

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

[Tema 3 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/498 y Add.1 a 4

Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados, del Sr. James Crawford, Relator Especial

[Original: francés/inglés]
[17 de marzo, 1.º y 30 de abril, y 19 de julio de 1999]

ÍNDICE

		Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		4
Obras citadas en el presente informe		6
	<i>Párrafos</i>	
ALCANCE DEL PRESENTE INFORME	1	9
EXAMEN DE LOS PROYECTOS DE ARTÍCULOS DE LA PRIMERA PARTE	2-158	10
A.—Primera parte, capítulo III: Violación de una obligación internacional	2-158	10
1. Introducción	2-4	10
a) Generalidades	2-3	10
b) Observaciones de los gobiernos acerca del capítulo III en su conjunto.....	4	10
2. Examen de los distintos artículos del capítulo III.....	5-150	11
a) Artículo 16. Existencia de una violación de una obligación internacional	5-15	11
b) Artículo 17. No pertinencia del origen de la obligación internacional violada.....	16-26	14
c) Artículo 19, párrafo 1. No pertinencia del objeto de la obligación violada	27-34	16
d) Artículo 18, párrafos 1 y 2. Condición de que la obligación internacional esté en vigor respecto del Estado	35-51	18
e) Artículos 20 y 21. Obligaciones de comportamiento y obligaciones de resultado.....	52-80	22
f) Artículo 23. Violación de una obligación internacional de prevenir un acontecimiento dado	81-92	29
g) Artículos 18, párrafos 3 a 5, y 24 a 26. Hechos ilícitos consumados y continuos.....	93-137	31
h) Artículo 22. Agotamiento de los recursos internos	138-150	42
3. Otras cuestiones relacionadas con la violación de una obligación internacional.....	151-155	45
a) Efecto espacial de las obligaciones internacionales y cuestiones relacionadas con la violación.....	152-155	45
b) Posibles diferencias entre las violaciones en función de su gravedad	156-157	46
4. Resumen de las propuestas relativas al capítulo III	158	47
B.—Primera parte, capítulo IV: Implicación de un Estado en el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado	159-214	49
1. Introducción.....	159-167	49
a) Alcance del capítulo IV	159-160	49
b) Responsabilidad accesoria y conceptos afines.....	161-165	49
c) ¿Enuncia el capítulo IV normas secundarias?.....	166-167	51
2. Examen de artículos específicos.....	168-210	51
a) Artículo 27. Ayuda o asistencia de un Estado a otro Estado para la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito	168-188	51
b) Artículo 28. Responsabilidad de un Estado por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado.....	189-210	56
3. Conclusiones acerca del capítulo IV	211-214	60

	Párrafos	Página
C.—Primera parte, capítulo V: Circunstancias que excluyen la ilicitud.....	215-358	62
1. Introducción.....	215-222	62
a) Generalidades.....	215-216	62
b) Evolución del capítulo V.....	217	62
c) Observaciones recibidas de los gobiernos sobre el capítulo V en su conjunto	218-222	63
2. El concepto de «circunstancias que excluyen la ilicitud».....	223-231	63
a) Algunas distinciones preliminares.....	225-229	64
b) ¿Circunstancias excluyentes de la licitud o la responsabilidad?	230-231	65
3. Examen de artículos específicos.....	232-305	65
a) Artículo 29. Consentimiento	232-243	65
b) Artículo 30. Contramedidas respecto a un hecho internacionalmente ilícito.....	244-251	69
c) Artículo 31. Fuerza mayor y caso fortuito.....	252-265	70
d) Artículo 32. Peligro extremo	266-276	73
e) Artículo 33. Estado de necesidad	277-293	75
f) Artículo 34. Legítima defensa	294-304	80
g) Artículo 35. Reserva relativa a la indemnización de los daños	305	83
4. Justificaciones o excusas posibles no incluidas en el capítulo V	306-336	83
a) Cumplimiento en oposición con una norma imperativa (<i>jus cogens</i>).....	308-315	83
b) La « <i>exceptio inadimplenti non est adimplendum</i> ».....	316-331	85
c) La denominada doctrina de «manos limpias»	332-336	90
5. Incidentes de procedimiento o de otra índole relacionados con la innovación de circunstancias que excluyen la ilicitud.....	337-354	91
a) Indemnización por daños cuando se hace valer el capítulo V.....	338-349	91
b) Efecto temporal de la alegación de circunstancias que excluyen la ilicitud	350	93
c) Carga de la prueba.....	351	93
d) Pérdida del derecho a hacer valer una responsabilidad.....	352	93
e) Arreglo de controversias en relación con las circunstancias que excluyen la ilicitud	353-354	93
6. Conclusiones en relación con el capítulo V.....	355-358	94
D.—Contramedidas previstas en el capítulo V de la primera parte y en el capítulo III de la segunda parte	359-394	97
1. Reflexiones sobre el tratamiento a las contramedidas en la segunda parte	375-390	100
a) Observaciones de los gobiernos.....	376-381	100
b) Evolución de la legislación y la práctica relativas a las contramedidas	382-384	101
c) Cuestiones especiales planteadas por los artículos 47 a 50.....	385-390	102
2. Conclusión general	391-394	104
a) Opciones de la Comisión	391-393	104
b) La formulación del artículo 30.....	394	105
ANEXO. Injerencia en los derechos contractuales: reseña de la experiencia en derecho comparado.....		107

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

Fuente

<p>Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania (Tratado de Versalles) (Versalles, 28 de junio de 1919)</p>	<p>H. Triepel, <i>Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international. Continuation du grand recueil de G. F. de Martens</i>, 3.ª serie, vol. XI, Leipzig, Librairie Theodor Weicher, 1922, pág. 323.</p>
<p>Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Austria (Tratado de Paz de Saint-Germain-en-Laye) (Saint-Germain-en-Laye, 10 de septiembre de 1919)</p>	<p>Ibíd., pág. 691.</p>

	<i>Fuente</i>
Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (Ginebra, 30 de octubre de 1947)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 55, n.º 814, pág. 187.
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948)	Ibíd., vol. 78, n.º 1021, pág. 296.
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, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 12.ª ed., Ginebra, 1983, págs. 23 y ss.
Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I)	Naciones Unidas, ibíd., pág. 31. En español, véase CICR, ibíd., págs. 23 y ss.
Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II)	Naciones Unidas, ibíd., págs. 85 y ss. En español, véase CICR, ibíd., págs. 47 y ss.
Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III)	Naciones Unidas, ibíd., págs. 135 y ss. En español, véase CICR, ibíd., págs. 68 y ss.
Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)	Naciones Unidas, ibíd., págs. 287 y ss. En español, véase CICR, ibíd., págs. 138 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, ibíd., 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, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 243-1979, 10 de octubre de 1979.
Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Protocolo n.º 1) (París, 20 de marzo de 1952)	Ibíd. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 11-1991, 12 de enero de 1991.
Convención sobre el mar territorial y la zona contigua (Ginebra, 29 de abril de 1958)	Ibíd., vol. 516, n.º 7477, pág. 330.
Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Ibíd., vol. 500, n.º 7310, pág. 162.
Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Washington, 18 de marzo de 1965)	Ibíd., vol. 575, n.º 8359, pág. 206.
Convención sobre el Comercio de Tránsito en los Estados sin Litoral (Nueva York, 8 de julio de 1965)	Ibíd., vol. 597, n.º 8641, pág. 79.
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 21 de diciembre de 1965)	Ibíd., vol. 660, n.º 9464, pág. 241.
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.
Convención americana sobre derechos humanos – «Pacto de San José de Costa Rica» (San José, 22 de noviembre de 1969)	Ibíd., vol. 1144, n.º 17955, pág. 124.
Convenio internacional relativo a la intervención en alta mar en casos de accidentes que causen una contaminación por hidrocarburos (Bruselas, 29 de noviembre de 1969)	Ibíd., vol. 970, n.º 14049, pág. 254.

	<i>Fuente</i>
Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 23 de septiembre de 1971)	Ibíd., vol. 974, n.º 14118, pág. 198.
Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (Nueva York, 10 de diciembre de 1976)	Ibíd., vol. 1108, n.º 17119, pág. 175.
Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980)	Ibíd., vol. 1489, n.º 25567, pág. 123.
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	<i>Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar</i> , vol. XVII (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.84.V.3), A/CONF.62/122.
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.
Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (Nueva York, 25 de mayo de 1993)	Naciones Unidas, <i>Textes fondamentaux</i> (n.º de venta E/F.98.III.P.1). Para el texto en español, véase S/25704 (1993), anexo, y S/RES/1166 (1998).
Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda (Nueva York, 8 de noviembre de 1994)	ICTR(093)/D637/No. 1 (agosto de 1999). Para el texto en español, véase S/RES/955 (1994), anexo.
Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (Nueva York, 21 de mayo de 1997)	<i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 49</i> , vol. III, resolución 51/229, anexo.
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998)	A/CONF.183/9.

Otras citadas en el presente informe

- ALDRICH, George H.
The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal, Oxford, Clarendon Press, 1996, 590 págs.
- AMERASINGHE, Chittharanjan F.
«The rule of exhaustion of domestic remedies in the framework of international systems for the protection of human rights», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches recht und völkerrecht* (Stuttgart), vol. 28, 1968.
- Local Remedies in International Law*, Cambridge, Grotius, 1990, 410 págs.
- BARBOZA, Julio
«Necessity (revisited) in international law», en Jerzy Makarczyk (ed.), *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1984, págs. 27 a 43.
- BINDER, Guyora
Treaty Conflict and Political Contradiction: The Dialectic of Duplicity, Nueva York, Praeger, 1988, 226 págs.
- BOUVÉ, Clement L.
«Russia's liability in tort for Persia's breach of contract», *American Journal of International Law* (Nueva York), vol. 6, 1912, págs. 389 a 408.
- BRIERLY, J. L.
«The theory of implied State complicity in international claims», *British Year Book of International Law*, 1928 (Oxford), vol. 9, págs. 42 a 49.
- BROWNLIE, Ian
System of the Law of Nations: State Responsibility, Parte I, Oxford, Clarendon Press, 1983.
- CAHIER, Philippe
«Changements et continuité du droit international: cours général de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1985-VI*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1992, vol. 195.
- CANÇADO TRINDADE, A. A.
«The birth of State responsibility and the nature of the local remedies rule», *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques* (Genebra), vol. 56, julio-septiembre de 1978.
- The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law: its Rationale in the International Protection of Individual Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983.
- CHAPPEZ, J.
La règle de l'épuisement des voies de recours internes, París, Pedone, 1972.

- CHINKIN, Christine
Third Parties in International Law, Oxford, Clarendon Press, 1993, 385 págs.
 «The East Timor case (*Portugal v. Australia*)», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, parte 3, julio de 1996, págs. 712 a 724.
- COMBACAU, Jean
 «Obligations de résultat et obligations de comportement : quelques questions et pas de réponse», *Mélanges offerts à Paul Reuter – le droit international : unité et diversité*, París, Pedone, 1981, págs. 181 a 204.
- CONDORELLI, Luigi y Laurence BOISSON DE CHAZOURNES
 «Quelques remarques à propos de l'obligation des États de 'respecter et faire respecter' le droit international humanitaire en 'toutes circonstances'», en Christophe Swinarski (ed.), *Studies and essays on international humanitarian law and Red Cross principles in honour of Jean Pictet*, Ginebra, Martinus Nijhoff, 1984, págs. 17 a 35.
- CONFORTI, Benedetto
 «Obblighi di mezzi e obblighi di risultato nelle convenzioni di diritto uniforme», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* (Padua), vol. XXIV, n.º 2, abril-junio de 1988, págs. 233 a 238.
- COOKE, P. J. y D. W. OUGHTON
The Common Law of Obligations, 2.ª ed., Londres, Butterworths, 1993, 583 págs.
- CRAIG Paul y Gráinne de BÚRCA
EU Law: Texts, Cases, and Materials, 2.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1995, 1160 págs.
- CRAWFORD, James
 «Counter-measures as interim measures», *Journal européen de droit international*, vol. 5, 1994.
- DALLOZ, M. y Armand DALLOZ
Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine, 1908, Parte 1, *Cour de Cassation*, París.
- DIPLA, Haritini
La responsabilité de l'État pour violation des droits de l'homme : problèmes d'imputation, París, Pedone, 1994, 116 págs.
- DOEHRING, Karl
 «Local remedies, exhaustion of», en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, North-Holland, 1981, págs. 136 a 140.
- DRAETTA, Ugo
 «Force majeure clauses in international trade practice», *International Business Law Journal* (París), n.º 5, 1996.
- 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.
- DUURSMA, Jorri
Fragmentation and the International Relations of Micro-States: Self-determination and Statehood, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.
- FITZMAURICE, Sir Gerald
 «The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1957–II*, Leiden, Sijthoff, 1958, vol. 92, págs. 1 a 227.
- GARCIA-ARIAS, Luis
 «La doctrine des 'clean hands' en droit international public», *Yearbook of the A.A.A.* (La Haya), vol. 30, 1960.
- GERVEN, Walter van y otros (eds.)
Torts: Scope of Protection, Oxford, Hart Publishing, 1998, 494 págs.
- GRAEFRATH, Bernhard
 «Complicity in the law of international responsibility», *Revue belge de droit international* (Bruselas), vol. XXIX, n.º 1, 1996, págs. 370 a 380.
- GUINAND, Jean
 «La règle de l'épuisement des voies de recours internes dans le cadre des systèmes internationaux de protection des droits de l'homme», *Revue belge de droit international* (Bruselas), 1968.
- HIGGINS, Rosalyn
 «International law and the avoidance, containment and resolution of disputes: general course on public international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1991–V*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, vol. 230, págs. 9 a 342.
 «Time and the law: international perspectives on an old problem», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 46, julio de 1997.
- JAGOTA, S. P.
 «State responsibility: circumstances precluding wrongfulness», *Netherlands Yearbook of International Law* (La Haya), vol. XVI, 1985, págs. 249 a 277.
- JOUANNET, Emmanuelle
 «Le principe de l'or monétaire, à propos de l'arrêt du 30 juin 1995 dans l'affaire du Timor Oriental», *RGDIP*, vol. 100, 1996.
- KARL, Wolfram
 «The time factor in the law of State responsibility», en Marina Spinedi y Bruno Simma (eds.), *United Nations Codification of State Responsibility*, Nueva York, Oceana Publications, 1987, págs. 95 a 114.
- KEETON, W. Page (ed.)
Prosser and Keeton on the Law of Torts, 5.ª ed., St. Paul (Minnesota), West Publishing Co., 1984, 1456 págs.
- KENNEDY, David y Leopold SPECHT
 «Austrian membership in the European Communities», *Harvard International Law Journal*, vol. 31, n.º 2, segundo trimestre de 1990.
- KONTOU, Nancy
The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford University Press, 1994, 169 págs.
- LA FONTAINE, H.
Pasicrisie Internationale, 1794–1900 : Histoire Documentaire des Arbitrages Internationaux, La Haya, Martinus Nijhoff, 1997, 670 págs. Reimpresión de la edición de 1902, Berna, Stämpfli.
- LAUTERPACHT, Sir Hersch
 «The covenant as the 'higher law'», *British Year Book of International Law, 1936* (Londres), vol. 17, págs. 54 a 65.
 «Contracts to break a contract», en E. Lauterpacht (ed.), *International Law being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, vol. 4, *The Law of Peace*, Partes VII y VIII, Cambridge, Cambridge University Press, 1978.
- LEVRAT, Nicolas
 «Les conséquences de l'engagement pris par les Hautes Parties contractantes de 'faire respecter' les Conventions humanitaires», en Frits Kalshoven e Yves Sandoz (eds.), *Implementation of International Humanitarian Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, págs. 263 a 296.
- LOBEL, Jules y Michael RATNER
 «Bypassing the Security Council: ambiguous authorizations to use force, cease-fires and the Iraqi inspection regime», *American Journal of International Law*, vol. 93, 1999.

- LOWE, Vaughan
«Precluding wrongfulness or responsibility: a plea for excuses», *Journal européen de droit international*, vol. 10, n.º 2, 1999.
- LYSÉN, Göran
State Responsibility and International Liability of States for Lawful Acts: A Discussion of Principles, Upsala, Iustus Förlag, 1997, 220 págs.
- MACLEOD, I., I. D. HENDRY y Stephen HYETT
The External Relations of the European Communities: A Manual of Law and Practice, Oxford, Clarendon Press, 1996, 432 págs.
- MAGLIVERAS, Konstantin D.
«Force majeure in Community law», *European Law Review* (Londres), vol. XV, 1990, págs. 460 a 471.
- MARKESINIS, B. S.
The German Law of Obligations, vol. II, *The Law of Torts: A Comparative Introduction*. 3.ª ed. rev., Oxford University Press, 1997.
- MARSH, P. D. V.
Comparative Contract Law: England, France, Germany, Aldershot, Gower, 1994, 356 págs.
- MASOODI, G. Saqlain
«Civil liability in English and Islamic laws: a comparative view», *Islamic and Comparative Law Review* (Nueva Delhi), vol. XII, n.º 1, tercer trimestre de 1992.
- MCKENDRICK, Ewan
Force Majeure and Frustration of Contract, Londres, Lloyd's of London Press, 1995, 363 págs.
- McNAIR, Lord (ed.)
International Law Opinions, vol. II, *Peace*, Cambridge, Cambridge University Press, 1956.
- McNAIR, Lord y A. D. WATTS
The Legal Effects of War, 4.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1966.
- MEHREN, Arthur von
«A general view of contract», en Arthur von Mehren (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII, *Contracts in General*, cap. 1, Tubinga, J. C. B. Mohr, 1982.
- MIAJA DE LA MUELA, Adolfo
«Le rôle de la condition des mains propres de la personne lésée dans les réclamations devant les tribunaux internationaux», en Vladimir Ibler (ed.), *Essays in International Law in Honour of Juraj Andrassy*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1968, 365 págs.
- MOORE, John Bassett
History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party, vols. I, III y V, Washington, Government Printing Office, 1898.
- NGUYEN QUOC DINH, Patrick DAILLIER y Alain PELLET
Droit international public, 6.ª ed. rev., París, LGDJ, 1999, 1455 págs.
- 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.
- OPESKIN, Brian R.
«International law and federal States», en Brian R. Opeskin y Donald R. Rothwell (eds.), *International Law and Australian Federalism*, Melbourne University Press, 1997, 379 págs.
- ORAÁ, Jaime
Human Rights in States of Emergency in International Law, Oxford, Clarendon Press, 1992, 288 págs.
- PADELLETTI, Maria Luisa
Pluralità di stati nel fatto illecito internazionale, Milán, Giuffrè, 1990, 239 págs.
- PALANDT, Otto
Bürgerliches Gesetzbuch, 53.ª ed., Munich, Beck, 1994.
- PALMER, Vernon V.
«A comparative study (from a common law perspective) of the French action for wrongful interference with contract», *American Journal of Comparative Law* (Berkeley), vol. XL, n.º 2, segundo trimestre de 1992.
- PAUWELYN, Joost
«The concept of a 'continuing violation' of an international obligation: selected problems», *British Year Book of International Law*, 1995 (Oxford), vol. 66, págs. 415 a 450.
- PERRIN, Georges
«La naissance de la responsabilité internationale et l'épuisement des voies de recours internes dans le projet d'articles de la Commission du droit international», *Festschrift für Rudolf Bindschedler*, Berna, Stämpfli, 1980, págs. 271 a 291.
- QUIGLEY, John
«Complicity in international law: a new direction in the law of State responsibility», *British Year Book of International Law*, 1986 (Oxford), vol. 57, págs. 77 a 131.
- RABY, Jean
«The state of necessity and the use of force to protect nationals», *Canadian Yearbook of International Law* (Vancouver), vol. XXVI, 1988, págs. 253 a 272.
- REISMAN, W. Michael
«Reflections on State responsibility for violations of explicit protectorate, mandate, and trusteeship obligations», *Michigan Journal of International Law*, vol. 10, primer trimestre de 1989, págs. 231 a 240.
- REUTER, Paul
Introduction au droit des traités, 3.ª ed. rev. y aum., París, Presses Universitaires de France, 1995.
- ROGERS, W. V. H.
Winfield and Jolowicz on Tort, 15.ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1998, 922 págs.
- ROSENNE, Shabtai
Breach of Treaty, Cambridge, Grotius, 1985, 142 págs.
- ROTH, Brad R.
Governmental Illegitimacy in International Law, Oxford, Clarendon Press, 1999, 439 págs. (Tesis, Universidad de California (Berkeley)).
- ROUSSEAU, Charles
Droit international public, vol. V, *Les rapports conflictuels*, París, Sirey, 1983.
- SADURSKA, Romana
«Threats of force», *American Journal of International Law* (Washington D.C.), vol. 82, 1988, págs. 239 a 268.
- SALMON, Jean J. A.
«Des 'mains propres' comme condition de recevabilité des réclamations internationales», *Annuaire français de droit international*, 1964 (París), vol. X, págs. 225 a 266.
«Le fait étatique complexe : une notion contestable», *Annuaire français de droit international*, 1982 (París), vol. XXVIII, págs. 709 a 738.
«Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international ?», en Jerzy Makarczyk (ed.), *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1984, págs. 235 a 270.
«Les circonstances excluant l'illicéité», en Prosper Weil (ed.), *Responsabilité internationale*, París, Pedone, 1987-1988, págs. 89 a 225.
- SANDS, Philippe
Principles of International Environmental Law I: Frameworks, Standards and Implementation, Manchester y Nueva York, Manchester University Press, 1995.

- SAVATIER, René
Traité de la responsabilité civile en droit français, vol. I, 2.^a ed., París, LGDJ, 1951.
- SCHLECHTRIEM, Peter (ed.)
Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 2.^a ed., Oxford, Clarendon Press, 1998, 803 págs.
- SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz
«Österreich und die EWG», *Jahrbuch für internationales Recht* (Göngen), vol. 14, 1969, págs. 128 a 152.
- STEFANOU, Constantin y Helen XANTHAKI
A Legal and Political Interpretation of Article 215 (2) [new Article 288 (2)] of the Treaty of Rome: The Individual Strikes Back, Ashgate, Dartmouth, 2000, 236 págs.
- STERN, Brigitte
«Responsabilité internationale», en Dominique Carreau y otros (eds.), *Répertoire de droit international*, París, Dalloz, 1998, vol. III.
- SULLIGER, Denis
L'épuisement des voies de recours internes en droit international général et dans la Convention européenne des droits de l'homme, Lausana, Imprimerie des arts et métiers, 1979, 201 págs. (Tesis, Universidad de Lausana)
- THOUVENIN, Jean-Marc
«L'arrêt de la C.I.J. du 30 juin 1995 rendu dans l'affaire du Timor oriental : Portugal c. Australie», *Annuaire français de droit international* (París), vol. 41, 1995, págs. 328 a 353.
- TOMUSCHAT, Christian
«Liability for mixed agreements», en David O'Keeffe y Henry G. Schermers (eds.), *Mixed Agreements*, Deventer, Kluwer, 1983, págs. 125 a 132.
«What is a 'breach' of the European Convention on Human Rights?», en Rick Lawson & Matthijs de Blois, *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe: Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol. III, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994.
- TREITEL, Günter Heinz
Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account, Oxford, Clarendon Press, 1988, 422 págs.
- TRIEPEL, H.
Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig, Hirschfeld, 1899.
- TUNC, André
La responsabilité civile, 2.^a ed., París, Economica, 1990, 200 págs.
- VAN OMMESLAGHE, Pierre
«Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux», *Revue de droit international et de droit comparé* (Bruselas), año 57, 1980.
- VINEY, Geneviève
Traité de droit civil : Introduction à la responsabilité, 2.^a ed., París, LGDJ, 1995.
- VITZTHUM, Wolfgang Graf
«Article 2 (6)», en Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 1994, 1258 págs.
- ULMER, Peter (ed.)
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3.^a ed., Munich, Beck, 1997.
- WEERAMANTRY, Christopher
Nauru: Environmental Damage under International Trusteeship, Melbourne, Oxford University Press, 1992, 448 págs.
- WHEATON, Henry
Reports of cases argued and adjudged in the Supreme Court of the United States, 4.^a ed., Nueva York, Banks Law Publishing Co., 1911, vol. X.
- WYLER, Eric
«Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait international illicite», *RGDIP*, vol. 95, n.º 4, 1991, págs. 881 a 914.
L'illicite et la condition des personnes privées : la responsabilité internationale en droit coutumier et dans la Convention européenne des droits de l'homme, París, Pedone, 1995, 361 págs.
- YOUNGS, Raymond
English, French and German Comparative Law, Londres, Cavendish, 1998, 466 págs.
- ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ
Introduction to Comparative Law, 2.^a ed. rev., Oxford, Clarendon Press, 1992.

Alcance del presente informe¹

1. El presente informe es una continuación del examen sistemático, comenzado en 1998², del proyecto de artículos a la luz de las observaciones de los gobiernos y la evolución de la práctica de los Estados, las decisiones judiciales y la bibliografía en la materia. En otras partes del

informe se hará también referencia a algunas cuestiones generales que plantean los artículos de las partes segunda y tercera del proyecto y se comenzará el examen de los artículos de la segunda parte³.

¹ El Relator Especial querría agradecer al Sr. Pierre Bodeau, auxiliar de investigación del Lauterpacht Research Centre for International Law de la Universidad de Cambridge, la importante ayuda que prestó en la preparación del presente informe, y también al Leverhulme Trust su apoyo financiero. Un grupo de académicos más jóvenes (con asistencia financiera del Humanities Research Board de la Academia Británica) prestaron asistencia con la bibliografía sobre la responsabilidad del Estado en diversos idiomas: se trataba de los Sres. Andrea Bianchi (Universidad de Siena), Carlos Espósito (Universidad Autónoma de Madrid), Yuji Iwasawa (Universidad de Tokio), Nina Jorgensen (Inns of Court School of Law, Londres), Yumi Nishimura (Universidad de Sofía) y Stephan Wittich (Universidad de Viena).

² Véase el primer informe sobre responsabilidad de los Estados, *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490/Add.1 a 7.

³ Después del primer informe (ibíd.) se han recibido observaciones de más gobiernos (véase ibíd., documento A/CN.4/488/Add.1 a 3, y documento A/CN.4/492 (reproducido en el presente volumen)). Esas observaciones, en la medida en que corresponden a los artículos 16 y siguientes, se tienen en cuenta en el presente documento y no se hará referencia a las nuevas observaciones relativas a los proyectos de artículos 1 a 15 hasta que se hayan examinado todos los artículos, punto en el cual habrá que reconsiderarlos en su conjunto.

Examen de los proyectos de artículos de la primera parte

A.—Primera parte, capítulo III: Violación de una obligación internacional

1. INTRODUCCIÓN

a) Generalidades

2. El capítulo III de la primera parte consta de 11 artículos relativos al tema general de la «violación de una obligación internacional». Las cuestiones a que se refiere el capítulo III pueden agruparse en cinco categorías⁴.

a) Los artículos 16, 17 y 19⁵ se refieren al concepto de violación propiamente dicho y ponen de manifiesto que no importa cuál sea el origen de la obligación ni su objeto;

b) Los párrafos 1 y 2 del artículo 18 se refieren a la condición de que la obligación esté en vigor respecto del Estado al momento de su incumplimiento;

c) Los artículos 20 y 21 hacen una distinción más detallada entre las obligaciones de comportamiento y las de resultado, mientras que el artículo 23 se refiere a la obligación de prevención;

d) Los artículos 24 a 26 se refieren al momento y la duración de la violación y, en particular, a la distinción entre los actos ilícitos que se extienden en el tiempo y los que no lo hacen. Establecen además otra distinción entre los hechos compuestos y los complejos. En los párrafos 3 a 5 del artículo 18 se especifica cuándo se trata de hechos ilícitos continuos, compuestos o complejos y se hace referencia a cuestiones de derecho intertemporal en relación con esos hechos;

e) El artículo 22 se refiere a un aspecto de la norma relativa al agotamiento de los recursos internos, la cual es analizada en el contexto concreto de las obligaciones de resultado.

Por razones que quedarán de manifiesto, el Relator Especial tiene la intención de pasar revista a los artículos en ese orden.

3. Los artículos del capítulo III, en su conjunto, apuntan a analizar más a fondo el requisito, ya enunciado en principio en el artículo 3, apdo. b, de que en cada caso de responsabilidad del Estado se trata de la violación de

⁴ Respecto de los trabajos del capítulo III, véase quinto informe, *Anuario... 1976*, vol. II (primera parte), pág. 3, documento A/CN.4/291 y Add.1 y 2; sexto informe, *Anuario... 1977*, vol. II (primera parte), pág. 3, documento A/CN.4/302 y Add.1 a 3; séptimo informe, *Anuario... 1978*, vol. II (primera parte), pág. 33, documento A/CN.4/307 y Add.1 y 2; *ibíd.*, vol. I, 1518.^a sesión, págs. 248 a 254 (debate en sesiones plenarias), y 1524.^a sesión, pág. 288 (informe del Comité de Redacción); *ibíd.*, vol. II (segunda parte), págs. 73 a 75 (reseña de los trabajos); *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), págs. 76 a 121; *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), págs. 13 a 53; *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 80 a 97 (texto del proyecto de artículos y comentarios).

⁵ Los párrafos 2 a 4 del artículo 19 se refieren a la definición del crimen internacional de Estado, y las cuestiones que plantea se tienen en cuenta en el contexto del estudio de la distinción entre la responsabilidad «criminal» y la responsabilidad «delictual» (véase, por ejemplo, el primer informe del Relator Especial (*Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490/Add.1 a 7, párrs. 43 a 60)).

una obligación internacional *de* un Estado *por* ese Estado. Sin embargo, resulta difícil llevar más allá este análisis sin entrar en la distinción entre normas primarias y secundarias, en la cual se funda el proyecto de artículos en su conjunto. Para determinar si ha habido violación de una obligación, en primer lugar hay que tener en cuenta la propia obligación sustantiva y su formulación y sentidos precisos, todo lo cual queda claramente comprendido en el ámbito de las normas primarias. En todo caso, los principios y las distinciones que se enuncian en el capítulo III obedecen al propósito de establecer un marco para lo que antecede y, en la medida en que lo hagan, puede caber al capítulo III una función útil⁶.

b) Observaciones de los gobiernos acerca del capítulo III en su conjunto

4. En ninguna de las observaciones se impugna la necesidad del capítulo III en su conjunto. Sin embargo el Reino Unido observa con preocupación que «las ligeras diferencias establecidas entre las diferentes categorías de violaciones podrían superar lo que es necesario, o hasta lo que es útil, en una declaración de los principios fundamentales de la responsabilidad de los Estados»⁷. Alemania, haciendo una reseña de sus observaciones sobre los distintos artículos, señala que (además del artículo 19) el capítulo III comprende «varias disposiciones que deberían modificarse total o parcialmente»⁸. Según el Japón, la clasificación de las obligaciones internacionales que se hace en el capítulo III contiene «conceptos excesivamente abstractos en un lenguaje nada claro»; a su juicio, las dificultades que entrañan esas distinciones «obrarían en contra de cualquier intento de resolver una controversia»⁹.

⁶ Prácticamente la bibliografía no se refiere en forma sistemática a la cuestión de la violación de obligaciones internacionales como tal. Hasta cierto grado se ha estudiado el incumplimiento de tratados: véase, en particular, el cuarto informe de Sir Gerald Fitzmaurice sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1959*, vol. II, págs. 40 a 89, documento A/CN.4/120, que se refiere a los efectos de los tratados. La Comisión nunca deliberó sobre ese informe y, si bien el Relator que lo siguió, Sir Humphrey Waldock, recogió algunos aspectos, actualmente incluidos en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (en adelante, la Convención de Viena de 1969), los relativos al incumplimiento de obligaciones dimanadas de tratados quedaron pendientes para incluirlos en el marco de la responsabilidad del Estado. En cuanto al incumplimiento de tratados, véanse también Rosenne, *Breach of Treaty*, y Reuter, *Introduction au droit des traités*, cap. IV (que, sin embargo, agrupa la violación y la nulidad bajo el título poco útil de «No aplicación de los tratados»).

⁷ *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3.

⁸ *Ibíd.*

⁹ Documento A/CN.4/492 (reproducido en el presente volumen). Véanse además las observaciones formuladas por algunos gobiernos (Austria, el Canadá, Chile, Malí, los Países Bajos, la República Socialista Soviética de Bielorrusia, la República Socialista Soviética de Ucrania, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Yugoslavia en *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), págs. 87 a 112, documento A/CN.4/328 y Add.1 a 4; Bulgaria, Checoslovaquia, Mongolia, la República Federal de Alemania y Suecia en *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), págs. 79 a 86, documento A/CN.4/342 y Add.1 a 4), al tiempo de la adopción del capítulo III.

2. EXAMEN DE LOS DISTINTOS ARTÍCULOS DEL CAPÍTULO III

a) *Artículo 16. Existencia de una violación de una obligación internacional*

5. El texto del artículo 16 es el siguiente:

Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación.

6. El artículo 16 repite en el marco del capítulo III, si bien en términos levemente distintos, un elemento ya expresado en el artículo 3, apdo. *b*, según el cual hay hecho internacionalmente ilícito de un Estado cuando el comportamiento que le es imputable «constituye una violación de una obligación internacional [de ese] Estado». Sin embargo, el artículo 16 especifica un poco más el elemento de violación y califica de tal (y por lo tanto de ilícito) todo comportamiento que «no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación». Este elemento a veces es calificado de elemento «objetivo» de la responsabilidad del Estado, en comparación con el requisito de la imputación, calificado de elemento «subjetivo». En el contexto del artículo 40 y su definición de «Estado lesionado» se examinará más a fondo el concepto de la responsabilidad del Estado centrada en el derecho (subjetivo) del Estado lesionado. Sin embargo, la dicotomía entre «subjetivo» y «objetivo» entraña otras dificultades. Después de todo, la imputación es un proceso jurídico y, en ese sentido, es «objetivo»¹⁰. Además, la existencia de una violación del derecho internacional puede depender del conocimiento o la intención del agente de cuya conducta es responsable el Estado. En esos casos, se atribuye al Estado una cierta disposición psicológica como base para su responsabilidad¹¹, la cual es, al menos en un sentido, «subjetiva», si bien en principio sigue rigiéndose por el derecho internacional. Además, el mismo hecho puede constituir una violación de un tratado respecto de un Estado y ser al mismo tiempo lícito, e incluso necesario, en virtud de un tratado con otro Estado¹²; en esos casos, el concepto de «violación» tiene un elemento intersubjetivo que falta en relación con la imputación. Por estas razones, hablar de elementos «subjetivos» y «objetivos» de la responsabilidad induce a confusión y más vale no hacerlo.

7. El comentario del artículo 16 justifica el empleo de la expresión «no está en conformidad con» al señalar que «expresa con más exactitud la idea de que puede haber violación incluso en el caso de que el hecho del Estado

no esté más que parcialmente en contradicción con una obligación internacional que le incumba»¹³ y distingue luego entre la violación de una obligación internacional y la violación de una obligación de cortesía internacional¹⁴ o la de un contrato entre un Estado y una persona natural o jurídica¹⁵ o, en general, de las «obligaciones jurídicas pertenecientes a un orden jurídico que no sea el orden jurídico internacional»¹⁶. En el comentario se señala la necesidad de tener en cuenta otras disposiciones del capítulo III a los efectos de determinar si ha habido violación, pero no se dice nada acerca de la relación entre el capítulo III y el capítulo V.

8. Los gobiernos han formulado pocas observaciones acerca del artículo 16. Francia plantea la cuestión de la violación de una obligación internacional subordinada a «una obligación que se considera superior» y cita como ejemplo al Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas. Por lo tanto, propone añadir al final del artículo 16 la expresión «de conformidad con el derecho internacional»¹⁷. El Reino Unido sugiere fundir el artículo 21 (obligaciones de resultado) y el artículo 16¹⁸.

i) *El artículo 16 y el problema del conflicto de obligaciones internacionales*

9. La observación de Francia plantea la cuestión general del conflicto de obligaciones internacionales. En lo que se refiere al Artículo 103 de la Carta, cabría pensar que el proyecto de artículo 39 regula suficientemente la cuestión, en el supuesto de que sea formulado de manera de ser aplicable al proyecto en su conjunto¹⁹. Sin embargo, el problema de las obligaciones internacionales que puedan entrar en conflicto es más amplio.

a) La primera situación que hay que tener en cuenta es aquella en que el derecho internacional general resuelve una contradicción entre dos o más obligaciones internacionales que están o han estado vigentes respecto de un Estado de manera que, con arreglo al derecho internacional, una de esas obligaciones tenga primacía sobre la otra. Por ejemplo, en virtud del derecho de los tratados, un tratado posterior entre las mismas partes tendrá primacía sobre uno anterior en caso de incompatibilidad entre ambos²⁰. Una norma de derecho internacional general que sea ulteriormente incompatible va a tener primacía normalmente sobre una norma anterior. Una norma imperativa de derecho internacional tiene primacía respecto de

¹⁰ El párrafo 2 del comentario al artículo 16 insiste en la «autonomía del derecho internacional» en relación con la violación (*Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 76), pero el derecho internacional determina también la cuestión de la imputación: véase el primer informe del Relator Especial (*Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490/Add.1 a 7, párr. 154). Si bien es cierto que, al hacerlo, tiene en cuenta lo dispuesto en el derecho interno y la condición de las personas que actúan en representación del Estado (ibíd., párr. 163), las disposiciones del derecho interno son pertinentes a los efectos de determinar si se ha infringido una obligación. En ambos aspectos, el principio dominante es el enunciado en el artículo 4 (ibíd., párrs. 136 a 139).

¹¹ Como en el caso *Détroit de Corfou*, fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 22; 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.

¹² Véase el párrafo 9, apdos. *c* y *d infra*.

¹³ *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), págs. 76 y 77, párr. 4 del comentario al artículo 16.

¹⁴ Ibíd., pág. 77, párr. 5 del comentario al artículo 16.

¹⁵ Ibíd., párrs. 6 y 7 del comentario al artículo 16.

¹⁶ Ibíd., párr. 7 del comentario al artículo 16.

¹⁷ Véase la nota 7 *supra*.

¹⁸ Véase la nota 7 *supra*. Véanse también las observaciones de Chile (*Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), pág. 100, documento A/CN.4/328 y Add.1 a 4), Yugoslavia (ibíd., pág. 109) y la República Federal de Alemania (*Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. 80, documento A/CN.4/342 y Add.1 a 4).

¹⁹ Esto ya se preveía en el primer informe del Relator Especial (*Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490/Add.1 a 7, párrs. 73 y 74).

²⁰ Convención de Viena de 1969, art. 30, párr. 3, con sujeción al artículo 41.

otra incompatible con ella y que no tenga carácter imperativo (cualquier norma de derecho positivo)²¹;

b) La situación es distinta cuando a una cláusula de un tratado se le asigna prevalencia respecto de otra, como ocurre por ejemplo con el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas. En virtud de la Carta, todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas han convenido en que, en sus relaciones mutuas, las obligaciones impuestas por la Carta prevalecerán sobre las impuestas en otros tratados, aunque éstos sean ulteriores. Ese fue el fundamento del fallo dictado por la CIJ en los casos *Lockerbie* en el sentido de que el derecho que tenía la Jamahiriya Árabe Libia con arreglo al Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Convenio de Montreal) de no conceder la extradición de ciertos nacionales estaba subordinada a su obligación de hacerlo en virtud de una resolución del Consejo de Seguridad que, *prima facie*, Libia debía cumplir con arreglo al Artículo 25 de la Carta²²;

c) Estos casos, por interesantes que sean para otros efectos, no plantean dificultades especiales en cuanto al artículo 16. En cada uno de ellos predomina una obligación internacional y ningún Estado tiene derecho a que se cumpla la disposición «subordinada», «derogada» o «de categoría inferior». Sin embargo, las normas a que se ha hecho referencia no aseguran una total compatibilidad entre las obligaciones internacionales de un Estado, así como ningún ordenamiento jurídico nacional puede asegurar por completo que no haya obligaciones contractuales válidas pero incompatibles. Así, con arreglo al artículo 30, párr. 4 de la Convención de Viena de 1969, si una de las partes en dos tratados incompatibles entre sí es distinta, se considerará que ambos siguen en vigor con la consecuencia de que el Estado A (parte en ambos) podrá tener una serie de obligaciones respecto de un grupo de Estados y otra serie respecto de otro²³. En *Costa Rica c. Nicaragua*²⁴, la Corte Centroamericana de Justicia sostuvo que incumbía a Nicaragua responsabilidad interna-

cional respecto de Costa Rica por haber concertado un tratado con un tercer Estado²⁵ sin cumplir primero los requisitos de consulta enunciados en el tratado anterior entre los dos. Sin embargo, ese tribunal no declaró que el tratado ulterior fuese nulo, ya que no tenía jurisdicción respecto de los Estados Unidos. La CIJ fue aún más renuente en el caso *Timor oriental*. Se sostenía que el hecho de que Australia hubiese concertado un tratado con Indonesia que era incompatible con los derechos que cabían a Portugal en virtud de la Carta, así como con los derechos del pueblo de Timor Oriental representado por Portugal, daba lugar a la responsabilidad internacional de Australia. A diferencia de Costa Rica, Portugal no pidió expresamente que se fallara que el tratado con Indonesia era nulo y se limitó a pedir que se hiciera valer la responsabilidad. La Corte se negó a dirimir el caso sosteniendo que no podía hacerlo sin pronunciarse primero sobre la ilegitimidad de la conducta de Indonesia, Estado que no era parte en la causa²⁶. En esas circunstancias, la Corte no era competente para dirimir la demanda de Portugal de que se imputara responsabilidad a Australia;

d) En la Convención de Viena de 1969 no se prevé la nulidad de un tratado por su incompatibilidad con otro²⁷. En cambio, la Convención apunta a resolver el problema de las obligaciones convencionales y compatibles entre sí al hacer reserva expresa de la «responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado»²⁸. Así, en derecho internacional no se puede aducir como excusa para el incumplimiento de una obligación contraída por el Estado A en virtud

²⁵ Tratado del Canal Interoceánico (Bryan-Chamorro), de 5 de agosto de 1914, entre Nicaragua y los Estados Unidos; véase el texto en Charles I. Bevans (ed.), *Treaties and Other International Agreements of the United States of America, 1776-1949*, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1972, vol. 10, pág. 379.

²⁶ *Timor oriental* (Portugal c. Australia), fallo, C.I.J. Recueil 1995, pág. 90 (véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996*, pág. 90), donde se aplica el principio de admisibilidad enunciado en el caso *Or monétaire pris à Rome en 1943*, fallo, C.I.J. Recueil 1954, pág. 32 (véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 42). Formalmente, cabría hacer una distinción entre esa decisión y el caso *Costa Rica c. Nicaragua*. En este asunto no se había imputado un hecho ilícito a los Estados Unidos, si bien éstos claramente conocían las disposiciones del tratado anterior. Sin embargo, es un tanto extraño considerar nulo un tratado por el hecho de que una parte únicamente no cumpla otro tratado con un tercer Estado y en cambio quede exento de decisión judicial un tratado del que cabe aducir que ha sido concertado haciendo caso omiso de una norma *erga omnes*. Para un examen del caso *Timor oriental*, véase por ejemplo, Chinkin, «The East Timor Case (*Portugal v. Australia*)», pág. 712; Jouannet, «Le principe de l'or monétaire, à propos de l'arrêt de la Cour du 30 juin 1995 dans l'affaire du Timor oriental», pág. 673; Thouvenin, «L'arrêt de la CIJ du 30 juin 1995 rendu dans l'affaire du Timor oriental : *Portugal c. Australie*», pág. 328.

²⁷ Véase el artículo 30, párrs. 4 y 5. Los artículos 52, 53, 64, 69 y 71 se refieren expresamente a casos en que un tratado es nulo y la intención consistía en que esos artículos fueran excluyentes. Véase Reuter, *op. cit.*, pág. 153, párr. 251. Lauterpacht era resuelto partidario de la invalidez de los tratados incompatibles ulteriores, para lo cual recurría en gran medida a analogías con el derecho interno; véase «The covenant as the 'higher law'», pág. 326 y, en particular, «Contracts to break a contract», págs. 371 a 375.

²⁸ Véase el artículo 30, párr. 5. Según su texto, el artículo 30 debe entenderse «[s]in perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas» (art. 30, párr. 1).

²¹ Entre otras posibilidades se incluye la de que una norma consuetudinaria (no de *jus cogens*) anterior quede subsumida en un tratado ulterior y éste quede obsoleto como resultado de una nueva norma del derecho internacional general. Respecto de estos problemas y otros similares, véase, por ejemplo, Rosenne, *op. cit.*, págs. 85 a 95; Binder, *Treaty Conflict and Political Contradiction: The Dialectic of Duplicity*; Chinkin, *Third Parties in International Law*, págs. 69 a 80; Kontou, *The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law*, y Reuter, *op. cit.*, págs. 116 a 131.

