, o a un Estado por el comportamiento de una organización internacional.

Artículo B. Normas que determinan el contenido de toda obligación internacional

Estos artículos se entenderán sin perjuicio de toda cuestión que pueda suscitarse con respecto a la existencia o el contenido de cualquier obligación internacional de un Estado cuya violación pueda dar lugar a la responsabilidad por parte de este Estado.

Artículo 39. Relación con la Carta de las Naciones Unidas

Las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito de un Estado previstas en los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas.»

---

[857] *Anuario… 1998*, vol. II (segunda parte), pág. 92, párr. 424.

[858] Véase, por ejemplo, la Convención de Viena de 1969, art. 4. Sin embargo, no hay equivalente en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas ni en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.