²² Véase *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie* (Jamahiriya Árabe Libia c. Reino Unido), medidas provisionales, providencia de 14 de abril de 1992, C.I.J. Recueil 1992, pág. 3, e *ibíd.* (Jamahiriya Árabe Libia c. Estados Unidos de América), medidas provisionales, providencia de 14 de abril de 1992, pág. 114. 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), págs. 1 y 7, respectivamente. A los efectos de las demandas, la resolución del Consejo de Seguridad se presumía válida. Se plantean cuestiones distintas respecto de la compatibilidad con la Carta de las Naciones Unidas de decisiones adoptadas por Estados que no sean miembros; véase el Artículo 2, párrafo 6 de la Carta; y Vitzthum, «Article 2 (6)», págs. 131 a 139.

²³ Véase *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 238, párr. 11 del comentario a esa disposición (art. 26 en el proyecto definitivo de la CDI); véase también el documento A/CN.4/186 y Add.1 a 7 (*ibíd.*, pág. 55).

²⁴ «Judicial decisions involving questions of international law», *American Journal of International Law*, vol. 11 (1917), pág. 181.

de un tratado que éste cumpliría simultáneamente con una obligación de la misma índole respecto del Estado B. En lo que atañe a las normas de responsabilidad, esto suscita interrogantes acerca de la posibilidad de cesación o restitución en los casos en que el Estado de que se trate no pueda cumplir las dos obligaciones, lo cual puede plantear problemas en la segunda parte del proyecto de artículos, pero no para la formulación del artículo 16.

ii) *La relación entre falta de conformidad con una obligación, ilicitud y responsabilidad*

10. Según el artículo 16, es violación de una obligación internacional la falta de «conformidad» con lo que esa obligación exige de un Estado. Uno de los problemas que plantea esta idea es la identificación de la «obligación». Normalmente se dice, por ejemplo, que los Estados tienen la obligación de proteger los recintos diplomáticos o autorizar el paso inocente de buques extranjeros por el mar territorial y esa obligación se identifica con la norma primaria que se encuentra, respectivamente, en el artículo 22, párr. 2 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas o en los artículos 17 y siguientes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar o en sus equivalentes en el derecho consuetudinario. Sin embargo, esas normas primarias no especifican todas las condiciones que deben cumplirse para que se determine la violación de una obligación. En el sistema del proyecto de artículos y con arreglo al derecho internacional general, hay otros factores pertinentes a la cuestión de si ha habido violación, como por ejemplo el consentimiento del Estado «lesionado» o los casos de legítima defensa o fuerza mayor. Cabe decir que la norma primaria, adecuadamente interpretada, contiene en realidad en sí misma todas las condiciones, salvedades, justificaciones o excusas que le son aplicables, de manera que el concepto de «conformidad» con la obligación impuesta por esa norma significa que se cumplen todas esas condiciones o salvedades y que quedan excluidas todas las posibles justificaciones o excusas. Sin embargo, es evidente que no es ese el sentido en que debe interpretarse el artículo 16 pues, de lo contrario, sería una norma circular, y no diría más que hay violación de una obligación cuando se viola una obligación. Además, las circunstancias que excluyen la ilicitud, a que se hace referencia en el capítulo V, son consideradas normas secundarias de carácter general y no parte presunta de cada norma primaria.

11. En esas circunstancias, hay un problema con el artículo 16, que parece decir que hay violación de una obligación internacional cuando un hecho imputable a un Estado no está en conformidad con la obligación que impone a ese Estado una norma primaria, a pesar de que exista una de las circunstancias que, según el capítulo V, excluyen la ilicitud. Ello parecería crear una especie de «ilicitud en abstracto», esto es, una transgresión por la cual ningún Estado es responsable, lo cual la Comisión descartó expresamente en su comentario²⁹. También parecería contradecir el artículo 3, según el cual la imputación y la violación, sumadas, constituyen condiciones suficientes

para la ilicitud³⁰. ¿Cómo puede haber ilicitud en circunstancias en que está excluida?

12. La CIJ ha enfocado en forma bastante distinta las causas de responsabilidad que se han planteado después de aprobado el artículo 16.

a) En el caso *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, la Corte, tras haber decidido que el comportamiento de que se trataba era imputable a la República Islámica del Irán, llegó a la conclusión de que, en el hecho, ese Estado no había cumplido las obligaciones que le incumbían con arreglo a los tratados aplicables y al derecho internacional general de proteger al personal diplomático y consular, y respetar y asegurar su inviolabilidad. La Corte llegó a la conclusión de que el Irán había dejado de cumplir «en forma sucesiva, y que persistía, sus obligaciones con los Estados Unidos» y agregó:

Antes de extraer las conclusiones que dimanaban de esta determinación, desde el punto de vista de la responsabilidad internacional del Estado iraní respecto de los Estados Unidos de América, la Corte considera que debe examinar una cuestión más. La Corte no puede desestimar el hecho de que el Irán ha sugerido que el comportamiento de su Gobierno puede justificarse por la existencia de circunstancias especiales³¹.

A continuación la CIJ examinó y rechazó una posible «excepción» que el Irán no había hecho valer expresamente (porque no había comparecido) y menos aún probado. La Corte observó que, esa excepción, incluso si se hubiese hecho valer y se hubiese demostrado debidamente, no habría servido de justificación del comportamiento del Irán y, por lo tanto, de excepción a la demanda presentada por los Estados Unidos en la causa de autos³². Sobre esa base, la Corte fundó su afirmación de que el Irán «ha incurrido en responsabilidad respecto de los Estados Unidos»³³. Aparentemente, la obligación se había violado antes de que se determinara la existencia de una justificación o «excepción» especial, mientras que la responsabilidad fue determinada únicamente *después* de excluida una excepción de esa índole. Ello puede significar que la responsabilidad no tiene dos elementos sino tres, la imputación, la violación y la falta de una excepción o justificación «especial», si bien no hay que dar mayor peso a un fallo relativo a un caso de incumplimiento evidente, en que el Estado demandado no compareció y en el que evidentemente la Corte estaba analizando todas y cada una de las posibilidades;

b) En el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la CIJ señaló que:

cuando un Estado ha cometido un hecho ilícito internacional, es probable que incurra en responsabilidad internacional cualquiera que sea la índole de la obligación que no cumplió³⁴.

³⁰ Véase *Anuario... 1973*, vol. II, págs. 186 y 187, párrs. 11 y 12 del comentario al artículo 3, aprobados en primera lectura.

³¹ *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, fallo, *C.I.J. Recueil 1980*, pág. 37. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 145.

³² *Ibid.*, pág. 38, véase también la pág. 40.

³³ *Ibid.*, pág. 41.

³⁴ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hungría/Eslovaquia), providencia de 5 de febrero de 1997, *C.I.J. Recueil 1997*, pág. 38, párr. 47, donde se cita el caso *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, segunda fase, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1950*, pág. 228 (véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 20) y el artículo 17 del proyecto de artículos.

²⁹ Véase el primer informe del Relator Especial (*Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490/Add.1 a 7, párr. 121) y el debate (*ibid.*, párrs. 122 a 125).

La Corte destacó además que:

Hungría, al hacer valer el estado de necesidad en un intento de justificar su conducta, optó por excluirse desde el primer momento del ámbito del derecho sobre la responsabilidad del Estado, con lo cual dio a entender que, de no haber habido una circunstancia de esa índole, su comportamiento habría sido ilícito. El estado de necesidad que hizo valer Hungría (en el supuesto de que hubiese sido probado) no podía dar lugar a la conclusión de que, en 1989, había actuado de conformidad con las obligaciones que le correspondían en virtud del tratado de 1977 ni de que esas obligaciones ya no lo vinculaban. Únicamente permitiría afirmar que, en esas circunstancias, Hungría no incurriría en responsabilidad internacional al comportarse en la forma en que lo hizo. Por último, la Corte señala que Hungría reconoció expresamente que, en todo caso, el estado de necesidad no lo eximiría de su obligación de indemnizar a su socio³⁵.

Ahora bien, cabe preguntarse cómo se puede afirmar que es «probable» que haya responsabilidad internacional en caso de un hecho internacionalmente ilícito si, según el artículo 3, no puede haber un hecho de esa índole sin responsabilidad.

13. El tribunal arbitral en el asunto *Rainbow Warrior* adoptó otra fórmula y se refirió a la «determinación de las circunstancias que pueden excluir la ilicitud (y hacer que la violación sea sólo aparente)»³⁶. Sin embargo, de conformidad con el artículo 16, «hay violación de una obligación internacional [...] cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación»; la violación no es meramente «aparente».

14. Si bien la dificultad puede parecer más semántica que real, en todo caso existe. Por una parte, no cabe afirmar que un Estado que evidentemente no actuó en la forma en que lo exigía una obligación convencional o consuetudinaria vigente para él haya de todas maneras actuado «en conformidad con» esa obligación. Por la otra, resulta extraño afirmar que un Estado cometió un hecho ilícito internacional cuando las circunstancias son tales que excluyen la ilicitud del acto con arreglo al derecho internacional. En todo caso, es más apropiado examinar este problema en el marco del capítulo V (circunstancias que excluyen la ilicitud). Por el momento, hay que formular una reserva al texto del artículo 16, que dependerá del análisis que se haga de los diversos conceptos básicos en el capítulo V. En todo caso, la sugerencia de Francia de que se agreguen al artículo 16 las palabras «de conformidad con el derecho internacional» parece sensata, ya que pone de manifiesto que la existencia y el contenido de una obligación internacional quedan determinados por el sistema de derecho internacional y no únicamente por el texto literal de una disposición tomada en forma aislada.

iii) «no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación»

15. Por último, cabría preguntarse si las palabras «no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación» sirven para abarcar los muchos tipos distintos de violación. En algunos casos, una obligación internacional

puede exigir un comportamiento del Estado definido con precisión (la promulgación de una determinada ley, por ejemplo). En otros, puede fijar una norma mínima que el Estado puede sobrepasar (la mayoría de las obligaciones en materia de derechos humanos, por ejemplo). En otros proyectos de artículos se tienen en cuenta algunas de esas diferencias al hacer distinciones entre las llamadas obligaciones de comportamiento, de prevención y de resultado, las cuales serán examinadas en su momento. Cabe aducir que la expresión «no está en conformidad con» es suficientemente flexible como para comprender las muchas facetas de una obligación y que las dudas que subsistan pueden disiparse sin problemas en el comentario. En todo caso, resulta un tanto extraño decir que un hecho no está «en conformidad con» una obligación y el Comité de Redacción podría considerar otras expresiones en los diversos idiomas («no cumple», por ejemplo).

b) Artículo 17. No pertinencia del origen de la obligación internacional violada

16. Antes de llegar a una conclusión acerca del artículo 16, hay que tener en cuenta también los artículos 17 y 19, párr. 1. El texto del artículo 17 es el siguiente:

1. El hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito sea cual fuere el origen, consuetudinario, convencional u otro, de esa obligación.

2. El origen de la obligación internacional violada por un Estado no afectará a la responsabilidad internacional a que dé lugar el hecho internacionalmente ilícito de ese Estado.

17. El comentario del artículo 17 plantea la importante cuestión de si hay en derecho internacional un régimen único de responsabilidad para todas las transgresiones de una obligación, esto es, si importa que «el origen» de una obligación sea un tratado bilateral o multilateral, un acto unilateral, una norma de derecho internacional general, un uso local o un principio general del derecho. En el comentario se señala que:

la mayoría de los sistemas de derecho interno distinguen dos regímenes diferentes de responsabilidad civil, uno aplicable a la violación de una obligación asumida por contrato, y el otro a la violación de una obligación que tiene su origen en otra fuente³⁷.

La respuesta, partiendo de las premisas ya indicadas en los artículos 1 y 3, es negativa. A diferencia de la mayoría de los sistemas de derecho interno³⁸ en derecho

³⁷ *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 78, párr. 3 del comentario al artículo 17. Esta afirmación constituye, en cierto modo, una simplificación excesiva porque algunos sistemas jurídicos van más allá de la distinción básica entre responsabilidad contractual y delictual. Por ejemplo, por razones históricas (limitaciones de la responsabilidad contractual impuesta por normas relativas a la contraprestación y la privacidad, falta de un principio general de la responsabilidad extracontractual, limitaciones impuestas por las formas de acción judicial), en el *common law* se establecieron otras categorías de responsabilidad que no eran contractuales ni extracontractuales (responsabilidad cuasicontractual o restitución, entre otras). Véase Cooke y Oughton, *The Common Law of Obligations*, págs. 5, 6 y 52 a 59; Rogers, *Winfield and Jolowicz on Tort*, págs. 4 a 18. Véase en Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, págs. 53 a 88, un intento de analizar la responsabilidad del Estado desde el punto de vista de las «causas de la acción».

³⁸ Para una reseña comparativa, véase Tunc, *La responsabilité civile*, págs. 32 a 46, que admite en principio la validez de la distinción pero es partidario de unificar en toda la medida de lo posible los regímenes de la responsabilidad contractual y delictual, señalando que así se hizo por primera vez en el Código Civil de Checoslovaquia de 1950.

³⁵ *C.I.J. Recueil 1997* (véase la nota 34 *supra*), pág. 39, párr. 48.

³⁶ *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*, decisión de 30 de abril de 1990 (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (n.º de venta: E/F.93.V.3), pág. 251).

internacional hay un régimen único de responsabilidad o, por lo menos, un único régimen general. Es posible formular regímenes especiales y autónomos de responsabilidad, en cuyo caso el régimen general quedará excluido expresamente o (lo que es más probable) en virtud de la aplicación del principio de la ley especial, a que se hace referencia en el artículo 37 del proyecto de artículos³⁹. De todas maneras, y de lado lo que antecede, se aduce que no hay una distinción sistemática en derecho internacional entre las obligaciones dimanadas de tratados y las que tienen otra fuente (un acto unilateral o el derecho internacional general, por ejemplo)⁴⁰. Si bien no hay una autoridad expresa en esta materia, una lectura de la práctica y la jurisprudencia revela que:

No se ha invocado el origen consuetudinario, convencional o de otra índole de la obligación violada para justificar, por ejemplo, la elección de una forma de reparación con preferencia a otra ni para determinar el sujeto autorizado para invocar la responsabilidad⁴¹.

Se señalan diversas razones para que no haya tal distinción. En particular, «la misma obligación viene impuesta a veces por una norma consuetudinaria y por una norma codificada convencionalmente»⁴². Un mismo tratado suele contener cláusulas «contractuales» y cláusulas «normativas», de manera que la distinción sugerida entre tratados-ley y tratados-contrato no es fiable⁴³.

18. Una segunda cuestión, a la que se refiere el artículo 17, párr. 2, consiste en determinar si el origen de una obligación internacional puede afectar de algún modo al régimen de la responsabilidad por el incumplimiento de esa obligación. Puede ser pertinente en este caso la distinción entre obligaciones respecto de la comunidad internacional de los Estados en su conjunto y obligaciones respecto de un Estado o unos pocos Estados. En todo caso, el comentario señala que «la preeminencia de tales obligaciones con respecto a otras depende de su objeto y no del proceso de su creación»⁴⁴. Se aduce como razón que «en el ordenamiento jurídico internacional no hay ninguna fuente especialmente destinada a crear principios ‘constitucionales’ o ‘fundamentales’»⁴⁵ y se llega a la conclusión de que no es necesario en el artículo 17 hacer referencia al Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas ni a las normas imperativas de derecho internacional⁴⁶.

i) *Observaciones de los gobiernos acerca del artículo 17*

19. Suiza señala que la aclaración que se hace en el artículo 17, «aunque absolutamente exacta, poco añade al

³⁹ Véase *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), págs. 78 y 79, párr. 5 del comentario al artículo 17, y para el planteamiento del principio de la ley especial en el proyecto de artículos, véase el primer informe del Relator Especial (*Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490/Add.1 a 7, párr. 27).

⁴⁰ Véase *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), págs. 83 y 84, párrs. 19 y 20 del comentario al artículo 17.

⁴¹ *Ibid.*, pág. 80, párr. 11.

⁴² *Ibid.*, págs. 83 y 84, párr. 20.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*, pág. 84, párr. 21.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*, párr. 23.

principio enunciado en el artículo 16»⁴⁷. Grecia señala que el párrafo 2 «parece superfluo»⁴⁸.

ii) *Artículo 17, párrafo 1: el «origen» de las obligaciones (consuetudinario, convencional u otro)*

20. En el arbitraje relativo al *Rainbow Warrior*, Nueva Zelanda adujo que las cuestiones relativas al cumplimiento de un tratado se regían primordialmente por el derecho de los tratados y que únicamente cabía al derecho de la responsabilidad del Estado una función suplementaria⁴⁹. De ello se desprendía, según Nueva Zelanda, que las únicas excusas para el incumplimiento de una obligación convencional eran las indicadas en la Convención de Viena de 1969 (imposibilidad de cumplimiento, cambio fundamental en las circunstancias, por ejemplo). El Tribunal no estuvo de acuerdo. A su juicio:

[L]as consecuencias jurídicas del incumplimiento de un tratado, incluida la determinación de las circunstancias que pueden excluir la ilicitud [...] y los recursos correspondientes en caso de incumplimiento son temas que corresponden al derecho consuetudinario de la responsabilidad de los Estados.

La razón consiste en que los principios generales de derecho internacional sobre la responsabilidad de los Estados son igualmente aplicables en el caso del incumplimiento de una obligación convencional ya que, en derecho internacional, no se distingue entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, de manera que el incumplimiento por un Estado de una obligación, cualquiera que sea su origen, da lugar a su responsabilidad y, en consecuencia, a la obligación de reparar. Naturalmente, el propio tratado del que se trate puede limitar o ampliar el derecho general sobre responsabilidad de los Estados, estableciendo por ejemplo un sistema de recursos⁵⁰.

21. En el caso *Projet Gabčíkovo-Nagyymaros*, la CIJ se remitió al artículo 17 para fundamentar su afirmación de que había un principio establecido en el sentido de que «cuando un Estado cometió un hecho internacionalmente ilícito, es probable que tenga responsabilidad internacional cualquiera que sea la índole de la obligación que no cumplió»⁵¹. Esta cita ya se ha examinado pero sirve para corroborar en mayor medida la norma del artículo 17, párr. 1⁵².

iii) *Artículo 17, párrafo 2: «no afectará a»*

22. Según el comentario, el texto del artículo 17, párr. 2 apunta únicamente a indicar que «una distinción entre diferentes categorías de hechos internacionalmente ilícitos basada en el criterio del origen de la obligación no

⁴⁷ *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3, observaciones de Suiza sobre el artículo 16.

⁴⁸ Documento A/CN.4/492 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Grecia sobre el artículo 17.

⁴⁹ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (véase la nota 36 *supra*), pág. 249.

⁵⁰ *Ibid.*, pág. 251. Hubo unanimidad en el Tribunal a este respecto.

⁵¹ *C.I.J. Recueil 1997* (nota 34 *supra*), pág. 38, párr. 47.

⁵² En ese caso, Eslovaquia se había reservado el derecho de aducir (como había hecho Nueva Zelanda) que las circunstancias eximentes de la ilicitud no constituían excusa para el incumplimiento de una disposición expresa de un tratado. Hungría no estaba de acuerdo. Tal como había hecho el Tribunal Arbitral en el asunto *Rainbow Warrior*, la CIJ consideró que las circunstancias eximentes de la ilicitud eran pertinentes en principio a la cuestión del incumplimiento de un tratado, si bien agregó luego que las circunstancias del caso no justificaban el incumplimiento en los hechos (*ibid.*, págs. 38 y 63, párrs. 47 y 101, respectivamente).

tiene razón de ser en derecho internacional general»⁵³. Se dice en particular que la superioridad jerárquica de una obligación respecto de otra (entre Estados Miembros con arreglo al Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, por ejemplo) no entraña consecuencia alguna respecto del régimen de responsabilidad:

[]las consecuencias de la aplicación del principio enunciado en ese Artículo de la Carta [el Artículo 103] no se refieren a la responsabilidad internacional dimanante de la violación de obligaciones internacionales, sino más bien a la validez de ciertas obligaciones convencionales en caso de conflicto entre esas obligaciones y las contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la Carta. Como consecuencia de la disposición que figura en el Artículo 103, una obligación establecida en un acuerdo en vigor entre dos Estados Miembros de las Naciones Unidas, pero en contradicción con las de la Carta, no tiene efectos en la medida en que exista contradicción y, por consiguiente, no puede ser objeto de una violación que dé lugar a la responsabilidad internacional. Y si la obligación que esté en oposición con las enunciadas en la Carta vincula un Estado Miembro a un Estado no miembro, el problema planteado será el que surge normalmente en caso de conflicto entre obligaciones contraídas por un Estado con Estados diferentes, a no ser que la norma de la Carta que establece una obligación determinada se haya convertido entretanto en una norma imperativa de derecho internacional general que, como tal, se impone a todos los Estados. No se plantea pues, ningún problema especial de responsabilidad⁵⁴.

23. Este extracto suscita diversas observaciones. En primer lugar, en la segunda parte del proyecto de artículos se establece una serie de distinciones entre el incumplimiento de obligaciones de carácter especial (obligaciones *erga omnes*, normas imperativas) en comparación, por ejemplo, con el incumplimiento ordinario de un tratado bilateral⁵⁵, y bien puede ocurrir que posteriormente se detallen más esas consecuencias. Si ha de haber una distinción entre crimen internacional y delito internacional, cabe suponer que ha de tener efectos de vasto alcance⁵⁶. En el caso, por ejemplo, de una norma cuyo objetivo principal es la sanción del culpable (en el contexto de la responsabilidad criminal propiamente dicha), podría suponerse que las normas de imputación son distintas y más estrictas que las relativas a la responsabilidad civil o por delitos, cuyo objetivo principal es la cesación, la restitución y la reparación. En vista de esas posibilidades, resulta extraño decir que «no se plantea ningún problema especial de responsabilidad».

24. En segundo lugar, no se trata de que el Artículo 103 se refiera «a la validez de ciertas obligaciones convencionales en caso de conflicto entre esas obligaciones y las contraídas por Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la Carta». El Artículo 103 apunta expresamente a fijar un orden de prioridad entre dos obligaciones contraídas en una determinada circunstancia. Simplemente dispone que las obligaciones de la Carta prevalecerán en caso de ser incompatibles con obligaciones dispuestas en virtud de otros tratados y no que esos tratados no tengan validez⁵⁷. Además, por más que un tratado en sí mismo sea perfecto, bien cabe prever la posibilidad de un conflic-

to entre una norma imperativa y una obligación dimanada de ese tratado⁵⁸. No se puede, entonces, descartar que el «origen» de una obligación (la Carta o una norma imperativa, por ejemplo) «afecte» a la responsabilidad internacional dimanada del hecho internacionalmente ilícito de un Estado. Evidentemente, el *contenido* de una obligación puede tener gran importancia a los efectos de la responsabilidad y, sin embargo, el «origen» de una obligación puede tener consecuencias importantes para su contenido⁵⁹.

iv) Conclusiones acerca del artículo 17

25. Puede ocurrir que el párrafo 2 apunte únicamente a indicar que, cuando ha habido un hecho ilícito internacional, el origen de la obligación no cambia las cosas. Sin embargo, el incumplimiento es incumplimiento cualquiera sea la fuente de la obligación. Además, ese principio está claramente implícito en el artículo 3 y en el párrafo 1 del artículo 17. Por estas razones, el párrafo 2 es innecesario y confuso y habría que suprimirlo.

26. En cuanto al párrafo 1, el hecho de que haya sido necesario que la CIJ y otros tribunales diriman la cuestión sugiere que la aclaración que hace es útil. Además, la afirmación de que el derecho internacional no distingue en general entre el régimen de la responsabilidad por la violación de un tratado y la violación de otras normas jurídicas es importante. Como ya se ha señalado, en muchos ordenamientos jurídicos se da por sentada la distinción entre responsabilidad contractual y delictual⁶⁰. Por esas razones, habría que mantener los elementos de fondo del párrafo 1. En todo caso, el Relator Especial coincide con la observación de Suiza, por lo menos en que la esencia del párrafo 1 es en realidad una aclaración del artículo 16. Se recomienda agregar en el artículo 16 la expresión «cualquiera que sea el origen (consuetudinario, convencional u otro) de esa obligación»⁶¹.

c) Artículo 19, párrafo 1. No pertinencia del objeto de la obligación violada

27. El artículo 19 se refiere primordialmente a la «distinción» entre delito internacional y crimen internacional del Estado, examinada en detalle en un informe anterior⁶².

prevalecería respecto de quienes son parte en ella sobre cualquier otra norma que no sea de *ius cogens*.

⁵³ Véase, por ejemplo, el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, al que la Corte hizo aplicable el Artículo 103 de la Carta en el caso *Lockerbie (C.I.J. Recueil 1992)* (véase la nota 22 *supra*), pág. 15, párr. 39). Véase también el párrafo 9 *supra*.

⁵⁴ Por ejemplo, la obligación dimanada de un hecho unilateral debe ser interpretada primordialmente de conformidad con la intención de quien lo realiza, pero no ocurre lo mismo en el caso de una obligación convencional; véase *Anglo-Iranian Oil Co.*, fallo, *C.I.J. Recueil 1952*, págs. 104 y 105. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 33.

⁵⁵ Véase el párrafo 17 *supra*.

⁵⁶ Para el texto íntegro del artículo 16 que se propone, véase el párrafo 34 *infra*.

⁵⁷ Véase *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490/Add.1 a 7, párrs. 43 a 95, e *ibíd.*, vol. II (segunda parte), págs. 69 a 83, párrs. 241 a 330.

⁵³ *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 85, párr. 27 del comentario al artículo 17.

⁵⁴ *Ibíd.*, pág. 84, párr. 23.

⁵⁵ Véanse los artículos 40, párr. 3; 43, apdo. *b*; 50, apdo. *e*, y 51 a 53.

⁵⁶ *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490/Add.1 a 7, párrs. 51, 78 a 80, y 84 a 86.

⁵⁷ En el Artículo 103 no se dice nada respecto de los conflictos con obligaciones dimanadas de otras fuentes, el derecho internacional general, por ejemplo, si bien la Carta, en su calidad de tratado, normalmente

Sin embargo, hay que ocuparse aquí de un aspecto del artículo 19. Según el párrafo 1:

El hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito sea cual fuere el objeto de la obligación internacional violada.

Es una aclaración más del texto general de los artículos 3 y 16 y similar a la que se hace en el artículo 17, párr. 1.

28. En el comentario del artículo 19, párr. 1 se señala que «no admite dudas en el plano de la pura lógica»⁶³ y se pasa revista a la jurisprudencia y la doctrina. Como es habitual con estos conceptos elementales, en las fuentes mencionadas no se hace mayor referencia a la cuestión concreta, indudablemente porque se daba por sentada o no era controvertida.

i) *Observaciones de los gobiernos acerca del artículo 19, párrafo 1*

29. El artículo 19 es el texto del proyecto que ha suscitado más observaciones de los gobiernos. Sin embargo, ninguna de ellas se refiere al principio enunciado en el párrafo 1 (ni por lo demás lo cuestiona), salvo que, respecto de los gobiernos que proponen que se suprima el artículo 19⁶⁴ cabe suponer que el párrafo 1 no tiene mayor importancia⁶⁵.

ii) *El principio básico*

30. Curiosamente, el comentario no menciona la importante afirmación que hizo la CPJI en el caso *Vapeur Wimbledon*, en el sentido de que «el derecho de concertar compromisos internacionales (con cualquier objeto que tenga relación con ese Estado) es atributo de la soberanía del Estado»⁶⁶. La afirmación de que los objetos respecto de los cuales los Estados pueden contraer obligaciones internacionales no tienen límite *a priori*, se ha hecho con frecuencia en uno u otro contexto⁶⁷. Por ejemplo, en el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la CIJ dijo que no podía «encontrar entre las diversas cuestiones que podían ser objeto de acuerdo

⁶³ *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 94, párr. 3 del comentario al artículo 19.

⁶⁴ Por ejemplo, Austria, Francia y el Reino Unido (*Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3), y el Japón (documento A/CN.4/492, reproducido en el presente volumen).

⁶⁵ En observaciones anteriores, Chile señaló que había que interpretar en su conjunto las disposiciones del capítulo I y las de los artículos 16 y 19 (*Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), pág. 100, documento A/CN.4/328 y Add.1 a 4). La República Federal de Alemania propuso que se incluyera «en el artículo 17 la idea, plasmada en el párrafo 1 del artículo 19» (*Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. 81, documento A/CN.4/342 y Add.1 a 4).

⁶⁶ *Vapeur Wimbledon*, fallos, 1923, C.P.J.I. série A n.º 1, pág. 25.

⁶⁷ En el caso *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc* (Opinión consultiva, 1923, C.P.J.I. série B n.º 4, pág. 24) la CPJI señaló que, mientras la jurisdicción interna de los Estados se extendía a cuestiones que, «en principio», no se regían por el derecho internacional, el alcance de la jurisdicción interna era una «cuestión puramente relativa». Véase también *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, primera fase, opinión consultiva, C.I.J. Recueil 1950, págs. 70 y 71; *Nottebohm*, segunda fase, fallo, C.I.J. Recueil 1955, págs. 20 y 21; *Interhandel*, excepciones preliminares, fallo, C.I.J. Recueil 1959, pág. 24; y *Droit de passage sur territoire indien*, fondo, fallo, C.I.J. Recueil 1960, pág. 33 (para estos fallos de la CIJ, véase asimismo *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, págs. 15, 46, 64 y 58, respectivamente).

internacional obstáculo alguno por el cual el Estado no pueda contraer un compromiso respecto de una cuestión de política interna, como la relativa a la celebración de elecciones libres en su territorio»⁶⁸.

31. En otras palabras, se ha dicho, que, *a priori*, un Estado *no podía* haber concertado una obligación con un objeto determinado y sistemáticamente la respuesta ha sido que el único interrogante era si el Estado lo *había* hecho. Igualmente, se ha aducido a veces que una obligación con un cierto objeto sólo puede infringirse mediante un comportamiento de la misma índole o con la misma descripción. En el caso *Plates-formes pétrolières*, los Estados Unidos sostuvieron que, en principio, no se podía infringir un tratado de amistad, que revistiese la forma de un tratado tradicional de amistad, comercio y navegación, mediante un comportamiento que entrañase el uso de la fuerza armada y que hubiese tenido lugar en el marco de la seguridad o la defensa nacional; sostuvieron asimismo que «un tratado comercial» tenía que infringirse mediante un comportamiento de índole comercial y no militar. Como consecuencia, adujeron que la CIJ no tenía jurisdicción para conocer en un caso que no se refería a un comportamiento comercial. La Corte dirimió la cuestión en los siguientes términos:

El Tratado de 1955 impone a cada una de las partes diversas obligaciones sobre una serie de cuestiones. Cualquier acto de una de las partes que sea incompatible con esas obligaciones será ilícito cualquiera que sea el medio por el que se realice. La violación mediante el uso de la fuerza de los derechos que tenga una de las partes en virtud del tratado es tan ilegítima como la violación mediante una decisión administrativa o por cualquier otro medio. Por lo tanto, las cuestiones relativas al uso de la fuerza no quedan *per se* excluidas del ámbito del Tratado de 1955 y, por lo tanto, hay que rechazar los argumentos que han hecho valer en ese sentido los Estados Unidos⁶⁹.

iii) *La formulación del principio «sea cual fuere el objeto»*

32. Así, el principio básico, sea que se plantee en el plano de la competencia (como en el caso *Plates-formes pétrolières*) o en el del fondo (como en el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*⁷⁰) está claro. Sin embargo, la referencia al «objeto» que se hace en el párrafo 1 no es concreta y suscita al mismo tiempo un interrogante que tal vez no sea necesario, ¿qué objetos tendrían ese efecto? Después de todo, algunos objetos se prestan más que otros a la conclusión de que se ha contraído una obligación internacional. Por esas razones, para conservar el párrafo 1 tal vez sea preferible formularlo mediante una referencia al «contenido» más que al «objeto» de la obligación.

33. En cuanto a si hay que conservarlo, el hecho de que en decisiones de la CIJ, algunas de ellas recientes, se haga referencia reiteradamente a una u otra versión del principio tiende a hacer optar por la afirmativa. En todo caso, y por razones similares a las indicadas en relación con el

⁶⁸ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Estados Unidos de América), fondo, fallo, C.I.J. Recueil 1986, pág. 131, párr. 259. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 210.

⁶⁹ *Plates-formes pétrolières* (République Islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), excepción preliminar, fallo, C.I.J. Recueil 1996, págs. 811 y 812, párr. 21.

⁷⁰ Véase la nota 68 *supra*.

artículo 17, párr. 1, basta con incluirlo como elemento en la formulación del principio básico del artículo 16. No hay necesidad de un párrafo ni de un artículo separado.

iv) *Conclusiones acerca de los artículos 16, 17 y 19, párrafo 1*

34. Por estas razones, se propone fundir los artículos 16, 17 y 19, párr. 1 en uno solo, cuyo texto podría ser el siguiente:

«Artículo 16. Existencia de una violación de una obligación internacional

Un Estado viola una obligación internacional cuando un hecho suyo no cumple lo que debe hacer en virtud de esa obligación con arreglo al derecho internacional, cualquiera que sea el origen (consuetudinario, convencional u otro) o el contenido de ella.»

d) *Artículo 18, párrafos 1 y 2. Condición de que la obligación internacional esté en vigor respecto del Estado*

35. El texto del artículo 18 es el siguiente:

1. El hecho del Estado que no esté en conformidad con lo que de él exige una obligación internacional sólo constituirá una violación de esa obligación si el hecho hubiera sido realizado hallándose la obligación en vigor respecto de ese Estado.

2. No obstante, el hecho del Estado que, en el momento de su realización, no está en conformidad con lo que de él exige una obligación internacional en vigor respecto de ese Estado dejará de considerarse un hecho internacionalmente ilícito sí, ulteriormente, tal hecho se hubiere convertido en hecho obligatorio en virtud de una norma imperativa de derecho internacional general.

3. Si el hecho del Estado que no esté en conformidad con lo que de él exige una obligación internacional fuere un hecho de carácter continuo, sólo habrá violación de esa obligación en lo que se refiere al período durante el cual, hallándose la obligación en vigor respecto de ese Estado, se desarrolle el hecho.

4. Si el hecho del Estado que no esté en conformidad con lo que de él exige una obligación internacional estuviere compuesto de una serie de acciones u omisiones relativas a casos distintos, habrá violación de esa obligación si tal hecho puede considerarse constituido por las acciones u omisiones que hayan tenido lugar dentro del período durante el cual la obligación se halle en vigor respecto de ese Estado.

5. Si el hecho del Estado que no esté en conformidad con lo que de él exige una obligación internacional fuere un hecho complejo constituido por acciones u omisiones del mismo órgano o de órganos diferentes del Estado en relación con un mismo caso, habrá violación de esa obligación si el hecho complejo no conforme a ésta da comienzo por una acción u omisión que haya tenido lugar dentro del período durante el cual la obligación se halle en vigor respecto de ese Estado, aunque tal hecho se complete después de ese período.

36. El artículo 18 es una disposición compleja que se refiere en general al postulado básico de que el hecho del Estado únicamente es ilícito si transgrede una obligación internacional vigente al momento en que tuvo lugar. La norma básica, enunciada en el párrafo 1, queda inmediatamente condicionada por remisión a un caso especial, el de las normas de *ius cogens*, en el párrafo 2, para ser luego desarrollada y especificada más en relación con las distintas clasificaciones de hecho ilícito que se encuentran en los párrafos 3 a 5. Esto es importante porque esas clasificaciones reaparecen en el artículo 25, y están im-

plícitas en el planteamiento general de los distintos tipos de transgresión que se hace en los artículos 24 a 26. En consecuencia, el Relator Especial sólo se referirá aquí a los párrafos 1 y 2 del artículo 18.

i) *Observaciones de los gobiernos acerca del artículo 18, párrafos 1 y 2*

37. Las observaciones de los gobiernos se refieren en gran medida a los últimos párrafos del artículo 18 y el principio básico del párrafo 1 no parece controvertido⁷¹. Según Suiza, sin embargo, el principio «es obvio y no precisa aclaración»⁷².

ii) *Artículo 18, párrafo 1: el principio básico*

38. El párrafo 1 enuncia el principio básico de que, para que haya responsabilidad, el incumplimiento debe tener lugar en un momento en que la obligación esté en vigor respecto del Estado. Se trata de la aplicación en el ámbito de la responsabilidad del Estado del principio general del derecho intertemporal, enunciado en otro contexto por el árbitro Max Huber en el asunto *Island of Palmas*:

[U]n hecho judicial debe ser apreciado a la luz del derecho de la época y no del derecho en vigor en el momento en que surge o ha de resolverse una controversia relativa a ese hecho⁷³.

39. El comentario del párrafo 1 indica los muchos casos en que el principio ha sido aplicado por tribunales internacionales, pero agrega: «Como se trata de un principio del derecho universalmente admitido y fundado en razones válidas para todo ordenamiento jurídico, tiene que tener por fuerza aplicación también en derecho internacional»⁷⁴. Además, en derecho internacional, no se trata únicamente de una base necesaria sino también de una base *suficiente* para la responsabilidad; en otras palabras, una vez que haya responsabilidad como consecuencia de un hecho ilícito, esa responsabilidad no cambiará en virtud de la terminación ulterior de la obligación (sea como consecuencia de la terminación del tratado o de un cambio en el derecho internacional)⁷⁵.

40. En el fallo dictado por la CIJ en el caso *Certaines terres à phosphates à Nauru* se encuentran implícitos los dos aspectos del principio. Australia sostenía que no era posible interponer varios decenios después una demanda

⁷¹ Véanse las observaciones del Canadá (*Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), pág. 98, documento A/CN.4/328 y Add.1 a 4), Alemania, Francia y el Reino Unido (*Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3). Véase además el párrafo 91 *infra*.

⁷² *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3, observaciones de Suiza sobre el artículo 18.

⁷³ *Island of Palmas* (Países Bajos/Estados Unidos de América), sentencia de 4 de abril de 1928, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 845, citado en *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 86, párr. 7 del comentario al artículo 18. Sobre el derecho intertemporal en general véase la resolución del Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, vol. 56 (reunión de Wiesbaden, 1975), págs. 536 a 539; para el debate, véase *ibíd.*, págs. 339 a 374; para los informes de Sørensen, véase *ibíd.*, vol. 55 (reunión del centenario, 1973), págs. 1 a 116. Véase además, Karl, «The time factor in the law of State responsibility».

⁷⁴ *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 88, párr. 11 del comentario al artículo 18.

⁷⁵ *Ibid.*, pág. 87, párr. 9. La Convención de Viena de 1969 afirma expresamente en su artículo 70 este principio respecto de las obligaciones convencionales.

por responsabilidad del Estado relativa al período en que había administrado conjuntamente el Territorio en Fideicomiso de Nauru (1947-1968), por más que no se hubiese renunciado oficialmente a la pretensión correspondiente. La Corte rechazó el argumento aplicando una norma liberal de demora indebida⁷⁶. Sin embargo, agregó que

corresponderá a la Corte en su momento cerciorarse de que la demora de Nauru en interponer la acción no redunde en modo alguno en perjuicio de Australia respecto tanto a la determinación de los hechos como a la determinación del contenido del derecho aplicable⁷⁷.

Evidentemente, la CIJ se proponía aplicar el derecho vigente en la época en que nació la reclamación. De hecho, esa posición era necesariamente la de Nauru, porque su acción se basaba en una violación del acuerdo de administración fiduciaria, que había quedado sin efecto en 1968, fecha en que había alcanzado la independencia. El argumento de Nauru era básicamente que la responsabilidad de Australia, una vez que se hacía valer con arreglo al derecho vigente en determinado momento, subsistía aunque hubiese quedado sin efecto la obligación primaria⁷⁸. Ese principio, que Australia no impugnaba, había sido aplicado en otros casos⁷⁹ y se encuentra también en el comentario⁸⁰. Sin embargo, no aparece expresamente en el proyecto de artículos. Guarda relación con la cuestión del derecho a hacer valer la responsabilidad y será examinado en el contexto de las disposiciones de la segunda parte.

iii) *El principio de la no retroactividad y la interpretación de las obligaciones de derechos humanos*

41. Si bien es evidente que el principio básico es correcto, se trata de determinar si está sujeto a salvedades o excepciones. Una salvedad evidente se refiere a la cuestión de los hechos ilícitos continuos, a que se hace referencia en el artículo 18, párr. 3 y que se examinará más adelante⁸¹. Otra salvedad posible se refiere a la cuestión de las obligaciones de derechos humanos. Se ha dicho que «el principio intertemporal de derecho internacional, en su sentido habitual, no se aplica a la interpretación de las obligaciones de derechos humanos»⁸², y se ha aducido a

⁷⁶ *Certaines terres à phosphates à Nauru* (Nauru c. Australia), excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil 1992*, págs. 235 a 255. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996*, pág. 13.

⁷⁷ *Ibid.*, pág. 255. Véase un comentario en Higgins, «Time and the law: international perspectives on an old problem», pág. 514.

⁷⁸ Tal vez se hayan planteado problemas más difíciles respecto de la acción interpuesta por Nauru contra Australia con respecto a la explotación de tierra fosfatada durante la vigencia del mandato. Véase además Weeramantry, *Nauru: Environmental Damage under International Trusteeship*, y Reisman, «Reflections on State responsibility for violations of explicit protectorate, mandate and trusteeship obligations». Las partes llegaron a una transacción antes de que la Corte tuviese ocasión de examinar estas cuestiones (*Certaines terres à phosphates à Nauru* (Nauru c. Australia), providencia de 13 de septiembre de 1993, *C.I.J. Recueil 1993*, pág. 322). Véase el acuerdo de transacción de 10 de agosto de 1993 en ILM, vol. XXXII, n.º 6 (noviembre de 1993), pág. 1471.

⁷⁹ En el asunto *Rainbow Warrior* (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (véase la nota 36 *supra*), págs. 265 y 266), por ejemplo, en el cual el Tribunal Arbitral sostuvo que, si bien la obligación convencional correspondiente se había extinguido por el paso del tiempo, la responsabilidad de Francia por la transgresión anterior subsistía.

⁸⁰ *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 87, párr. 9 del comentario al artículo 18.

⁸¹ Véase el párrafo 100 *infra*.

⁸² Higgins, «Time and the law...», pág. 517.

este respecto una opinión disidente del magistrado Tanaka en *Affaires du Sud-Ouest africain*. Los casos se referían a un mandato que había aceptado Sudáfrica en 1920, y la mayoría de la CIJ partió de la base de que:

a fin de determinar cuáles eran y cuáles son los derechos y las obligaciones de las partes en relación con el mandato [...] y, en particular, si [...] incluyen el derecho a exigir individualmente la debida aplicación de las disposiciones de «comportamiento» [...] la Corte debe situarse en la época en que se estaba instituyendo este sistema de mandatos y configurando los instrumentos correspondientes. La Corte debe tener en cuenta la situación existente a la sazón, que era la fundamental, y la intención que parecen haber tenido o cabe razonablemente inferir que han tenido los interesados a la luz de esa situación. [...] Únicamente sobre esa base se podrán apreciar correctamente los derechos de las partes⁸³.

El magistrado Tanaka sostuvo, en cambio, que:

En la causa de autos, lo que importa no es la protección de los derechos adquiridos del demandado sino las obligaciones de éste porque los objetivos principales del sistema de mandato son éticos y humanitarios. El demandado no tiene el derecho de comportarse de manera inhumana hoy ni lo tuvo durante los 40 años precedentes⁸⁴.

42. Esta opinión «progresiva» de las obligaciones de un mandatario fue reafirmada por una nueva mayoría de la CIJ en un conocido pasaje de la opinión consultiva en el caso *Namibie*:

La Corte, consciente de la necesidad primordial de interpretar un instrumento de conformidad con las intenciones de las partes al momento de concertarlo, está obligada a tener en cuenta que los conceptos enunciados en el artículo 22 del Pacto no eran estáticos sino, por definición, evolutivos tal como lo era, por lo tanto, el concepto de «encargo sagrado». En consecuencia, hay que considerar que las partes en el Pacto lo aceptaron como tal. Para ello, al enfocar las instituciones de 1919 la Corte debe tener en cuenta los cambios que han tenido lugar en el medio siglo transcurrido desde entonces y el desarrollo ulterior del derecho por conducto de la Carta de las Naciones Unidas y el derecho consuetudinario necesariamente tiene que afectar a su interpretación. Además, un instrumento internacional debe interpretarse y aplicarse en el contexto de todo el sistema jurídico imperante al momento de la interpretación. En el ámbito a que se refieren estos autos, en los 50 últimos años ha habido importantes acontecimientos. [...] En este ámbito, como todos los demás, el *corpus iuris gentium* se ha enriquecido considerablemente, elemento que la Corte, para cumplir lealmente su cometido, no puede desestimar⁸⁵.

43. A juicio del Relator Especial, esta declaración no califica el principio enunciado en el artículo 18, párr. 1 y menos aún crea una excepción a él; ello obedece a dos razones. En primer lugar, no se acusaba a Sudáfrica de haber violado el mandato en 1920 o 1930 sino de que lo estaba haciendo en 1966; en otras palabras, se trataba de un comportamiento ilícito continuo en relación con una obligación que, se suponía, seguía en vigor. En segundo lugar, el principio intertemporal no significa que las disposiciones de los tratados hayan de interpretarse como si quedasen congeladas en el tiempo. La interpretación «progresiva» o evolutiva de las disposiciones de los tratados (incluidos los de derechos humanos) constituye

⁸³ *Affaires du Sud-Ouest africain*, segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1966*, pág. 23, párr. 16. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 96.

⁸⁴ *Ibid.*, págs. 293 y 294; citado con aprobación por Higgins, «Time and the law...», págs. 516 y 517.

⁸⁵ *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*, págs. 31 y 32, párr. 53. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 107.

una forma establecida de interpretación⁸⁶, aunque no la única⁸⁷. La interpretación de instrumentos jurídicos en el curso del tiempo no es una ciencia exacta, pero esto no tiene nada que ver con el principio de que únicamente pueda hacerse valer la responsabilidad de un Estado por el incumplimiento de una obligación que está vigente para él al momento en que realiza el hecho⁸⁸.

iv) *Conclusión acerca del artículo 18, párrafo 1*

44. Por estas razones, hay que mantener el principio expresado en el artículo 18, párr. 1. En cuanto a su redacción, también se ajusta más a la idea de una garantía contra la aplicación retroactiva del derecho internacional en cuestiones de responsabilidad del Estado expresarlo en la forma siguiente: «El hecho de un Estado no se considerará internacionalmente ilícito a menos que [...]»⁸⁹. El principio de la ley especial (expresado en el artículo 37 del proyecto de artículos) es suficiente para resolver los pocos casos en que se acepta o decide que la responsabilidad se asumirá retroactivamente⁹⁰.

v) *Artículo 18, párrafo 2: normas imperativas ulteriores*

45. La única salvedad expresa al principio enunciado en el párrafo 1 del artículo 18 es la del párrafo 2, según el cual el hecho que era ilícito al momento de realizarse será considerado lícito si posteriormente se hubiere convertido en *obligatorio* en virtud de una norma imperativa de derecho internacional. En esos casos, el carácter imperativo de la norma se extiende hacia atrás en el tiempo, por decirlo así, al menos en la medida en que revierte la calificación anterior del comportamiento como ilícito. Según el comentario, esta norma se refiere a ciertas «hipótesis que, si bien no ha habido ocasión de que se presenten en el pasado ni es probable que se presenten más que muy raramente en el porvenir, no pueden quedar excluidas»⁹¹. La justificación se enuncia en los términos siguientes:

⁸⁶ Véase por ejemplo el dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Tyrrer*, fallo de 25 de abril de 1978, *serie A n.º 26*, págs. 15 y 16).

⁸⁷ La remisión a los trabajos preparatorios de los tratados, autorizada en el artículo 32 de la Convención de Viena de 1969, necesariamente lleva a interpretar la disposición al momento de su aprobación, lo que es incompatible con la interpretación progresiva. Sin embargo, se recurre a ello para la interpretación de tratados de derechos humanos.

⁸⁸ El principio del derecho intertemporal tampoco significa que no se puedan tener en cuenta hechos ocurridos antes de la entrada en vigor de una determinada obligación. Por ejemplo, si se considera la obligación de que los acusados sean enjuiciados sin demora indebida (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14, párr. 3, apdo. c), el hecho de que el acusado ya haya estado detenido en espera de juicio durante un período prolongado, cuando esa obligación entre en vigor respecto de un Estado, podría ser pertinente para decidir si se ha cometido una transgresión, pero no se podría adjudicar una indemnización respecto del período anterior a la entrada en vigor de la obligación; véase Pauwelyn, «The concept of a 'continuing violation' of an international obligation: selected problems», págs. 443 a 445.

⁸⁹ Véase en el párrafo 158 *infra* el texto que se propone para el artículo 18.

⁹⁰ En cuanto al efecto retroactivo del reconocimiento y la adopción de un comportamiento por un Estado, véanse el proyecto de artículo 15 *bis* y *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7, párrs. 278 a 283.

⁹¹ *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 89, párr. 14 del comentario al artículo 18.

Cuando un hecho del Estado era, en el momento de su realización, ilícito desde el punto de vista jurídico formal, pero estuvo dictado por consideraciones morales y humanitarias que, ulteriormente, dieron lugar a una verdadera transformación total de la norma jurídica, es difícil no considerar retrospectivamente tal hecho como la acción o la omisión de un precursor. El órgano encargado de dirimir la controversia suscitada por ese hecho, si la solución del litigio interviene después de producirse la evolución mencionada, no puede menos que resistirse a seguir considerando internacionalmente ilícita a pesar de todo la acción o la omisión realizada en otro tiempo y atribuirle una responsabilidad internacional⁹².

El comentario menciona luego algunas posibilidades. Por ejemplo:

[n]o es inconcebible que un tribunal internacional deba actualmente dirimir una disputa concerniente a la responsabilidad internacional de un Estado que, obligado por un tratado a entregar armas a otro Estado, se hubiera negado a cumplir su obligación a sabiendas de que las armas cuya entrega se reclamaba estaban destinadas a perpetrar una agresión o un genocidio o a defender la imposición de una política de *apartheid*, y esto antes de que se hubieran adoptado las normas de *jus cogens* que condenan el genocidio y la agresión y que tendrían por efecto conferir a esa negativa no sólo un carácter legítimo, sino aun obligatorio⁹³.

Se insiste, sin embargo, en que el efecto retroactivo de una nueva norma imperativa es muy limitado: «el hecho del Estado no se considera retroactivamente lícito *ab initio*, sino únicamente a partir del momento en que haya entrado en vigor la nueva norma de *jus cogens*»⁹⁴ y no surte efecto en las decisiones o transacciones ya dictadas o concertadas. Este efecto limitado queda de manifiesto en el párrafo 2 en la expresión «dejará de considerarse como un hecho internacionalmente ilícito».

vi) *Observaciones de los gobiernos acerca del artículo 18, párrafo 2*

46. Francia no está de acuerdo con el párrafo 2 por razones que guardan relación con su reserva general respecto de las normas imperativas; sostiene además que «[e]n un artículo dedicado al derecho intertemporal no cabe una disposición de esa índole»⁹⁵. Los Países Bajos, en una observación anterior, sostenían que el artículo 18, párr. 2, de ser procedente en el proyecto de artículos, lo sería en el capítulo V y en el contexto de las circunstancias excluyentes de la ilicitud⁹⁶.

vii) *¿Es necesario el artículo 18, párrafo 2?*

47. La situación prevista en el párrafo 2 debe ser incluso menos habitual que la prevista en el artículo 64 de la Convención de Viena de 1969, que se refiere a la cuestión de si los tratados mantienen su vigencia cuando aparece una nueva norma de *jus cogens* incompatible con ellos. El artículo 18, párr. 2 prevé la posibilidad de un hecho específicamente prohibido por el derecho internacional en el día 1 que debe hacerse *obligatorio* en virtud de una nueva norma de *jus cogens* en el día 2 o, por lo menos, en un plazo tal que permita que las cuestiones de responsabilidad que se susciten en el día 1 sigan vigentes pero sin

⁹² *Ibid.*, párr. 15.

⁹³ *Ibid.*, pág. 90, párr. 17.

⁹⁴ *Ibid.*, párr. 18.

⁹⁵ Véase la nota 7 *supra*.

⁹⁶ *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), págs. 107 y 108, documento A/CN.4/328 y Add.1 a 4.

resolver. Ni siquiera en los casos de esclavitud se encuentra un ejemplo de esta situación⁹⁷.

48. Habida cuenta de la forma limitada de retroactividad que se prevé y de que es sumamente improbable que se planteen casos de esa índole, surge el interrogante de si esos casos no quedan suficientemente resueltos en virtud de la combinación de los artículos 37 (*lex specialis*) y 43, apdo. b (por el que se excluye la restitución contraria a una norma imperativa de derecho internacional) y, por último, de la flexibilidad propia de la determinación de la indemnización. En los casos de esclavitud, por ejemplo, si se parte del supuesto de la captura ilícita de esclavos en un momento en que la trata de esclavos seguía siendo internacionalmente lícita⁹⁸, no cabe hablar ni de la restitución de los esclavos, ni de indemnizar su pérdida, ya que lo que se perdió (la propiedad de seres humanos) no admitía valoración en derecho internacional. En cuanto a los ejemplos de agresión y genocidio, las normas correspondientes han sido reconocidas como imperativas, en el fondo, respecto de todo el período de vigencia de la Carta de las Naciones Unidas⁹⁹. Es difícil, incluso imposible, pensar en un caso real de la ilicitud de un comportamiento anterior que pase a ser obligatorio en virtud de una norma imperativa o, incluso, de licitud de un comportamiento anterior que pasa a quedar prohibido en virtud de una norma de esa índole.

viii) *Efectos de las nuevas normas imperativas con arreglo a la Convención de Viena de 1969*

49. Hay que señalar además que, mientras que la Convención de Viena de 1969 tiene en cuenta la posibilidad de que aparezcan nuevas normas imperativas, no les atribuye un efecto retroactivo¹⁰⁰. Según el artículo 64, si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, «todo tratado existente que esté en oposición con

esa norma se convertirá en nulo y terminará». Según el artículo 71, párr. 2:

2. Cuando un tratado se convierta en nulo y termine en virtud del artículo 64, la terminación del tratado:

a) Eximirá a las partes de toda obligación de seguir cumpliendo el tratado;

b) No afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación; sin embargo, esos derechos, obligaciones o situaciones podrán en adelante mantenerse únicamente en la medida en que su mantenimiento no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa de derecho internacional general.

Esta solución soslaya la retroactividad directa, pero al mismo tiempo respeta la nueva norma imperativa en el sentido de que quedan sin efectos los derechos (el derecho a restitución dimanado de un hecho ilícito anterior, por ejemplo), que no puedan subsistir en forma compatible con la nueva norma. La nueva norma imperativa tendría esta consecuencia con prescindencia de las normas secundarias de responsabilidad del Estado¹⁰¹.

ix) *Conclusión acerca del artículo 18, párrafo 2*

50. En última instancia, el párrafo 2, en su texto actual, parece referirse más a la cuestión de la decisión que debe tomar una autoridad ulterior (un tribunal) en un caso de responsabilidad que surja en un período anterior y a la luz de una norma imperativa ulterior e incompatible, que a la cuestión de la responsabilidad en el momento anterior. Según el comentario, el comportamiento anterior era en la práctica una violación de la obligación¹⁰². Sin embargo, la relación secundaria de responsabilidad que surge queda sin efecto en ciertos casos determinados en virtud de una norma imperativa ulterior.

51. Desde este punto de vista, el párrafo 2 plantea dos cuestiones distintas, de las cuales ninguna corresponde en realidad a un artículo que se refiere al efecto del derecho intertemporal sobre el origen de la responsabilidad. La primera es la consecuencia que tiene para una relación de responsabilidad existente la introducción ulterior de cambios en las normas primarias (especialmente cuando se trata de nuevas normas imperativas). Esta cuestión corresponde a la segunda parte del proyecto de artículos, y no a la primera. La segunda cuestión, más importante, es la de la relación entre los orígenes de la responsabilidad y la preferencia de las normas imperativas, cuestión que también se plantea, y más a menudo en la práctica, con respecto a las normas imperativas ya vigentes. Se examinará más a fondo esta cuestión al momento de abordar las circunstancias que excluyen la ilicitud (capítulo V de la primera parte). Por estas razones, el párrafo 2 es innecesario como elemento del artículo 18 y cabe suprimirlo.

⁹⁷ Como se indica en *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), págs. 89 y 90, párr. 16 del comentario al artículo 18. Los casos de esclavitud plantearon importantes cuestiones de derecho intertemporal; véanse los mencionados en el párrafo 10 del comentario (ibíd., págs. 87 y 88).

⁹⁸ El momento en que nace una nueva norma de derecho internacional consuetudinario puede plantear dificultades, como ocurrió con los casos de esclavitud; véase, por ejemplo, *Le Louis* (1817) (*The English Reports*, vol. CLXV, Edimburgo, Green, 1923, pág. 1464); y *The Antelope* (1825) (Wheaton, *Reports on cases argued and adjudged in the Supreme Court of the United States*, pág. 66). En la práctica, se considera que esas normas entran en vigor desde un primer momento y, en ese sentido, el proceso de determinación del derecho entraña un elemento de «retroactividad».

⁹⁹ Según los Principios de Nuremberg (Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg (*Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, págs. 374 a 378, documento A/1316, párrs. 95 a 127); texto reproducido en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 12 y 13, párr. 45), la guerra de agresión estaba tipificada a partir de 1939 y esos principios fueron reafirmados por la Asamblea General en 1948. En el caso *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la CIJ dijo que «las naciones civilizadas reconocían [los principios enunciados en la Convención] como obligatorios para ellos, aun en ausencia de una obligación convencional» (Opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 23; véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 25).

¹⁰⁰ Como indica Suecia en sus observaciones sobre el artículo 18, párr. 2 (*Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), págs. 85 y 86, documento A/CN.4/342 y Add.1 a 4).

¹⁰¹ También es compatible con la bien conocida salvedad que hace el árbitro Max Huber en su dictamen en el asunto *Island of Palmas* (véase la nota 73 *supra*).

¹⁰² *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 90, párr. 18 del comentario al artículo 18.

e) *Artículos 20 y 21. Obligaciones de comportamiento y obligaciones de resultado*

52. En los artículos 20 y 21 se distingue entre obligaciones de comportamiento y obligaciones de resultado¹⁰³. Dada la relación que guardan entre sí ambos artículos, cuyo texto figura a continuación, deben examinarse conjuntamente.

Artículo 20.—Violación de una obligación internacional que exige observar un comportamiento específicamente determinado

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

Artículo 21.—Violación de una obligación internacional que exige el logro de un resultado determinado

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

2. Cuando un comportamiento del Estado haya creado una situación que no esté en conformidad con el resultado que de él exige una obligación internacional, pero la obligación permita que ese resultado o un resultado equivalente pueda no obstante lograrse mediante un comportamiento ulterior del Estado, sólo hay violación de la obligación si el Estado tampoco logra mediante su comportamiento ulterior el resultado que de él exige esa obligación.

53. Según los comentarios de esos artículos, aunque a veces puede ser difícil hacer la distinción, ésta es «fundamental para determinar cómo se produce la violación de una obligación internacional»¹⁰⁴ y ello obedece a que la distinción surte efecto en cuanto a si ha habido transgresión y en cuanto al momento en que la ha habido. En particular, «las condiciones de violación de una obligación internacional varían según que ésta exija del Estado una actividad específicamente determinada o *se limite** a exigirle la obtención de cierto resultado dejándole la libre elección de los medios necesarios a tal efecto»¹⁰⁵. La base fundamental de la distinción es que las obligaciones de comportamiento, aunque conlleven una finalidad o resultado, determinan con precisión los medios que han de emplearse. Por eso se las llama a veces obligaciones de medios. En cambio, las obligaciones de resultado dejan librada al Estado la determinación de los medios que se han de emplear¹⁰⁶. Esto no significa que el Estado pueda elegir libremente los medios. Su elección puede ser más o menos limitada, pero tendrá cierto grado de elección y, ciertamente, en algunas ocasiones, puede tener la opción adicional de rectificar la situación si el fracaso de los medios inicialmente escogidos no ha causado un daño

¹⁰³ Este tema ha dado origen a numerosas publicaciones. Véanse, por ejemplo, Combacau, «Obligations de résultat et obligations de comportement : quelques questions et pas de réponse»; Nguyen Quoc Dinh, Daillier y Pellet, *Droit international public*, párrs. 139 y 473; Dupuy, «Le fait générateur de la responsabilité internationale des États», págs. 43 a 54; Brownlie, *op. cit.*, pág. 241; Tomuschat, «What is a 'breach' of the European Convention on Human Rights», y Wyler, *L'illicite et la condition des personnes privées : la responsabilité internationale en droit coutumier et dans la Convention européenne des droits de l'homme*, págs. 17 a 43.

¹⁰⁴ *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 14, párr. 4 del comentario al artículo 20.

¹⁰⁵ *Ibid.*, párr. 5.

¹⁰⁶ *Ibid.*, pág. 15, párr. 8.

irreparable¹⁰⁷. Por ejemplo, la aprobación de una ley aparentemente contraria al resultado que deba lograrse no infringe por sí misma la obligación; ello dependerá de que la ley se aplique efectivamente. En tal caso, la violación de la obligación sólo se produce cuando la ley se aplica en la práctica y da lugar al resultado prohibido¹⁰⁸.

54. En el comentario se reconoce que la decisión en cuanto a qué clase de obligación deba imponerse en cada caso no corresponde a los autores del proyecto de artículos sino a los autores de la norma primaria. Las obligaciones de comportamiento (ya sea un acto o una omisión) suelen establecerse en el contexto de las relaciones directas entre Estados, mientras que las obligaciones de resultado predominan respecto del trato que en los ordenamientos jurídicos internos se debe dar a las personas¹⁰⁹. En este sentido la distinción guarda relación con el Estado y consideraciones de soberanía: la elección de los medios es más usual en asuntos internos que en asuntos internacionales. Pero ésta no es una norma absoluta. Por ejemplo, en las convenciones de derecho uniforme se impone la obligación de comportamiento consistente en incorporar las disposiciones del derecho uniforme al derecho interno¹¹⁰. Las obligaciones en materia de derechos humanos, por su parte, son obligaciones de resultado, pues no determinan con precisión por qué medios deben respetarse esos derechos, y son compatibles con distintas leyes e instituciones.

55. Por consiguiente, los artículos 20 y 21 toman la distinción entre las dos clases de obligaciones hecha en las normas primarias y tratan de determinar los efectos de la distinción en la responsabilidad de los Estados¹¹¹. Según el comentario, el efecto principal de la distinción es que:

la violación de una obligación de este tipo [de resultado] se realiza, pues, en derecho internacional de manera muy distinta que en el caso de una obligación «de comportamiento» o «de medios», en las que [...] el criterio decisivo [...] es la comparación entre el comportamiento específicamente determinado que exige la obligación y el comportamiento observado de hecho por el Estado¹¹².

i) *Observaciones de los gobiernos acerca de los artículos 20 y 21*

56. Los gobiernos que presentaron observaciones sobre los artículos 20 y 21 dudaban de la eficacia de la distinción. Dinamarca (en nombre de los países nórdicos) dijo que la distinción hecha en el capítulo III «no parece afectar a las consecuencias de la infracción que se establecen

¹⁰⁷ *Ibid.*, págs. 13 y 14, párrs. 2 a 4.

¹⁰⁸ *Ibid.*, págs. 26 a 28, párrs. 18 a 22 del comentario al artículo 21, donde se cita la decisión de 1933 de la Comisión general de reclamaciones Estados Unidos-Panamá en el asunto *Mariposa Development Company and Others (United States) v. Panama* (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: 1955.V.3), pág. 340); el caso *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (fallo n.º 7, 1926, C.P.J.I. série A n.º 7, pág. 19), y el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *De Becker, Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme* 1962 (La Haya), vol. 5, 1963.

¹⁰⁹ *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 14, párr. 6 del comentario al artículo 20.

¹¹⁰ *Ibid.*, pág. 15, párr. 8. Véase Conforti, «Obblighi di mezzi e obblighi di risultato nelle convenzioni di diritto uniforme».

¹¹¹ *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 14, párr. 5 del comentario al artículo 20.

¹¹² *Ibid.*, pág. 31, párr. 35 del comentario al artículo 21.

en la segunda parte del proyecto»¹¹³. Francia advirtió que esos artículos se referían a reglas de derecho sustantivo que establecían obligaciones primarias; por lo tanto, no tenían cabida en un proyecto de esta índole y habría que suprimirlos¹¹⁴. Según Alemania:

la elaboración de normas excesivamente abstractas y cuyo alcance y aplicación son difíciles de prever entraña cierto peligro. Más que aumentar la seguridad jurídica, esas normas podrían utilizarse como cláusulas de salvaguardia en detrimento de la costumbre internacional y, además, pueden considerarse inaplicables por Estados menos próximos a la tradición jurídica europea continental, pues esas normas abstractas no son fácilmente compatibles con las soluciones pragmáticas que predominan en el derecho internacional.

[...]

En resumen, Alemania no está convencida de que las complejas distinciones de los proyectos de artículos 20, 21 y 23 sean verdaderamente necesarias o siquiera deseables¹¹⁵.

El Reino Unido observa con preocupación que «las ligeras diferencias establecidas entre las diferentes categorías de violaciones podrían superar lo que es necesario, o hasta lo que es útil, en una declaración de los principios fundamentales de la responsabilidad de los Estados». Preocupan también al Reino Unido las dificultades que podrían plantearse en la determinación de la categoría en que quedan encuadradas conductas particulares»¹¹⁶. Respecto del artículo 21 en particular, aunque considera que sus propuestas básicas no plantean controversia alguna, rechaza la interpretación que de ellas se hace en los comentarios, en particular respecto de las obligaciones en cuanto al trato de los extranjeros y sus bienes¹¹⁷.

ii) La distinción y su aplicación en el derecho interno y en el internacional

57. La distinción entre obligaciones de comportamiento y de resultado es propia de los sistemas de derecho civil y desconocida en los de *common law*. Ello explica tal vez la escasa atención que los tratadistas ingleses han dedicado a la distinción¹¹⁸. Combacau explica claramente la función de la distinción, en el derecho francés por ejemplo:

es [...] el grado de probabilidad de la consecución del objetivo que persigue el acreedor lo que rige la naturaleza de la obligación impuesta al deudor: cuando la consecución de ese objetivo es muy probable, la ley o el contrato imponen obligaciones de resultado; cuando dicha consecución es más bien aleatoria, la ley o el contrato se limitan a reducir el azar y sólo imponen una obligación de medios¹¹⁹.

En otras palabras, en la concepción románica, las obligaciones de resultado lo garantizan en cierta medida, mientras que las obligaciones de comportamiento imponen la diligencia necesaria para lograr el resultado sin convertirlo en obligación última. Así, el médico tiene con su paciente una obligación de comportamiento y no de resultado, pues debe hacer todo lo razonablemente posible para

que el paciente se cure, pero no garantiza que se *curará*. Según esta concepción, es obvio que las obligaciones de resultado son más onerosas que las obligaciones de comportamiento o de medios y que el incumplimiento de las primeras es más fácil de probar.

58. En cambio, según la redacción de los artículos 20 y 21 y las explicaciones del comentario, la distinción entre ambos tipos de obligaciones se basa en la precisión y no en el riesgo. La obligación de comportamiento es la obligación de observar una conducta más o menos determinada, mientras que la de resultado permite al Estado elegir los medios¹²⁰. Por esa razón, las obligaciones de resultado se consideran en el comentario menos onerosas en cierto modo que las obligaciones de comportamiento, en las que el Estado prácticamente no puede elegir qué ha de hacer¹²¹. En el derecho internacional:

el fundamento de la distinción ya no es el carácter más o menos aleatorio del resultado esperado sino el grado de libertad que se deja al obligado respecto de la elección de los medios por los que puede cumplir la obligación¹²².

La diferencia es importante. Al adoptar la que originalmente era una distinción propia de los ordenamientos románicos, el proyecto de artículos casi ha invertido sus efectos. Esto no significa que la distinción, que tiene un significado y un fundamento claros en el derecho interno, vaya a aplicarse necesariamente de igual modo en el derecho internacional. Es necesario tratar la cuestión en los términos adoptados por el proyecto de artículos, aunque éstos no sean los propios de un determinado ordenamiento jurídico interno.

iii) La distinción entre obligaciones de comportamiento y de resultado en la doctrina

59. Incluso los autores que conocen la distinción según se plantea en los ordenamientos de derecho civil dudan considerablemente de la utilidad de incorporarla al proyecto de artículos. Según Tomuschat, por ejemplo, «[l]a distinción entre obligaciones de comportamiento y de resultado, difícil de hacer en la práctica, sirve de poca ayuda a quienes han de decidir si se ha incumplido o no una obligación internacional»¹²³. A menudo se ha señalado la importancia de la distinción para determinar el momento de la comisión del hecho internacionalmente ilícito¹²⁴. No obstante, la mayoría de los autores consideran que la

¹²⁰ *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 13, párr. 2 del comentario al artículo 20, y pág. 20, párr. 1 del comentario al artículo 21. Véase también Nguyen Quoc Dinh, Daillier y Pellet, quienes sostienen que la «permisividad en cuanto a los medios» es el criterio decisivo de la distinción (*op. cit.*, pág. 746, párr. 473).

¹²¹ Del mismo modo, Stern («Responsabilité internationale», pág. 10, párr. 64), que califica la obligación de comportamiento impuesta a un Estado de «más apremiante, pues tiene a la vez la obligación de obtener cierto resultado y la obligación de emplear para ello ciertos medios que se establecen en la norma internacional».

¹²² Combacau, *loc. cit.*, págs. 201 y 202.

¹²³ Tomuschat, «What is a 'breach'...?», pág. 335. Véase también Dupuy, *loc. cit.*, pág. 47 y Lysén, para quien «parece que las propuestas de la CDI más que ofrecer un instrumento útil contribuyen a la confusión» (*State Responsibility and International Liability of States for Lawful Acts: A Discussion of Principles*, pág. 63).

¹²⁴ Para Nguyen Quoc Dinh, Daillier y Pellet, en las obligaciones de resultado «hay que [...] esperar* a que concluyan las diversas etapas de una 'conducta estatal [...] compleja' para determinar si se ha infringido una obligación internacional» (*op. cit.*, pág. 748, párr. 473). Véase también Combacau, *loc. cit.*, pág. 184, y Dupuy, *loc. cit.*, págs. 44 y 45.

¹¹³ *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid.* Por otra parte, bajo esta perspectiva, el artículo 20 podría fusionarse con el artículo 16.

¹¹⁸ Véase Brownlie, *op. cit.*, pág. 241.

¹¹⁹ Combacau, *loc. cit.*, pág. 196. Véase también Dupuy, *loc. cit.*, pág. 47 y 48. Véase en general Zweigert y Kötz, *Introduction to Comparative Law*, pág. 538.

distinción es de escasa utilidad. Se ha destacado por ejemplo, que «no siempre hay una frontera clara entre los dos tipos de obligaciones, que además pueden entrelazarse hasta el punto de perder sus rasgos distintivos»¹²⁵. En general, la doctrina no favorece el mantenimiento de la distinción, al menos en la forma adoptada en primera lectura. Aunque considera que la distinción es «indispensable en principio»¹²⁶, Combacau termina su estudio poniendo en duda

el fundamento de conceptos como medio, comportamiento, resultado, objetivo [...] aplicados a normas en las que lo que parece al principio el resultado de un comportamiento es en sí mismo un comportamiento, y en las que cada uno de los mecanismos que se ofrecen a quien ejecuta una obligación le deja librado además la elección de los medios¹²⁷.

iv) *La distinción entre las obligaciones de comportamiento y de resultado en la jurisprudencia internacional*

60. Habida cuenta de la reacción de indiferencia hacia los artículos 20 y 21, lo que hay que determinar es si los tribunales, no obstante, han encontrado útil la distinción a la hora de resolver causas concretas. En la práctica los tribunales rara vez se han referido a esos artículos. La distinción entre obligaciones de comportamiento y de resultado no se adujo en el caso *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*¹²⁸, por ejemplo. Cabe, sin embargo mencionar tres casos en los que la distinción fue tenida en cuenta, al menos en cierta medida.

61. En el asunto *Colozza*¹²⁹, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos examinó el juicio en rebeldía del demandante, que no había recibido notificación del inicio del juicio, había sido condenado a seis años de cárcel y no había podido luego recurrir la condena. El demandante aducía que se había infringido el párrafo 1 del artículo 6 del Convenio europeo de derechos humanos porque no había sido objeto de un juicio justo. El Tribunal afirmó que:

Los Estados contratantes gozan de amplia discreción en la elección de los medios destinados a velar por que sus ordenamientos jurídicos cumplan los requisitos que se establecen al respecto en el párrafo 1 del artículo 6. No corresponde al Tribunal decir a los Estados qué medios han de utilizar, sino determinar si el resultado que busca el Convenio se ha conseguido. [...] Con tal fin, hay que demostrar la efectividad de los recursos que ofrece el derecho interno y no debe recaer sobre el acusado de un delito que esté en las circunstancias del Sr. Colozza la carga de probar que su propósito no era escapar de la justicia o que su ausencia se debía a fuerza mayor¹³⁰.

¹²⁵ Lysén, *op. cit.*, pág. 62, que menciona también los artículos 194 y 204, párr. 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, previamente analizados con idéntica finalidad por Dupuy (*loc. cit.*, págs. 49 y 50). Tras examinar los criterios que se exponen en los comentarios a los artículos 20 y 21, Combacau dice que «las obligaciones de resultado del artículo 21 se reducen a un tipo único y difícilmente se distinguen de las obligaciones de comportamiento del artículo 20» (*loc. cit.*, pág. 190).

¹²⁶ *Loc. cit.*, pág. 184.

¹²⁷ *Ibid.*, pág. 204.

¹²⁸ Véase la nota 31 *supra*.

¹²⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *affaire Colozza et Rubinat*, *serie A n.º 89*.

¹³⁰ *Ibid.*, págs. 15 y 16, párr. 30, donde se cita el asunto *De Cubber* (*ibid.*, fallo de 26 de octubre de 1984, *serie A n.º 86*, pág. 20, párr. 35). Compárese con el asunto *Plattform «Ärzte für das Leben»*, en que el Tribunal interpretó el artículo 11 de esta manera:

«Aunque los Estados contratantes tienen la obligación de tomar medidas adecuadas y razonables para que las manifestaciones legales se celebren pacíficamente, no pueden garantizar este objetivo absolu-

El Tribunal falló, por lo tanto, que el demandante, «en definitiva, no había sido escuchado por un tribunal competente para conocer de todas las cuestiones de la causa»¹³¹. Pero, como dice Tomuschat, el Tribunal no llegó a esa conclusión por la mera comparación entre el resultado exigido (que el acusado tenga la oportunidad de estar presente en su juicio) y el resultado obtenido en la práctica (falta de esa oportunidad en el caso concreto). En lugar de eso el Tribunal se preguntó qué más podía haber hecho Italia para que el derecho del demandante fuera «efectivo»¹³². Es cierto que la obligación de resultado establecida en el párrafo 1 del artículo 6 puede describirse como la obligación de proporcionar un derecho efectivo a estar presente en el juicio, pero ello equivale simplemente a reformular la cuestión que debe resolverse. Es dudoso que la distinción entre obligaciones de comportamiento y de resultado ayudara al Tribunal a resolver esa cuestión.

62. Otro ejemplo tal vez más interesante es el del caso *ELSI*¹³³, fallado por una Sala de la CIJ de la que formaba parte el magistrado Ago. La cuestión principal era determinar si la requisita de la fábrica de ELSI ordenada por el Alcalde de Palermo, que provocó la quiebra de la empresa y posteriormente la venta forzosa de su patrimonio a precios inferiores a los del mercado, vulneró varias disposiciones del Tratado bilateral de Amistad, Comercio y Navegación y su Acuerdo suplementario. Los Estados Unidos se apoyaron, entre otras cosas, en el artículo 1 del Acuerdo suplementario, según el cual:

Los ciudadanos y las sociedades civiles o mercantiles de una de las Altas Partes Contratantes no serán objeto de medidas arbitrarias o discriminatorias en el territorio de la otra Alta Parte Contratante por las que, en particular: a) se les impida dirigir y administrar efectivamente una empresa [...] o, b) se menoscaben los demás derechos e intereses legítimos que tengan en una empresa¹³⁴.

Posteriormente la requisita de la fábrica fue declarada ilegal de acuerdo con el derecho italiano y los tribunales de ese país concedieron al demandante una indemnización por daños y perjuicios. No obstante, los Estados Unidos alegaron que, puesto que la requisita había sido la verdadera causa de la liquidación de la empresa, la indemnización concedida no equivalía al perjuicio real sufrido. Consecuentemente, la requisita había sido una medida arbitraria incompatible con el artículo 1 antes citado.

63. El magistrado Schwebel basó su opinión disidente en la distinción entre obligaciones de comportamiento y de resultado según la formulación de los artículos 20

tamente y tienen amplia discreción en la elección de los medios que deban emplear [...] [L]a obligación que en este ámbito les impone el artículo 11 del Convenio se refiere a las medidas que deben adoptar y no a los resultados que deben lograr.»

(*Ibid.*, fallo de 21 de junio de 1988, *serie A n.º 139*, pág. 12, párr. 34). En el asunto *Colozza*, en cambio, el Tribunal empleó términos parecidos pero concluyó que la obligación era de resultado.

¹³¹ *Ibid.*, *serie A n.º 89*, pág. 16, párr. 32 (véase la nota 129 *supra*).

¹³² *Ibid.*, pág. 14, párr. 28.

¹³³ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, fallo, *C.I.J. Recueil 1989*, pág. 15. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 252.

¹³⁴ *Ibid.*, pág. 72.

y 21. Sostuvo que el artículo 1 imponía una obligación de resultado, puesto que:

Los objetivos concretos de la obligación de no imponer a las empresas medidas arbitrarias o discriminatorias se indican muy claramente, a diferencia de los medios concretos que deben emplearse para lograr esos objetivos. Por lo tanto [...] parece que la obligación establecida en el artículo 1 es una obligación no de medios sino de resultado, como suelen serlo las obligaciones establecidas en los tratados internacionales respecto de la protección de los extranjeros y sus intereses. Sin embargo, eso no significa [...] que Italia quede exenta de responsabilidad por el trato arbitrario de ELSI y de los intereses de sus accionistas en ELSI en virtud de los trámites administrativos y judiciales posteriores a la requisa.

[...]

En este caso Italia no logró el resultado requerido, a saber, evitar a ELSI los efectos de la requisa arbitraria. No consiguió el resultado requerido en general ni los objetivos concretos claramente establecidos en los apartados *a* y *b* del artículo 1.

[...]

Cabe desde luego afirmar que, aun sin la requisa, ELSI habría quebrado. [...] Pero esa afirmación olvida [...] que, si no se hubiera impuesto la requisa cuando se impuso, ELSI habría podido obtener bastante más por su patrimonio [...].

De ello se desprende que ELSI no quedó en la situación en que se habría encontrado de no haberse producido la requisa. Los trámites administrativos y judiciales de Italia, por estimables que hayan sido, no lograron un resultado equivalente. Por ello opino que esos trámites no eximen a Italia de responsabilidad por la comisión de un acto arbitrario en el sentido del Acuerdo suplementario del Tratado¹³⁵.

En cambio, la Sala llegó a la conclusión opuesta sin analizar la distinción. Sostuvo en primer lugar que, examinando la cuestión globalmente y de manera realista, ELSI había perdido su patrimonio como consecuencia de su insolvencia y no de la requisa. Sin embargo, sostuvo en segundo lugar que el artículo 1 debía interpretarse como una prohibición general de las «medidas arbitrarias o discriminatorias» no limitada a los dos casos expuestos. Para la Sala no se había infringido el artículo 1 porque, aunque la decisión del Alcalde era contraria al derecho italiano, no era «arbitraria» en el sentido del artículo 1¹³⁶. Así pues, la mayoría no consideró necesario decidir si la posibilidad de recurrir contra esa decisión rectificaba la arbitrariedad. Antes bien, el hecho de que la decisión «se adoptara conscientemente en el marco de un ordenamiento jurídico en funcionamiento y de los recursos adecuados» era motivo para no considerarla arbitraria de entrada¹³⁷.

64. Se puede estar de acuerdo con el magistrado Schwebel en que, si la requisa se hubiera considerado «arbitraria» y verdadera causa de la pérdida de ELSI, la indemnización parcial concedida años después por los tribunales italianos no habría remediado la violación. Pero, ¿cómo influyó en el fallo del caso que se considerara que el artículo 1 se refería a la obligación de no producir el resultado de un trato arbitrario y no a la obligación (de comportamiento o de medios) de no cometer un acto arbitrario? Al parecer, la mayoría y la minoría de los magistrados dieron una interpretación diferente a la expresión «arbitrarias» del artículo 1 y, desde luego, tampoco coincidieron a la hora de juzgar los hechos. Pero no parece que la distinción entre obligaciones de comportamiento y de resultado

influyera en esas discrepancias ni contribuyera realmente al análisis de las cuestiones en litigio.

65. Un tercer ejemplo es la sentencia que el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán dictó recientemente en las causas n.ºs A15 (IV) y A24 (*República Islámica del Irán c. Estados Unidos de América*)¹³⁸. Irán aducía que los Estados Unidos habían incumplido la obligación, establecida en el Principio General B de las Declaraciones Generales incluidas en el Acuerdo de Argel, de 19 de enero de 1981, de «archivar todas las causas relativas a reclamaciones de particulares e instituciones de los Estados Unidos contra Irán y sus empresas estatales [...] y resolver dichas reclamaciones mediante un arbitraje obligatorio»¹³⁹. En lugar de ordenar el archivo de las causas pendientes ante sus tribunales, los Estados Unidos ordenaron su suspensión, que se levantaría si el Tribunal de Reclamaciones se declaraba incompetente para conocer de ellas¹⁴⁰. Los Estados Unidos sostenían que era la única solución práctica que podían adoptar y que la vinculación del archivo de las causas a las reclamaciones en el Principio General B demostraba que esa solución era razonable. Dicho de otro modo (aunque ninguna de las partes empleó los términos de los artículos 20 y 21), los Estados Unidos sostenían que el Principio General B establecía una obligación de resultado, a saber, el archivo de las causas pendientes, y que los medios empleados de acuerdo con su ordenamiento jurídico eran los adecuados para lograr ese resultado en la práctica. Esto recuerda la afirmación, hecha en el comentario del artículo 21, de que las obligaciones de resultado son en cierto modo menos gravosas que las obligaciones de comportamiento por la manera discrecional en que el Estado puede lograr el resultado requerido.

66. El Tribunal de Reclamaciones consideró, interpretando las Declaraciones, que la obligación de archivar las causas se refería solamente a las que fueran de su competencia y que esta obligación de archivar no se cumplía por la mera suspensión. Para llegar a esta conclusión no bastaba apoyarse en el tenor aparentemente claro de las Declaraciones:

El Tribunal debe analizar la cuestión más detenidamente. Las obligaciones establecidas en el Principio General B son, en general, obligaciones de «resultado» más que obligaciones de «comportamiento» o «medios». Aunque cabría afirmar que los Estados Unidos incumplieron las obligaciones contraídas en virtud de las Declaraciones de Argel al suspender las causas en lugar de archivarlas, el Tribunal no puede limitarse a interpretar literal o gramaticalmente las Declaraciones, sino que debe además analizar la solución adoptada por los Estados Unidos [...] teniendo en cuenta el objeto y el propósito de las Declaraciones. La respuesta a la pregunta de si la suspensión de las causas resultó equiparable a su archivo depende de lo que sucediera en la práctica. Se trata, por lo tanto, de analizar hechos.

A menos que se pacte otra cosa en un tratado, el derecho internacional general faculta a los Estados para escoger los medios por los cuales cumplen sus obligaciones internacionales en el ámbito interno. Sin embargo, la libertad de los Estados para elegir esos medios no es absoluta.

¹³⁸ Sentencia n.º 590-A15(IV)/A24-FT, de 28 de diciembre de 1998, *World Trade and Arbitration Materials*, vol. 11, n.º 2 (1999), pág. 45. Esta sentencia fue adoptada por el Tribunal en pleno (presidido por Skubiszewski e integrado por los siguientes miembros: Broms, Arangio-Ruiz, Noori, Aldrich, Ameli, Allison, Aghahosseini y Duncan).

¹³⁹ ILM, vol. 20, n.º 1 (enero de 1981), pág. 224.

¹⁴⁰ Véase *Dames & Moore v. Regan*, 453 US 654 (1981), pág. 22.

¹³⁵ *Ibid.*, págs. 117 y 121.

¹³⁶ *Ibid.*, pág. 72, párr. 121, y págs. 75 a 77, párrs. 126 a 130.

¹³⁷ *Ibid.*, pág. 77, párr. 129.

Los medios escogidos deben bastar para que los Estados cumplan sus obligaciones internacionales y deben ser lícitos¹⁴¹.

El Tribunal señaló además que, «al adoptar el trámite de suspensión establecido en la Orden 12294, los Estados Unidos sólo cumplieron las obligaciones establecidas en las Declaraciones de Argel si la consecuencia efectiva de ese trámite fue, como se exige en las Declaraciones, el archivo de las causas»¹⁴². La prueba de si las causas se habían archivado o no en la práctica consistía en comprobar si la República Islámica del Irán «se había visto obligada, para defender diligentemente sus intereses, a comparecer o a presentar documentos ante tribunales de los Estados Unidos después del 19 de julio de 1981» en relación con causas pendientes que fueran de la competencia del Tribunal o cualesquiera otras reclamaciones presentadas ante el Tribunal mientras éste no las desestimara por falta de competencia¹⁴³. Las costas de esa defensa diligente, incluidos los gastos razonablemente efectuados para mantenerse al tanto de las causas suspendidas, podrían cobrarse en una segunda fase del proceso.

67. Mientras no se resuelvan esas cuestiones de hecho los fundamentos jurídicos son incompletos y no sería apropiado comentarlos en detalle. No obstante, pueden decirse dos cosas. En primer lugar, el Tribunal tuvo en cuenta la distinción entre obligaciones de comportamiento y de resultado de manera muy próxima a la formulada en los comentarios a los artículos 20 y 21 (aunque sin hacer referencia a ellos). Consecuentemente, consideró que los Estados Unidos tenían cierta flexibilidad en cuanto al modo de aplicar el Principio General B, sin dejar de estar obligados a obtener el «resultado» del archivo de las causas que fueran de la competencia del Tribunal¹⁴⁴. En segundo lugar, el Tribunal falló exclusivamente en virtud de la interpretación de los acuerdos pertinentes según su contexto y teniendo en cuenta su objeto y finalidad. En otras palabras, en esa fase del proceso no tuvo en cuenta en absoluto las normas secundarias de responsabilidad. En ese sentido, la sentencia confirma que la distinción entre obligaciones de comportamiento y de resultado afecta a las obligaciones primarias, es decir, afecta a normas de responsabilidad primarias, no secundarias. Sin embargo, no queda claro que la sentencia habría sido diferente en el fondo, si no en la forma, si el Tribunal hubiese considerado que se trataba de una obligación de comportamiento (el de archivar las causas) y no de resultado (el archivo de las causas). Probablemente se habrían hecho las mismas consideraciones respecto de la obligación en ambos casos.

68. Este breve examen indica que la distinción entre obligaciones de comportamiento y de resultado puede servir para clasificar las obligaciones, pero no se utiliza

¹⁴¹ Sentencia n.o 590-A15 (IV)/A24-FT (véase la nota 138 *supra*), párrs. 95 y 96.

¹⁴² *Ibid.*, párr. 99.

¹⁴³ *Ibid.*, párr. 101.

¹⁴⁴ A este respecto el Tribunal consideró que los Estados Unidos infringieron el Principio General B al admitir la presentación de nuevas demandas a los solos efectos de interrumpir la prescripción de las acciones, pues eso podría haberse logrado lícitamente por otros medios distintos de la presentación de demandas, siendo así que el Principio General B prohibía expresamente «toda nueva demanda», por cualesquiera razones, respecto de reclamaciones que fueran de la competencia del Tribunal (*ibid.*, párr. 131).

con demasiada coherencia. En todas las causas de lo que se trataba era de interpretar la obligación pertinente. La importancia de la distinción radica en la determinación del grado de discreción del Estado demandado a la hora de cumplir la obligación. La discreción estaba necesariamente limitada por la norma primaria, y la cuestión fundamental era determinar en qué medida. La distinción puede ayudar a veces a formular conclusiones al respecto, pero saber si contribuye a formarlas es otra cuestión.

v) *Las obligaciones en materia de derechos humanos como «obligaciones de resultado»*

69. En el comentario del artículo 21 se insiste en que las obligaciones ordinarias de los Estados respecto del trato a las personas, ya sea en el campo de los derechos humanos o en el de la protección diplomática, podrían calificarse de «obligaciones de resultado en sentido amplio» y se subsumen en el párrafo 2 del artículo 21. Ello significa que esas obligaciones no se infringen por la mera aprobación de una ley si ésta no surte efecto. Dicho de otro modo, es la aplicación de la ley al caso concreto y la no reparación posterior por el Estado del perjuicio resultante lo que infringe la obligación. Hasta ese momento sólo existe un riesgo de violación. Combacau ilustra este planteamiento en los términos siguientes:

cuando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice por una parte que «nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias» [...] y por otra que «toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá el derecho efectivo a obtener reparación» [...] establece dos normas a las que corresponden en el derecho interno dos obligaciones del Estado, una principal y otra subsidiaria; pero desde el punto de vista del derecho internacional no establece más que una, que el Estado no incumpla arbitraria y sucesivamente esas dos obligaciones internas, y pese al carácter poco feliz de la formulación, esa única obligación consiste en definitiva en lo siguiente: «Ningún Estado puede detener o encarcelar arbitrariamente a una persona *sin proporcionarle una reparación*»¹⁴⁵.

Sin embargo, los tribunales y comités de derechos humanos no siguen este planteamiento, como se demuestra en el breve análisis que se hace a continuación.

70. Según el Convenio europeo de derechos humanos, pueden presentar demandas las personas naturales, organizaciones no gubernamentales o grupos de particulares que denuncien ser víctimas de una violación de un derecho reconocido en el Convenio. Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos conoce sobre los litigios entre Estados relativos a violaciones de las disposiciones del Convenio y sus protocolos¹⁴⁶. El artículo 41 dice lo siguiente:

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.

¹⁴⁵ Combacau, *loc. cit.*, pág. 191. En contra, véase por ejemplo, Higgins «International law and the avoidance, containment and resolution of disputes: general course on public international law», págs. 203 y 204.

¹⁴⁶ Artículos 33 y 34 del Convenio europeo de derechos humanos (enmendada por el Protocolo 11). De acuerdo con el artículo 35 del Convenio, el demandante ha de agotar todos los recursos internos y presentar su demanda «en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva».

Esto indica claramente que puede determinarse que se ha infringido el Convenio antes y con independencia de decidir si el derecho interno proporciona la reparación del caso. Los órganos del Convenio nunca han dudado de esta afirmación. Como señala el Tribunal en una de sus sentencias:

El artículo 25 [actualmente 34] del Convenio faculta a los particulares para sostener que una ley vulnera sus derechos por sí misma, en ausencia de medidas concretas de aplicación, si corren el riesgo de verse directamente afectados por ella¹⁴⁷.

71. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se distingue también entre las comunicaciones de los particulares y de los Estados. Según el Protocolo Facultativo los individuos que se hallan bajo la jurisdicción de un Estado Parte en el Protocolo y que «aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte» de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto, puede presentar una comunicación al Comité de Derechos Humanos¹⁴⁸. Para admitir esas comunicaciones el Comité siempre ha exigido que la conducta del Estado de que se trate convierta a una persona individualmente en «víctima» y se ha negado a fiscalizar la legislación del Estado en abstracto. No exige en todo caso que la víctima haya sido perseguida o sancionada de otra forma. A veces la mera vigencia de la ley puede infringir el Pacto. En otras ocasiones, puede considerarse víctima a una persona expuesta a una amenaza considerada inminente y directa. El criterio se resume en las palabras siguientes:

siempre que cada uno de los autores sea víctima en el sentido del artículo 1 del Protocolo Facultativo, nada impide que gran número de personas sometan un caso invocando dicho Protocolo. El mero hecho de que los peticionarios sean numerosos no convierte su comunicación en una *actio popularis* [...].

Cuando una persona alegue ser víctima de la violación de un derecho protegido por el Pacto debe demostrar que o bien una acción u omisión de un Estado Parte ya ha afectado negativamente a su goce de ese derecho o bien que tal efecto es inminente, por ejemplo, en función del derecho vigente o de una decisión o práctica judicial o administrativa¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Norris*, fallo de 26 de octubre de 1988, *serie A n.º 142*, párrs. 30 y 31, donde se citan los casos *Klass et autres* (ibíd., fallo de 6 de septiembre de 1978, *serie A n.º 28*, párr. 33); *Marckx* (ibíd., fallo de 13 de junio de 1979, *serie A n.º 31*, párr. 27); y *Johnston et autres* (ibíd., fallo de 27 de noviembre de 1986, *serie A n.º 28*, párr. 33). Véanse también, entre otros, los casos *Dudgeon* (ibíd., fallo de 22 de octubre de 1981, *serie A n.º 45*, párr. 41) y *Modinos c. Chypre* (ibíd., fallo de 22 de abril de 1993, *serie A n.º 259*, párr. 24).

¹⁴⁸ Se exige agotar los recursos internos (art. 5, párr. 2, apdo. b).

¹⁴⁹ Comité de Derechos Humanos, comunicación n.º 429/1990, decisión de 8 de abril de 1993, *E. W. y otros c. los Países Bajos (Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/48/40 (Part II)), anexo XIII.G)*, párrs. 6.3 y 6.4. Véase también, entre otros, Comité de Derechos Humanos, comunicación n.º R.9/35, *Shirin Aumeeruddy-Cziffra y otras 19 mujeres de Mauricio c. Mauricio* (ibíd., trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/36/40), anexo XIII), párr. 9.2; comunicación n.º R.14/61, *Leo R. Hertzberg y otros c. Finlandia* (ibíd., trigésimo séptimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/37/40), anexo XIV), párr. 9.3; comunicación n.º 163/1984, *Impedidos y minusválidos en Italia c. Italia* (ibíd., trigésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/39/40), anexo XV), párr. 6.2; comunicaciones n.ºs 359/1989 y 385/1989, *John Ballantyne y Elizabeth Davidson, y Gordon McIntyre c. el Canadá* (ibíd., cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/48/40, anexo XII.P), párr. 10.4 («en los casos en que un individuo pertenezca a una categoría de personas cuyas actividades, en virtud de la legislación aplicable, se consideren contrarias a la ley, dicho individuo podrá alegar su condición de ‘víctima’ en el sentido del artículo 1 del Protocolo Facultativo»); comunicación n.º 488/1992, *Nicholas Toonen c. Australia* (ibíd., cuadragésimo

Estas limitaciones se derivan de las disposiciones del Protocolo Facultativo según las interpreta el Comité. Las comunicaciones de los Estados están sujetas a requisitos diferentes. De acuerdo con el artículo 41 del Pacto, puede presentar una comunicación el Estado Parte que haya reconocido la competencia del Comité y que sostenga que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone el Pacto¹⁵⁰. Hasta ahora los Estados no han utilizado este recurso que, en teoría, permitiría impugnar una ley como tal.

72. La Corte Interamericana de Derechos Humanos sigue fundamentalmente los mismos criterios para determinar si se ha infringido la Convención americana sobre derechos humanos. En su opinión consultiva *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, la Corte Interamericana examinó varias cuestiones generales suscitadas en relación con una controversia sobre un proyecto de ley que, de ser aprobado, supondría una clara violación de las obligaciones contraídas por el Estado en virtud de la Convención. En cuanto a si la mera ley podía por sí misma infringir una obligación de resultado, la Corte dijo que:

una ley que entra en vigor no necesariamente afecta a la esfera jurídica de personas determinadas. Puede suceder que esté sujeta a actos normativos posteriores, al cumplimiento de ciertas condiciones o, llanamente, a su aplicación por funcionarios del Estado, antes de afectar esa esfera. O puede ser que, en cambio, las personas sujetas a jurisdicción de la norma se afecten por la sola vigencia de la misma. [...] La ley que no es de aplicación inmediata es mera facultad dada a las autoridades para tomar medidas de acuerdo con ella. No representa, *per se*, violación de los derechos humanos.

En el caso de las leyes de eficacia inmediata [...] la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición. Así una norma que despojara de algunos de sus derechos a una parte de la población, en razón, por ejemplo, de su raza, automáticamente lesiona a todos los individuos de esa raza¹⁵¹.

Tras analizar las disposiciones concretas de la Convención y mencionar con aprobación la jurisprudencia europea, la Corte opinó que:

La jurisdicción contenciosa de la Corte se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos. No existe en la Convención disposición alguna que permita a la Corte decidir, en el ejercicio de su competencia contenciosa, si una ley que no ha afectado aún los derechos y libertades protegidos de personas determinadas es contraria a la Convención.

La Corte concluye que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado¹⁵².

noveno período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/49/40), vol. II, anexo IX.EE), párr. 5.1; y comunicación n.º 645/1995, *Vaihere Bordes y otro c. Francia* (ibíd., quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/51/40), vol. II, anexo IX.G), párrs. 5.4 y 5.5.

¹⁵⁰ Párrafo 1 del artículo 41 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La formulación del apartado a del mismo párrafo es análoga: «las obligaciones que le impone este Pacto». No se exige que la comunicación se refiera a un individuo, pero sí que se hayan agotado los recursos internos disponibles; véase el apartado c del mismo párrafo.

¹⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A n.º 14, párrs. 41 a 43.

¹⁵² Ibíd., párrs. 49 y 50.

La afirmación de que la responsabilidad internacional sólo nace como consecuencia del incumplimiento manifiesto del tratado, si el incumplimiento «afecta a los derechos y libertades reconocidos de personas» precisa aclaración. Interpretada literalmente, significa que puede vulnerarse un tratado sin que se origine responsabilidad alguna, lo cual es incompatible con la noción de responsabilidad de los Estados del proyecto de artículos¹⁵³. Parece, no obstante, que en esa afirmación la Corte distinguía entre la responsabilidad del Estado por vulnerar el tratado en sí mismo y la responsabilidad internacional exigida con arreglo a la Convención en el caso de vulneración directa de los derechos de personas, que es de la única de la que conoce la Corte en virtud de su jurisdicción contenciosa.

73. En resumen, este breve análisis pone de manifiesto que los distintos órganos de derechos humanos coinciden esencialmente en el planteamiento del problema¹⁵⁴. La ley en sí misma, siempre que sea directamente aplicable a las personas o que se amenace directamente con su aplicación, puede vulnerar un tratado. Para determinar si efectivamente lo vulnera habrá que examinar cada caso concreto. El Estado puede ofrecer *a posteriori* recursos para reparar esa vulneración, pero esos recursos no son parte integrante de la ley¹⁵⁵.

74. Probablemente el examen del tema en relación con la protección diplomática llevaría a la misma conclusión general, que el Reino Unido resumió de esta manera:

En términos generales, la opinión del Reino Unido es que en los casos en que el derecho internacional requiera sólo el logro de un cierto resultado, la situación estaría comprendida en el párrafo 2 del proyecto de artículo 21. El deber de establecer un sistema de justicia equitativo y eficiente es un buen ejemplo. La existencia de un tribunal inferior corrupto no constituiría una violación de esa obligación si la situación se pudiera remediar rápidamente en un tribunal superior. En el caso de esas obligaciones, no se produce violación hasta que el Estado deja de aprovechar todas las oportunidades disponibles para lograr el resultado requerido. Por otro lado, si el derecho internacional exige que se actúe de una cierta manera, o que un resultado determinado se logre dentro de un cierto período, la violación del derecho internacional se produce en el momento en que la conducta del Estado se desvía de la conducta requerida, o en el momento en que expira el período sin que se haya logrado el resultado. La denegación de un derecho de paso inocente o la falta de pago de una indemnización transcurrido un período razonable

¹⁵³ Especialmente los artículos 3 y 16; véase el párrafo 11 *supra*.

¹⁵⁴ La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981, regula la presentación al Comité de comunicaciones de los Estados y otras comunicaciones (arts. 47 y 55). Hasta ahora el Comité no ha manifestado su punto de vista sobre las cuestiones que se examinan. Pueden encontrarse planteamientos semejantes en el derecho de la Unión Europea (véase, por ejemplo, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland*, asunto C-46/93, *Recopilación de Jurisprudencia 1996* (Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, pág. I-01029, especialmente párrs. 51 y 56), aunque la naturaleza especial del derecho comunitario limita el valor de la comparación. El régimen general de la responsabilidad de los Estados en el derecho comunitario puede verse, por ejemplo, en Craig y de Búrca, *EU Law: Texts, Cases and Materials*, págs. 240 a 282.

¹⁵⁵ Sobre la posibilidad de que la mera aprobación de una ley suponga la vulneración de las obligaciones del Estado siempre que la ley se aplique directamente a las personas, véase, entre otros, Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, págs. 209 y 210; Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law: its Rationale in the International Protection of Individual Rights*, págs. 201 a 206; y Dipla, *La responsabilité de l'État pour violation des droits de l'homme : problèmes d'imputation*, págs. 20 a 22. En contra, véase Cahier, «Changements et continuité du droit international : cours général de droit international public», págs. 261 a 263.

después de la expropiación de bienes de extranjeros, son casos de violación de esas normas. El recurso a los procedimientos del Estado para «corregir» el incumplimiento del deber constituiría, en tales casos, una instancia de agotamiento de los recursos internos¹⁵⁶.

75. Obviamente puede haber casos en que el Estado esté facultado para limitar los derechos de las personas a condición de indemnizarlas. Es el caso, en general, de la expropiación de bienes por causa de utilidad pública, que se funda en el reconocimiento del dominio eminente. Pero tal dominio no existe respecto del trato arbitrario a las personas. A veces la obligación consiste en dotarse de cierto *sistema*, por ejemplo, una administración de justicia imparcial y eficaz. La cuestión de la violación está entonces sujeta a consideraciones sistemáticas, de manera que una decisión incorrecta adoptada por una autoridad inferior en el orden jerárquico que pueda ser revisada, no es en sí misma un acto antijurídico¹⁵⁷. Es el ejemplo que ofrece el Reino Unido en el pasaje citado anteriormente. Las obligaciones sistemáticas han de aplicarse al sistema en su conjunto. Sin embargo, muchas obligaciones relativas a los derechos humanos no son de esa clase: por ejemplo, cuando el Estado tortura o mata arbitrariamente, la violación es inmediata y absoluta¹⁵⁸.

76. Tal vez, como advierte el Reino Unido, el problema que aquí se ha analizado guarda más relación con el comentario del artículo 21 que con el propio texto del artículo¹⁵⁹. En todo caso, del análisis se derivan varias conclusiones.

vi) *La primacía de las normas primarias y de su interpretación*

77. En primer lugar, por más que sea posible clasificar con precisión ciertas obligaciones en obligaciones de comportamiento u obligaciones de resultado, y por más que ello aclare el contenido o la aplicación de las normas de que se trate, esa clasificación no sirve de sustituto de la interpretación y aplicación de las propias normas teniendo en cuenta su contexto, objetivo y propósito. El problema de los artículos 20 y 21 consiste en que entrañan la necesidad de un proceso intermedio de clasificación de obligaciones antes de resolver las cuestiones de incumplimiento. En última instancia, sin embargo, la determinación de si se ha violado una obligación depende de los términos exactos de ésta y de las circunstancias del caso. Por ejemplo, una cosa es que las obligaciones de

¹⁵⁶ *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3, párr. 2 del comentario al artículo 21.

¹⁵⁷ Igualmente, la saturación temporal de la justicia por una acumulación de causas que provoca demoras inesperadas no se considera incumplimiento «si el Estado adopta las medidas correctivas del caso con la prontitud necesaria» (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Unión Alimentaria Sanders SA*, fallo de 7 de julio de 1989, *serie A n.º 157*, pág. 15, párr. 40).

¹⁵⁸ Tras un análisis más detenido es probable que la obligación de que la administración de justicia sea imparcial y eficaz comprenda elementos diversos, incluidas ciertas obligaciones «de resultado» (por ejemplo, el derecho a ser juzgado por un juez) y ciertas obligaciones «de comportamiento». Es, en suma, una obligación híbrida. Véase Tomuschat, «What is a 'breach'...?», pág. 328. Otro ejemplo claro es la obligación de respetar la intimidad familiar. Véase el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Marckx* (nota 147 *supra*), y fallos posteriores.

¹⁵⁹ El problema vuelve a suscitarse, no obstante, al analizar el artículo 22 (Agotamiento de los recursos internos), véanse los párrafos 138 a 146 *infra*.

los Estados en materia de derecho humanitario consistan expresamente en «respetar y hacer respetar» las normas aplicables¹⁶⁰ y la situación puede ser otra en otros contextos en que se empleen términos distintos. La taxonomía puede servir para interpretar y aplicar normas primarias pero no para reemplazarlas.

78. Igual conclusión se desprende del análisis de la obligación de los Estados en relación con la tortura que hizo el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en una causa reciente. El Tribunal manifestó:

Normalmente, el hecho de promulgar o mantener en vigor normas nacionales incompatibles con las internacionales da lugar a responsabilidad del Estado y, en consecuencia, a la correspondiente acción de cesación y reparación (*lato sensu*) únicamente cuando esas normas se aplican en forma concreta. En el caso de la tortura, en cambio, el simple hecho de mantener en vigor o promulgar leyes contrarias a la prohibición internacional de la tortura genera responsabilidad internacional del Estado. La importancia del derecho a no ser torturado es tanta que se hace imperativo prevenir la posibilidad de una ley nacional que autorice o condone la tortura o, en todo caso, pueda surtir tal efecto¹⁶¹.

En otras palabras, la determinación de si la promulgación de una ley incompatible constituye en sí una violación del derecho internacional depende del contenido y de la importancia de la norma primaria.

vii) *La diversidad de normas primarias*

79. En segundo lugar, hay una inmensa variedad de normas primarias, enunciadas en formas muy distintas. Los medios de llegar a un resultado pueden indicarse con muchos grados de precisión. Los fines que se han de alcanzar pueden, según las circunstancias, dictar con precisión los medios necesarios. Los medios y los fines pueden combinarse de diversa manera¹⁶². Por ejemplo, la situación habitual de una obligación de «hacer todo lo posible» para lograr un determinado resultado. Se trata claramente, no de una obligación de resultado sino, según su formulación, de la obligación de tomar las medidas que razonablemente sean necesarias y estén a disposición del Estado con miras a alcanzar el resultado indicado. Si el Estado toma una medida en ese sentido que no sea evidentemente insuficiente o inadecuada no habrá problema de incumplimiento. Sin embargo, es probable que el resultado no haya de alcanzarse y que el Estado disponga todavía de otras medidas que servirían para alcanzarlo. En esa circunstancia la obligación sería más estricta e incluso tendería hacia una obligación de resultado¹⁶³. Así pues, en la práctica

¹⁶⁰ Véase *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, C.I.J. Recueil 1986 (nota 68 *supra*), pág. 114, párr. 220, en lo referente al artículo 1 común de los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949; véase también. Condorelli y Boisson de Chazournes, «Quelques remarques à propos de l'obligation des États de 'respecter et faire respecter' le droit international humanitaire en 'toutes circonstances'», y Levrat, «Les conséquences de l'engagement pris par les Hautes Parties contractantes de 'faire respecter' les Conventions humanitaires».

¹⁶¹ *Le Procureur c. Anto Furundzija*, asunto n.º IT-95-17/1-T, Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (magistrados Mumba, Cassese y May), fallo de 10 de diciembre de 1998, párr. 150; véase también el párrafo 149.

¹⁶² Como señala Lysén, *op. cit.*, págs. 62 y 63.

¹⁶³ Véase el párrafo 86 *infra*.

las obligaciones de comportamiento y las de resultado no constituyen una dicotomía sino un espectro¹⁶⁴.

viii) *El carácter particular de la distinción entre obligaciones de comportamiento y de resultado*

80. En tercer lugar, no todas las obligaciones pueden clasificarse como de comportamiento o de resultado. Hay obligaciones híbridas y, por ejemplo, en el propio proyecto de artículos se distingue otro «tipo» de obligaciones, las de prevención. Antes de llegar a una conclusión acerca de los artículos 20 y 21, resulta útil pasar revista a las obligaciones de esa índole.

f) *Artículo 23. Violación de una obligación internacional de prevenir un acontecimiento dado*

81. El texto del artículo 23 es el siguiente:

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

82. El artículo 23 continúa el análisis de los distintos tipos de obligación (de comportamiento o de resultado) a que se refieren los artículos 20 y 21. En el comentario se mencionan las obligaciones de prevención en los términos siguientes:

Lo que caracteriza [...] es precisamente la noción de acontecimiento, es decir, de un hecho que es obra del hombre o de la naturaleza, ajeno, en cuanto tal, a la acción del Estado. Por lo tanto, si el resultado que según le exige la obligación ha de lograr el Estado es proceder de modo que no se produzca tal o cual acontecimiento, el elemento fundamental de la violación de la obligación es la realización del acontecimiento, de la misma manera que la no realización de ese acontecimiento es el elemento fundamental del cumplimiento de la obligación [...] [L]a no realización del acontecimiento es el resultado que el Estado tiene la obligación de lograr, y la realización del acontecimiento es la que determina que el resultado no se ha logrado¹⁶⁵.

83. El comentario agrega que en los casos de obligación de prevención, la simple circunstancia de no prevenir no constituye condición suficiente para la responsabilidad, si bien es necesaria: «Evidentemente, el Estado no puede estar obligado más que a oponerse por su acción a la eventualidad de tal acontecimiento, a frustrar, en lo que depende de él, la realización de tal acontecimiento»¹⁶⁶. Así, las obligaciones de prevención intrínsecamente consisten en obligaciones de adoptar todas las medidas que sean razonables o necesarias para que el acontecimiento no tenga lugar y no de dar garantías de que ese acontecimiento no tendrá lugar¹⁶⁷.

i) *Observaciones de los gobiernos acerca del artículo 23*

84. Francia señaló que «el proyecto de artículo 23, cuya redacción es confusa, [...] se refiere a reglas de derecho

¹⁶⁴ Como señalan diversos gobiernos en sus observaciones (véase el párrafo 56 *supra*).

¹⁶⁵ *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 81, párr. 4 del comentario al artículo 23.

¹⁶⁶ *Ibid.*, párr. 6.

¹⁶⁷ En cambio, tampoco son «obligaciones de diligencia debida» en el sentido ordinario de la expresión. Esa obligación se incumpliría al no ejercer la diligencia debida, por más que no tuviera lugar el resultado tenido (*ibíd.*, párr. 4, nota 397).

sustantivo que establecen obligaciones primarias; por lo tanto, no tiene cabida en un proyecto de esta índole»¹⁶⁸. Alemania estuvo de acuerdo¹⁶⁹. Según el Reino Unido, el artículo 23 no era polémico pero tampoco necesario y, a su juicio, era posible suprimirlo o combinarlo con el artículo 21¹⁷⁰.

ii) El contenido de las obligaciones de prevención

85. Resulta tentador calificar las obligaciones de prevención de obligaciones «negativas» de resultado. El resultado de esas obligaciones no es que algo ocurra sino que no ocurra. Sin embargo, ello dependerá de la interpretación de la norma primaria de que se trate. El comentario¹⁷¹ menciona como ejemplo de obligación de prevención el artículo 22, párr. 2 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, según el cual:

El Estado receptor tiene la obligación especial de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger los locales de la misión contra toda intrusión o daño y evitar que se turbe la tranquilidad de la misión o se atente contra su dignidad.

Según el comentario, se trata de una obligación «cuya violación, de la misma manera, no se realiza a menos que se pueda comprobar que ese resultado no ha sido logrado» [la intrusión, el daño o la turbación]¹⁷².

86. Si bien existen obligaciones de prevención en el sentido que se describe en el comentario, es evidente que el artículo 22, párr. 2 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas no es una obligación de esa índole, y, como mucho, es una obligación de comportamiento. No cabe duda de que no se trata de una garantía contra la intrusión, sino de la obligación continua del Estado receptor de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger la misión, obligación que se hace más estricta si, por alguna razón, la misión es invadida o se perturba su funcionamiento. En el caso *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, la CIJ señaló que esas y otras disposiciones de la Convención imponían al Estado receptor «las obligaciones más categóricas [...] de adoptar medidas adecuadas para proteger» las misiones de los Estados Unidos y su personal¹⁷³ y agregaba que, en razón de su inacción frente a las diversas amenazas de los militantes:

el Gobierno del Irán se abstuvo totalmente de adoptar «medidas adecuadas» para proteger los locales, el personal y los archivos de la misión de los Estados Unidos contra un ataque de los militantes ni tomó medida alguna para prevenir ese ataque o contenerlo antes de que terminara. [...] [A] juicio de la Corte, la circunstancia de que el Gobierno del Irán no tomara esas medidas obedecía a más que una simple negligencia o a la falta de medios adecuados.

[...]

¹⁶⁸ *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3, observaciones sobre el artículo 23.

¹⁶⁹ *Ibíd.*, observaciones sobre el artículo 20.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, observaciones sobre el artículo 23.

¹⁷¹ *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 81, párr. 4, y págs. 83 y 84, párr. 12 del comentario al artículo 23. Véanse también las observaciones de Dinamarca (en nombre de los países nórdicos) citadas en el párrafo 56 *supra*.

¹⁷² *Ibíd.*, párr. 4. Según el comentario, las protestas diplomáticas anteriores se referirían al logro del cumplimiento de la obligación y no planteaban cuestiones de responsabilidad.

¹⁷³ *C.I.J. Recueil 1980* (véase la nota 31 *supra*), pág. 30, párr. 61.

La inacción del Gobierno del Irán constituía en sí misma una clara y grave violación de las obligaciones que incumben a este país respecto de los Estados Unidos con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 22¹⁷⁴.

Además, la interpretación del artículo 22, párr. 2 por la que se opta en el comentario no es buena en principio; los Estados no deberían estar en condiciones de desestimar esa «obligación especial» sobre la base de que no ha habido una intrusión, daño o perturbación o tal vez no lo haya nunca.

87. Constituye un ejemplo mejor de obligación de prevención, también mencionado en el comentario¹⁷⁵, el principio enunciado en el arbitraje del asunto *Fonderie de Trail*, de que el Estado debe hacer todo lo que esté a su alcance por impedir que un Estado vecino sufra daños transfronterizos dimanados de la contaminación. Se agrega luego en el comentario que «[i]ncluso en el caso concreto de una obligación de prevención de un acontecimiento, la existencia de un daño no representa una condición suplementaria de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito»¹⁷⁶. Ello es cierto si la situación que hay que prevenir no está definida desde el punto de vista de la materialización del daño pero *puede* definirse desde ese punto de vista. Un Estado puede contraer la obligación de prevenir daños a determinadas personas o al territorio de otros Estados y puede ocurrir que, en una interpretación adecuada de la obligación, lo que dé lugar a la responsabilidad sea la materialización del daño y no el hecho de no tomar medidas para prevenirlo.

iii) Conclusiones acerca de los artículos 20 a 23

88. Por las razones indicadas¹⁷⁷, el Relator Especial considera que el artículo 21, párr. 2 contiene un exceso de detalle y puede constituir una fuente de malentendidos, por lo cual habría que suprimirlo. La dificultad básica se encuentra en el concepto de una obligación de resultado que, a pesar de una violación *prima facie*, «permita que ese resultado o un resultado equivalente pueda no obstante lograrse mediante un comportamiento ulterior del Estado». No cabe duda de que las normas primarias pueden revestir múltiples formas y que una norma primaria puede permitir que un Estado rectifique una violación tomando medidas correctivas que surtirían el efecto no sólo de servir de reparación sino también de dejar sin efecto por completo la violación anterior. En todo caso, esto es inusitado¹⁷⁸. Si simplemente se amenaza con incumplir

¹⁷⁴ *Ibíd.*, págs. 31 y 32, párrs. 63 y 67. La Corte llegó a la conclusión de que el comportamiento del Irán «evidentemente había dado lugar a reiteradas y múltiples violaciones de las disposiciones aplicables de las Convenciones de Viena aún más graves que las dimanadas del hecho de que no tomara medida alguna para prevenir los ataques contra la inviolabilidad de esos locales» (*ibíd.*, págs. 35 y 36, párr. 76). Véase también Rosenne, *op. cit.*, págs. 50 y 67. Lo mismo señaló Alemania en sus observaciones sobre el artículo 20 (*Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3).

¹⁷⁵ *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 83, párr. 11 del comentario al artículo 23. Para la decisión en el asunto *Fonderie de Trail*, véase Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (n.º de venta: 1949.V.2), pág. 1905.

¹⁷⁶ *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 81, párr. 5 del comentario al artículo 23.

¹⁷⁷ Véanse los párrafos 69 a 75 *supra*.

¹⁷⁸ Es más común que una obligación especifique distintas formas de cumplimiento (la obligación de *aut dedere aut judicare* en el derecho de la extradición, por ejemplo), caso en el cual, aunque una de las

una obligación, tal vez lo que proceda es adoptar medidas preventivas o correctivas pero, por definición, la violación no habrá tenido lugar aún. De haber tenido lugar, un comportamiento ulterior puede reducir sus efectos o (al proporcionar un recurso interno efectivo) eliminar el agravio fundamental. Pero en este último caso se induce a error al sugerir que jamás ha habido violación.

89. En cuanto a las distinciones básicas entre obligaciones de comportamiento, de resultado y de prevención, enunciadas en los artículos 20, 21, párr. 1 y 23, evidentemente hay argumentos muy fuertes para suprimirlas. Un buen número de gobiernos las han criticado por ser excesivamente detalladas¹⁷⁹, han sido ampliamente criticadas en la doctrina¹⁸⁰ y su relación con conceptos similares en derecho interno es oscura e incluso contradictoria¹⁸¹.

90. Además, cualquiera que sea su valor analítico, las distinciones parecen referirse al contenido y al sentido de las normas primarias, lo cual puede explicar por qué parecen ser circulares al enunciar las normas secundarias. Por ejemplo, el artículo 20 no parece decir más que, cuando un Estado ha contraído la obligación de comportarse de determinada manera, la incumple si no se comporta de esa manera. La situación respecto de las obligaciones de comportamiento y de prevención puede ser distinta en razón del significado oculto de la expresión «mediante el comportamiento observado» en los artículos 21, párr. 1 y 23. Como explica el comentario, se trata de dar la idea de que, en el caso normal de una obligación de prevención, deben darse dos condiciones para que haya responsabilidad: que el Estado no adopte todas las medidas que tiene a su alcance para prevenir que el acontecimiento tenga lugar y que el acontecimiento tenga lugar en circunstancias tales que, si el Estado hubiese tomado las medidas que estaban a su alcance, no habría tenido lugar (o podría no haber tenido lugar)¹⁸². Sin embargo, aun en estos casos se plantea la dificultad de que, por más que ésta pueda ser la interpretación natural de una obligación de prevención, no es la única posible. Después de todo, un Estado podría dar seguridades de que un determinado resultado no ha de materializarse, salvo en situaciones de fuerza mayor, o podría dar una garantía incondicional; en otras palabras, podría incluso asumir el riesgo de acontecimientos imprevistos equivalentes a la fuerza mayor. El sentido de una determinada obligación depende de la interpretación de la norma primaria aplicable, pero este proceso de interpretación queda fuera del ámbito del proyecto de artículos. En otras palabras, los artículos 21, párr. 1 y 23 bien son circulares («respecto de las normas primarias de cierto contenido, éste es su contenido») o crean una presunción de la interpretación de ciertas normas primarias, lo cual no corresponde en el proyecto de artículos.

91. Los argumentos para suprimir esas disposiciones son muy de peso, pero debe subsistir aún una duda habida cuenta de la vigencia de los términos empleados¹⁸³ y

formas sea imposible, la otra subsista. En todo caso, las obligaciones de derechos humanos no revisten esta forma.

¹⁷⁹ Véanse los párrafos 56 y 84 *supra*.

¹⁸⁰ Véase el párrafo 59 *supra*.

¹⁸¹ Véanse los párrafos 57 y 58 *supra*.

¹⁸² *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 81 y 82, párr. 6 del comentario al artículo 23.

¹⁸³ No siempre en forma muy ilustrada; véase el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (C.I.J. Recueil 1997 (nota 51 supra)*, pág. 77,

su importancia en algunos casos, como el de determinar cuándo ha habido incumplimiento, así como de la pobreza relativa del marco conceptual del derecho internacional en cuestiones relativas al incumplimiento de obligaciones. Si bien es cierto que no hay que multiplicar innecesariamente las entidades, también hay argumentos que obran en favor de mantener conceptos existentes, por más que su alcance no sea general. La tarea de explicar los conceptos para describir obligaciones internacionales tiene su propia valía; los comentarios de los artículos 20, 21 y especialmente 23 son útiles, si bien hay que modificarlos para dar cabida a las indicaciones que anteceden.

92. Se invita a la Comisión a expresar su parecer acerca de si se ha de mantener la distinción en el texto del capítulo III y, para centrar el debate, el Relator Especial propone un artículo único que incorpora los elementos de la esencia de la distinción¹⁸⁴. En todo caso, para dejar constancia de su escepticismo, el Relator Especial ha dejado el artículo entre corchetes.

g) *Artículos 18, párrafos 3 a 5, y 24 a 26.*
Hechos ilícitos consumados y continuos

93. Los tres últimos artículos del capítulo III se refieren a aspectos distintos del problema de los hechos ilícitos que subsisten en el tiempo (la cuestión del «momento y duración de la violación de una obligación internacional») y su texto es el siguiente:

Artículo 24.—Momento y duración de la violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no se extienda en el tiempo

La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no se extienda en el tiempo se producirá en el momento en que se realice ese hecho. La perpetración de la violación no se extenderá más allá de ese momento, aunque los efectos del hecho del Estado se prolonguen en el tiempo.

Artículo 25.—Momento y duración de la violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que se extienda en el tiempo

1. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado de carácter continuo se producirá en el momento en que comience ese hecho. Sin embargo, el tiempo de perpetración de la violación abarcará todo el período durante el cual ese hecho continúe y siga sin estar en conformidad con la obligación internacional.

2. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado compuesto de una serie de acciones u omisiones relativas a casos distintos se producirá en el momento en que se realice la acción u omisión de la serie que determine la existencia del hecho compuesto. Sin embargo, el tiempo de perpetración de la violación abarcará todo el período desde la primera de las acciones u omisiones que en conjunto constituyan el hecho compuesto que no esté en conformidad con la obligación internacional y mientras se repitan esas acciones u omisiones.

3. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado de carácter complejo, constituido por una sucesión de

párr. 135), en que, según la Corte, las partes aceptaron «obligaciones de comportamiento, obligaciones de cumplimiento y obligaciones de resultado».

¹⁸⁴ Para los efectos de determinar si ha habido violación (en comparación con la cuestión de la duración de la violación), parece suficiente considerar las obligaciones de prevención en la misma forma que las obligaciones de resultado. Más adelante (véanse los párrafos 132 a 134 *infra*) se hace referencia a la cuestión de si la duración en el tiempo de la violación de obligaciones de prevención requiere una disposición separada.

acciones u omisiones de los mismos órganos o de órganos diferentes del Estado que intervengan en un mismo asunto se producirá en el momento en que se realice el último elemento constitutivo de ese hecho complejo. Sin embargo, el tiempo de perpetración de la violación abarcará todo el período comprendido entre el comportamiento que haya iniciado la violación y el que la haya perfeccionado.

Artículo 26.—Momento y duración de la violación de una obligación internacional de prevenir un acontecimiento dado

La violación de una obligación internacional que exija del Estado prevenir un acontecimiento dado se producirá en el momento en que comience ese acontecimiento. Sin embargo, el tiempo de perpetración de la violación abarcará todo el período durante el cual continúe el acontecimiento.

Como se indicó en párrafos anteriores, conviene examinar en el mismo contexto las disposiciones detalladas de los párrafos 3 a 5 del artículo 18 en que se hacen las mismas distinciones entre hechos ilícitos de carácter continuo, compuesto y complejo¹⁸⁵.

94. Al principio del comentario a esos artículos se señala que el aspecto temporal comprende tanto a la «determinación del momento en que se establece la existencia de la violación de una obligación internacional como la determinación de la duración, o presencia en el tiempo, de esa violación»¹⁸⁶. Se señalan las diversas consecuencias que pueden derivarse de esas determinaciones, como por ejemplo, la competencia de los tribunales, el carácter internacional de la acción o la aplicación de la doctrina de la prescripción extintiva y, al mismo tiempo, se señala que esos aspectos deben determinarse por remisión a normas jurídicas y no solamente a los hechos¹⁸⁷. En el caso de los «hechos instantáneos» (por ejemplo, el hecho de derribar un avión de pasajeros), sus efectos pueden prolongarse durante mucho tiempo y ser pertinentes para determinar la gravedad del hecho. Sin embargo, la continuación de esos efectos «no tendrá efectos sobre la determinación de la duración del hecho del Estado que los ha provocado, hecho que continuará siendo, en todo caso, un hecho que no se extiende en el tiempo»¹⁸⁸. Por ejemplo, en el comentario se afirma que en la decisión de la CPIJ en el caso *Phosphates du Maroc*¹⁸⁹, se había considerado que las decisiones de Francia eran instantáneas y no entrañaban un hecho ilícito continuo¹⁹⁰.

95. Con respecto al concepto de hecho ilícito que se extiende en el tiempo a que se refiere el artículo 25, el comentario establece la distinción entre hechos continuos, compuestos y complejos. Un «hecho continuo» es un hecho que «se desarrolla sin cambios durante un período de tiempo más o menos largo: es decir, un hecho que, después de haberse producido, continúa existiendo como tal y no sólo en sus efectos y en sus consecuencias»¹⁹¹. Se señala que la existencia del concepto de hecho ilícito

de carácter continuo (que es común a varios ordenamientos jurídicos nacionales) en el derecho internacional se debe a Triepel y ha sido aplicado con frecuencia por los tribunales, especialmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁹².

96. Un «hecho compuesto» es un «hecho del Estado formado por una serie de hechos del Estado individuales cometidos con relación a asuntos distintos»¹⁹³. Según el comentario, son hechos «que entrañan una serie de actos que, considerados separadamente, pueden ser lícitos o ilícitos, pero que están vinculados entre sí por una identidad de intención, contenido y efectos, aunque se relacionan con casos específicos distintos»¹⁹⁴. Como ejemplos se podría mencionar la adopción de una serie de decisiones administrativas que perjudican a los nacionales de un Estado determinado y en las que se establece un régimen discriminatorio o una disposición que impida a esos nacionales participar en una actividad económica, en transgresión de la obligación internacional del Estado anfitrión. Esos hechos colectivamente podrían ser ilícitos, lo sea o no cada una de las decisiones¹⁹⁵. Algunas normas primarias, las relativas a violaciones sistemáticas de los derechos humanos por ejemplo, requieren que haya una repetición del comportamiento. En esos casos, el primero de la serie de hechos no basta para determinar que se ha cometido un hecho ilícito pero, si le siguen otros hechos semejantes, se considerará que la conducta ilícita constituida por la serie de hechos se ha iniciado con el primero¹⁹⁶.

97. Por último, el concepto de hecho «complejo» se define como «un hecho del Estado constituido por una sucesión de acciones u omisiones de órganos estatales en relación con un mismo asunto»¹⁹⁷. Un ejemplo típico es la denegación de justicia a un extranjero. Se trata de un hecho complejo porque no está determinado por una sola decisión de un administrador o de un tribunal inferior: «El hecho internacionalmente ilícito ‘complejo’ es el desenlace global de todos los comportamientos observados en etapas sucesivas, en un caso concreto, por órganos estatales, cada uno de cuyos comportamientos habría podido lograr, pero no ha logrado, el resultado internacionalmente exigido»¹⁹⁸. Asimismo, ello tiene consecuencias desde el punto de vista de la duración del hecho ilícito. En el caso de un hecho complejo, «[e]l tiempo de perpetración de la violación debe contar desde el momento en que se ha producido la primera acción del Estado que ha creado una situación no conforme al resultado requerido por la obligación hasta el momento en que ha tenido lugar el comportamiento que ha hecho definitivamente irrealizable el resultado de que se trata»¹⁹⁹. En ese caso, la violación no queda establecida hasta que se realice el último hecho de

¹⁸⁵ Para el texto del artículo 18, véase el párrafo 35 *supra*.

¹⁸⁶ *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 85, párr. 1 del comentario al artículo 24.

¹⁸⁷ *Ibíd.*, pág. 86, párr. 5.

¹⁸⁸ *Ibíd.*, pág. 87, párr. 7.

¹⁸⁹ Fallo, 1938, *C.P.J.I. série A/B n.º 74*, pág. 10.

¹⁹⁰ *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 88, párr. 10; véase también pág. 90, párr. 5 del comentario al artículo 25. Por las razones que se explican más adelante, el Relator Especial no está de acuerdo con este punto de vista de la decisión (véase el párrafo 146 *infra*).

¹⁹¹ *Ibíd.*, pág. 89, párr. 2 del comentario al artículo 25.

¹⁹² *Ibíd.*, págs. 90 y 91, párrs. 4 a 7.

¹⁹³ *Ibíd.*, pág. 89, párr. 1.

¹⁹⁴ *Ibíd.*, págs. 91 y 92, párr. 9.

¹⁹⁵ *Ibíd.*, pág. 92, párrs. 10 y 11.

¹⁹⁶ *Ibíd.*, párr. 12.

¹⁹⁷ *Ibíd.*, pág. 89, párr. 1.

¹⁹⁸ *Ibíd.*, pág. 93, párr. 15.

¹⁹⁹ *Ibíd.*, pág. 94, párr. 17. El comentario se basa esencialmente en las razones que hizo valer Italia (*ibíd.*, págs. 94 y 95, párr. 18) en el caso *Phosphates du Maroc* (a cuyo respecto véanse la nota 189 *supra* y el párrafo 146 *infra*).

la secuencia, pero se produce desde que comienza la serie de hechos y, por lo tanto, tiene cierto efecto retroactivo.

98. Esta serie de artículos concluye con el artículo 26, que se refiere al momento y la duración de la violación de una obligación de prevenir un acontecimiento. El comentario subraya el paralelismo entre los artículos 26 y 23. Al igual que en el caso de las obligaciones de prevenir un acontecimiento la condición para que haya violación es que se materialice el resultado de que se trata y de ello se desprende que esa materialización «debe ser también necesariamente el elemento decisivo para determinar, en la misma hipótesis, el momento y la duración de dicha violación»²⁰⁰. Queda descartada la idea de que incluso el incumplimiento manifiesto e irreversible del deber que tiene el Estado de impedir que se produzca el acontecimiento pueda equivaler a una violación. Ésta no puede darse antes de que ocurra el propio acontecimiento, y «la lógica misma impide considerar que el momento de la violación sea un momento anterior a la realización del acontecimiento»²⁰¹. Pero la situación es distinta una vez que se produce el acontecimiento prohibido. Si éste tiene carácter continuo, «es normal pensar que la obligación de prevenir [su] realización [...] implica [...] la obligación de actuar de modo que se le ponga fin»²⁰². Por lo tanto, en el caso de los acontecimientos de carácter continuo, la obligación de prevenir su realización es en sí una obligación continua y su incumplimiento abarcará todo el período durante el cual se mantenga el acontecimiento²⁰³.

i) Observaciones de los gobiernos acerca de los artículos 18, párrafos 3 a 5, y 24 a 26

99. Las observaciones de los gobiernos que se refirieron a esos artículos están un tanto divididas. Francia es partidaria de que se incluya el artículo 25 en el proyecto porque en él se establece una útil clasificación de «las violaciones según la forma en que se cometen», pero sugiere que se hagan remisiones a otros párrafos del artículo 18 en que figuren los mismos conceptos²⁰⁴. El Reino Unido en cambio:

se manifiesta preocupado por el hecho de que el proyecto de artículos quizá contenga distinciones demasiado sutiles entre las diferentes categorías de hechos. Espera que la Comisión considere la medida en que es necesario y útil adoptar artículos en los que se definan con gran precisión analítica las diferentes categorías de violaciones. Quizá fuera preferible contar con un concepto más sencillo de violación y dejar que su aplicación en casos concretos se vaya perfeccionando en la práctica de los Estados²⁰⁵.

En el mismo orden de ideas los Estados Unidos critican los artículos 18 y 24 a 26 porque enuncian:

una serie compleja de normas abstractas que rigen la calificación del hecho de un Estado como continuo, compuesto o complejo. [...] Sin embargo, leídos conjuntamente esos artículos añaden al proyecto más complejidad de la necesaria y ofrecen posibles escapatorias jurídicas

²⁰⁰ *Ibid.*, pág. 96, párr. 1 del comentario al artículo 26. Para el debate sobre el artículo 23, véanse los párrafos 85 a 87 *supra*.

²⁰¹ *Ibid.*, párr. 2.

²⁰² *Ibid.*, pág. 97, párr. 6.

²⁰³ *Ibid.*, párr. 7.

²⁰⁴ *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3, observaciones sobre el artículo 25.

²⁰⁵ *Ibid.*, observaciones sobre el artículo 18. Véase también el párrafo 56 *supra*.

para que los Estados infractores eludan el cumplimiento de sus obligaciones.

[...]

Esas disposiciones pueden servir más para complicar que para aclarar la determinación de la responsabilidad²⁰⁶.

Alemania hace una observación similar en relación con los artículos 24 a 26²⁰⁷. Grecia señala que el artículo «se debería redactar de manera más simple y clara»²⁰⁸.

ii) Resumen de las cuestiones planteadas

100. El hecho de determinar cuándo comienza y cuánto dura un hecho ilícito es un problema que en la práctica se plantea con frecuencia y que ha sido objeto de bastante jurisprudencia²⁰⁹. En esos casos, el problema que se plantea a menudo no es tanto el de la responsabilidad *per se*, sino más bien el de la competencia del tribunal o de otro órgano, o la admisibilidad de la demanda²¹⁰. Pero existen también posibles consecuencias en el ámbito de la responsabilidad propiamente dicha y, de hecho, el proyecto de artículo 41 se refiere a una consecuencia muy importante relacionada con la cesación del hecho ilícito. Las disposiciones existentes probablemente sean complejas, pero parece necesario que haya por lo menos alguna que regule la cuestión.

101. Se ha propuesto primeramente que se examine la cuestión de determinar cuándo cabe considerar que ha ocurrido un hecho internacionalmente ilícito. Aunque el hecho sea de carácter continuo debe haber un momento determinado en que se origine el hecho ilícito. En segundo lugar, es necesario distinguir entre los hechos consumados (que no se extienden en el tiempo) y los continuos. En tercer lugar, hay que tener en cuenta, en el marco básico establecido por esas distinciones, los nuevos elementos que introducen los conceptos de hecho ilícito compuesto y complejo. En cada contexto es necesario examinar cómo el principio del derecho intertemporal afecta a la responsabilidad en el caso de los hechos continuos, compuestos y complejos. Así en este examen se tendrán en cuenta los párrafos 3 a 5 del artículo 18.

²⁰⁶ *Ibid.*, donde se cita a Brownlie, *op. cit.*, págs. 197 y 198.

²⁰⁷ *Ibid.*, observaciones sobre el artículo 24.

²⁰⁸ Documento A/CN.4/492 (reproducido en el presente volumen), observaciones sobre el artículo 26. Véanse también las observaciones generales de los gobiernos acerca del capítulo III que se resumen en el párrafo 4 *supra*.

²⁰⁹ Véase, por ejemplo, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, fallo, 1924 C.P.J.I., serie A n.º 2, pág. 35; *Phosphates du Maroc*, fallo, 1938, C.P.J.I. serie A/B n.º 74, págs. 23 a 29; *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, fallo, 1939, C.P.J.I. serie A/B n.º 77, págs. 80 a 82; y *Droit de passage sur territoire indien*, fondo, fallo, C.I.J. *Revueil 1960*, págs. 33 a 36. La cuestión se ha planteado con frecuencia ante los órganos del Convenio europeo de derechos humanos (véase Pauwelyn, *loc. cit.*, págs. 430 a 440): véase, por ejemplo, los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *De Becker* (nota 108 *supra*), págs. 234 y 244; *Irlande c. Royaume-Uni*, fallo de 18 de enero de 1978, serie A n.º 25, pág. 64; *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, *ibid.*, fallo de 24 de junio de 1993, serie A n.º 260-B, párr. 40; y *Agrotexim et autres c. Grèce*, *ibid.*, fallo de 24 de octubre de 1995, serie A n.º 330 A, párr. 58.

²¹⁰ Véase, entre otros, Pauwelyn, *loc. cit.*; Salmon, «Le fait étatique complexe : une notion contestable», y Wyler, «Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite».

iii) *¿Cuándo comienza el incumplimiento de una obligación? Distinción entre el incumplimiento perceptible, inminente o «anticipado» del incumplimiento efectivo de las obligaciones*

102. La primera cuestión que debe determinarse, y que es común a los tres párrafos del artículo, es cuándo hay violación del derecho internacional (que es distinto al hecho de percibir el incumplimiento de la obligación o que éste sea inminente). Es decir, cuándo «ocurre» en primer lugar el hecho ilícito. En principio, se puede responder a la pregunta haciendo referencia a la norma primaria de que se trate. Algunas normas prohíben expresamente las amenazas de realizar determinada conducta²¹¹, la instigación o la tentativa²¹², en cuyo caso la amenaza, la instigación o la tentativa en sí constituye un hecho ilícito. La cuestión de si existen normas secundarias generales del derecho internacional que se refieren a hechos ilícitos «secundarios» como la instigación y la complicidad, entre otros, se analizará detenidamente en el contexto del capítulo IV de la primera parte del proyecto de artículos. Por el momento, se trata de determinar cuándo cabe decir, por remisión a la norma primaria, que ha ocurrido un hecho ilícito.

103. Ese problema se planteó en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagyymaros*²¹³. Tras la negativa de Hungría de continuar con el proyecto previsto en el tratado bilateral de 1977, Checoslovaquia procedió activamente a planificar y posteriormente construir otro proyecto unilateral (denominado «Variante C»), utilizando las instalaciones que ambos países habían construido conjuntamente para el proyecto original y otras estructuras construidas en su territorio. La Variante C se puso realmente en práctica cuando las aguas del Danubio fueron desviadas por medio de las nuevas instalaciones, en octubre de 1992. La CIJ determinó que el proyecto Variante C era ilícito por varias razones, aunque Hungría hubiera incumplido antes el tratado de 1977. Sin embargo se trataba de determinar en qué momento había habido incumplimiento por parte de Checoslovaquia. Ello era importante, entre otras cosas, porque en mayo de 1992 Hungría había manifestado el propósito de resolver el tratado en razón de la insistencia de Checoslovaquia en construir la Variante C. Hungría señaló que el artículo 60 de la Convención de Viena de

1969 no obstaba para que una de las partes, que a su vez incumpliera el tratado, lo resolviese aduciendo el incumplimiento de la otra parte y afirmó que, para abril de 1992 por lo menos, la decisión de Checoslovaquia de proceder a la desviación ilícita de las aguas del Danubio constituía bien una violación, bien una denuncia del tratado, lo que autorizaba a Hungría a resolverlo²¹⁴.

104. La Corte rechazó ese argumento y dictaminó (por mayoría de 9 votos contra 6) que la violación no había ocurrido hasta la desviación propiamente dicha de las aguas del Danubio en octubre. Al respecto señaló que:

entre noviembre de 1991 y octubre de 1992, Checoslovaquia se limitó a ejecutar, en su propio territorio, las obras que eran necesarias para ejecutar la Variante C, pero que podían haberse abandonado si se hubiera llegado a un acuerdo entre las partes y, por lo tanto, no prejuzgaban la decisión final que debía adoptarse. Si no se hubiese construido unilateralmente la represa del Danubio, la Variante C en realidad no se habría puesto en práctica.

Ese tipo de situación es común en el derecho internacional, e incluso en el derecho interno. Un hecho ilícito o un delito a menudo va precedido de actos preparatorios que no deben confundirse con el propio hecho o delito. Debe establecerse, además, la distinción entre la perpetuación efectiva del hecho ilícito (ya sea instantáneo o continuo) y la conducta previa al hecho, que es de carácter preparatorio y no puede considerarse hecho ilícito²¹⁵.

Por consiguiente, la Corte decidió que «Checoslovaquia tenía la facultad de poner en práctica, en noviembre de 1991, la Variante C, siempre y cuando se limitara en ese momento a emprender obras que no prejuzgaran la decisión final que ésta debía adoptar. En cambio, Checoslovaquia no tenía derecho a poner en práctica esa Variante a partir de octubre de 1992»²¹⁶. Como Hungría había manifestado su propósito de resolver el tratado en mayo de 1992, antes de que Checoslovaquia lo incumpliera y antes de que Hungría hubiera sufrido pérdidas como consecuencia de la conducta de Checoslovaquia, esa resolución del tratado era «prematura» y carente de efecto²¹⁷.

105. En todo caso, según la Corte, Hungría se habría quedado sin hacer valer el incumplimiento por Checoslovaquia ya que era a su vez responsable de una violación anterior relacionada con el mismo tratado²¹⁸. Este aspecto del caso tiene que ver con la denominada *exceptio non*

²¹¹ En particular el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas prohíbe que se recurra a la «amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado». Véase qué constituye una amenaza al uso de la fuerza en *Liceité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, opinión consultiva, C.I.J. Recueil 1996, págs. 246 y 247, párrs. 47 y 48; véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996*, pág. 111. Véase asimismo Sadurska, «Threats of force».

²¹² Al respecto, la formulación del artículo III de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio es bastante amplia ya que prohíbe, además del genocidio propiamente dicho, la asociación delictiva, la instigación directa y pública, la tentativa y la complicidad. Desde luego que el artículo III apunta principalmente a la responsabilidad penal individual; pero en el caso *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la CIJ señaló que «la referencia que hace el artículo IX a la responsabilidad de un Estado que comete un delito de genocidio o cualquiera de los otros enumerados en el artículo III no excluye ningún tipo de responsabilidad del Estado» (Excepciones preliminares, fallo, C.I.J. Recueil 1996, pág. 616, párr. 32; véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996*, pág. 123). Ello implica que los propios Estados pueden ser directamente responsables de instigación, asociación delictiva, complicidad y tentativa.

²¹³ C.I.J. Recueil 1997 (véase la nota 51 *supra*), pág. 7.

²¹⁴ En algunos ordenamientos jurídicos, el concepto de «incumplimiento anticipado» se utiliza para referirse a la negativa categórica de una de las partes a cumplir una obligación contractual antes del plazo fijado para su cumplimiento. El incumplimiento anticipado de una de las partes faculta a la otra parte a resolver el contrato e interponer una acción por daños y perjuicios. Véanse los asuntos *Frost v. Knight* (1872) LR 7 Ex 111, y *White and Carter (Councils) Ltd. v. McGregor* [1962] AC 413; y Zweigert y Kötz, *op. cit.*, págs. 543 y 544. Otros ordenamientos llegan a conclusiones parecidas sin utilizar ese concepto; por ejemplo, interpretan la negativa de cumplir la obligación manifestada antes de la fecha establecida para su cumplimiento como una «infracción positiva del contrato»: *ibíd.*, pág. 531 (derecho alemán). No parece haber un concepto equivalente en el derecho internacional, pero según el párrafo 3, apartado a del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969, la definición de una violación grave de un tratado incluye «[u]n rechazo [...] no admitido por la presente Convención», y está claro que ese rechazo puede ocurrir antes de la fecha establecida para el cumplimiento de la obligación.

²¹⁵ C.I.J. Recueil 1997 (véase la nota 51 *supra*), pág. 54, párr. 79, en que se cita el comentario del proyecto de artículo 41. Seis magistrados —Schwebel (presidente), Bedjaoui, Ranjeva, Herczegh, Fleischhauer y Rezek— expresaron su desacuerdo.

²¹⁶ *Ibíd.*, pág. 57, párr. 88.

²¹⁷ *Ibíd.*, págs. 66 y 67, párrs. 108 y 109.

²¹⁸ *Ibíd.*, pág. 67, párr. 110.

adimpleti contractus, y se examinará en el contexto del capítulo V de la primera parte.

106. Por lo tanto, la CIJ hizo una distinción entre el hecho ilícito propiamente dicho y los actos preparatorios. Esos actos en sí no constituyen una violación si no «predeterminan la decisión final que ha de adoptarse»²¹⁹. Sin embargo, el hecho de que ello suceda en una situación dependerá de los hechos del caso y del contenido de la norma primaria. Se plantearán cuestiones de valoración y grado que no es posible determinar por adelantado recorriendo a una fórmula. El uso de las palabras «se producirá» en los artículos 24 a 26 parece ser apropiado para ello.

iv) *¿Cuándo continúa el incumplimiento de una obligación? La distinción entre hecho ilícito continuo y hecho ilícito consumado*

107. La segunda cuestión se refiere a la distinción entre el hecho ilícito que se extiende en el tiempo y el que no lo hace. Para ser más precisos, cabría hacer dos distinciones, una entre los hechos ilícitos que ocurren y se consuman en un momento determinado y los que requieren cierto tiempo para su realización y, la otra, entre los hechos ilícitos que se han consumado (aunque sus efectos pueden continuar) y los que tienen un carácter continuo. El proyecto de artículos, especialmente los artículos 24 y 25, parece incorporar ambas ideas.

108. No cabe duda alguna de que un hecho ilícito puede cometerse en un instante, el instante en que se confiscan bienes en aplicación de la ley, por ejemplo, o entra en vigor una ley. Se trata del *punctum temporis* del abogado en el que se transfiere la propiedad de una parte a otra o se realiza cualquier otro «acto jurídico». Esos actos para el derecho pueden ser instantáneos, pero es poco común que no se prolonguen por lo menos durante cierto tiempo. Sin embargo, no está claro que la distinción entre un hecho que ocurre en un instante y uno que se consume después de cinco segundos, cinco minutos o cinco horas pueda tener alguna importancia a los efectos de determinar la responsabilidad de un Estado. A efectos prácticos parece más importante establecer la distinción entre los hechos ilícitos consumados y los continuos, si bien esa distinción es relativa; un hecho ilícito continuo es un hecho ilícito que todavía no se ha consumado en el momento de que se trata.

109. Con ello no se pretende restar importancia a la distinción entre hechos ilícitos continuos y hechos ilícitos consumados, sino más bien situarla en el contexto apropiado. En el análisis, no exhaustivo, que se hace a continuación resulta evidente que esa distinción es importante y tiene consecuencias jurídicas:

a) El arbitraje relativo al *Rainbow Warrior* se refería al hecho de que Francia no hubiese detenido durante un período de tres años a dos agentes en la isla francesa de Hao situada en el Océano Pacífico, según el acuerdo establecido entre Francia y Nueva Zelanda para solucionar el incidente relacionado con el *Rainbow Warrior*. El Tribunal de Arbitraje se refirió con aprobación al artículo 24 y al párrafo 1 del artículo 25 del proyecto de artículos y la

distinción entre hechos ilícitos instantáneos y continuos²²⁰ y señaló lo siguiente:

Aplicando esta clasificación a la causa de autos, resulta evidente que el incumplimiento de la obligación de enviar de vuelta a Hao a los dos agentes constituye no sólo una grave violación del acuerdo sino también una violación de carácter continuo.

La clasificación no es meramente teórica y, por el contrario, tiene consecuencias prácticas ya que la gravedad de la violación y su prolongación en el tiempo tienen gran importancia en la determinación de la indemnización por una violación que presente esas dos características²²¹.

De hecho el Tribunal procedió seguidamente a sacar otras conclusiones jurídicas de esa distinción, con respecto a la duración de las obligaciones contraídas por Francia en virtud del acuerdo:

El hecho de caracterizar la violación como un acto que se extiende o continúa en el tiempo, de conformidad con el artículo 25 del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados [...] confirma la conclusión anterior relativa a la duración de las obligaciones pertinentes de Francia asumidas en virtud del primer acuerdo [...]. Francia incurrió en incumplimiento continuo de sus obligaciones, sin interrupción ni suspensión, durante todo el período en que los dos agentes permanecieron en París en violación del acuerdo.

Si el incumplimiento fue un hecho continuo [...] ello significa que la obligación incumplida tenía también carácter continuo e ininterrumpido. El «tiempo durante el cual se incumplió la obligación» fue un período ininterrumpido, que no fue y no podía ser intermitente [...]. Como el incumplimiento se inició el 22 de julio de 1986, debe terminar el 22 de julio de 1989, fecha en que expira el plazo de tres años fijado.

Por lo tanto, si bien Francia sigue siendo responsable de las violaciones ocurridas antes del 22 de julio de 1989, no cabe decir hoy que Francia esté incumpliendo *actualmente* sus obligaciones internacionales²²².

b) El concepto de hecho ilícito continuo también ha sido aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para declararse competente *ratione temporis* para conocer en una serie de asuntos (como se señala en el comentario). La cuestión se plantea porque la competencia del Tribunal puede verse limitada a hechos que ocurran después de que el Estado demandado se haya hecho parte en el Convenio o en el Protocolo pertinente y haya aceptado el derecho de petición de los particulares. Así, en el asunto *Papamichalopoulos c. Grèce*, la confiscación de bienes en que no se observó el procedimiento de expropiación ocurrió unos ocho años antes de que Grecia reconociera la competencia del Tribunal. El Tribunal determinó que había habido una violación continua del derecho al disfrute pacífico de los bienes, previsto en el artículo 1 del Primer Protocolo y, por lo tanto, se declaró competente para conocer de la demanda²²³.

c) En el asunto *Loizidou c. Turquie* el Tribunal aplicó un razonamiento parecido con respecto a las consecuencias de la invasión turca de Chipre en 1974, a raíz de lo cual se negó a la demandante el acceso a sus bienes en Chipre septentrional. Turquía aducía que, según el artículo 159 de la Constitución de 1985 de la República Turca de Chipre Septentrional (RTCS), los bienes en cuestión habían sido expropiados y ello había ocurrido

²²⁰ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (véase la nota 36 *supra*), pág. 264, párr. 101.

²²¹ *Ibid.*

²²² *Ibid.*, págs. 265 y 266. Sin embargo, véase la opinión en disidencia de Sir Kenneth Keith (*ibid.*, págs. 279 a 284).

²²³ Véase la nota 209 *supra*.

²¹⁹ *Ibid.*, pág. 54, párr. 79.

antes de que Turquía aceptara la competencia del Tribunal en 1990. El Tribunal determinó que, conforme al derecho internacional y teniendo en cuenta las resoluciones del Consejo de Seguridad en la materia, no podía atribuir efectos jurídicos a la Constitución de 1985 de la RTCS, de modo que la expropiación no se había producido en ese momento y los bienes seguían perteneciendo a la demandante. La negativa de la RTCS y las tropas turcas a dar a la demandante acceso a sus bienes continuó después de que Turquía aceptara la competencia del Tribunal y constituyó una violación del artículo 1 del Primer Protocolo²²⁴. Sin embargo, el magistrado Bernhardt, en una opinión disidente compartida en lo esencial por algunos miembros del Tribunal, enfocó de otra forma la distinción entre una violación consumada y una continua y manifestó:

Los órganos del Convenio han aceptado el concepto de «violaciones continuas». [...] [E]stoy plenamente de acuerdo con ese concepto, pero hay que tener en cuenta su ámbito de aplicación y sus límites. Si se mantiene en prisión a una persona antes y después de la fecha crítica [...] el hecho fundamental [...] es la conducta real de los órganos estatales, que es incompatible con los compromisos contraídos en virtud del Convenio europeo [...]. La situación de hecho y de derecho es [...] distinta cuando algunos acontecimientos históricos han originado una situación como la del cierre de fronteras, que tiene automáticamente consecuencias en un gran número de casos. En el asunto de que se trata, los hechos decisivos se remontan al año 1974. Desde entonces, la Sra. Loizidou no ha podido visitar su propiedad en Chipre septentrional. Esa situación existía antes y sigue existiendo después de la aprobación de la Constitución de la denominada República Turca de Chipre Septentrional [...]. Turquía reconoció la competencia del Tribunal únicamente «con respecto a hechos [...] que ocurrieron después de la fecha en que se depositó la presente declaración»; a mi juicio el cierre de la frontera en 1974 constituye el hecho esencial y la situación subsiguiente hasta el momento actual no debe quedar comprendida en el concepto de «violación continua»²²⁵.

d) El Comité de Derechos Humanos también ha aprobado el concepto de hechos ilícitos continuos. Por ejemplo, en el asunto *Sandra Lovelace c. Canadá*, determinó que tenía competencia para examinar los efectos continuos que entrañaba para la solicitante la pérdida de su condición de miembro del grupo, aunque ello hubiera ocurrido al momento de casarse en 1970 y el Canadá hubiera aceptado la competencia del Comité en 1976. El Comité indicó que:

por regla general, el Comité no es competente para examinar comunicaciones relativas a acontecimientos ocurridos antes de la entrada en vigor del Pacto y el Protocolo Facultativo. [...] De ello se desprende que, en el caso de *Sandra Lovelace*, el Comité no es competente para formular ninguna observación sobre la causa inicial de la pérdida de su condición de india [...] en el momento de su matrimonio, en 1970.

El Comité reconoce, sin embargo, que la situación puede ser diferente si las presuntas violaciones, aunque relacionadas con acontecimientos ocurridos antes del 19 de agosto de 1976, persisten, o si después de esa fecha surten efectos que, por sí mismos, constituyen violaciones²²⁶.

²²⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Loizidou c. Turquía*, fallo de 18 de diciembre de 1996 (fondo), *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI (Consejo de Europa, Estrasburgo, 1996), págs. 12 a 14, párrs. 41 a 47, y págs. 19 y 20, párrs. 63 y 64. Véase también *ibíd.*, fallo de 23 de marzo de 1995, *serie A n.º 310* (excepciones preliminares), págs. 33 y 34, párrs. 102 a 105.

²²⁵ Fallo de 18 de diciembre de 1996 (véase la nota 224 *supra*), págs. 24 y 25, párr. 2. En lo esencial estuvieron de acuerdo los magistrados Lopes Rocha, Jambrek, Pettiti, Baka y Gölcüklü.

²²⁶ Comité de Derechos Humanos, comunicación n.º R.6/24, *Lovelace c. Canadá*, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/36/40)*, anexo XVIII, párrs. 10 y 11.

El Comité determinó que los efectos continuos de la legislación canadiense, al impedir a Lovelace ejercer sus derechos como miembro de un grupo minoritario, bastaban para constituir una violación del artículo 27 del Pacto después de esa fecha. En ese caso el concepto de violación continua era pertinente no sólo con respecto a la competencia del Comité sino también para determinar que el artículo 27 era la disposición del Pacto directamente aplicable a la solicitante.

e) En el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*²²⁷, tanto la negativa de Hungría a continuar con el proyecto como la construcción y puesta en marcha de la Variante C por parte de Checoslovaquia constituyen hechos ilícitos continuos y ello tuvo consecuencias en varios sentidos. Por ejemplo, la Variante C se puso en marcha, en el contexto de un hecho ilícito continuo por parte de Hungría y tuvo varias consecuencias con respecto a la supervivencia del tratado de 1977²²⁸. Eslovaquia, al ser creada el 1.º de enero de 1993, se vio enfrentada a una conducta ilícita continua de ambas partes en el tratado; por consiguiente, la situación era distinta a lo que habría imperado si Eslovaquia hubiese heredado accidentalmente las consecuencias o los efectos de hechos ilícitos cometidos y consumados anteriormente²²⁹.

110. Esos ejemplos indican que el comportamiento que haya comenzado en determinado momento en el pasado y haya constituido (o, si la norma primaria pertinente hubiese estado vigente para el Estado en ese momento habría constituido) una violación en ese momento puede continuar y dar lugar a un hecho ilícito continuo en el presente. Además este carácter continuo puede tener importancia jurídica para diversos fines, incluso con respecto a la responsabilidad del Estado. Por ejemplo, la obligación de hacer que cese el comportamiento, prevista en el artículo 41, se aplica únicamente a los hechos ilícitos continuos. Ello sirve de fundamento suficiente para incluir en el capítulo III la distinción entre los hechos ilícitos consumados y continuos.

111. Podría objetarse, sin embargo, que es imposible definir el concepto de hecho ilícito continuo o que sólo puede definirse en relación con la norma primaria pertinente. Desde luego que el artículo 25, que se refiere únicamente a «un hecho del Estado de carácter continuo», no pretende establecer una definición. Tanto la norma primaria como las circunstancias del caso son importantes para determinar si el hecho ilícito tiene carácter continuo y es probable que no se pueda formular una definición detallada en abstracto. En cambio, en el comentario se puede impartir orientación al respecto; además, la dificultad que supone establecer una distinción válida en determinados casos no es motivo para prescindir de ella.

112. Por lo tanto, no es necesario que la Comisión adopte una posición con respecto a las cuestiones sustantivas que han dado lugar a desacuerdo en algunos de los asuntos antes mencionados²³⁰. Por ejemplo, en el asunto del

²²⁷ Véase la nota 51 *supra*.

²²⁸ Véanse los párrafos 103 a 108 *supra*.

²²⁹ Véase el párrafo 104 *supra*.

²³⁰ Tampoco es necesario que la Comisión adopte una posición categórica con respecto a una cuestión en la que no han estado de acuerdo dos Relatores Especiales anteriores, a saber, si la expropiación

Rainbow Warrior, el Tribunal utilizó el párrafo 1 del artículo 25 como fundamento para declarar que la obligación de Francia de detener a los dos oficiales en la isla de Hao había terminado en 1989. Normalmente la obligación de hacer algo antes de una fecha determinada se interpretaría en el sentido de comprender dos obligaciones distintas (hacer algo y hacerlo en el momento oportuno), pero el hecho de no hacerlo en una determinada fecha (sea o no excusable) no da por terminada la obligación. Por el contrario, el Estado normalmente estaría incumpliendo en forma continua la obligación principal una vez vencido el plazo para cumplirla²³¹. Es cierto, como sostuvo Francia en ese caso, que «no hay una norma de derecho internacional que prolongue una obligación por el hecho de que se haya incumplido»²³²; esta es una cuestión de interpretación de la norma primaria pertinente. Normalmente no se consideraría «completada» una obligación de mantener una situación durante un período determinado si se hubiese incumplido durante todo ese período. En todo caso, cualquiera que sea la interpretación más correcta de la norma primaria, las normas secundarias de responsabilidad del Estado no tienen nada que ver con la cuestión²³³.

113. En síntesis, a juicio del Relator Especial, la importancia del concepto de hecho ilícito continuo justifica claramente la necesidad de mantener disposiciones como las del artículo 24 y el párrafo 1 del artículo 25. Como esas disposiciones se refieren a una sola distinción práctica, quizás podrían combinarse en un solo artículo²³⁴.

v) *El principio intertemporal en relación con los hechos ilícitos continuos: el artículo 18, párrafo 3 en relación con el artículo 25, párrafo 1*

114. Queda por examinar cómo se aplica el principio intertemporal a los hechos de carácter continuo. Según el

constituye un hecho ilícito consumado o continuo. Véase *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte), pág. 7, documento A/CN.4/416 y Add.1, con referencias a la labor anterior de la Comisión. En cierta medida ello depende también del contenido de la norma primaria que presuntamente se ha infringido, y desde luego depende de los hechos. A juicio del actual Relator Especial, cuando la expropiación se realiza observando el procedimiento jurídico correspondiente, mediante el cual se transfiere el derecho sobre la propiedad de que se trata en virtud de la *lex loci* y se toma posesión del bien, la expropiación en sí constituye un hecho consumado. Sin embargo, la situación con respecto a una ocupación «gradual» o encubierta puede ser muy diferente: véase el asunto *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, examinado en el párrafo 109, apdo. *b supra*. Excepcionalmente puede justificarse el hecho de que un tribunal (como en el asunto *Loizidou c. Turquie*, mencionado en el párrafo 109, apdo. *c supra*), se niegue a reconocer en absoluto una ley o un decreto, con lo cual la denegación de la condición, el derecho de propiedad o la posesión podría dar por resultado la continuación del hecho ilícito. El ejemplo muestra que cada caso es complejo y que es poco prudente tratar de definir detalladamente las cuestiones de interpretación y aplicación en el proyecto de artículos.

²³¹ La situación quizás sería distinta si la conducta exigible no tuviera ninguna utilidad para el obligado después de la fecha; por ejemplo, la obligación de informar a otro Estado de la intención de hacer algo antes de hacerlo.

²³² Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (véase la nota 36 *supra*), pág. 265.

²³³ En el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (véase la nota 51 *supra*), Hungría no discutió (y obviamente no podía haberlo hecho) que su obligación de construir instalaciones había vencido porque el plazo para hacerlo había expirado. Los efectos de las circunstancias que excluyen la ilicitud debido al plazo para el cumplimiento de la obligación se examinarán en el capítulo V.

²³⁴ Véase el texto propuesto en el párrafo 158 *infra*.

párrafo 3 del artículo 18, un hecho de carácter continuo viola una obligación únicamente «en lo que se refiere al período durante el cual, hallándose la obligación en vigor respecto de ese Estado, se desarrolle el hecho». Ello obviamente es cierto con respecto a las consecuencias de un hecho continuo. Si la obligación deja de existir, no puede haber posteriormente una nueva violación o una violación continua²³⁵. Por consiguiente, en el arbitraje sobre el asunto del *Rainbow Warrior*, el desacuerdo se refería a si la obligación había expirado después del período de tres años y no a las consecuencias jurídicas en caso de que hubiera expirado²³⁶.

115. La posición con respecto a los períodos anteriores a la entrada en vigor de la obligación también es clara. Según el principio establecido en el párrafo 1 del artículo 18, el comportamiento del Estado constituye un hecho internacionalmente ilícito únicamente si la norma aplicable estaba en vigor para ese Estado en el momento del comportamiento²³⁷. En los distintos casos examinados en párrafos anteriores, la norma en cuestión no estaba en vigor para el Estado en el momento en que se inició el comportamiento ilícito, o bien el tribunal no tenía competencia respecto del Estado en ese momento y, por lo tanto, no estaba en condiciones de determinar su responsabilidad. Sin embargo, el párrafo 1 del artículo 25 no se refiere a ese caso. Dispone que la violación mediante un hecho de carácter continuo «se producirá en el momento en que comience ese hecho», lo que no es cierto si la norma no está en vigor en ese momento²³⁸. El párrafo 1 del artículo 25 debe ser objeto de esa salvedad y la cuestión puede explicarse detalladamente en el comentario. De hacerlo, el texto del párrafo 1 del artículo 25 («y siga sin estar en conformidad con la obligación internacional») parece suficiente para resolver el problema intertemporal del hecho ilícito continuo, en cuyo caso podría suprimirse el párrafo 3 del artículo 18, que no sería necesario.

vi) *La distinción entre los hechos compuestos y complejos: artículo 18, párrafos 4 y 5, y artículo 25, párrafos 2 y 3*

116. Distinta es la cuestión de si hay que mantener la otra distinción que figura en los párrafos 2 y 3 del párrafo 25, entre hechos compuestos y complejos (y las disposiciones conexas de los párrafos 4 y 5 del artículo 18 relativos a las cuestiones intertemporales). Como se señaló en párrafos anteriores, un hecho compuesto se define como un «hecho del Estado compuesto de una serie de acciones u omisiones relativas a casos distintos»; a diferencia de un «hecho complejo», que está constituido por «una sucesión de acciones u omisiones de los mismos órganos o de órganos diferentes del Estado que intervengan

²³⁵ En cambio, pueden plantearse cuestiones relacionadas con la indemnización, pero no siempre resulta fácil establecer la distinción entre la cesación y la indemnización. La cuestión se examina en el contexto del artículo 41.

²³⁶ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (véase la nota 36 *supra*), pág. 266. Véase la opinión disidente de Sir Kenneth Keith, págs. 279 a 284.

²³⁷ Véanse los párrafos 38 a 44 *supra*.

²³⁸ Evidentemente se trata de un descuido de redacción, ya que en el comentario al artículo 25 se expone claramente (*Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 89 y 90, párr. 3, nota 435).

en un mismo asunto». Un ejemplo de hecho compuesto sería la adopción de una política de *apartheid*, que supone una conducta sistemática de un gobierno con respecto a un grupo racial y que se manifestaría en toda una serie de actos. Ello podría compararse con un acto de discriminación racial contra una persona, que podría constituir perfectamente un hecho complejo en razón de la colusión de los distintos órganos o del comportamiento contrario a esa persona durante cierto período, pero se tratará del «mismo» caso durante todo el período. Cabe señalar que algunos de los hechos ilícitos más graves en el derecho internacional se definen en función de su carácter compuesto. Así ocurre no sólo en el caso del genocidio y el *apartheid* sino también, por lo general, en el de los crímenes de lesa humanidad²³⁹.

117. Ese análisis demuestra que es posible establecer una distinción entre hechos compuestos y complejos y también que, para establecer esa distinción es fundamental centrarse en la norma primaria pertinente. El problema consiste naturalmente en que el proyecto de artículos no apunta a especificar las normas primarias. Las diferentes clasificaciones de las normas primarias pueden ser útiles, pero se incluyen en el proyecto de artículos únicamente en la medida en que tengan *consecuencias* en el ámbito de la responsabilidad. Además, por la manera en que se formula, la distinción entre hechos compuestos y complejos no se refiere al contenido de la norma primaria. Se trata de una clasificación de hechos que infringen cualquier tipo de norma. Lo mismo ocurre respecto de la distinción entre los hechos ilícitos continuos y consumados aunque, como se ha observado, se trata de una distinción útil y actualmente aceptada para determinar la responsabilidad. ¿Sucede lo mismo con los hechos compuestos o complejos?

118. Antes de responder esa pregunta, es necesario establecer una distinción entre los *elementos* de un hecho ilícito y los medios de prueba que podrían requerirse para demostrar que el hecho ha ocurrido. Por ejemplo, un solo acto de discriminación racial es ilícito, pero podría ser necesario presentar pruebas de una serie de actos de funcionarios del Estado (contra la misma persona u otras personas en situación parecida) para demostrar que alguno de ellos ha sido discriminatorio y no obedecía a motivos legítimos. En otras palabras, en esencia esa discriminación no constituye un acto compuesto y ni siquiera, necesariamente, un acto complejo, pero a efectos de demostrarlo podría ser necesario allegar pruebas de que esa práctica constituye un acto de esa índole. Por lo tanto, en la práctica resulta difícil hacer una distinción clara y coherente entre los hechos complejos y compuestos y esa dificultad se ve agravada por el texto del párrafo 2 del artículo 25, que se refiere a la realización de la acción o la omisión «que determine la existencia del hecho compuesto»; la palabra «determine» podría confundirse con la palabra «pruebe», que evidentemente no es lo que se quiere.

vii) *Planteamiento de los hechos compuestos en los artículos 18, párrafo 4, y 25, párrafo 2*

119. En el proyecto de artículos se hacen planteamientos en relación con los «hechos compuestos»:

a) Según el artículo 25, párr. 2 un hecho compuesto «se producirá en el momento en que se realice la acción u omisión de la serie que determine la existencia del hecho compuesto». Por las razones expuestas, tal vez sería más adecuada la redacción siguiente: «cuando se realice la acción u omisión que, considerada junto con las que la hayan precedido, sea suficiente para constituir el hecho compuesto»;

b) Sin embargo, «el tiempo de perpetración de la violación abarcará todo el período desde la primera de las acciones u omisiones que [...] constituyan el hecho compuesto [...] mientras se repitan esas acciones u omisiones» (art. 25, párr. 2);

c) Según el artículo 18, párr. 4 en ese caso «habrá violación de esa obligación si tal hecho puede considerarse constituido por las acciones u omisiones que hayan tenido lugar dentro del período durante el cual la obligación se halle en vigor respecto de ese Estado».

120. No resulta del todo fácil conciliar esos planteamientos. Si el hecho únicamente «se produce» cuando se produce el aspecto de la «serie» que determina la existencia del hecho compuesto, ¿ha de considerarse necesariamente que el hecho compuesto ha comenzado en una fecha anterior? (La posición sería ciertamente diferente si las palabras «determine la existencia» significaran «demuestre la existencia», lo cual, sin embargo, induciría a confusión por las razones aducidas.) En particular, la formulación y el objeto de la norma primaria dependen no sólo de si un hecho compuesto se considera constituido por el hecho primero, quinto o enésimo de una serie (cuestión que acertadamente se deja sin resolver en el proyecto de artículos), sino también de si, una vez constituido, el período de la violación guarda relación con la primera de esas acciones u omisiones.

121. Es conveniente examinar esas cuestiones tomando algunos ejemplos concretos como referencia. En este caso, se plantea la dificultad de que prácticamente todo el análisis de los hechos compuestos se ha basado en ejemplos de normas primarias que definen hechos ilícitos sistemáticos. Una norma primaria sistemática es la que define la ilicitud de un hecho en función de su carácter compuesto o sistemático (la proscripción del genocidio, del *apartheid* o de los crímenes de lesa humanidad, de los hechos sistemáticos de discriminación racial, etc.). No obstante, como se ha indicado anteriormente, el artículo 25, párr. 2 no se limita a la violación de las obligaciones generadas por esas normas. Así pues, es necesario exponer ejemplos de normas primarias sistemáticas y no sistemáticas con objeto de delimitar el concepto de «hecho compuesto ilícito».

122. La prohibición del genocidio, formulada en términos idénticos en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y en instrumentos más

²³⁹ La opinión más acertada es que el *apartheid* constituye un caso especial de crimen de lesa humanidad: véase el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 7, párrs. 1, apdo. j y 2, apdo. h.

recientes²⁴⁰, constituye un buen ejemplo de norma primaria «sistemática», en el sentido de que da a entender, e incluso plantea realmente como exigencia, que la entidad responsable (incluso un gobierno) ha de haber adoptado una política o práctica sistemática y que cada uno de los actos de homicidio, es decir, los que conjuntamente constituyen un genocidio, no serán constitutivos de tal considerados de manera independiente. Según el artículo II, apdo. *a*, de esa Convención, se entiende básicamente por «genocidio» la «matanza de miembros» de un grupo nacional, étnico, racial o religioso con la intención de destruir total o parcialmente a ese grupo. Los dos elementos de la definición contienen elementos sistemáticos. El hecho de dar muerte a una persona, cualquiera que sea el motivo, no es genocidio, ya que ha de darse muerte a numerosas personas²⁴¹. Y ha de realizarse con el propósito pertinente, encaminado a eliminar físicamente al grupo. A este respecto, la idea del hecho ilícito compuesto que se indica en los artículos 18, párr. 4, y 25, párr. 2, parece totalmente apropiada. El genocidio no se comete en tanto no se haya producido una acumulación de actos causantes de muertes, daños, etc., cometidos con el propósito pertinente, con arreglo a la definición del artículo II. No obstante, una vez que se ha atravesado ese umbral, cabe afirmar que el tiempo de la comisión abarca la totalidad del período durante el que se cometió cualquiera de los actos. Dando por sentado que el derecho intertemporal se aplica al genocidio, cabe afirmar asimismo razonablemente que el genocidio se comete si los actos realizados a partir del momento de vigencia de la Convención tenían suficiente entidad para constituir un genocidio²⁴².

123. Considérese, por otra parte, el caso de una obligación simple de un acuerdo bilateral sobre aguas limítrofes, a cuyo tenor cada una de las partes se compromete a no extraer más de un determinado volumen de agua de un río fronterizo durante el año civil. Puede darse el caso

²⁴⁰ Véase, por ejemplo, el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, art. 4; el Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda, art. 2; y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 6.

²⁴¹ Como reconoció el magistrado Lauterpacht en el caso *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. 282. Eso no significa que sería necesariamente inocente el guardián de un campo de concentración que participó en actos de genocidio, pero que fue responsable personalmente de la muerte de un solo miembro del grupo: ese comportamiento, si se observa con determinado propósito, constituiría claramente un acto de complicidad en un genocidio, en violación del artículo III, apdo. *e* de la Convención.

²⁴² Sin embargo, es sumamente dudoso que el derecho intertemporal se aplique a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio como tal, dado que, de conformidad con el artículo 1 de la Convención, ésta tiene carácter declaratorio y, por consiguiente, es probable que la obligación de entablar actuaciones se refiera al genocidio, cualquiera que sea el momento en que se hayan cometido los actos correspondientes. La CIJ actuó claramente partiendo de esa base en el caso *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *C.I.J. Recueil 1996* (nota 212 *supra*), pág. 617, párr. 34. También es de destacar que, incluso en el caso de una nueva obligación sustantiva, el comportamiento observado antes de la entrada en vigor de la obligación podría ser pertinente en calidad de hecho, como, por ejemplo, a los efectos de determinar el propósito. Ello es especialmente cierto cuando la objeción *ratione temporis* guarda relación únicamente con la competencia de la corte o el tribunal y no con el contenido del derecho aplicable: véase, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Zana c. Turquie*, fallo de 25 de noviembre de 1997, *Recueil des arrêts et décisions* (Consejo de Europa, Estrasburgo, 1997). Véase también la nota 88 *supra*.

de que una de las partes autorice a diferentes usuarios a extraer mensualmente determinada cantidad de agua, lo que (aunque no constituya de por sí una conducta ilícita con arreglo al acuerdo) bien puede dar lugar a que el total de agua extraída durante el año rebase el cupo. El comportamiento del Estado equivale a un hecho compuesto según la definición del artículo 25, párr. 2, pero cabe preguntarse si toda la serie de actos ha de considerarse ilícita. El planteamiento de la mayoría de los magistrados en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*²⁴³ indica que, por lo menos hasta que se produzca el hecho que predetermina la decisión definitiva de rebasar el cupo, no se habrá cometido ningún acto ilícito. Ciertamente, puede darse el caso de que no se cometa ningún hecho ilícito hasta que se rebase realmente el cupo, por más que se tenga la certeza de que tendrá lugar ese resultado. En la hipótesis de que tenga lugar, ¿cabe afirmar que la violación comenzó con la primera extracción de agua en el mes de enero? En caso de que el Estado manifieste el propósito expreso de infringir el tratado y conceda, pues, permisos mensuales, tal vez cabría afirmar que la violación comenzó en el mes de enero. No obstante, la definición de hecho compuesto del artículo 25, párr. 2, no exige que exista ese propósito previo; el hecho se produce si hay «una serie de acciones u omisiones relativas a casos distintos»; además, en el ejemplo expuesto, la violación puede ocurrir de manera fortuita, en caso de que las diferentes autoridades regionales encargadas de los recursos hídricos no coordinen su política de concesión de licencias o se den otras razones. No cabe duda de que se produce una violación cuando se rebasa el cupo anual, si bien cabe preguntarse si hay razones para afirmar con antelación, en las normas secundarias sobre la responsabilidad de los Estados, que la violación comenzó con el primer acto de la serie. ¿Acaso no depende de la formulación y el propósito de la norma primaria?

124. Esos ejemplos indican que, en el caso de los hechos compuestos, es preciso distinguir entre las obligaciones simples y las obligaciones compuestas o sistemáticas. El mero hecho de que una obligación simple resulte infringida en virtud de un hecho compuesto no parece ser razón suficiente para considerar que la violación es diferente. No cabe duda de que es más probable que los hechos compuestos den lugar a infracciones continuas, si bien los hechos simples puede también causarlas (por ejemplo, la detención de un diplomático). Sin embargo, la situación es diferente cuando la propia obligación (y, por ende, la norma primaria subyacente) se concentra en el carácter acumulativo del comportamiento como elemento esencial del hecho ilícito. Así pues, el *apartheid* tiene una índole distinta de los hechos aislados de discriminación racial, distinción que también se da entre el genocidio y las matanzas aisladas, aun cuando éstas se produzcan por motivos étnicos.

125. Esa distinción fue establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Irlande c. Royaume-Uni*. Irlanda denunciaba una práctica de trato ilícito de los reclusos en Irlanda del Norte, que, según afirmaba, equivalía a tortura o a tratos inhumanos o degradantes, lo que dio lugar a que el asunto se considerara admisible. Ello produjo diversas consecuencias por lo que

²⁴³ Párr. 106 *supra*.

respecta al procedimiento y a los recursos. En particular, no había que cumplir la norma del agotamiento de los recursos internos en relación con cada uno de los casos que, según se afirmaba, formaban parte de la práctica observada. No obstante, el Tribunal consideró que no se había producido ningún hecho ilícito independiente de carácter sistemático. Se trataba simplemente de que Irlanda estaba facultada para denunciar una práctica constituida por una serie de violaciones del artículo 7 del Convenio y para pedir que se le pusiera fin. El Tribunal manifestó que:

Una práctica incompatible con el Convenio consiste en una acumulación de transgresiones idénticas o análogas que, por ser suficientemente numerosas y estar suficientemente interrelacionadas, equivalen no simplemente a casos aislados o excepciones, sino también a un patrón o sistema; una práctica no constituye por sí misma una transgresión separada de las anteriores*.

[...]

El concepto de práctica reviste especial importancia para la aplicación de la norma del agotamiento de los recursos internos. Esa norma, consignada en el artículo 26 del Convenio, se aplica a las denuncias de los Estados [...] del mismo modo que a las denuncias de las personas [...]. Por otra parte, la norma no se aplica en principio cuando el Estado demandante denuncia una práctica de esa índole, con el propósito de impedir que prosiga o que se repita, pero no pide a la Comisión ni al Tribunal que se pronuncien sobre cada uno de los casos planteados como prueba o ejemplo de esa práctica²⁴⁴.

Por el contrario, en los crímenes de lesa humanidad, el hecho compuesto constituye una violación independiente de cada una de las violaciones de los derechos humanos que lo integran.

126. Por esas razones, el Relator Especial es partidario en principio de mantener el concepto de «hechos ilícitos compuestos» que figura en los artículos 18, párr. 4, y 25, párr. 2, si bien debería quedar limitado a lo que podrían denominarse «obligaciones sistemáticas». Éstas son obligaciones dimanantes de normas primarias por las que el comportamiento ilícito se califica de compuesto o sistemático (como en el caso del genocidio o de los crímenes de lesa humanidad). Esas obligaciones sistemáticas tienen tanta importancia en el derecho internacional que justifican un planteamiento especial desde el punto de vista de su cumplimiento y de la aplicación del derecho intertemporal. Por lo que respecta a las obligaciones dimanantes de normas primarias, esas cuestiones pueden resolverse adecuadamente mediante la interpretación y aplicación de la norma concreta de que se trate.

viii) *Planteamiento de los hechos complejos en los artículos 18, párrafo 5 y 25, párrafo 3*²⁴⁵

127. En los artículos 18, párr. 5, y 25, párr. 3 se define el hecho complejo como un hecho «constituido por una sucesión de acciones u omisiones de los mismos órganos o de órganos diferentes del Estado que intervengan en un mismo asunto». En el planteamiento de los hechos complejos en los artículos 18, párr. 5, y 25, párr. 3, influye sobremanera el enfoque adoptado por el Relator Especial, Sr. Ago, en relación con la cuestión del agotamiento de

los recursos internos (art. 22), que se examina más adelante y según el cual la ineficacia de un recurso interno forma parte de un hecho complejo de un Estado, lo que da lugar a que, en los casos en que sea de aplicación la norma del agotamiento de los recursos internos, el hecho ilícito está constituido por la ineficacia del recurso interno, dado que antes de ello es únicamente un hecho perceptible²⁴⁶.

128. Sin embargo, la validez del concepto de hecho complejo no depende de que se acepte ese punto de vista sobre la norma de los recursos internos; además, hay ejemplos de hechos complejos en el sentido del artículo 25, párr. 3, que no entrañan el agotamiento de los recursos internos. Así, la garantía contra la discriminación del artículo III, párr. 1, del GATT puede infringirse fácilmente en virtud de un hecho complejo cometido por el Estado importador. Del mismo modo, en el caso de que no se haya hecho justicia, cuando el hecho ilícito inicial cometido contra el particular de que se trate no sea imputable al Estado²⁴⁷, tal vez sea que la policía, los tribunales inferiores y los tribunales de apelación no hayan atendido colectivamente a la reclamación, lo que equivale a que no se haya hecho justicia. Ese «hecho complejo» del Estado, cuando no se ajuste a la norma internacional aplicable, entrañará una violación del derecho internacional.

129. Con arreglo al artículo 25, párr. 3, en esos casos la obligación se producirá únicamente «en el momento en que se realice el último elemento constitutivo de ese hecho complejo». Sin embargo, «el tiempo de perpetración de la violación abarcará todo el período» de duración del hecho complejo y, con arreglo al artículo 18, párr. 5, el principio del derecho intertemporal queda a salvo si el primer hecho de la serie tiene lugar cuando la obligación se halla en vigor para el Estado, aunque la obligación se cumpla posteriormente.

130. Esos planteamientos pueden examinarse a la luz de los hechos del caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. El comportamiento observado por Checoslovaquia al aplicar la variante C constituyó claramente un hecho complejo. Entrañaba una serie de actuaciones de diferentes órganos del Estado y de una empresa privada que estaba encargada de la construcción y del funcionamiento del proyecto. La CIJ consideró que el hecho ilícito no se había cometido hasta que las aguas del Danubio fueron realmente desviadas en octubre de 1992²⁴⁸. No cabe duda de que, con ello, la Corte aplicó la legislación que estaba en vigor en ese momento, pero no la anterior. Si hubiese prosperado el argumento de Hungría que se basaba en la terminación ocurrida en el mes de mayo de 1992 (por ejemplo, por haberse producido una modificación fundamental de las circunstancias), la legislación en vigor en octubre no habría sido la misma²⁴⁹. Así pues, en lugar de considerar que todo el período transcurrido a partir de octubre de

²⁴⁶ Véanse los párrafos 140 y 141 *infra*.

²⁴⁷ Entre otros muchos ejemplos, véase el asunto *Janes*, decisión de 16 de noviembre de 1925 (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (n.º de venta: 1951.V.1), pág. 82), donde se considera que el hecho inicial del asesinato de Janes constituyó meramente un acto privado.

²⁴⁸ Véase la nota 51 y el párrafo 104 *supra*.

²⁴⁹ La cuestión habría quedado regulada por un convenio sobre aguas limítrofes de 1976, excepto por lo que respecta a la *lex specialis* del tratado de 1977.

²⁴⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véase la nota 209 *supra*), párr. 159; véase también pág. 63, párr. 157.

²⁴⁵ Véase, en especial, Salmon, «Le fait étatique complexe...», págs. 709 a 738; y Wyler, *op. cit.*, págs. 74 a 81.

1991 era el tiempo de perpetración de la violación, la Corte determinó en qué momento se había consumado realmente, con independencia de sus preparativos, y aplicó la legislación que estaba en vigor en ese momento.

131. Hay otro ejemplo hipotético que apunta a la misma conclusión. Supóngase que un Estado A se compromete, en virtud de un tratado bilateral sobre inversiones, a que, durante tres años, no expropiará un determinado bien y que, posteriormente, pagará una determinada indemnización en caso de expropiación. Supóngase también que, dos años y medio después, ese Estado comienza a imponer restricciones a la utilización de ese bien y que, una vez transcurrido el período inicial de tres años, la imposición de ciertas limitaciones da lugar a que el bien pierda todo su valor y que, unos meses después, el Estado proceda oficialmente a apropiarse de él. Ese proceso de expropiación es claramente un «hecho complejo», si bien no se dan por lo menos dos de los tres planteamientos del proyecto de artículos. En primer lugar, no hay ninguna razón para afirmar que el último hecho de la serie constituye el momento del incumplimiento; en relación con esos hechos, bien pudiera ser que la expropiación debiese considerarse consumada en una fecha anterior. En segundo lugar, aun cuando las restricciones impuestas durante el período de tres años no equivaliesen a una expropiación²⁵⁰ no habría ninguna razón para aplicar la legislación en vigor durante esos tres años al último comportamiento observado por el Estado y, a resultas de la expropiación, se procedería al pago de una determinada cantidad.

132. El planteamiento de los «hechos complejos» en el proyecto de artículos también presenta deficiencias en otros aspectos. Así, se establece una distinción nítida entre los hechos compuestos y complejos. En el caso de los hechos compuestos, es preciso fijarse en el primer hecho de la serie, el cual, considerado junto con los anteriores, es suficiente para constituir una violación (el denominado «acto culminante»). En el caso de los hechos complejos, es preciso fijarse en el último hecho de la serie. No se explica por qué se establece esa distinción. En el momento en que se realiza el hecho culminante, tal vez no se tenga la certeza de que se realizarán ulteriormente otros hechos y de que la serie no está completa. No obstante, si hasta ese momento se justifica que el Estado lesionado sostenga que se ha cometido un hecho ilícito, ¿por qué no ha de poder éste actuar partiendo de esa base en ese momento? Cabe formular una objeción similar en relación con el derecho intertemporal de conformidad con el artículo 18, párr. 5. Mientras no esté completa la serie, no se puede saber a ciencia cierta cómo caracterizar al hecho ilícito: así, en el asunto *Foremost Tehran Inc. v. Islamic Republic of Iran* había que saber si se trataba de un asunto de discriminación contra accionistas extranjeros o una expropiación de hecho²⁵¹. De todos modos, la aplicación de la ley en vigor en el momento en que se produce el primer hecho de la serie puede depender de cómo se caracterice a toda la serie. Así pues, la cuestión del derecho inter-

temporal pasa a ser incierta y, en cierta medida, subjetiva. Por si fuera poco, la distinción entre hechos compuestos y complejos depende de lo que se considere el «asunto» pertinente, si bien ello puede hacerse de diferentes maneras. Al igual que ocurrió, por ejemplo en el asunto *Irlande c. Royaume-Uni*²⁵², el demandante puede concentrarse en una «práctica» a cuyo tenor los incidentes aislados sean únicamente ejemplos. En ese caso, ¿la práctica es el «asunto» o son los incidentes aislados que se aducen de manera no exhaustiva los que prueban la práctica²⁵³? La distinción entre hechos complejos y compuestos depende del concepto impreciso de «asunto», si bien se producen importantes consecuencias por lo que respecta al derecho intertemporal, las cuales dan lugar a que se haga esa distinción. Esas importantes cuestiones no deben depender del modo en que el Estado lesionado opta por presentar la denuncia. En cualquier caso, dista mucho de quedar claro por qué en principio la legislación que estaba en vigor en el momento del primer hecho de una serie debe aplicarse a toda la serie. Los actos individuales deben examinarse de manera individual, en cuyo caso debe aplicarse la legislación en vigor en el momento en que se cometió cada uno de ellos, o, por el contrario, han de considerarse como parte de una serie, en cuyo caso parece igualmente adecuada la norma aplicable a los hechos compuestos. No hay ninguna razón para que, en uno u otro caso, el derecho aplicable quede congelado en la fecha en que dio comienzo el hecho complejo²⁵⁴.

133. Por esas razones, se recomienda que se supriman los artículos 18, párr. 5 y 25, párr. 3, así como el concepto de «hechos complejos»²⁵⁵. Al parecer, los tribunales internacionales no tienen dificultad en abordar esos hechos, tanto por lo que respecta al momento de su comisión como al derecho intertemporal, y en el proyecto de artículos no parece haber una disposición especial para esos tribunales.

ix) *Clasificación temporal de las obligaciones de prevención: artículo 26*

134. El artículo 26 guarda una estrecha relación con el artículo 23, razón por la que las observaciones ya formuladas en lo concerniente al artículo 23 son de aplicación en este caso. No cabe duda de que hay obligaciones de

²⁵² Véase la nota 209 *supra*.

²⁵³ Véase también la reconvencción de los Estados Unidos en el caso *Plates-formes pétrolières (République Islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, reconvencción, providencia de 10 de marzo de 1998, *C.I.J. Recueil 1998*, pág. 190, que también se concentra en la situación general y no en casos concretos.

²⁵⁴ Una de las razones no especificadas de la inclusión del elemento retrospectivo del artículo 18, párr. 5 fue el hecho de que era necesario con objeto de que sirviera de protección al artículo 22. Según ese artículo, el agotamiento de los recursos internos es uno de los elementos que configuran la violación y no únicamente una condición para que sea admisible una reclamación diplomática, al tiempo que entraña un hecho complejo. No obstante, en esos casos, no cabe duda de que hay que tener en cuenta la legislación en vigor en el momento en que se produjo la lesión y no únicamente la legislación en vigor cuando se agotó el recurso interno. Véanse los párrafos 145 y 146 *infra*.

²⁵⁵ Esa conclusión se ve respaldada no sólo por las observaciones de los gobiernos (examinadas en el párrafo 99 *supra*), sino también por la doctrina. Así, Salmon («Le fait étatique complexe...», pág. 738), considera el concepto de hechos complejos «confuso [...] peligroso [...] [e] inútil». Pauwelyn (*loc. cit.*, pág. 428) califica al artículo 25, párr. 3 de «firmemente debatible». Véase también Karl, *loc. cit.*, pág. 102; Wyler, *op. cit.*, pág. 89; y Brownlie, *op. cit.*, pág. 197 («de dudoso valor»).

²⁵⁰ Véase *Foremost Tehran Inc. v. Islamic Republic of Iran*, causa n.º 37, decisión n.º 220-37/231-1, 10 de abril de 1986, en el que el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán sostuvo que los hechos en cuestión no constituían una expropiación en la fecha de terminación de la competencia del Tribunal (*Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 10, Cambridge, Grotius, 1987, pág. 228).

²⁵¹ *Ibid.*

prevención «puras», del tipo de las que se indican en el comentario. Hay obligaciones verdaderas de prevención en el sentido de que, a menos de que ocurra el acontecimiento previsto, no habrá incumplimiento. Paralelamente, el Estado no tiene garantías de que el acontecimiento no ocurrirá; ha asumido una obligación de hacer todo lo que esté a su alcance para impedir que ocurra y cuyo contenido y rigor dependen de la norma primaria. Sin embargo, como se ha indicado anteriormente, no todas las obligaciones encaminadas a impedir que ocurran acontecimientos son de esa índole y, además, no procede que en el proyecto de artículos se fuerce a que todas esas obligaciones se configuren con una forma única.

135. La redacción del artículo 26 plantea otro problema, ya que se da por sentado que el hecho de que tenga lugar un acontecimiento de carácter continuo entraña una violación continua por parte del Estado que ilícitamente no haya impedido que se produzca. Ese bien puede ser el caso, por ejemplo, de la obligación de impedir que se produzca un daño fronterizo a causa de la contaminación del aire, formulada con motivo del arbitraje del asunto *Fonderie de Trail*²⁵⁶, o de la obligación de impedir el acceso de intrusos a recintos diplomáticos²⁵⁷. No obstante, también cabe imaginar casos en que no ocurre así, como, por ejemplo, cuando el acontecimiento, una vez que ha ocurrido, es irreversible, o cuando su continuación no causa más perjuicios al Estado lesionado. Como ejemplo, cabe mencionar la obligación del Estado A de impedir que se publique determinada información. El incumplimiento de esa obligación no tendrá necesariamente un carácter continuo, dado que puede darse el caso de que una vez que ya haya sido publicada la información pierda validez la razón de ser de la obligación. Así pues, es necesario precisar el artículo 26 agregándole la misma oración del artículo 25, párr. 1 («y siga sin estar en conformidad con la obligación internacional»).

136. A reserva de lo que antecede, el artículo 26 constituye un complemento útil del artículo que se ocupa de los hechos ilícitos consumados y continuos. Es preciso destacar que, en el caso de las obligaciones de prevención, el hecho de que ocurra el acontecimiento en cuestión normalmente da lugar a un hecho ilícito continuo (es decir, a menos que cese de producirse el hecho o deje de ser aplicable a él la obligación). Ciertamente en esos casos el hecho ilícito puede intensificarse paulatinamente si no se procede a suprimirlo. Partiendo de esa base, parece sensato incluir esa disposición en un nuevo párrafo del artículo que se ocupa de la distinción entre los hechos ilícitos consumados y continuos.

x) *Conclusiones sobre los artículos 18, párrafos 3 a 5, y 24 a 26*

137. Por las razones que antecede, se recomienda que los artículos 18, párrs. 3 a 5, y 24 a 26 se sustituyan por dos artículos, uno de los cuales se referiría a la distinción entre los hechos ilícitos consumados y continuos y el otro al incumplimiento de determinadas obligaciones de carácter sistemático o compuesto²⁵⁸.

²⁵⁶ Véase la nota 175 *supra*.

²⁵⁷ *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, C.I.J. Recueil 1980* (nota 31 *supra*), págs. 35 y 36.

²⁵⁸ Para el texto propuesto, véase el párrafo 158 *infra*.

h) *Artículo 22. Agotamiento de los recursos internos*

138. El texto del artículo 22 es el siguiente:

Cuando el comportamiento de un Estado ha creado una situación que no está en conformidad con el resultado que de él exige una obligación internacional relativa al trato que se ha de otorgar a particulares extranjeros, personas físicas o jurídicas, pero la obligación permita que ese resultado o un resultado equivalente pueda no obstante lograrse mediante un comportamiento ulterior del Estado, sólo hay violación de la obligación si los particulares interesados han agotado los recursos internos efectivos que tienen a su disposición sin obtener el trato previsto por la obligación o, si esto no fuera posible, un trato equivalente.

139. Como se indica en su título, el artículo 22 se ocupa del principio bien conocido del agotamiento de los recursos internos («[e]l trato que se ha de otorgar a particulares extranjeros, personas físicas o jurídicas»). Esos recursos se analizan en el marco de las obligaciones «complejas» de resultado, que se tratan en el artículo 21, párr. 2.

140. El extenso comentario al artículo 22 hace hincapié en ese aspecto. En el caso de las obligaciones relativas a la protección diplomática:

Si [los extranjeros lesionados] no actúan, la situación a que haya dado lugar el comportamiento estatal inicial y que sea contraria a la obtención del resultado internacionalmente buscado no podrá ser corregida mediante una acción ulterior del Estado apta para sustituir esa situación por otra que esté en conformidad con el resultado perseguido por la obligación. [...] En este caso, los hechos son muy distintos del supuesto de que, pese a la iniciativa efectivamente tomada por los particulares interesados para conseguir la rectificación, la situación creada por el comportamiento inicial venga a ser confirmada por un nuevo comportamiento del Estado que también sea incompatible con el resultado internacionalmente exigido²⁵⁹.

No obstante, eso significa que la denegación de un recurso interno será por sí misma un hecho internacionalmente ilícito. Ese caso puede darse cuando el tribunal interno discrimine al extranjero o actúe de manera arbitraria, en contra de las normas aplicables en materia de trato. No obstante, en los demás casos el agotamiento de los recursos internos no entrañará un comportamiento ilícito nuevo ni continuo. Simplemente servirá para confirmar que, de conformidad con la legislación y el procedimiento interno del Estado demandado, no existen más recursos internos²⁶⁰. En esos casos, el recurso interno es un remedio al que no se ha podido acceder, pero que no constituye parte del propio mal.

141. El comentario afirma asimismo lo siguiente:

Si, antes de que se cumpla la condición del agotamiento de los recursos internos, el Estado lesionado no tiene aún la facultad de exigir la reparación de un hecho internacionalmente ilícito cometido en perjuicio suyo en la persona o los bienes de su nacional es porque, por el momento, su nuevo derecho a una reparación de una lesión en sus derechos sufrida por él no ha nacido aún: así, no se ha producido aún una violación de la obligación establecida en el tratado o, por lo menos, no se ha producido definitivamente²⁶¹.

Sin embargo, el hecho de que el tercer Estado no pueda hacer suya la reclamación por lo que respecta a la reparación del daño causado a sus nacionales hasta que se hayan agotado los recursos internos no significa que ese Estado

²⁵⁹ *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 32, párr. 3 del comentario al artículo 22.

²⁶⁰ Véanse los recursos internos considerados en el caso *ELSI* (nota 133 *supra*).

²⁶¹ *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 37, párr. 15 del comentario al artículo 22.

no tenga un interés legítimo de proteger en una fecha anterior²⁶². Así, puede tener un firme interés en que cese el hecho ilícito.

i) *Observaciones de los gobiernos acerca del artículo 22*

142. Francia sugiere que debe quedar claro que el agotamiento de los recursos internos «sólo se refiere a la protección diplomática»²⁶³. Alemania cuestiona la ubicación y la necesidad del artículo 22 y destaca que no debe aplicarse «a los supuestos de violación grave del derecho que regula el trato que debe dispensarse a los extranjeros, y que constituyan, al mismo tiempo, una violación de los derechos humanos»²⁶⁴. El Reino Unido va más lejos, ya que defiende detalladamente una visión de «procedimiento» por lo que respecta al agotamiento de la norma de los recursos internos²⁶⁵. Además, el Reino Unido sugiere que la norma se mantenga con objeto de aplicarla a las lesiones ocurridas fuera del territorio del Estado demandado, salvo quizás en los casos de las violaciones más graves²⁶⁶.

ii) *Alcance de la norma de los recursos internos*

143. En el asunto *ELSI*, una Sala de la CIJ calificó a la norma de los recursos internos de «norma importante del derecho internacional»²⁶⁷. Habiéndose presentado una demanda en nombre de un nacional (incluida una empresa) del Estado demandante, la CIJ explicó sucintamente en qué consistía la norma de la manera siguiente:

Para que sea admisible una demanda internacional [presentada en nombre de determinados nacionales o empresas], basta con que el contenido esencial de la demanda haya sido puesto en conocimiento de los tribunales competentes y defendido en la medida permitida por la legislación y el procedimiento interno, sin que haya prosperado²⁶⁸.

Así pues, la Corte consideró que la norma se refería a la admisibilidad de las demandas en el ámbito de la protección diplomática y que el agotamiento de los recursos internos era distinto, en principio, del «fondo del asunto»²⁶⁹. Esa es la interpretación ortodoxa de la norma.

144. Por el contrario, en el artículo 22 se considera el agotamiento de los recursos internos en el marco del artículo 21, párr. 2 en los términos siguientes: «[c]uando el comportamiento de un Estado ha creado una situación que no está en conformidad con el resultado que de él exige una obligación internacional relativa al trato que se ha de otorgar a [...] extranjeros [...] pero la obligación permita que ese resultado o un resultado equivalente pueda no obstante lograrse mediante un comportamiento ulte-

rior del Estado». En esos casos, a tenor del artículo 22 el incumplimiento de la obligación se produce únicamente cuando se hayan agotado los recursos internos y, a este respecto, hay que hacer algunas precisiones.

145. No obstante, la mayoría de las situaciones que abarca la norma del agotamiento de los recursos internos no tiene ese carácter²⁷⁰. Así, todos los Estados tienen la obligación internacional general de no discriminar arbitrariamente a los extranjeros. El contenido concreto de esa obligación no viene ahora al caso. Lo cierto es que no cabe duda de que: a) la norma del agotamiento de los recursos internos se aplica a las denuncias de incumplimiento de esa obligación, y b) no obstante, no se trata de que el Estado puede optar por discriminar a los extranjeros, a condición de que les indemnice por ello²⁷¹. El Estado está obligado a no discriminar antes que nada. En esos casos, la violación del derecho internacional se produce cuando se otorga un determinado trato y no queda aplazada hasta un momento ulterior cuando se agotan los recursos internos o cuando se ofrece alguna reparación equivalente. En esos casos, una vez ocurrida la violación del derecho internacional, el agotamiento de los recursos internos constituye una condición necesaria de procedimiento para que pueda admitirse la denuncia²⁷².

146. No cabe duda de que hay casos en que «la obligación permita que ese resultado o un resultado equivalente pueda no obstante lograrse mediante un comportamiento ulterior del Estado». Muestra de ello es la cláusula común a numerosos tratados bilaterales de protección de las inversiones, en el sentido de que las inversiones no pueden ser objeto de expropiación «salvo que se lleve a cabo con una finalidad pública, de manera no discriminatoria y con las debidas garantías procesales, previo pago de una indemnización»²⁷³. Cuando tenga lugar una expropiación no discriminatoria, pero sin indemnización, el hecho de que no se indemnice es lo que constituye la esencia de la violación, hecho éste que puede considerarse producido en un momento posterior al de la apropiación. De todos modos, el hecho de que no se pague indemnización sigue siendo distinto, desde el punto de vista analítico, del agotamiento de los recursos judiciales internos, razón por la que, en ese caso, la violación se produciría en el momento

²⁷⁰ Véase el párrafo 74 *supra*.

²⁷¹ Véanse los párrafos 62 y 63 *supra*.

²⁷² Así pues, puede hacerse una excepción al cumplimiento de la norma del agotamiento de los recursos internos, como destacó la CIJ en el caso *ELSI* (*C.I.J. Recueil 1989* (nota 133 *supra*), pág. 42, párr. 50). Véase también la resolución sobre la norma del agotamiento de los recursos internos, aprobada en 1956 por el Instituto de Derecho Internacional, según la cual «la norma no se aplica [...] en los casos en que los Estados interesados hayan renunciado a su aplicación en virtud de un acuerdo» (*Annuaire*, vol. 46, Basilea, 1956, pág. 358). De todos modos, si no se da la violación, no puede haber ninguna reclamación internacional. Lo mismo cabe decir respecto de los asuntos en que se sostenía que un Estado se había visto impedido de plantear el agotamiento de los recursos internos al no haberlo hecho en una etapa preliminar: por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Aydın c. Turquie*, fallo de 25 de septiembre de 1997. Véase también el asunto *Irlande c. Royaume-Uni* (nota 209 *supra*), citado en el párrafo 125 *supra*.

²⁷³ Véase, por ejemplo, el Acuerdo entre los Gobiernos de la República Popular China y la República Francesa relativo al fomento y la protección recíprocos de las inversiones, art. 4, párr. 2 (ILM, vol. XXIV, n.º 3 (mayo de 1985), pág. 553).

²⁶² Véase *Phosphates du Maroc*, fallo, 1938, *C.P.J.I. série A/B n.º 74*, pág. 28. Véase, no obstante, *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 52, párr. 59 del comentario al artículo 22.

²⁶³ *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3, comentarios al artículo 22.

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ *Ibid.* Alemania defendió lo mismo en sus observaciones de 1981 (*Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), págs. 80 a 82, documento A/CN.4/342 y Add.1 a 4).

²⁶⁶ Véase la nota 263 *supra*.

²⁶⁷ *C.I.J. Recueil 1989* (véase la nota 133 *supra*), pág. 42, párr. 50. Véase también el caso *Interhandel*, *C.I.J. Recueil 1959* (nota 67 *supra*), pág. 27.

²⁶⁸ *C.I.J. Recueil 1989* (véase la nota 133 *supra*), pág. 46, párr. 59.

²⁶⁹ *Ibid.*, pág. 48, párr. 63.

en que se procedió definitivamente a no indemnizar, cualquiera que fuera el modo arbitrado para ello²⁷⁴.

147. Puede haber también casos en que el hecho de no establecer un recurso interno adecuado sea en sí mismo el hecho internacionalmente ilícito pertinente. Ello ocurre, por ejemplo, cuando la lesión al extranjero esté causada por una conducta no imputable al Estado²⁷⁵ o cuando la violación entrañe una violación de las debidas garantías procesales establecidas en virtud de un tratado o del derecho internacional general en el momento de intentar interponer el recurso²⁷⁶. De todos modos, no es esa ciertamente la situación que se prevé en el artículo 22, dado que, en esos casos, la reclamación presentada ante el tribunal del Estado no se basa en una «situación que no está en conformidad con el resultado que de él [el Estado] exige una obligación internacional». Por el contrario, la situación se produce ulteriormente, cuando la propia actuación del tribunal entra en conflicto con la obligación del Estado.

iii) *¿Cuándo se comete una violación del derecho internacional en relación con el trato de los extranjeros?*

148. La redacción del artículo 22 recuerda en gran medida al argumento formulado por Italia en el caso *Phosphates du Maroc*²⁷⁷. En ese asunto, Francia había aceptado únicamente la competencia de la CPJI respecto de «situaciones o hechos posteriores a» 1931. Parte de la denuncia de Italia se refería a la expropiación sufrida por algunos súbditos italianos de resultas de una decisión adoptada por el Servicio de Minas de Marruecos en 1925. Se sostenía que la decisión de 1925 «sólo pasó a ser definitiva de resultas de determinados actos posteriores a la fecha crucial y de la denegación definitiva de reparar de algún modo la situación creada en 1925» y que esa denegación no ocurrió hasta después de 1931²⁷⁸. La Corte rechazó ese argumento (por 11 votos contra 1). A su juicio, la decisión de 1925 fue un hecho ilícito y la denegación posterior de modificar esa decisión únicamente constituyó «una etapa en el debate que se había iniciado» a raíz de la decisión

²⁷⁴ Por ejemplo, la promulgación de una ley de expropiación de bienes en la que se excluya especialmente el pago de una indemnización constituirá una violación de esa disposición del tratado, si bien la aplicación de la norma del agotamiento de los recursos internos sería una condición previa para que pudiera admitirse una reclamación internacional en nombre de la persona expropiada. Así, el propietario afectado podría tener que impugnar la constitucionalidad de la ley si se permitiera la impugnación. Véase, por ejemplo, el fallo de 8 de julio de 1986 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Lithgow et autres, série A n.º 102*, pág. 74, párr. 206; y la decisión n.º 27/55 de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de 31 de mayo de 1956, en Comisión Europea de Derechos Humanos, *Documents et décisions, 1955-1956-1957*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1959, pág. 139.

²⁷⁵ Véanse las decisiones de la Comisión general de reclamaciones México-Estados Unidos en el asunto *L. F. H. Neer (USA) v. United Mexican States* (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (n.º de venta: 1951.V.1), págs. 60 a 66), y el asunto *Janes* (ibíd., págs. 82 a 98).

²⁷⁶ Véase, por ejemplo, el artículo 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el artículo 2, párr. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 13 del Convenio europeo de derechos humanos y el artículo 25 de la Convención americana sobre derechos humanos.

²⁷⁷ Véase la nota 189 *supra*. Para un debate del caso, véase *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), págs. 40 y 41, párrs. 25 a 28 del comentario al artículo 22.

²⁷⁸ *C.P.J.I., série A/B n.º 74* (véase la nota 189 *supra*), págs. 24 y 27.

de 1925 y no constituía un motivo independiente para formular una demanda:

es en esa decisión donde observamos la violación del derecho internacional, ya que constituye un hecho definitivo que de por sí entraña directamente responsabilidad internacional. Dado que ese hecho es imputable al Estado y se considera contrario al derecho reconocido en un tratado a otro Estado, surgiría inmediatamente responsabilidad internacional entre ambos Estados. En esas circunstancias, la denegación de justicia que se alega [...] simplemente consiste en el hecho de que se haya permitido que subsista el hecho ilícito²⁷⁹.

De ese pasaje se infiere que no preocupaba a la CPJI si el comportamiento que, según la denuncia, había observado Francia en nombre de Marruecos entrañaba un hecho ilícito continuo; ciertamente la Corte daba por sentado que existía un hecho de esa índole²⁸⁰. Lo que se planteaba era determinar si la ilegalidad denunciada había surgido antes de 1931 a los efectos de aplicar la reserva sobre la cláusula facultativa de Francia y la Corte consideró que ese era el caso. Dicha consideración (aunque relacionada con la competencia de la Corte y no con la sustancia de la responsabilidad de los Estados) está directamente en contradicción con el contenido del artículo 22²⁸¹.

iv) *Conclusiones sobre el artículo 22*

149. Por las razones que anteceden (además de las aducidas en relación con los artículos 21 y 25, párr. 3), no puede mantenerse el artículo 22. Lo que se plantea es si debe suprimirse sin más o sustituirse por otra disposición relativa al agotamiento de los recursos internos. Hay razones para que se proceda sencillamente a suprimirlo, dado que, en general, no corresponde que el proyecto de artículos se ocupe de cuestiones relacionadas con la admisibilidad de las reclamaciones internacionales. Además, para que se recoja debidamente la norma del agotamiento de los recursos internos habrá que contar con más de un artículo. Las cuestiones que deben considerarse incluyen la definición de «recursos internos» y de su agotamiento²⁸², la distinción entre reclamaciones «directas» de Estado a Estado (a las que no se aplica la norma) y reclamaciones «indirectas» relacionadas con la protección diplomática

²⁷⁹ *Ibíd.*, pág. 28.

²⁸⁰ El magistrado van Eysinga estaba de acuerdo al respecto. Disentía en relación con la interpretación de la declaración de Francia (ibíd., págs. 34 y 35). El magistrado Cheng Tien-Hsi destacó que «[el monopolio, si bien fue establecido por la legislación de 1920, sigue existiendo en la actualidad. [...] Si es ilícito, es ilícito no sólo en su creación, sino también en su continuación» (ibíd., pág. 36). Ello era ciertamente correcto, pero no se abordaba la cuestión planeada. La reserva de Francia figuraba en los términos siguientes: «sobre todos los diferendos que podrían suscitarse después* de la ratificación de la presente declaración sobre situaciones o hechos posteriores a esa ratificación*» (ibíd., pág. 34). La Corte, al adoptar una interpretación restrictiva de la reserva de Francia, consideró que la controversia guardaba relación con situaciones o hechos anteriores a la fecha crítica (ibíd., págs. 24, 26 y 27). Según la Corte, carecía de relevancia que esas situaciones o hechos hubiesen dado lugar a un hecho ilícito continuo que se había prolongado más allá de la fecha crítica. Después de esa fecha, no se planteó ninguna controversia nueva, sino únicamente la continuación de una ya existente.

²⁸¹ Véanse también los casos *Claim of Finnish Shipowners against Great Britain in respect of the use of certain Finnish vessels during the war* (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (n.º de venta: 1949.V.2), pág. 1484); y *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, fallo, 1939, *C.P.J.I., série A/B n.º 76*, pág. 4.

²⁸² Debatida brevemente en *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), págs. 49 y 50, párrs. 47 a 51 del comentario al artículo 22.

(a las que se aplica)²⁸³, la aplicación de la norma de los recursos internos a otros casos como, por ejemplo, los que entrañan violaciones de los derechos humanos con independencia de la nacionalidad²⁸⁴, la aplicación de la norma a las lesiones producidas fuera del territorio del Estado demandado²⁸⁵, si debe existir una excepción a la norma en los casos de una violación especialmente grave o de violaciones en masa²⁸⁶ y la cuestión de las renunciaciones²⁸⁷. Esas cuestiones serán examinadas también por la Comisión dentro del tema de la protección diplomática²⁸⁸. Por otra parte, las denuncias interpuestas en nombre de extranjeros han constituido tradicionalmente uno de los fundamentos básicos de la responsabilidad de los Estados; además, la norma del agotamiento de los recursos internos limita las denuncias de incumplimiento de obligaciones internacionales, que es el tema de que se ocupa el capítulo III. Se lograría un equilibrio satisfactorio si se redactase de nuevo el artículo 22 como una cláusula «sin perjuicio» y se dejase que la Comisión se ocupase de su funcionamiento detallado en el marco de la labor que realiza sobre la protección diplomática²⁸⁹.

150. Respecto a la ubicación del artículo propuesto, hay razones para incluirlo en la segunda parte del proyecto de artículos, dado que guarda más relación con la materialización de la responsabilidad que con sus orígenes. No obstante, por el momento el artículo puede seguir formando parte del capítulo III. La cuestión de su ubicación puede examinarse de nuevo una vez que se determine el contenido de la segunda parte.

3. OTRAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LA VIOLACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL

151. Es preciso examinar otras dos cuestiones en el marco del capítulo III.

²⁸³ Se plantea la cuestión conexa de determinar si la norma del agotamiento de los recursos internos se aplica a las lesiones causadas a los órganos, a los agentes y las entidades del Estado (ibíd., págs. 47 y 48, párrs. 43 a 45 del comentario al artículo 22).

²⁸⁴ La Comisión consideró que era prematuro manifestar una opinión al respecto, dado que los tratados de derechos humanos contenían una estipulación concreta a tal efecto (ibíd., págs. 48 y 49, párr. 46 del comentario al artículo 22). Por lo que respecta a la relación entre la norma del agotamiento de recursos internos y el incumplimiento de obligaciones de derechos humanos, véase, entre otros, Amerasinghe, «The rule of exhaustion of domestic remedies in the framework of international systems for the protection of human rights», pág. 257; Cançado Trindade, *op. cit.*; Guinand, «La règle de l'épuisement des voies de recours internes dans le cadre des systèmes internationaux de protection des droits de l'homme», pág. 471; Sulliger, *L'épuisement des voies de recours internes en droit international général et dans la Convention européenne des droits de l'homme*, y Wyler, *op. cit.*, págs. 65 a 89.

²⁸⁵ Este tema se examina con detalle en *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), págs. 45 a 47, párrs. 38 a 42 del comentario al artículo 22.

²⁸⁶ *Irlande c. Royaume-Uni* (véase la nota 209 *supra*).

²⁸⁷ En relación con la norma del agotamiento de los recursos internos en general, véanse también Amerasinghe, *op. cit.*; Cançado Trindade, «The birth of State responsibility and the nature of the local remedies rule»; Chappez, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*; Doehring, «Local remedies, exhaustion of», y Perrin, «La naissance de la responsabilité internationale et l'épuisement des voies de recours internes dans le projet d'articles de la Commission du droit international».

²⁸⁸ Véase *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/484, especialmente párrs. 18 y 55.

²⁸⁹ Para el texto de las disposiciones propuestas, véase el párrafo 158 *infra*.

a) Efecto espacial de las obligaciones internacionales y cuestiones relacionadas con la violación

152. La primera cuestión se refiere a la posible importancia de las consideraciones *ratione loci* respecto de la violación de una obligación internacional. Los artículos 12 y 13 (tal como fueron aprobados en primera lectura) se refieren al comportamiento de un tercer Estado u organización en el territorio de un Estado. Según dichas disposiciones, el lugar en que se haya observado esa conducta no es, de por sí, motivo para que ésta sea imputada al Estado anfitrión. Sin embargo, en la tercera parte no hay ningún artículo que se ocupe de las «dimensiones espaciales del hecho ilícito»²⁹⁰. Ello es en cierta medida paradójico. Resulta difícil concebir que la ubicación sea decisiva para la imputación (con independencia de que el comportamiento sea o no sea del Estado)²⁹¹, en tanto que no hay duda de que cuando haya ocurrido un hecho (en el territorio de un Estado o por lo menos en el territorio bajo su jurisdicción o control) ello puede ser muy útil para determinar si se ha producido la violación de una obligación. La vinculación entre ambos aspectos fue expuesta magistralmente en el dictamen del árbitro Max Huber en el asunto *Biens britanniques au Maroc espagnol*, en el que dijo que «la responsabilidad que incumba en ciertas condiciones a un Estado respecto de otro en relación con ciudadanos de éste parece haberse interpretado siempre en el sentido de que se limite a los acontecimientos que tengan lugar en el territorio del Estado responsable. La responsabilidad y la soberanía territorial se condicionan la una a la otra»²⁹². La CIJ se ha pronunciado más recientemente en el caso *Namibie*, cuando dijo que «el control físico de un territorio y no la soberanía o la legitimidad del título constituye la base de la responsabilidad de un Estado respecto de actos que afecten a otros Estados»²⁹³. Hay muchas normas primarias que se formulan en función de la territorialidad del comportamiento, por ejemplo, la norma invocada por la CIJ en el caso *Détroit de Corfou* de que todo Estado tiene la obligación «de no permitir a sabiendas que su territorio se utilice para realizar actos contrarios a los derechos de otros Estados»²⁹⁴.

153. La inclusión de una disposición sobre esa cuestión puede encontrar apoyo en el artículo 29 de la Convención

²⁹⁰ Esa es la descripción que hace Wyler (*op. cit.*, págs. 92 a 119), uno de los pocos autores que se ocupa del problema.

²⁹¹ En parte por esa razón se recomendó la supresión de los artículos 12 y 13, lo que aceptó provisionalmente la Comisión en 1998 (*Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490/Add.1 a 7, párrs. 249 a 259).

²⁹² *Biens britanniques au Maroc espagnol*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 636. Se planteaba la cuestión de la responsabilidad de España por el comportamiento de sus nacionales en la zona internacional de Tánger. Posteriormente, en la reclamación n.º XXVIII, el árbitro manifestó que:

«El perjuicio tuvo lugar en la zona internacional, por lo que las autoridades de la zona española pueden incurrir en responsabilidad únicamente en dos eventualidades, la de que hayan tolerado la organización en su territorio de bandas de malhechores que hayan penetrado en la zona internacional o la de que no hayan cumplido sus obligaciones de enjuiciar por delitos comunes a personas que se encuentren en la zona que administran.»

(Ibíd., págs. 699 y 700. Véase también págs. 707 a 710.)

²⁹³ *C.I.J. Recueil 1971* (véase la nota 85 *supra*), pág. 54, párr. 118; véase un análisis en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490/Add.1 a 7, párrs. 250 y 251.

²⁹⁴ Véase la nota 11 *supra*.

de Viena de 1969, que se refiere al ámbito territorial de los tratados. En dicho artículo se dispone lo siguiente:

Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo.

Cabe considerar que el artículo 29 da a entender, *a contrario*, que los tratados no son vinculantes *prima facie* para las partes respecto del comportamiento que tenga lugar fuera de su territorio. Sin embargo, ese no es ciertamente el caso. La inclusión en un tratado del comportamiento de un Estado parte en el extranjero depende de la interpretación del tratado; además, no parece que haya ninguna presunción en ningún sentido. En algunos casos (por ejemplo, los tratados de derecho uniforme o las normas sobre las inversiones extranjeras), se desprenderá claramente del tratado o de su objeto y finalidad que el único comportamiento que se espera del Estado es el comportamiento en su propio territorio. No obstante, en muchos otros casos el Estado asumirá obligaciones de comportamiento en todos los lugares. Así, la obligación de los Estados de no cometer genocidio o tortura se aplica a su comportamiento en todo el mundo²⁹⁵. Por otra parte, no cabe duda de que determinadas obligaciones pueden tener una *incidencia* diferente en el territorio de un Estado y en su comportamiento en el extranjero; así un Estado puede recurrir a la fuerza de las armas en más ocasiones en su propio territorio que en el territorio de otro Estado o en alta mar.

154. Así pues, en lugar de ocuparse de la cuestión general del alcance de las obligaciones de los tratados *ratione loci* (como parecería hacer), el artículo 29 de la Convención de Viena de 1969 se centra realmente en la cuestión de si un Estado está obligado en virtud del tratado respecto de todos los territorios que lo componen (incluidos los componentes de un Estado federal, los territorios de ultramar, etc.). Es ese un asunto que se aborda especialmente en numerosos tratados que, de lo contrario, se aplican a todo el territorio de cada Estado parte. Por consiguiente, un Estado no puede acogerse a ninguna excepción respecto del cumplimiento de un tratado cuando se trate de un comportamiento observado, por ejemplo, en una colonia o provincia de ese Estado. En el artículo 29 no se aborda la cuestión de si la obligación de un tratado únicamente se aplica respecto de un territorio particular o del comportamiento del Estado, dondequiera que se observe²⁹⁶.

155. El artículo 29, al igual que las cláusulas de aplicación territorial específica de los tratados, se refiere al

²⁹⁵ Tal como sostuvo la CIJ en el caso *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, C.I.J. Recueil 1996 (véase la nota 212 *supra*), pág. 616, párr. 31.

²⁹⁶ En su comentario al artículo 25 del proyecto de 1966 —disposición que dice: «Salvo que una intención diferente se deduzca del tratado o conste de otro modo, la aplicación de un tratado se extenderá a la totalidad del territorio de cada parte»—, la Comisión mencionó las propuestas formuladas por los gobiernos para que el artículo abarcara la cuestión de la aplicación territorial de los tratados. No obstante, la Comisión agregó que «[l]a intención de la Comisión al redactar el artículo era ocuparse únicamente de la aplicación de los tratados al territorio de las partes respectivas. [...] A su juicio, el derecho sobre la aplicación extraterritorial de los tratados no se podía enunciar teniendo sólo en cuenta la intención de las partes o una presunción sobre su intención; estimó que no sería conveniente ni adecuado ocuparse en el presente artículo de todos los difíciles problemas de la competencia extraterritorial» (*Anuario... 1966*, vol. II, págs. 233 y 234, párr. 5).

alcance de la obligación y no a cuestiones relacionadas con su incumplimiento. El proyecto de artículos incorpora sin modificaciones las normas primarias de derecho internacional que dan lugar a obligaciones y no da a las cuestiones relacionadas con el alcance territorial de las normas primarias más importancia que a otras cuestiones relacionadas con su contenido o interpretación. No cabe duda de que la evolución de los 15 últimos años (por ejemplo, los casos *Soering*²⁹⁷, *Loizidou*²⁹⁸ y *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*²⁹⁹) han puesto de manifiesto el posible alcance *ratione loci* de numerosas normas primarias que se considera que se aplican exclusivamente al territorio del Estado propiamente dicho. No obstante, se plantea en cada caso una cuestión de contenido o interpretación de la norma primaria pertinente, no de una norma secundaria de responsabilidad. Esas circunstancias podrían llegar a mencionarse en el comentario del artículo 16, pero no parece que haya ninguna razón para redactar un artículo (paralelo al artículo 29 de la Convención de Viena de 1969) sobre la cuestión de la responsabilidad *ratione loci* por el incumplimiento de una obligación.

b) Posibles diferencias entre las violaciones en función de su gravedad

156. En segundo lugar, hay numerosos ordenamientos jurídicos en que se establecen diferencias a distintos efectos entre las violaciones más o menos graves de una obligación, ámbito éste en que el derecho internacional no constituye ninguna excepción. Así pues, únicamente una «violación grave» faculta a dar por terminado un tratado bilateral³⁰⁰ y, con arreglo a la segunda parte del proyecto de artículos, la gravedad de una violación se ha de tener en cuenta, a distintos efectos, incluidos el alcance y la forma de la reparación y la proporcionalidad de las posibles contramedidas. De manera más general, en los asuntos relacionados con la responsabilidad de los Estados, los tribunales aprovechan en ocasiones la oportunidad para condenar una violación especialmente grave³⁰¹ o, con menor frecuencia, para mencionar posibles elementos atenuantes³⁰². Ello difiere mucho de los casos en que la

²⁹⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fallo de 7 de julio de 1989, *série A n.º 161*, págs. 35 y 36, párr. 91.

²⁹⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fallo de 18 de diciembre de 1996 (fondo), *Recueil des arrêts et décisions 1996-VI* (Consejo de Europa, Estrasburgo, 1996), párrs. 52 y 62.

²⁹⁹ C.I.J. Recueil 1996 (véase la nota 212 *supra*), pág. 595.

³⁰⁰ Convención de Viena de 1969, art. 60, párr. 1. Por violación grave se entiende un rechazo ilícito del tratado o la violación de una «disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado» (art. 60, párr. 3, apdo b). Se hace hincapié en la importancia de la disposición y no en la violación, lo que resulta en cierta medida extraño. Con arreglo a la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales, para que una violación sea grave es preciso tener en cuenta ambos factores. No obstante, véase el comentario de esta disposición (art. 57 en el proyecto de 1966), en el que se dice que «el derecho de terminación o de suspensión ha de limitarse a los casos en que la violación es grave» (*Anuario... 1966*, vol. II, pág. 279, párr. 9).

³⁰¹ Véase, por ejemplo, el caso *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, C.I.J. Recueil 1980, pág. 42, párr. 91, en el que la Corte subrayó que «lo que hay que destacar por encima de todo es el alcance y la gravedad del conflicto entre el comportamiento del Estado del Irán y las obligaciones que le incumben con arreglo al conjunto de las normas internacionales, de las que forma parte el derecho diplomático y consular».

³⁰² En el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la CIJ comenzó a examinar la responsabilidad de Eslovaquia refiriéndose a «los graves

norma primaria se define en función de determinado nivel de gravedad³⁰³ o se indican violaciones más graves que producen otras consecuencias³⁰⁴.

157. Sin embargo, no parece que haya ningún fundamento para distinguir entre distintos grados de violaciones, por lo menos a los efectos del capítulo III. La jurisprudencia de los tribunales encargados de entender sobre reclamaciones, del Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán y de los tribunales y comités de derechos humanos indica que no hay ninguna diferencia sistemática entre las violaciones más graves y menos graves por lo que respecta a su existencia (al margen de las consecuencias). En la segunda parte del proyecto de artículos, se establecen distinciones entre el nivel de gravedad de las violaciones a distintos efectos³⁰⁵ y tal vez resulte necesario hacer otras distinciones. Con todo, no parece necesario hacer ninguna distinción entre violaciones más graves y menos graves en el propio capítulo III.

4. RESUMEN DE LAS PROPUESTAS RELATIVAS AL CAPÍTULO III

158. Por las razones que anteceden, el Relator Especial propone que se incluyan los siguientes artículos en el capítulo III. En las notas adjuntas a cada artículo se explican muy someramente los cambios que se proponen.

CAPÍTULO III

VIOLACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL

Artículo 16.—Existencia de violación de una obligación internacional

Un Estado viola una obligación internacional cuando ello no se ajusta a lo que debe hacer en virtud de ella con arreglo al derecho internacional, cualquiera que sea la fuente (consuetudinaria, convencional u otra) o el contenido de la obligación.

Notas

1. El artículo 16 abarca la esencia y la mayor parte de la redacción del artículo 16, tal como fue aprobado en su primera lectura, al que se agregan elementos de los artículos 17 y 19, párr. 1. Véanse los párrafos 5 a 34 *supra*.

problemas con que tropezaba Checoslovaquia de resultados de la decisión de Hungría de abandonar casi toda la construcción del sistema de esclusas, de la que se había responsabilizado en virtud del tratado de 1977» (C.I.J. *Recueil* 1997 (nota 34 *supra*), pág. 52). No obstante, la Corte resolvió que Eslovaquia había incurrido en responsabilidad a causa del comportamiento que había observado después de la suspensión y de que Hungría revocara su consentimiento.

³⁰³ Véase, por ejemplo, el artículo 7 (Obligación de no causar daños sensibles) de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de aguas internacionales para fines distintos de navegación.

³⁰⁴ Véase, por ejemplo, el concepto de «violaciones graves» de los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (art. 50 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I); art. 51 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II); art. 130 del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III), y art. 147 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)).

³⁰⁵ Véanse los artículos 45, párr. 2, apdo. c, y 49.

2. Se prefieren las palabras «no se ajusta» a las palabras «no está en conformidad con» por ser aquellas más generales e idóneas para abarcar el incumplimiento de obligaciones de observar un determinado comportamiento y de obligaciones de resultado. A raíz de la sugerencia de un gobierno, se han agregado las palabras «con arreglo al derecho internacional», para indicar que el contenido de las obligaciones es una cuestión sistemática con arreglo al derecho internacional y no únicamente el resultado de una determinada norma primaria considerada de manera aislada. Tal vez sea necesario examinar más detenidamente si la redacción del artículo 16 está en consonancia con las disposiciones de la quinta parte, que se ocupa de las circunstancias que excluyen la ilicitud.

Artículo 17.—No pertinencia del origen de la obligación internacional violada

Nota

El artículo 17, tal como fue aprobado en primera lectura, no constituía una norma distinta, sino una explicación del artículo 16. Su contenido aparece incluido en el artículo 16. Véanse los párrafos 16 a 26 *supra*.

Artículo 18.—Condición de que la obligación internacional esté en vigor respecto del Estado

El hecho de un Estado no se considerará internacionalmente ilícito a menos que se realice o siga realizándose cuando la obligación esté en vigor respecto de él.

Notas

1. El artículo 18 es una nueva versión del artículo 18, párr. 1 tal como fue aprobado en primera lectura. En él se consigna el principio básico del derecho intertemporal, que se amplía a la responsabilidad de los Estados y no se hace referencia a cuestiones secundarias, como la competencia para determinar si ha habido incumplimiento, sino únicamente a la cuestión sustantiva de si la obligación estaba en vigor en el momento pertinente. Véanse los párrafos 38 a 44 *supra*.

2. El artículo 18, párr. 2 se refiere a los efectos que surten las normas imperativas en el ámbito de la responsabilidad de los Estados. Esas cuestiones se examinarán en otro lugar, especialmente en relación con el capítulo V de la primera parte y la segunda parte. Véanse los párrafos 45 a 51 *supra*.

3. Los párrafos 3 a 5 del artículo 18 se ocupan de cuestiones intertemporales relacionadas con hechos continuos, compuestos y complejos y se han incorporado, cuando ha procedido, a los artículos relativos a esos conceptos. Véanse los párrafos 24 y 25 *infra*.

Artículo 19.—Crímenes y delitos internacionales

Nota

El contenido del artículo 19, párr. 1, tal como fue aprobado en primera lectura, se ha incorporado al artículo 16. Los párrafos 2 y 3 del artículo 19, relativos a la distinción entre crímenes y delitos internacionales, se han dejado pendientes en espera de nuevas aclaraciones. Véanse los párrafos 27 a 33 *supra*.

[Artículo 20.—Obligaciones de comportamiento y obligaciones de resultado

1. Un Estado viola una obligación internacional en virtud de la cual debe observar un determinado comportamiento cuando no lo observa.

2. Un Estado viola una obligación internacional en virtud de la cual debe lograr o impedir, por el medio que elija, un resultado determinado cuando, por el medio que elige, no lo logra o impide.]

Notas

1. Este artículo sustituye a los antiguos artículos 20 y 21, relativos a la distinción entre obligaciones de comportamiento y de resultado. Véanse los párrafos 52 a 91 *supra*. El párrafo 2 se refiere a las

obligaciones de impedir y a las obligaciones de resultado, razón por la que puede suprimirse el antiguo artículo 23.

2. Una obligación será de comportamiento o de resultado según cómo se interprete la norma primaria pertinente. El hecho de que se haga una distinción entre esas obligaciones no excluye la posibilidad de que una norma primaria dé lugar a obligaciones tanto de comportamiento como de resultado.

3. El artículo 20 aparece entre corchetes por el momento porque cabe considerar que guarda relación con la clasificación de las normas primarias y porque no se sabe con certeza qué otras consecuencias produce la distinción en el marco del proyecto. Véase el párrafo 92 *supra*.

Artículo 21.—Violación de una obligación internacional que exige el logro de un resultado determinado

Nota

El contenido del artículo 21, párr. 1 se ha incluido en el artículo 20, párr. 2. Se ha suprimido el antiguo artículo 21, párr. 2 por las razones que se explican en el informe. Véanse los párrafos 69 a 76 *supra*.

Artículo 22.—Agotamiento de los recursos internos

Nota

Se ha modificado el artículo 22, que ha pasado a ser el artículo 26 *bis* que figura *infra*.

Artículo 23.—Violación de una obligación internacional de prevenir un acontecimiento dado

Nota

La violación de las obligaciones de prevenir, a que se refería el antiguo artículo 23, ha pasado a quedar englobada en el artículo 20, párr. 2 porque las obligaciones de prevención constituyen una forma de las obligaciones de resultado. Véanse los párrafos 81 a 87 *supra*. El aspecto intertemporal de las obligaciones de prevenir se tiene en cuenta en el artículo 24, párr. 3.

Artículo 24.—Hechos ilícitos consumados y continuos

1. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no tenga carácter continuo tiene lugar cuando se realice el hecho aunque sus efectos se prolonguen en el tiempo.

2. A reserva de lo dispuesto en el artículo 18, la violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tenga carácter continuo se prolongará desde que se realice el hecho por primera vez y continuará durante todo el período en el cual subsistan el hecho y su falta de conformidad con la obligación internacional.

3. La violación de una obligación internacional por la cual un Estado tenga que prevenir un acontecimiento determinado tendrá lugar cuando ocurra el acontecimiento y continuará durante todo el período en el cual subsistan el hecho y su falta de conformidad con la obligación internacional.

Notas

1. El artículo 24 contiene los elementos fundamentales de los antiguos artículos 24, 25, párr. 1 y 26, así como del artículo 18, párr. 3. Véanse los párrafos 93 a 115 *supra*.

2. En los párrafos propuestos se evita utilizar la palabra «momento». Los denominados hechos «instantáneos» no suelen ser momentáneos y rara vez habrá que determinar la fecha concreta en que se produzcan. La distinción esencial es entre hechos ilícitos continuos y hechos que, aunque pueden seguir produciendo efectos, se consumaron en una época determinada.

3. De conformidad con el párrafo 3, que corresponde al antiguo artículo 26, la violación de una obligación de prevenir constituirá usualmente un hecho ilícito continuo, a menos que la obligación consista exclusivamente en prevenir antes que nada el acontecimiento (lo que es distinto de la continuación) o haya cesado. Ambos casos quedarían comprendidos en las palabras «subsistan [...] y su falta de conformidad con la obligación internacional».

Artículo 25.—Violaciones que entrañen hechos compuestos de un Estado

1. La violación de una obligación internacional mediante un hecho compuesto de un Estado (es decir, una serie de acciones u omisiones que en conjunto constituyan un hecho ilícito respecto de la obligación de que se trate) se producirá cuando tenga lugar la acción u omisión de la serie que, considerada junto con las que le hayan precedido, sea suficiente para constituir el hecho compuesto.

2. A reserva de lo dispuesto en el artículo 18, la perpetración de la violación se prolongará todo el período siguiente a la primera de las acciones u omisiones que en conjunto constituyen el hecho compuesto y subsistirá mientras se repitan y subsista su falta de conformidad con la obligación internacional.

Notas

1. El artículo 25 incluye el contenido de los antiguos artículos 25, párr. 2 y 18, párr. 4, que se referían a los «hechos compuestos». No obstante, por las razones que se explican en el informe, el concepto de hechos compuestos se limita a los que se definen como tales en la norma primaria pertinente. Véanse los párrafos 116 a 126 *supra*.

2. Las palabras «a reserva de lo dispuesto en el artículo 18» obedecen al propósito de tener en cuenta el caso en que la obligación no esté en vigor cuando comience a observarse el comportamiento constitutivo del hecho compuesto, pero haya entrado en vigor después. En ese caso, la «primera» de las acciones u omisiones de la serie, a los efectos de la responsabilidad de los Estados, es la primera que ocurre después de que entre en vigor la obligación. Sin embargo, ello no impide que un tribunal tenga en cuenta acciones u omisiones anteriores a otros efectos (por ejemplo, el de determinar los elementos de hecho de violaciones posteriores). Véase el párrafo 123 *supra*.

3. No parece necesario el concepto de «hechos complejos», que se formula en los artículos 18, párr. 5 y 25, párr. 3, razón por la que se han suprimido esas disposiciones. Véanse los párrafos 127 a 133 *supra*.

Artículo 26.—Momento y duración de la violación de una obligación internacional de prevenir un acontecimiento dado

Nota

El antiguo artículo 26 se ha incluido en el artículo 24, párr. 3.

Artículo 26 bis.—Agotamiento de los recursos internos

Lo dispuesto en los presentes artículos se entenderá sin perjuicio del requisito de que, en caso de una obligación internacional relativa al trato que ha de extender un Estado a personas naturales o jurídicas extranjeras, éstas habrán de agotar los recursos internos efectivos que tengan a su disposición en ese Estado.

Notas

1. En la versión aprobada en primera lectura, el artículo 22 se refería al agotamiento de los recursos internos en el marco del concepto de los «hechos complejos». En todos los casos en que se aplicaba la norma del agotamiento de los recursos internos, se consideraba que el hecho ilícito incluía los recursos internos ineficaces. Aunque hay muchos casos en que el hecho ilícito viene determinado por la ineficacia del recurso interno, hay otros (por ejemplo, la tortura) en que ello no es así y, por esa y otras razones, se ha suprimido el concepto de «hecho complejo». Véanse los párrafos 138 a 150 *supra*.

2. De todos modos, es conveniente dejar claro en el capítulo III que el hecho de que se produzca una violación no obsta para que hayan de agotarse los recursos internos con arreglo al derecho internacional. La Comisión podría formular con más precisión la norma de los recursos internos dentro del tema de la protección diplomática.

3. Tal vez sea necesario examinar de nuevo la ubicación del artículo 26 bis a la vista de los trabajos que se realicen en relación con la materialización de la responsabilidad internacional en el capítulo III de la segunda parte.

B.—Primera parte, capítulo IV: Implicación de un Estado en el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado

1. INTRODUCCIÓN

a) Alcance del capítulo IV

159. De conformidad con el principio general establecido en el artículo 3, hay responsabilidad del Estado cuando el comportamiento atribuible a un Estado viola una obligación internacional de ese Estado. Sin embargo, puede haber casos en que el comportamiento de un Estado, que no actúa como órgano o agente de otro Estado, es en todo caso imputable a este último, aunque la ilicitud del comportamiento consista o, en todo caso, consista fundamentalmente, en una violación de las obligaciones internacionales del primer Estado. La primera parte del capítulo IV apunta a definir los casos excepcionales en que ello sucede.

160. En el capítulo IV se prevén tres situaciones. El artículo 27 se refiere a lo que en derecho interno se denominaría «complicidad», es decir, cuando un Estado presta ayuda o asistencia a otro Estado con lo que facilita que éste perpetre el hecho ilícito. El párrafo 1 del artículo 28 se refiere a los casos en que un Estado es responsable del hecho internacionalmente ilícito cometido por otro Estado porque ha asumido un poder de dirección o de control sobre él mediante un tratado, por ejemplo, o como resultado de una ocupación militar de su territorio. El párrafo 2 del artículo 28 se refiere al caso extremo en que un Estado ejerce deliberadamente coacción sobre otro para que cometa un hecho que constituye o que (de no haber sido por la coacción) constituiría un hecho internacionalmente ilícito de su parte³⁰⁶. En los tres casos, el hecho es cometido, voluntariamente o no, por órganos o agentes del Estado autor y constituye (o constituiría, de no haber sido por la coacción)³⁰⁷ una violación de las obligaciones internacionales de ese Estado. La «implicación» del segundo Estado surge de la circunstancia especial de su asistencia voluntaria, su poder de dirección o control o la coacción ejercida sobre el comportamiento del Estado autor. Sin embargo, existen también diferencias importantes entre los tres casos. En el caso del artículo 27, el principal responsable del hecho ilícito es el Estado autor y la función del Estado que presta asistencia es secundaria.

³⁰⁶ Para los trabajos del artículo 27, véase *Anuario... 1978*, vol. II (primera parte), págs. 56 a 64, documento A/CN.4/307 y Add.1 y 2; *ibíd.*, vol. I, 1518.^a sesión, págs. 183 a 189 (debate en el plenario) y pág. 288 (informe del Comité de Redacción). Para los trabajos del artículo 28, véase *Anuario... 1979*, vol. II (primera parte), págs. 4 a 26, documento A/CN.4/318 y Add.1 a 4; *ibíd.*, vol. I, 1532.^a sesión, págs. 4 a 30 (debate en el plenario) y págs. 170 a 176 (informe del Comité de Redacción). Véanse las deliberaciones sobre el problema en Padelletti, *Pluralità di stati nel fatto illecito internazionale*; Brownlie, *op. cit.*, págs. 189 a 192; Quigley, «Complicity in international law: a new direction in the law of State responsibility»; Noyes y Smith, «State responsibility and the principle of joint and several liability»; y Graefrath, «Complicity in the law of international responsibility» (particularmente útil). Los anteriores debates sobre «complicidad» de los Estados en la doctrina y en la jurisprudencia trataban más bien de los problemas de la atribución o de la norma sustantiva de la responsabilidad por hechos de los particulares: véase por ejemplo, Brierly, «The theory of implied State complicity in international claims».

³⁰⁷ Esa salvedad es necesaria porque si el Estado ha sido realmente objeto de coacción, la ilicitud del acto puede quedar excluida en razón de fuerza mayor; véanse el artículo 31 y el párrafo 204 *infra*.

En cambio, en el caso de coacción previsto en el párrafo 2 del artículo 28, el Estado que ejerce la coacción es el *fons et origo* del comportamiento y el que ha sido objeto de la coacción es el instrumento. El párrafo 1 del artículo 28 en su texto actual, prevé una amplia variedad de situaciones, desde aquellas en que el poder de dirección o control en realidad es ejercido por el Estado dominante y el Estado subordinado únicamente cumple órdenes hasta aquellas en que el Estado subordinado toma la iniciativa y la responsabilidad del Estado dominante se deriva únicamente del hecho de no haber ejercido el «poder de dirección o control».

b) Responsabilidad accesoria y conceptos afines

161. En su séptimo informe sobre la responsabilidad de los Estados, el Sr. Ago decidió que se examinaran dos casos en el marco del capítulo. El primero era la participación de un Estado en el hecho ilícito de otro y el segundo era la «responsabilidad indirecta» basada en la relación entre el Estado que dirige o impone la perpetración del hecho ilícito y el Estado que lo comete³⁰⁸. Sin embargo, no se dio ninguna justificación general para examinar estos dos casos y no otros, y el comentario no se refiere prácticamente al asunto; de todas maneras, conviene situar los casos concretos que figuran actualmente en el capítulo IV en el contexto más amplio de la cooperación entre varios Estados para cometer un hecho internacionalmente ilícito y cabría considerar por lo menos los siguientes casos:

a) *Acción conjunta*. El Estado A se pone de acuerdo con el Estado B para cometer juntos el hecho internacionalmente ilícito. Por ejemplo, si dos Estados se ponen de acuerdo para realizar una operación determinada, puede decirse que han actuado conjuntamente con respecto a toda la operación, aunque las expresiones «conjunta» o «solidaria», derivadas de los ordenamientos jurídicos nacionales, deben utilizarse con cautela;

b) *Acción por medio de un órgano común*. Los Estados A y B cometen conjuntamente el hecho por conducto de un órgano común. En ese caso³⁰⁹, el órgano es al mismo tiempo órgano de ambos Estados, de conformidad con el proyecto de artículo 5, y la conducta es imputable a ambos;

c) *Acción por medio de un agente*. El Estado A actúa en nombre del Estado B, o como agente de éste, en la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito, aunque mantiene sus propias funciones y su responsabilidad con respecto a la conducta de sus órganos³¹⁰. Por ejemplo, el Estado B puede pedir al Estado A que realice en su nombre determinados actos en ejercicio del derecho de legítima defensa colectiva y si los actos van más allá de las medidas autorizadas por el Artículo 51 de la Carta de

³⁰⁸ *Anuario... 1978*, vol. II (primera parte), págs. 55 y 56, documento A/CN.4/307 y Add.1 y 2, párrs. 52 y 53.

³⁰⁹ Mencionado por el Sr. Ago, *ibíd.*, pág. 57, párr. 58.

³¹⁰ Si el órgano pertinente del Estado A ha sido «puesto a [...] disposición» del Estado B, de conformidad con el proyecto de artículo 9, sólo el Estado B será responsable del comportamiento. Véase *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7, párr. 230. Existen muchos casos en que los órganos del Estado A mantienen cierto control sobre los actos que realizan como agentes de otro Estado, y no actúan solamente como representantes de éste. Ello sucedió, por ejemplo, en Australia, en el caso *Certaines terres à phosphates à Nauru, C.I.J. Recueil* (véase la nota 76 *supra*), pág. 240.

las Naciones Unidas, la responsabilidad podría imputarse tanto al Estado que los solicita como al Estado autor³¹¹;

d) *Comportamiento ilícito independiente en que participa otro Estado.* El Estado A hace algo que es contrario a sus propias obligaciones internacionales en una situación en que está implicado otro Estado y la conducta del otro Estado es importante o incluso decisiva para determinar si el Estado A ha infringido sus propias obligaciones internacionales. Por ejemplo, en el caso *Soering*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que el Reino Unido era responsable de la extradición de una persona a un Estado que no era parte en el Convenio europeo y donde sufriría tratos o penas inhumanos o degradantes³¹². Por lo tanto, un Estado puede ser internacionalmente responsable por su propio comportamiento al permitir que se someta a alguien a malos tratos, aunque éstos sean infligidos por otro Estado por su propia cuenta³¹³. También es posible que un Estado, en razón de sus obligaciones internacionales, tenga que impedir que otro Estado actúe de determinada manera, o por lo menos tratar de evitar el daño que podría derivarse de ello³¹⁴;

e) *Asistencia voluntaria en la perpetración de un hecho ilícito.* El Estado A de alguna manera ayuda al Estado B a cometer un hecho que viola las obligaciones internacionales del Estado B, por ejemplo, proporcionándole, a sabiendas, un servicio esencial para ello o financiando la actividad de que se trata. El artículo 27 se refiere a esa situación, que es distinta a la que se plantea en el asunto *Soering*, porque en este caso la razón por la cual el comportamiento del Estado A es ilícito es su relación con el comportamiento ilícito del Estado B³¹⁵;

f) *Instigación a cometer un hecho ilícito.* El Estado A incita o alienta al Estado B a realizar un hecho internacionalmente ilícito, pero no lo ayuda materialmente a cometerlo³¹⁶;

g) *Dirección, obligación o coacción.* El Estado A obliga o coacciona al Estado B a cometer un hecho interna-

cionalmente ilícito, o el Estado B actúa bajo la dirección y el control del Estado A en la perpetración de ese hecho. Esos casos se tratan en el artículo 28, al igual que el del Estado A que no evitó el hecho ilícito cometido por el Estado B en un ámbito en que ejercía poder de dirección o control sobre el Estado B;

h) *Asistencia prestada después de la perpetración del hecho ilícito.* El Estado A presta asistencia al Estado B para eludir su responsabilidad en un hecho internacionalmente ilícito o para mantener los beneficios que le haya reportado el hecho, pero sin participar en el hecho ilícito propiamente dicho. En el régimen de *common law* esto se denomina «encubridor de un delito consumado»;

i) *Comportamiento de varios Estados que causan por separado distintos aspectos del mismo daño o perjuicio.* Otra situación es que los hechos ilícitos cometidos simultáneamente por varios Estados puedan contribuir a causar perjuicios que quizás no se hubieran producido con la acción de uno de ellos únicamente. Por ejemplo, varios Estados pueden contribuir a la contaminación de un río porque el efecto de los contaminantes sumados y combinados es mucho mayor que el efecto si sólo uno de los Estados hubiera participado en el hecho.

162. Esas situaciones no son mutuamente excluyentes sino que pueden combinarse de distintas maneras. Por ejemplo, el caso *Certaines terres à phosphates à Nauru* estaba relacionado con la responsabilidad de Australia con respecto a Nauru por los hechos cometidos por ese país «en nombre» de los tres Estados (Australia, Nueva Zelanda y el Reino Unido) que en conjunto constituían la Autoridad Administradora del Territorio en Fideicomiso de Nauru³¹⁷. Este es un caso de acción «conjunta» (situación señalada en el apartado *a supra*) así como un caso en que uno de los Estados, en el marco de su función habitual de administración, actúa en nombre de los otros dos y en el suyo propio (situación señalada en el apartado *c supra*).

163. Se da un tipo especial de acción «colectiva» cuando varios Estados colaboran para establecer y mantener una organización internacional que actúe en su nombre o, a la inversa, cuando uno o más Estados actúan en nombre de una organización internacional con algún fin de la organización. Ello plantea problemas relacionados con el grado de responsabilidad que cabría atribuir a los Estados por los hechos de la organización o por los actos de cada uno de ellos autorizados por la organización. Sin embargo, por los motivos que ya se han señalado, el proyecto de artículos no debería referirse a casos de responsabilidad de las organizaciones internacionales, ni de responsabilidad de los Estados miembros por hechos realizados por organizaciones internacionales (incluida la que cabría denominar «responsabilidad secundaria»)³¹⁸. Por lo tanto,

para atribuir responsabilidad. Los Estados tienen obligaciones concretas, derivadas de tratados, de prohibir la instigación en ciertos contextos (por ejemplo, el artículo III, apdo. e de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; y el artículo 4 (Instigación al odio racial o a la discriminación) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial).

³¹⁷ C.I.J. Recueil 1992 (véase la nota 76 *supra*), pág. 240.

³¹⁸ Véase *Anuario... 1998* vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7, párrs. 234 y 262, y el proyecto de artículo A propuesto por el Comité de Redacción en 1998. En el caso *Certaines terres à phosphates à Nauru*, se convino en que la «Autoridad

³¹¹ Véanse los casos *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (nota 68 *supra*) y *Actions armées frontalières et transfrontalières* (Nicaragua c. Honduras), C.I.J. Recueil 1988, pág. 69 (véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 247).

³¹² *Série A: Arrêts et décisions* (nota 297 *supra*), págs. 33 a 36.

³¹³ El Tribunal ha aplicado el principio *Soering* en asuntos posteriores, aunque con mucha prudencia: véase, por ejemplo, el asunto *Cruz Varas et autres c. Suède*, *ibíd.*, vol. 201, decisión de 20 de marzo de 1991 (Consejo de Europa, Estrasburgo, 1991); y *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, *ibíd.*, vol. 215, decisión de 30 de octubre de 1991 (Consejo de Europa, Estrasburgo, 1992).

³¹⁴ Por ejemplo, el fundamento de la responsabilidad de Albania en el caso *Détroit de Corfou* (véase la nota 11 *supra*) fue que no había informado que un tercer Estado había colocado minas en sus aguas.

³¹⁵ En el caso *Soering* el Tribunal señaló que las condiciones en el país receptor se consideraban una cuestión de hecho. Declaró que «la responsabilidad del país receptor no puede juzgarse o determinarse en virtud del derecho internacional general, del Convenio o de ninguna otra norma. En la medida en que el hecho dé lugar o pueda dar lugar a algún tipo de responsabilidad en virtud del Convenio, se trata de la responsabilidad del Estado Contratante que procedió a la extradición, ya que adoptó una medida que tuvo como consecuencia directa la exposición de una persona a malos tratos prohibidos» (*Série A: Arrêts et décisions* (véase la nota 297 *supra*), pág. 36). De hecho, puede ocurrir que el trato sea internacionalmente lícito con respecto al Estado receptor.

³¹⁶ Véase *Anuario... 1978*, vol. II (primera parte), págs. 57 a 60, documento A/CN.4/307 y Add.1 y 2, párrs. 61 a 65, en que se exponen argumentos en contra de que se considere la mera instigación como base

no es necesario examinar, por ejemplo, quién es el responsable del cumplimiento de acuerdos mixtos de la Unión Europea, en que tanto la Comunidad Europea como sus Estados miembros son partes en el acuerdo y se plantean problemas relacionados con la división de la competencia³¹⁹.

164. Dejando de lado las cuestiones de responsabilidad de las organizaciones internacionales y de los Estados miembros por los actos de las organizaciones internacionales, se plantea la cuestión de determinar cuáles de los casos examinados en los párrafos anteriores habría que tener en cuenta en el proyecto de artículos y, concretamente, en el capítulo IV. De acuerdo con los artículos 1 y 3, cada Estado es responsable de su propio comportamiento, es decir, por el comportamiento atribuible a él en virtud del capítulo II que constituya una violación de sus propias obligaciones internacionales, en tanto que el elemento de la violación se especifica en el capítulo III. Se trata pues de determinar entre las distintas formas de acción conjunta o concertada de varios Estados que se mencionan en el párrafo 159 *supra* aquellas que no quedan debidamente comprendidas en este principio general. Al parecer, las situaciones *a, b, c, d e i* no plantean ningún problema particular a los efectos de la primera parte del proyecto de artículos, aunque pueden hacerlo en la segunda parte con respecto al alcance de la reparación que debe hacer cada Estado. Quedarían las situaciones previstas en los apartados *e, f, g y h*. El capítulo IV parte de la base de que la instigación a cometer un hecho ilícito (situación prevista en el apartado *f*) y la asistencia prestada a un Estado una vez cometido el hecho (situación prevista en el apartado *h*) por lo general no son hechos ilícitos en el derecho internacional o en todo caso no es necesario tenerlos en cuenta en la primera parte.

165. Sin embargo, es necesario examinar las situaciones que se contemplan realmente en los artículos 27 y 28 antes de determinar si es necesario incluir en el capítulo IV, o en otro capítulo, otros casos de responsabilidad colectiva, accesoria o de responsabilidad por los hechos preparatorios³²⁰.

c) ¿Enuncia el capítulo IV normas secundarias?

166. Una característica evidente del artículo 27, y quizás también del artículo 28, es que en ellos se especifica que determinado comportamiento es internacionalmente ilícito. El artículo 27 dispone que la ayuda o asistencia «constituye de por sí un hecho internacionalmente ilícito», mientras que el artículo 28 señala que en ciertos casos un hecho ilícito cometido por un Estado da lugar a la responsabilidad

Administradora» de Nauru no era otra persona jurídica, es decir, no era una organización internacional distinta de los tres Estados participantes (véase *C.I.J. Recueil 1992* (nota 76 *supra*), pág. 258).

³¹⁹ Véase MacLeod, Hendry y Hyett, *The External Relations of the European Communities: A Manual of Law and Practice*, págs. 158 a 160; y Tomuschat, «Liability for mixed agreements». Con respecto a la jurisprudencia, véase la opinión del abogado general Jacobs en el caso C-316/91, *Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne*, *Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance*, 1994-3, Luxemburgo, en particular los párrafos 69 y ss., y la opinión del abogado general Tesouro en el caso C-53/96, *Hermès International c. FHT Marketing Choice BV*, *ibíd.*, 1998-6, párrs. 14 a 20.

³²⁰ Véase el párrafo 213 *infra*.

internacional de otro Estado. Sin embargo, el proyecto de artículos se basa en una distinción entre normas primarias y secundarias y su función no consiste en «definir una norma y el contenido de la obligación por ella impuesta»³²¹. El artículo 27, por lo menos, sí parece hacerlo, aunque por remisión a un hecho ilícito de otro Estado.

167. El comentario no insiste en este aspecto del capítulo IV, ni lo justifica, y se limita a señalar que se refiere a casos en que el Estado está implicado en el comportamiento internacionalmente ilícito de otro Estado³²². Sin embargo, la justificación puede encontrarse en que la responsabilidad, con arreglo al capítulo IV, es en cierto sentido derivada³²³. En los ordenamientos jurídicos nacionales, las normas que se refieren a la asociación delictiva, la complicidad y la instigación para incumplir un contrato, por ejemplo, suelen clasificarse en la «parte general» del derecho de las obligaciones civiles o penales, según el caso. Además, la idea de la implicación de un Estado en el comportamiento de otro es análoga a los problemas de atribución que se tratan en el capítulo II. En algunas circunstancias puede justificarse la atribución del comportamiento ilícito del Estado A al Estado B, que se ve implicado en ese comportamiento por la asistencia prestada o por la dirección o coacción ejercida. Según el alcance de la responsabilidad definido en el capítulo IV, es posible defender el argumento de que los artículos 27 y 28 forman parte de un proyecto que se ocupa de las normas secundarias de la responsabilidad de los Estados. Hay que tener cuidado de que los artículos no vayan más allá del ámbito de la «implicación», para convertirse en normas primarias sustantivas y que puedan ser polémicas. En todo caso, ello dependerá de su contenido más que de su clasificación.

2. EXAMEN DE ARTÍCULOS ESPECÍFICOS

a) Artículo 27. Ayuda o asistencia de un Estado a otro Estado para la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito

168. El texto del artículo 27 es el siguiente:

La ayuda o asistencia de un Estado a otro Estado, si consta que ha sido prestada para la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito, realizada por este último, constituye de por sí un hecho internacionalmente ilícito, aun cuando, considerada aisladamente, esa ayuda o asistencia no constituya la violación de una obligación internacional.

169. El artículo 27, interpretado literalmente, plantea un principio bastante amplio de la responsabilidad de un Estado por el comportamiento de otro. Considera ilícita toda «ayuda o asistencia [...] prestada para la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito» por parte del segundo Estado. El «elemento mental» de la asistencia no se especifica en el artículo; es decir, ¿qué grado de

³²¹ Utilizando las palabras del Relator Especial, Sr. Ago, *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 331, documento A/8010/Rev.1, párr. 66, apdo. c, citadas en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7, párr. 13. Véanse en *ibíd.*, párrs. 12 a 18, las deliberaciones sobre la distinción.

³²² *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 97, párr. 1 del comentario al capítulo IV.

³²³ Véase la expresión «responsabilidad derivada» utilizada por el árbitro Max Huber en *Biens britanniques au Maroc espagnol*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (nota 292 *supra*), pág. 648.

conocimiento se requiere de la participación del Estado receptor de la ayuda en el hecho internacionalmente ilícito? Tampoco se establece una distinción entre el grado o el tipo de «ayuda o asistencia», que puede ir de lo indispensable a lo secundario.

170. En el comentario del artículo 27 se aclaran considerablemente esas cuestiones. En primer lugar, se establece una distinción entre la participación en el hecho ilícito de otro Estado y los casos en que «un Estado es o se hace coautor de un hecho internacionalmente ilícito»³²⁴. Por otra parte, se establece una distinción entre los casos en que se alienta o se instiga a cometer un hecho ilícito o se aconseja hacerlo y aquellos en que se presta efectivamente asistencia. «Pero, en el orden jurídico internacional, es más que dudoso que la sola inducción de un Estado a otro Estado para que cometa un hecho ilícito sea en cuanto tal un hecho internacionalmente ilícito»³²⁵. Por lo tanto, hay que distinguir la instigación de la complicidad, especialmente en las relaciones internacionales. Por distintas razones, también se distinguen los casos de dirección y coacción de la complicidad y el artículo 28 se refiere a ellos. Así, el artículo 27 se refiere al Estado que actúa por su cuenta y es el principal responsable, aunque otro Estado preste asistencia material en la perpetración de un hecho ilícito³²⁶.

171. En el comentario se señala que ciertas formas de asistencia se prohíben por separado en el derecho internacional. Por ejemplo, según la Definición de la agresión aprobada por la Asamblea General, el acto de agresión consiste, entre otras cosas, en «[l]a acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado»³²⁷. Sin embargo, según el comentario, la asistencia prestada para que otro Estado cometa el hecho ilícito es en sí ilícita, aunque ello no se indique expresamente en una norma primaria. En realidad ello sucede independientemente de que el hecho principal sea un crimen o un delito³²⁸ o de que la asistencia constituya en sí misma un hecho ilícito³²⁹. Basta con que el Estado que presta asistencia tenga «la intención de cooperar en la realización de un hecho» ilícito. Ese requisito se cumple, por ejemplo, cuando el Estado que presta asistencia tiene «el conocimiento del objeto concreto para el cual el Estado que recibe el suministro de ciertos medios se propone servirse de ellos»³³⁰. La mayoría de los ejemplos de práctica de los Estados que se dan en el comentario se refieren a la asistencia que presta un

Estado para que otro utilice la fuerza armada, por ejemplo, mediante la autorización de sobrevuelos o derechos de aterrizaje durante una operación militar de otro Estado que es considerada una agresión o una intervención³³¹. Cabe señalar que todos los ejemplos mencionados se refieren al incumplimiento de obligaciones dimanadas de normas primarias que obligan al propio Estado que presta asistencia.

172. Por lo tanto, la Comisión llegó a la conclusión, en parte como cuestión de desarrollo progresivo, de que había que incluir en la primera parte una norma que prohibiera la complicidad o la participación en el hecho ilícito de otro Estado³³². La participación en ese hecho no tiene necesariamente la misma gravedad que el comportamiento del Estado al que se presta asistencia. Su gravedad dependerá, entre otras cosas, de «la importancia y la gravedad de la ayuda o la asistencia proporcionada concretamente al autor del hecho ilícito principal»³³³. Sin embargo, para que se aplicara el artículo 27 la asistencia debía ser material y tenía que haberse prestado «con la intención de facilitar así la realización» del hecho ilícito por el otro Estado³³⁴. Además, el Estado que recibe asistencia debe cometer efectivamente un hecho ilícito para que la ilicitud de lo que hace el Estado que presta asistencia dependa estrictamente de lo que hace el Estado que la recibe³³⁵.

i) Observaciones de los gobiernos acerca del artículo 27

173. Alemania no cree que el derecho internacional vigente vaya tan lejos como el artículo 27 y pide que se determine con mayor precisión la expresión «prestada para la perpetración» así como el elemento necesario de la intención³³⁶. Los Estados Unidos están de acuerdo con los aspectos esenciales³³⁷. Suiza señala que el artículo 27 «carece de fundamento en el derecho positivo» y que, por lo tanto, debe suprimirse³³⁸. En una observación anterior, Suecia también manifestó dudas con respecto al alcance del artículo 27 y preguntó si no se trataba más bien de una norma primaria³³⁹.

174. El Reino Unido, en cambio, apoya el «principio básico» pero señala una serie de aspectos de redacción que plantean, sin embargo, cuestiones de principio con respecto al artículo 27 en sí. Para el Reino Unido, la cuestión fundamental es la necesidad de establecer la distinción entre los casos en que el hecho del Estado que presta ayuda es ilícito por sí mismo y aquellos en que no lo es. Si el hecho es ilícito por sí mismo, el artículo 27 no es necesario. Si no lo es, debe expresarse claramente el principio de responsabilidad³⁴⁰. El Japón también está de acuerdo con el artículo 27 pero sugiere que se defina claramente

³²⁴ *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 98, párr. 2 del comentario al artículo 27.

³²⁵ *Ibíd.*, párr. 3. En el párrafo 4 se citan las conclusiones formuladas por la *Board of Commissioners* de acuerdo con la Convención de 4 de julio de 1831 entre los Estados Unidos de América y Francia, en que se negaba a atribuir a Francia la responsabilidad por medidas adoptadas por Dinamarca, aunque por influencia e instigación de Francia. Véase Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, págs. 4473 y ss.

³²⁶ *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 100, párr. 11 del comentario al artículo 27.

³²⁷ Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974, anexo, párr. 3, apdo. f, citada en *ibíd.*, pág. 101, párr. 13 del comentario al artículo 27.

³²⁸ *Ibíd.*

³²⁹ *Ibíd.*, párr. 14.

³³⁰ *Ibíd.*

³³¹ *Ibíd.*

³³² *Ibíd.*, pág. 102, párr. 16.

³³³ *Ibíd.*

³³⁴ *Ibíd.*, págs. 102 y 103, párr. 17.

³³⁵ *Ibíd.*, pág. 103, párr. 19.

³³⁶ *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3, observaciones sobre el artículo 27.

³³⁷ *Ibíd.*

³³⁸ *Ibíd.*

³³⁹ *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. 85, documento A/CN.4/342 y Add.1 a 4.

³⁴⁰ Véase la nota 336 *supra*.

el principio³⁴¹. En un comentario anterior Malí señaló que debían tenerse en cuenta varios factores para determinar si la ayuda se había prestado «para la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito», pero aun así expresó su firme apoyo al artículo³⁴².

ii) *El artículo 27 como caso de responsabilidad derivada: dos cuestiones preliminares*

175. En el artículo 27 se prevé la responsabilidad derivada en dos formas distintas. En primer lugar, el Estado que presta ayuda es responsable únicamente si el Estado que la recibe comete efectivamente un hecho internacionalmente ilícito. Como se señala claramente en el comentario, el Estado que presta asistencia es responsable únicamente si el Estado que la recibe comete el hecho ilícito. En segundo lugar, el Estado que presta la ayuda es responsable únicamente si se determina que la asistencia «ha sido prestada para la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito». Lo que se requiere es la intención específica de ayudar en la perpetración del hecho ilícito del Estado que recibe asistencia. Ello plantea cuestiones de principio y con respecto a la definición, pero antes hay que mencionar dos problemas preliminares.

176. El primero es el problema de procedimiento de determinar, en un proceso judicial en que no participa el Estado receptor de la asistencia, la responsabilidad del Estado que lo proporciona. La CIJ ha afirmado reiteradas veces que no puede pronunciarse sobre la responsabilidad internacional del Estado A ya que para ello, tendría que pronunciarse previamente sobre la licitud del comportamiento del Estado B, en ausencia de éste y sin su consentimiento. Este es el denominado principio del *Or monétaire*³⁴³. Por definición, ese principio se aplicará a los casos contemplados en el artículo 27, ya que un aspecto esencial de la responsabilidad del Estado que presta asistencia consiste en que el Estado que la recibe ha cometido un hecho internacionalmente ilícito. La ilicitud de la asistencia prestada por el primero depende de la ilicitud del comportamiento del segundo (así como de que el primer Estado tenga conciencia de la ilicitud). Aunque en algunos casos ello pueda presentar dificultades prácticas para la determinación de la responsabilidad del Estado que presta asistencia, no es motivo suficiente para rechazar el artículo 27. El principio del *Or monétaire* se refiere a la admisibilidad de la acción en un procedimiento judicial internacional. Se han expresado protestas a nivel diplomático en casos de asistencia ilícita prestada a otro Estado, lo que es correcto, ya que los Estados tienen derecho a denunciar la complicidad en el comportamiento ilícito, aunque los tribunales quizás no tengan competencia para pronunciarse sobre la acusación en ausencia del otro Estado. Además, el principio no siempre se aplica incluso en procedimientos judiciales. Por ejemplo, no se aplica a

los casos en que un órgano internacional competente ha imputado ya la responsabilidad al Estado que recibe la asistencia³⁴⁴.

177. La segunda dificultad se refiere a la formulación de normas sustantivas en que concretamente se prohíbe que un Estado preste asistencia a otros Estados para que cometan ciertos hechos ilícitos o incluso se pide a terceros Estados que impidan o repriman la realización de tales hechos. En párrafos anteriores se menciona el párrafo 3, apdo. f, de la Definición de la agresión formulada por las Naciones Unidas y existen otros ejemplos al respecto³⁴⁵. Esos textos no se basan en ningún principio general de responsabilidad derivada, y cabe preguntarse si niegan implícitamente la existencia de un principio general³⁴⁶. Al parecer no es así. La existencia de normas especiales que se han redactado en distintos momentos para prohibir la asistencia a Estados que realizan actos ilícitos puede demostrar la importancia de evitar que se preste ayuda en esas situaciones, pero sería ir demasiado lejos inferir de ello que no existe ninguna norma general. La definición de la agresión no tenía por objeto ocuparse del derecho general de la responsabilidad de los Estados pero, de haberse hecho caso omiso de la cuestión al redactar el texto del artículo 3, no se habría podido definir ese concepto. Con respecto a las disposiciones de otros tratados (por ejemplo, el párrafo 5 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas), una vez más, el motivo específico de esas disposiciones va más allá del alcance y el objetivo del proyecto de artículo 27.

178. Por esas razones, ni las dificultades de procedimiento que plantea el principio del *Or monétaire*, ni la existencia de normas primarias concretas que se superponen en ciertos aspectos con el artículo 27 son motivos para rechazar el principio general.

179. Sin embargo, una objeción mucho más importante está relacionada con el alcance del principio. Según la formulación, sumamente crítica, del artículo 27, hay que demostrar que la ayuda o asistencia «ha sido prestada para* la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito», pero la palabra «para» plantea una serie de problemas. ¿Cuándo se presta asistencia «para» ese propósito? La asistencia puede ser desde indispensable hasta incidental pero, ¿cuán importante debe ser para el logro del propósito? ¿Es necesario que el Estado que presta ayuda tenga plena conciencia no sólo del propósito sino también de su ilicitud? Además de los aspectos relacionados con la formulación y la definición existen otras cuestiones fundamentales. En particular, ¿tiene alguna importancia el hecho de que el Estado que presta ayuda no esté obligado

³⁴¹ Documento A/CN.4/492 (reproducido en el presente volumen), observaciones sobre el artículo 27.

³⁴² *Anuario...* 1980, vol. II (primera parte), pág. 106, documento A/CN.4/328 y Add.1 a 4.

³⁴³ *Timor oriental*, C.I.J. Recueil 1995 (nota 26 supra), pág. 105, párr. 35; véase también *Or monétaire pris à Rome en 1943*, fallo, C.I.J. Recueil 1954, pág. 32 (véase asimismo *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 42), y *Certaines terres à phosphates à Nauru*, C.I.J. Recueil 1992 (nota 76 supra), pág. 261, párr. 55.

³⁴⁴ En el caso *Timor oriental*, Portugal adujo que la situación jurídica de Indonesia ya se había determinado oficialmente en resoluciones anteriores del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General. La CIJ negó que las resoluciones hubieran llegado tan lejos (C.I.J. Recueil 1995 (nota 26 supra), pág. 104, párr. 32). Una resolución clara y vinculante de un órgano competente podría impedir, implícitamente, la aplicación del principio del *Or monétaire*; véase, por ejemplo, el caso *Namibia*, C.I.J. Recueil 1971 (nota 85 supra), pág. 54, párr. 117.

³⁴⁵ Véase el párrafo 171 y la nota 326 supra. Véase también el párrafo 5 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas («Los Miembros [...] se abstendrán de dar ayuda a Estado alguno contra el cual la Organización estuviere ejerciendo acción preventiva o coercitiva»).

³⁴⁶ Véanse las observaciones de Alemania y Suiza (párr. 173 supra).

por la norma que ha contribuido a infringir? De no ser así, ¿podría justificarse de alguna manera esa asistencia? Los ejemplos mencionados en el comentario del artículo 27 no son muy amplios y se limitan a las violaciones de normas fundamentales como el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, el propio artículo 27 no es tan limitado. ¿Convendría establecer una norma general aplicable tanto a tratados bilaterales como a normas imperativas? ¿Habría que incluirla en el proyecto de artículos?

iii) *El problema de la intención o el conocimiento de la ilicitud*

180. No hay duda de que sería una medida demasiado severa imponer al Estado que presta ayuda una norma de responsabilidad objetiva. No debería exigirse a un Estado que proporciona ayuda material o financiera a otro que corra el riesgo de que la ayuda se utilice para cometer un hecho internacionalmente ilícito. En todo caso, sería muy difícil demostrar que ciertos recursos fueron utilizados con ese propósito, especialmente si se trata de recursos financieros o de información. En el comentario del artículo 27 se subraya que los órganos responsables del Estado que presta la asistencia deben ser plenamente conscientes de que se utilizará con fines ilícitos y que deben hacerlo deliberadamente. En otras palabras, la asistencia debe prestarse:

con la finalidad específica de facilitar la perpetración del hecho internacionalmente ilícito principal de que se trata. Así, no basta que una ayuda o asistencia proporcionada sin tal intención sea utilizada por el Estado que la recibe con fines ilícitos, ni tampoco que el Estado que proporciona ayuda o asistencia sea consciente de la posibilidad eventual de tal utilización. Es preciso, en realidad, que la ayuda o la asistencia se preste con miras a su utilización en la perpetración del hecho internacionalmente ilícito principal. No basta con que esa intención se «presuma»: como pone de relieve el artículo, sólo cuenta si «consta»³⁴⁷.

La explicación es útil, aunque resulta claro que, si se ha de mantener el artículo 27, esos requisitos deben constar en el texto del artículo 27 y no sólo en el comentario³⁴⁸. En vista del carácter de las relaciones entre Estados y de la gran diversidad de situaciones que pueden presentarse³⁴⁹, el artículo 27 debería referirse sólo a los casos en que la asistencia está relacionada clara e inequívocamente con el hecho ilícito subsiguiente. En cuanto al elemento de la «intención», ello significa que el órgano del Estado tiene que haber sido consciente de que el hecho en cuestión era deliberado y haber tenido además la intención de facilitar su realización mediante la asistencia prestada.

181. Se plantea otra cuestión con respecto a la intención. ¿Debe el Estado que presta ayuda ser consciente no sólo de que el hecho se producirá sino también de su carácter internacionalmente ilícito? El «desconocimiento del derecho» por parte de los funcionarios del Estado que proporcionan la asistencia, ¿exonera al Estado que presta esa ayuda? El desconocimiento del derecho internacional

³⁴⁷ *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 103, párr. 18 del comentario al artículo 27.

³⁴⁸ Véanse las observaciones de varios gobiernos a esos efectos (párrs. 173 y 174 *supra*).

³⁴⁹ Por ejemplo, utilización de bases militares o del territorio en general, sobrevuelos, compra de equipo militar, ayuda económica, capacitación de personal, suministro de información confidencial.

por lo general no exonera a los Estados de responsabilidad por un hecho ilícito. ¿Constituye esto, excepcionalmente, una justificación en el contexto del artículo 27? De ser así, ¿tiene el Estado que presta ayuda el deber de hacer indagaciones razonables sobre la ilicitud o para exonerarlo basta con que los funcionarios hayan hecho caso omiso de la ilicitud? Esas preguntas son difíciles³⁵⁰ y, además, son fundamentales. Se las analizará con más detenimiento más adelante³⁵¹.

iv) *El nexo entre la asistencia y el hecho ilícito*

182. La segunda cuestión, que no se contempla en ninguna definición de la intención, se refiere al vínculo necesario entre la asistencia y el hecho ilícito. Un Estado puede tener la intención de ayudar a cometer un hecho ilícito, plenamente consciente de las circunstancias, pero puede ser que su ayuda no sea realmente importante y significaría un poco más que instigar o promover (hechos que el artículo 27 no pretende incluir). Por otra parte, es posible que la asistencia sea decisiva, como la autorización para el uso de una base militar avanzada o el reabastecimiento de combustible de aviones que, de otra forma, no podrían llegar a su objetivo. Según el comentario, «la ayuda o asistencia ha de tener el efecto de hacer *materialmente* más fácil al Estado beneficiario de tal ayuda o asistencia la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito»³⁵². En principio esto debe ser correcto. El hecho de exigir que la ayuda sea un requisito indispensable para la realización del hecho ilícito generaría especulaciones con respecto a otras situaciones de emergencia y podría abrir escapatorias para la aplicación de la norma³⁵³. Sin embargo, en la versión inglesa la palabra «materialmente» (*materially*) plantea problemas, aunque sea sólo por su relación con el concepto de «violación grave» (*material breach*), que figura en el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969 y se define como «la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado». Si la ayuda o asistencia no debe ser esencial para cometer el hecho ilícito, la palabra «materialmente» debe evitarse. En realidad basta con utilizar la expresión «asistencia» o «complicidad» y explicarla en ese sentido en el comentario.

v) *¿La norma primaria de que se trate debe obligar al Estado que presta la asistencia?*

183. Aun suponiendo que el texto del artículo 27 sea satisfactorio por las explicaciones del comentario, persisten problemas de fondo. En su versión actual, el artículo 27 se aplicaría a los casos en que el Estado A ayuda al Estado B a violar una obligación desconocida para el primero. Como se dice claramente en el artículo 17, el proyecto se aplica a la violación de tratados y también a

³⁵⁰ A pesar de lo dispuesto en el párrafo 1 del Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, no puede pretenderse que un Estado sea consciente de las obligaciones contraídas por otro Estado en virtud de tratados bilaterales. Si se exige la notificación del carácter ilícito, convendría prever una fórmula análoga a la que figura en el artículo 46 de la Convención de Viena de 1969.

³⁵¹ Véanse los párrafos 186 a 188 *infra*.

³⁵² *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 102 y 103, párr. 17 del comentario al artículo 27. Véase también el párrafo 18.

³⁵³ A los mismos efectos, véase Quigley, *loc. cit.*, págs. 121 y 122.

la de obligaciones derivadas de otras fuentes del derecho internacional. Abarca el incumplimiento de obligaciones unilaterales, bilaterales y *erga omnes*³⁵⁴. Pero no está en claro en absoluto que a esas obligaciones distintas deba aplicarse una misma norma que prohíbe prestar asistencia³⁵⁵. Supóngase el caso de un tratado bilateral entre el Estado B y el Estado C por el que ambos se comprometen a no exportar ciertos materiales o tecnología a un tercer Estado A o a no comerciar con él. En el derecho de los usos mercantiles internos esto se llama boicoteo indirecto. Obviamente el Estado A, que sufre los efectos del tratado, no está obligado por él³⁵⁶. ¿Por qué habría de ser jurídicamente responsable si, conociendo el tratado, ayuda al Estado C a violarlo? El artículo 27 podría servir así para extender la eficacia de obligaciones bilaterales ampliamente divulgadas a todos los Estados. Cuestión sin duda diferente es que el Estado que presta la asistencia esté obligado por la norma primaria como ocurrirá, por ejemplo, cuando una de las partes en un tratado de no proliferación de armas nucleares viola el tratado al ayudar a otra a adquirir armas de terceros. Esto indica que el artículo 27 debería limitarse a las obligaciones que vinculan o son oponibles al Estado que presta la asistencia.

184. Un posible argumento a favor de una formulación amplia del artículo 27 es el de la analogía con el derecho interno. En muchos ordenamientos jurídicos internos es ilícito ayudar a sabiendas a otro a incumplir sus obligaciones contractuales³⁵⁷. Es indudable que la analogía con el derecho interno puede ser engañosa, pero la existencia de un principio general de responsabilidad por inducir al incumplimiento de un contrato podría servir de apoyo a la fórmula amplia del artículo 27. En el anexo del presente informe figura una reseña comparada del tratamiento de la instigación al incumplimiento contractual en algunos ordenamientos jurídicos internos que revela que, aunque hay cierto apoyo en derecho comparado al principio general según el cual la instigación al incumplimiento de acuerdos con terceros da origen a responsabilidad, este apoyo es muy limitado. En primer lugar, en algunos ordenamientos jurídicos no se reconoce el principio (por ejemplo, en los fundados en la ley islámica), y en otros sólo se reconoce en muy escaso grado (por ejemplo, en el derecho alemán). En los ordenamientos donde el principio se reconoce en teoría (por ejemplo, en el derecho francés y en el derecho anglosajón), está sujeto a importantes limitaciones. En particular, el contrato de que se trate debe ser

lícito y la injerencia en él debe ser intencional y carente de justificación independiente.

185. Incluso aunque la analogía con la instigación al incumplimiento contractual del derecho interno fuera más clara, no es fácil aplicar el principio general a las relaciones internacionales. Los tratados ponen de manifiesto la política de los Estados que los conciertan y en derecho internacional se aplica estrictamente el principio de la relación de las partes en los tratados. Además, el número de tratados se ha multiplicado y en ellos se incluyen numerosas obligaciones consistentes en la provisión de fondos, materiales o tecnología. Los ordenamientos jurídicos internos disponen de mecanismos para fiscalizar la legalidad de los contratos más rigurosos que los disponibles actualmente en el derecho internacional para fiscalizar los tratados³⁵⁸ y en el derecho interno los terceros disponen de recursos para impugnar la legalidad de los contratos que les perjudican y que aún no existen en derecho internacional en relación con los tratados³⁵⁹.

186. Las razones expuestas indican que el principio del artículo 27 no puede aplicarse a las obligaciones bilaterales en forma absoluta. Imagínese un tratado en virtud del cual el Estado A deba proporcionar fondos o bienes al Estado B. Supóngase que el Estado A se da cuenta de que, si cumple el tratado, el Estado B incumplirá sus obligaciones con un tercer Estado C. Para el derecho internacional ambos tratados son presumiblemente válidos, sin perjuicio de la responsabilidad internacional en que incurra el Estado B. En tal caso, ¿por qué había de convertirse el Estado A en guardián del cumplimiento del Estado B? Si el Estado B insiste en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del tratado con el Estado A, ¿puede el Estado A negarse a cumplirlas? De acuerdo con el artículo 27, si el Estado A prestara asistencia a sabiendas al Estado B sería responsable frente al Estado C³⁶⁰. Supóngase asimismo que unos pocos Estados, únicos productores de una mercancía o materia prima estratégica, conciertan un tratado para reducir las ventas y aumentar los precios. ¿Por qué habría de exigirse responsabilidad a los compradores, a los cuales no vincula el tratado, por inducir a una de las partes en él a vender sus productos a menor precio?

³⁵⁸ Así, en las normas sobre competencia se habla de contratos públicos *ultra vires*, contratos contrarios al orden público, etc. Puede verse un estudio comparado en von Mehren, «A general view of contract», págs. 29 a 40, y Marsh, *Comparative Contract Law: England, France, Germany*, págs. 87, 91, 99 y 100.

³⁵⁹ Según los artículos 65 y 66 de la Convención de Viena de 1969, solamente las partes en el tratado, y no terceros Estados afectados, pueden invocar el *jus cogens* para impugnar la validez del tratado. En el caso *Timor oriental (C.I.J. Recueil 1995 (nota 26 supra)*, pág. 90), Portugal no pretendió impugnar la validez del tratado de 1989. Véanse los párrafos 9 y 176 *supra*.

³⁶⁰ Podría afirmarse que en este caso el propósito del Estado A no es perjudicar al Estado C sino cumplir las obligaciones contraídas con el Estado B. Pero también es cierto que el Estado A sabe que el cumplimiento de sus obligaciones hará que el Estado B incumpla las suyas. El examen minucioso de la «intención» de los Estados, basado en doctrinas casuísticas como la del «doble efecto», no es un fundamento muy firme para determinar la responsabilidad de los Estados. Una norma general como la establecida en el artículo 27 sólo puede funcionar satisfactoriamente si se permite que el Estado que presta la asistencia la justifique aduciendo, por ejemplo, una obligación moral o legal igualmente válida. Pero establecer un principio de justificación significaría claramente legislar en la esfera de las normas primarias de responsabilidad.

³⁵⁴ Véanse los párrafos 17, 20, 21 y 26 *supra*.

³⁵⁵ Como hizo notar Suecia en una observación precedente (*Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. 85, documento A/CN.4/342 y Add.1 a 4).

³⁵⁶ Véase la Convención de Viena de 1969, arts. 34 y 35.

³⁵⁷ Esta cuestión no se aborda en el comentario ni tampoco la examina la doctrina en general. Bouvée («Russia's liability in tort por Persia's breach of contract»), examina la responsabilidad de un Estado por ejercer coacción sobre otro para incumplir un contrato con un nacional de un tercer Estado, cuestión distinta de la que nos ocupa. Lauterpacht hizo valer la analogía con el derecho interno para defender la nulidad de un tratado incompatible con otro anterior (véase «The covenant as the 'higher law'» y «Contracts to break a contract», págs. 374 y 375). Con mayor razón, el autor habría sostenido que instigar a la transgresión de un tratado bilateral es un acto ilícito. Su opinión sobre la nulidad de los tratados incompatibles con otros anteriores no fue, sin embargo, aceptada en la Convención de Viena de 1969. Se plantean en cambio cuestiones de responsabilidad estatal para los Estados que tienen obligaciones contrapuestas: véase el párrafo 9 *supra*, y Rosenne, *op. cit.*, págs. 87 a 89 y 93.

vi) Conclusiones respecto del artículo 27

187. Hay argumentos para suprimir el artículo 27 sobre la base de que es una norma primaria y, por ello, ajena al ámbito de aplicación del proyecto de artículos³⁶¹. Indudablemente, para mantener la amplitud del artículo 27 habrá que resolver los problemas que ya se han indicado, por ejemplo, el conocimiento del Estado que presta la asistencia de las obligaciones del Estado que la recibe, o la existencia de posibles justificaciones en el caso de obligaciones incompatibles. Cualquiera que sea la opinión que merezcan estas cuestiones, parece claro que son sustantivas y ajenas al ámbito de las normas secundarias de responsabilidad de los Estados.

188. Por otra parte, el artículo 27 puede justificarse en el marco del capítulo IV si se limita a la asistencia para incumplir obligaciones que son vinculantes también para el Estado que las presta. Puede que no deba exigirse al Estado que presta la asistencia que juzgue las obligaciones del Estado que las recibe, pero el primero conoce sus propias obligaciones y debe ser responsable de su cumplimiento. Es injustificable que el Estado A ayude a sabiendas al Estado B a incumplir una obligación que vincula a ambos Estados, pues un Estado no puede hacer por otro lo que no puede hacer por sí mismo. De acuerdo con esta interpretación más restringida, puede justificarse la inclusión del artículo 27 en el proyecto, puesto que se refiere a la implicación de un Estado en la perpetración de un hecho ilícito por otro, es decir, un hecho que es ilícito para los dos Estados³⁶². Por las razones expuestas, habrá que mantener el artículo 27, si bien condicionando la responsabilidad a que el Estado preste la asistencia a sabiendas de que se va a cometer un hecho internacionalmente ilícito, a que la asistencia facilite sustancialmente la perpetración del hecho y éste fuera también internacionalmente ilícito si lo cometiera el propio Estado que presta la asistencia³⁶³.

b) Artículo 28. Responsabilidad de un Estado por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado

189. El texto del artículo 28 es el siguiente:

1. El hecho internacionalmente ilícito cometido por un Estado en una esfera de actividad en la que ese Estado esté sometido al poder de dirección o de control de otro Estado dará lugar a la responsabilidad internacional de ese otro Estado.

³⁶¹ Véanse las observaciones de Suiza en el párrafo 173 *supra*.

³⁶² Al criticar la amplitud del artículo 27, la doctrina llega a las mismas conclusiones, pero propone una solución ligeramente distinta. Así, Padelletti, *op. cit.*, limitaría el artículo 27 a las obligaciones *erga omnes*, habida cuenta de su importancia y de la escasa práctica que se refiere a ellas. Pero otras obligaciones multilaterales también son importantes: ¿por qué había de permitirse que las partes en un tratado multilateral se ayuden mutuamente a hacer lo que ninguna de ellas podría lícitamente hacer por su cuenta? Graefrath, *loc. cit.*, limitaría también la complicidad a los hechos ilícitos que afectan a la comunidad internacional en su conjunto, y establecería una presunción de propósito de asistencia. El artículo contiene el elemento intencional, que puede demostrarse probando que se ha prestado la asistencia con conocimiento de causa. Quigley, *loc. cit.*, apoya en general la redacción del artículo 27, pero es partidario de que, en caso de duda, el Estado que vaya a prestar la asistencia esté obligado a comprobar que ésta no se utilizará para fines ilícitos. Sin embargo, este autor no aborda el problema de las obligaciones que no vinculan al Estado que presta la asistencia.

³⁶³ Para el texto propuesto de artículo 27, véase el párrafo 214 *infra*.

2. El hecho internacionalmente ilícito cometido por un Estado a consecuencia de la coacción ejercida por otro Estado para provocar la perpetración de ese hecho dará lugar a la responsabilidad internacional de ese otro Estado.

3. Los párrafos 1 y 2 se entienden sin perjuicio de la responsabilidad internacional, en virtud de los otros artículos del presente proyecto, del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito.

i) Observaciones de los gobiernos acerca del artículo 28

190. Suiza destaca la necesidad de armonizar esta disposición con las del capítulo V en lo relativo a la coacción³⁶⁴. Francia advierte que el párrafo 1 se basa en una «situación históricamente superada» y que, en el párrafo 2, el término «coacción» es demasiado amplio y sería preferible referirse a una coacción contraria al derecho internacional³⁶⁵. En un comentario anterior, Mongolia expresó sus dudas «en cuanto al acierto de la redacción actual» del artículo 28 y, especialmente, en cuanto al empleo incondicional del término «coacción»³⁶⁶.

191. El artículo 28 comprende dos supuestos distintos: las situaciones de dependencia (por ejemplo, los protectorados internacionales o los Estados ocupados como consecuencia de guerras) y la coacción de un Estado sobre otro, que es necesario examinar por separado.

ii) Artículo 28, párrafo 1. Responsabilidad derivada de la dirección o control efectivo o potencial de un Estado por otro

192. En el comentario del párrafo 1 se dice que hay tres tipos de relaciones de dependencia entre dos Estados que justifican que se considere al Estado dominante responsable internacionalmente de los hechos ilícitos cometidos por el Estado dependiente: a) las relaciones internacionales de dependencia y especialmente de «suzerainidad» (vasallaje) y de protectorado internacional; b) las relaciones entre el Estado federal y los Estados miembros de la federación que mantengan una personalidad internacional propia, y c) las relaciones entre un Estado ocupante y un Estado ocupado en casos de ocupación territorial³⁶⁷. En el comentario se contraponen esas relaciones a las de mera representación, por las que un Estado asume, incluso con carácter exclusivo, la representación de otro Estado en las relaciones internacionales, sin tener ningún poder de dirección o control en el proceso de adopción de decisiones por el Estado dependiente³⁶⁸.

193. En cuanto a las relaciones internacionales de dependencia (como los protectorados internacionales), en el comentario se cita el laudo dictado en el asunto *Brown* en apoyo de la afirmación de que «debe reconocerse una responsabilidad en que incurre un Estado por el hecho inter-

³⁶⁴ *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3, observaciones sobre el artículo 28.

³⁶⁵ *Ibid.*

³⁶⁶ *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. 84, documento A/CN.4/342 y Add.1 a 4.

³⁶⁷ *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 116, párr. 10 del comentario al artículo 28.

³⁶⁸ *Ibid.*, págs. 113 a 115, párrs. 5 a 8, en particular el laudo del árbitro Max Huber en *Biens britanniques au Maroc espagnol* basado en que las relaciones entre España y Marruecos no eran de mera representación (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (nota 292 *supra*), pág. 648).

nacionalmente ilícito cometido por otro Estado vinculado al primero por una relación de dependencia cuando el hecho ilícito denunciado se haya cometido en un ámbito de actividades a cuyo respecto el Estado dominante tenga sobre el Estado dependiente un poder de control efectivo, y únicamente en ese caso»³⁶⁹. Estas situaciones son sin duda anacrónicas, pero, según el comentario, ello no es motivo para dejar de incluir en el proyecto un principio bien establecido³⁷⁰.

194. En cuanto a las relaciones entre el Estado federal y sus componentes dotados de personalidad internacional individual, en el comentario se ofrecen razones parecidas para concluir que «el Estado federal debe responder de los hechos internacionalmente ilícitos atribuibles al Estado miembro, si se han cometido en una esfera de actividad sometida a un poder de control o de dirección del Estado federal», y no en otro caso³⁷¹.

195. Por último, en cuanto a los Estados ocupados como consecuencia de guerras, se reafirma el mismo principio en virtud de precedentes diplomáticos y de la sentencia dictada por la Comisión Franco-Italiana de Conciliación en *Différend héritiers de S. A. R. Mgr. le Duc de Guise*³⁷². En tal situación, el Estado ocupante responde de los actos del Estado ocupado siempre que: «a) el Estado ocupado hubiera seguido existiendo como sujeto distinto de derecho internacional, y b) el hecho internacionalmente ilícito hubiera sido cometido por dicho Estado ocupado en una esfera de actividad en que estuviera sometido a la dirección o al control del Estado ocupante», sin que se tenga en cuenta la licitud o ilicitud de la ocupación³⁷³.

196. La norma general del párrafo 1 del artículo 28 se formula sobre la base de las tres relaciones mencionadas. Según el párrafo 3 del mismo artículo, la responsabilidad del Estado dominante no prejuzga la del Estado dependiente, aunque la ilicitud de la conducta de éste puede resultar atenuada o incluso excluida de acuerdo con el capítulo V, en caso de fuerza mayor, por ejemplo.

iii) Alcance apropiado del párrafo 1 en el marco del proyecto de artículos

197. En el comentario se examinan relaciones de dependencia muy diversas, pero hay que subrayar que en el capítulo IV se regula la responsabilidad de un Estado por la conducta de otro Estado y que ello afecta al alcance del párrafo 1 del artículo 28.

a) *Exclusión de los territorios dependientes o partes integrantes de Estados federales que no son a su vez Estados.* En la mayoría de las relaciones de dependencia entre un territorio y otro, el territorio dependiente, aunque tenga cierta personalidad internacional, no es un Estado. Lo mismo cabe decir de los actuales Estados federales.

³⁶⁹ *Anuario...* 1979, vol. II (segunda parte), pág. 117, párr. 14 del comentario al artículo 28, donde se cita el caso *Robert E. Brown (United States) v. Great Britain* (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (n.º de venta 1955.V.3), vol. VI, págs. 130 y 131).

³⁷⁰ *Ibid.*, págs. 117 y 118, párrs. 15 a 17.

³⁷¹ *Ibid.*, págs. 18 y 19, párr. 18.

³⁷² Véase Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIII (n.º de venta: 64.V.3), pág. 150.

³⁷³ *Anuario...* 1979, vol. II (segunda parte), pág. 121, párr. 24 del comentario al artículo 28.

Incluso cuando las partes integrantes de un Estado federal conciertan tratados o participan en otras relaciones jurídicas internacionales por derecho propio (y no por delegación del Estado federal), esas partes no son por sí mismas Estados en derecho internacional. Por lo que se refiere a la responsabilidad, los Estados federales no son distintos de los demás Estados. Les son aplicables los principios ordinarios establecidos en los artículos 5 y 10 del proyecto de artículos³⁷⁴ y son internacionalmente responsables de la conducta de sus partes integrantes aunque ésta se ajuste a las competencias que la constitución federal les asigna³⁷⁵;

b) *Desaparición de las antiguas relaciones internacionales de dependencia.* Otra limitación del alcance del artículo 28 es la que deriva de la evolución de las relaciones internacionales desde el decenio de 1970. Las antiguas relaciones internacionales de dependencia se han extinguido casi sin excepción (como sucedió con los Estados bajo protección británica de la península arábiga). Las que perviven se han transformado en su mayoría a fin de reducir o eliminar la incertidumbre o la dependencia³⁷⁶. Los vínculos entre, por ejemplo, Italia y San Marino, Suiza y Liechtenstein, o Nueva Zelandia y Samoa se basan en una representación en la cual el Estado representante no tiene la facultad de dirigir o controlar al Estado representado. Como se pone de relieve en el comentario al artículo 28, en las relaciones de mera representación el Estado representado sigue siendo responsable de sus propias obligaciones internacionales aunque sus comunicaciones diplomáticas se efectúen por mediación de otro Estado³⁷⁷.

198. No obstante, existen o aún pueden existir casos en que un Estado tiene la facultad de dirigir o controlar la actuación de otro Estado, ya sea en virtud de un tratado, de una ocupación por causa de guerra o de otra razón, y por ello hay que resolver las cuestiones que se plantean en el párrafo 1 del artículo 28. En el proyecto de artículo 9 se regula el supuesto de que un órgano de un Estado se ponga a disposición de otro Estado de manera que actúe bajo la dirección o el control exclusivos de este último³⁷⁸. En el párrafo 1 del artículo 28 se regula prácticamente el supuesto contrario de que los órganos de un Estado dependiente sean dirigidos o controlados por otro Estado en la violación de obligaciones internacionales del primero para con un tercer Estado.

³⁷⁴ Véase *Anuario...* 1998, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7, párrs. 253 a 259.

³⁷⁵ Como la CIJ tuvo ocasión de subrayar en el caso *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, medidas provisionales, providencia de 5 de marzo de 1999, *C.I.J. Recueil 1999*, pág. 28. Véase también Opeskin, «International law and federal States», pág. 1.

³⁷⁶ Véase Duursma, *Fragmentation and the International Relations of Micro-States*, en relación con los microestados europeos, todos los cuales son ya Estados Miembros de las Naciones Unidas.

³⁷⁷ *Anuario...* 1979, vol. II (segunda parte), pág. 113, párr. 4 del comentario al artículo 28.

³⁷⁸ Véase *Anuario...* 1998, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7, párrs. 219 a 231.

iv) *¿Cuál es el criterio para determinar la responsabilidad por implicación: la dirección efectiva o la facultad de dirigir?*

199. Podría sostenerse que, según el párrafo 1 del artículo 28, el criterio para determinar la responsabilidad no es sólo la dirección o el control efectivos sino también la facultad de dirigir o controlar, de suerte que si la conducta pertenece a «una esfera de actividad en la que [el Estado dependiente] esté sometido al poder de dirección o de control de otro Estado», se origina la responsabilidad de este último. No obstante, no hay base suficiente para sostener una interpretación tan amplia en los casos en que el Estado «dependiente» sigue siendo Estado a los efectos del derecho internacional³⁷⁹.

a) *Robert E. Brown (United States) v. Great Britain*. El Tribunal Arbitral falló que la autoridad de Gran Bretaña, Estado protector de la República Sudafricana antes de la guerra anglo-boer, «no alcanzaba en absoluto el grado que sería necesario para hacerla responsable del daño causado al Sr. Brown». El Tribunal rechazó además que Gran Bretaña tuviera la facultad de injerirse en los asuntos de la administración interna y dijo que no había indicios de que «Gran Bretaña se hubiera comprometido en ningún momento a injerirse en esos asuntos». En consecuencia, la relación de protección «no surtía el efecto de convertir a Gran Bretaña en responsable del acto impugnado»³⁸⁰. En el comentario se deduce que la mera facultad de injerirse, incluso no ejercitada, habría bastado para originar la responsabilidad de Gran Bretaña, pero en realidad el Tribunal no dijo eso. Fue suficiente para sus propósitos sostener que Gran Bretaña no tenía la facultad de intervenir ni se había comprometido a ello;

b) *Différend héritiers de S. A. R. Mgr. le Duc de Guise*. La Comisión Franco-Italiana de Conciliación falló que Italia era responsable de la requisita hecha por sus autoridades en Sicilia cuando el país estaba ocupado por las fuerzas aliadas, pero no basó su decisión en que éstas no tuvieran la facultad de requisar bienes o de impedir que Italia lo hiciera (facultad que ciertamente tenían entonces). Por el contrario, la mayoría de la Comisión señaló la ausencia de hechos de «injerencia alguna del Comandante de las Fuerzas de Ocupación, y que ninguna autoridad aliada había pedido los decretos de requisita»³⁸¹. Dicho de otro modo, el criterio determinante fue el ejercicio de la facultad y no su mera existencia;

c) *Drodz et Janousek c. France et Espagne*. Esta sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se examinó al tratar el artículo 9³⁸². La mayoría falló que Francia no era responsable de las sentencias de los tribunales de Andorra salvo que hubiera intervenido en ellas o posteriormente hubiera hecho suya una denegación de

justicia manifiesta³⁸³. A diferencia de la opinión minoritaria, el Tribunal no estaba dispuesto a deducir la responsabilidad de Francia de la existencia de las facultades residuales que ésta pudiera tener en ese momento (por sí o por intermedio del co-príncipe francés), en ausencia de todo indicio de injerencia efectiva por parte de ese país.

200. Estas y otras causas³⁸⁴ impiden apoyar la interpretación extensa según la cual siempre que un Estado tiene la facultad de impedir que otro cometa un hecho internacionalmente ilícito es responsable cuando no lo hace. Por otra parte, esa interpretación es inconveniente en principio, pues fomentaría la intervención en los asuntos de Estados «dependientes» que siguen siendo, según la hipótesis expuesta, responsables de sus propios hechos ilícitos³⁸⁵. Sin duda el Estado dominante tiene sus propias obligaciones respecto del Estado dependiente o el territorio bajo su control u ocupación. Pero el simple hecho de que tenga un poder sobre el Estado dependiente en ciertas materias no basta para imputarle todos los hechos ilícitos del Estado dependiente en esas materias³⁸⁶. El párrafo 1 del artículo 28 debería limitarse a los casos en que el Estado dominante dirige o controla efectivamente un acto del Estado dependiente por el que éste incumple una obligación internacional.

v) *¿Debe ser oponible al Estado dominante la obligación incumplida?*

201. Como el Estado dominante debe dirigir o controlar la comisión del hecho ilícito, no es necesario detallar más el nexo entre su conducta y la del Estado que comete el hecho ilícito (a diferencia de lo que sucede respecto del artículo 27)³⁸⁷. Persisten, sin embargo, dos cuestiones: ¿qué información debe tener el Estado dominante sobre la actividad calificable de hecho ilícito que él dirige o controla?, y ¿debe el propio Estado dominante estar vinculado por la obligación que se incumple? La primera cuestión sólo se plantea realmente si se contesta negativamente a la segunda. Si el Estado que dirige a otro sólo ha de responder de hechos que serían ilícitos para él, sabrá que la conducta del otro Estado por él dirigida es o puede ser ilícita. Por otra parte, si el Estado dominante ha de considerarse indirectamente «vinculado» por las obligaciones internacionales del Estado dependiente, la situación puede ser diferente.

³⁸³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *série A n.º 240*, párr. 110 («el Convenio no obliga a las Partes Contratantes a imponer sus normas a terceros Estados o territorios»). Véase también *Iribarne Pérez c. France*, fallo de 24 de octubre de 1995, *série A n.º 325-C*.

³⁸⁴ Véase, por ejemplo, el asunto *Phares (Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman)*, decisión de 24/27 de julio de 1956 (*Francia c. Grecia*), Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: 63.V.3), pág. 155, reclamaciones n.ºs 11 y 4. Véase también ILR, vol. 23, 1956, especialmente pág. 90.

³⁸⁵ La opinión según la cual el Estado que dirige a otro dependiente responde exclusivamente de las relaciones exteriores de éste puede verse en *Biens britanniques au Maroc espagnol*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (nota 292 *supra*), págs. 648 y 649.

³⁸⁶ Puede suceder que la dependencia de un Estado respecto de otro interese a los efectos de la carga de la prueba, ya que la mera existencia de una estructura estatal formal no excluye el ejercicio de un control efectivo por parte de una Potencia ocupante. Véase *Restitution of Household Effects Belonging to Jews Deported from Hungary (Germany)*, Kammergericht de Berlín, ILR, vol. 44, 1965, págs. 340 a 342.

³⁸⁷ Véase el párrafo 182 *supra*.

³⁷⁹ Si el Estado dependiente no mantiene una personalidad jurídica separada, el caso es totalmente ajeno al ámbito de aplicación del capítulo IV.

³⁸⁰ Véase la nota 369 *supra*.

³⁸¹ Véase la nota 372 *supra*. Tema analizado en *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), págs. 120 y 121, párr. 22 del comentario al artículo 28.

³⁸² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fallo de 26 de junio de 1992, *série A n.º 240*, analizado en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7, párrs. 225 y 226.

202. La respuesta parece menos clara que para el artículo 27, pues la asistencia comprende muy diversos supuestos y consiste en actos que muy a menudo son de carácter neutral, mientras que el concepto de dirección y control de una conducta ilícita ya es más específico. Para facilitar la aplicación de la norma, el Relator Especial propone que el párrafo 1 del artículo 28 quede sujeto a la misma condición que el artículo 27, es decir, el Estado que dirige la conducta de otro sólo debería ser responsable de hechos que habrían sido ilícitos de haberlos cometido él mismo. Hay que subrayar que esta condición tiene escasa eficacia. Todos los casos mencionados en el comentario o en el examen del párrafo 1 del artículo 28 se refieren a hechos (por ejemplo, vulneraciones de derechos humanos o incumplimiento de obligaciones respecto de los extranjeros) respecto de los cuales se habría cumplido esa condición.

vi) *Artículo 28, párrafo 2. Responsabilidad derivada de ejercer coacción sobre otro Estado para que cometa un hecho internacionalmente ilícito*

203. El párrafo 2 del artículo 28 se refiere a la coacción de un Estado por otro. Para que el Estado que ejerce la coacción sea internacionalmente responsable se exige que el hecho ilícito se haya cometido «a consecuencia de la coacción ejercida [...] para provocar la perpetración de ese hecho». En otras palabras, el hecho debe haberse perpetrado efectivamente, debe haberse perpetrado como consecuencia de la coacción y el Estado que la ejerce debe haberlo hecho deliberadamente; si se cumplen estos requisitos, éste responde del hecho internacionalmente ilícito cometido por el Estado sujeto a coacción.

204. Los términos empleados en esa disposición son contradictorios³⁸⁸. Si el Estado ha cometido el hecho ilícito como consecuencia de una verdadera coacción, habrá estado sometido a «una fuerza irresistible» y la ilicitud de su conducta quedará excluida por fuerza mayor, de acuerdo con el artículo 31. Es extraño calificar de ilícito un acto cometido bajo una coacción equiparable a la fuerza mayor, que es una de las circunstancias que excluyen la ilicitud. Como se dijo al examinar el artículo 16, hay un problema de coordinación entre el capítulo V y el capítulo III, y la actual redacción del artículo 28 refleja ese problema³⁸⁹. El artículo 28 que se propone más adelante resuelve el problema al hablar de «un hecho que, de no mediar la coacción, sería internacionalmente ilícito».

205. En cuanto al fondo del párrafo 2, el comentario indica que, pese a la naturaleza de la coacción como forma de imposición de la voluntad del Estado que la ejerce, el Estado sujeto a coacción mantiene la autoría de su acto, incluso aunque la coacción sea en sí misma ilícita, pero

no por eso se confundirá tal hecho [el del Estado que ejerce la coacción] con el cometido por el Estado sujeto a coacción respecto de un tercer Estado. Por consiguiente, la responsabilidad del Estado que haya ejercido la coacción por el hecho internacionalmente ilícito cometido por el Estado que ha obrado sometido a esa coacción sólo puede explicarse

³⁸⁸ Como hizo notar Suiza (*Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/458 y Add.1 a 3, observaciones sobre el artículo 28); véase también el párrafo 190 *supra*.

³⁸⁹ Véanse los párrafos 11 y 14 *supra*.

como responsabilidad por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado³⁹⁰.

De acuerdo con esa afirmación, el comentario aclara que a los efectos del artículo 28 la coacción no se limita a actos ilícitos:

[P]ara los efectos del presente artículo, la «coacción» no había de concretarse necesariamente a la amenaza o al uso de fuerza armada, sino que debería abarcar cualquier actividad que limitara gravemente la libertad de decisión del Estado que la sufre o cualquier medida que hiciera sumamente difícil para este Estado proceder de modo distinto al exigido por el Estado que ejerce la coacción³⁹¹.

Aunque el comentario es claro al respecto, numerosos Estados han planteado la cuestión de si la coacción debería limitarse a los actos ilícitos³⁹².

vii) *¿Debe limitarse la coacción a los actos ilícitos a los efectos del artículo 28, párrafo 2?*

206. La respuesta depende de cómo se interprete el ámbito de aplicación del artículo 28 y, en particular, el concepto de coacción. Para el Relator Especial, la coacción es, a los efectos de este informe, aquella conducta que constriñe la voluntad del Estado objeto de ella sin darle otra opción efectiva que cumplir los deseos del Estado que ejerce la coacción. No basta que el cumplimiento de una obligación resulte más difícil u oneroso como consecuencia de la coacción. Además, la coacción debe recaer sobre el propio hecho internacionalmente ilícito. No basta que las consecuencias del acto coaccionado hagan más difícil que el Estado objeto de la coacción cumpla alguna otra obligación.

207. Ahora bien, si esa es la interpretación correcta del párrafo 2 del artículo 28, parece innecesario limitarlo a la coacción ilícita. La mayoría de los casos de coacción que se ajustan a la definición propuesta serán ilícitos, ya sea porque consistan en la amenaza o el uso de la fuerza en contra de la Carta de las Naciones Unidas o en una intervención (injerencia coactiva) en los asuntos de otro Estado. Incluso aunque la coacción pueda ser lícita en algunos casos³⁹³, el párrafo 2 del artículo 28 incorpora el concepto específico de coacción ejercida deliberadamente para hacer que un Estado incumpla sus obligaciones con otro. Es difícil imaginar un supuesto en que esa coacción pudiera justificarse.

208. Es indudable que a veces se ejerce coacción sobre un Estado lícitamente. Por ejemplo, en virtud de la legítima defensa, puede obligarse a un Estado a abandonar un territorio que había invadido, pero la Carta no permite recurrir a la legítima defensa para obligar a un Estado a incumplir una obligación válida contraída con otro, por lo que la legítima defensa puede excluirse como supuesto de coacción lícita. Lo mismo cabe decir de las contramedidas. Éstas pueden ser de carácter coercitivo pero, como queda claro en la segunda parte del proyecto de artículos, su función consiste en hacer que el Estado infractor

³⁹⁰ *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 123, párr. 28 del comentario al artículo 28.

³⁹¹ *Ibid.*, párr. 29.

³⁹² Véanse las observaciones de Francia y Mongolia (párr. 190 *supra*).

³⁹³ En relación con la definición y licitud de la coacción, véase Reuter, *op. cit.*, pág. 159.

cumpla sus obligaciones de cesación y reparación respecto del Estado que adopta las contramedidas, y no en forzar a un Estado a incumplir obligaciones con terceros Estados³⁹⁴.

209. Según este análisis, habida cuenta del carácter estricto del concepto de coacción que subyace en el párrafo 2 del artículo 28, no es necesario limitar esa disposición a los actos de coacción contrarios al párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. Por la misma razón, la disposición no debería limitarse al incumplimiento de obligaciones que también fueran vinculantes para el Estado que ejerce la coacción. Si el Estado A ejerce coacción deliberadamente sobre el Estado B para que incumpla sus obligaciones con un tercer Estado C, A debe responder ante C de las consecuencias que para éste se deriven. Además, en tal caso es probable que la ilicitud de la conducta de B frente a C quede excluida por peligro o fuerza mayor, de manera que C sólo podrá dirigirse contra A. Por las razones expuestas, habría que mantener el párrafo 2 del artículo 28, sin perjuicio de modificar su redacción de acuerdo con las observaciones hechas en el comentario³⁹⁵.

viii) *Artículo 28, párrafo 3. Mantenimiento de la responsabilidad del Estado que comete el hecho ilícito*

210. Por último, el párrafo 3 deja a salvo la responsabilidad del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito, aunque haya sido bajo la dirección, el control o la coacción de otro Estado. Como advierte Francia, la misma salvedad puede hacerse respecto del artículo 27³⁹⁶. Debería aclararse, además, que las disposiciones del capítulo IV no excluyen otros supuestos de responsabilidad de los Estados por actos de asistencia, dirección o coacción.

3. CONCLUSIONES ACERCA DEL CAPÍTULO IV

211. Así, parece haber fundamentos para mantener el capítulo IV como tal y los principales elementos de los artículos 27 y 28, pero con las aclaraciones y limitaciones expuestas. En suma, hay que estructurar más las tres bases de la responsabilidad derivada, incorporando principalmente las explicaciones del comentario y, además, en relación con el artículo 27 y el párrafo 1 del artículo 28, limitando la responsabilidad a los casos de obligaciones oponibles al Estado que ayuda o dirige. Como el artículo 27 y el párrafo 1 del artículo 28 guardan mayor relación entre sí que con el párrafo 2 del artículo 28, sería conveniente fundirlos en un solo artículo 27 y reservar el artículo 28 para la cuestión de la coacción.

212. Queda por determinar si en el capítulo IV deben incluirse otros elementos de la responsabilidad accesoria o por los hechos preparatorios. En algunos ordenamientos jurídicos, la complicidad y la «responsabilidad indirecta» se regulan junto con otras formas de responsabilidad acce-

soria, como la incitación, la conspiración y la tentativa. En ese terreno los ordenamientos jurídicos internos difieren considerablemente. Uno de sus denominadores comunes parece ser que la responsabilidad accesoria es más propia del derecho penal que del derecho civil³⁹⁷. Por lo que respecta al derecho internacional, si es que va a desarrollarse la distinción entre crímenes y delitos internacionales, cabe esperar asimismo que la responsabilidad accesoria sea más amplia en el caso de los crímenes. Ahora bien, al igual que el resto de la primera parte (con excepción del propio artículo 19, párrs. 2 a 4), en el capítulo IV no se hace esa distinción.

213. La responsabilidad por los hechos preparatorios no supone la implicación de un Estado en el hecho internacionalmente ilícito de otro y por ello no se incluye en el ámbito de aplicación del capítulo IV. En todo caso, no parece haber una norma de derecho internacional general que regule la tentativa de cometer un hecho ilícito³⁹⁸. No obstante, hay que tratar brevemente otros posibles supuestos de responsabilidad.

a) *La incitación.* La incitación de un Estado a otro para que cometa un hecho internacionalmente ilícito fue excluida deliberadamente del capítulo IV. Únicamente si un Estado ayuda materialmente a otro a cometer un hecho ilícito, lo dirige efectivamente o ejerce coacción para que lo cometa puede decirse que el primer Estado está implicado en el hecho del segundo³⁹⁹. Esta parece ser la opinión de la CIJ en el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, cuando dijo que no le interesaba «la definición de las circunstancias en las cuales un Estado puede ser considerado responsable de los actos cometidos por otro, entre las que probablemente no se incluye la incitación»⁴⁰⁰.

b) *La conspiración.* Cuando dos Estados conspiran para cometer un hecho internacionalmente ilícito lo hacen normalmente para cometerlo juntos. Al menos uno de los Estados conspiradores presta ayuda o asistencia al otro y, dependiendo de las circunstancias, la asistencia puede consistir en la propia planificación. Sin embargo, no parece necesario introducir el concepto general de «conspiración» en el derecho internacional, y ciertamente no hay ninguna necesidad de hacerlo en el capítulo IV;

c) *La asistencia prestada después de la comisión del hecho ilícito.* A veces la asistencia que un Estado presta a otro después de que éste ha cometido un hecho internacionalmente ilícito equivale a la asunción del hecho ilícito por el primer Estado, lo que puede originar su responsabilidad en virtud del artículo 15 *bis* provisionalmente

³⁹⁷ Lo mismo cabe decir de la responsabilidad por los hechos preparatorios. Así, la tentativa de un delito puede ser ilícita, mientras que la tentativa de cometer un ilícito civil o incumplir un contrato no suele serlo. Véanse los párrafos 102 a 106 *supra* en relación con cuándo se comete efectivamente un hecho internacionalmente ilícito, por contraposición a su planificación o preparación.

³⁹⁸ Véanse los párrafos 104 y 106 *supra*.

³⁹⁹ Véase *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 99, párrs. 6 y 7 del comentario al artículo 27. Véase también Quigley, *loc. cit.*, págs. 80 y 81.

⁴⁰⁰ *C.I.J. Recueil 1986* (véase la nota 68 *supra*), pág. 129, párr. 255. Véase también, más categóricamente, la opinión disidente del magistrado Schwebel, *ibíd.*, pág. 388, párr. 259) («en el derecho consuetudinario internacional no existe el delito de 'incitación'»).

³⁹⁴ Véanse también las observaciones de la CIJ sobre el verdadero objeto de las contramedidas en el caso *Projet Gabčíkovo Nagymaros*, *C.I.J. Recueil 1997* (nota 51 *supra*), págs. 55 a 57, párrs. 83 a 87.

³⁹⁵ Véase el párrafo 205 *supra*.

³⁹⁶ *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3, observaciones sobre el artículo 28.

aprobado en 1998⁴⁰¹. Tampoco en este caso parece que haya necesidad de incorporar en el capítulo IV la «complicidad posterior a la comisión del hecho ilícito» como concepto aparte. Ciertos problemas especiales (como los relativos al blanqueo de dinero) pueden tratarse en normas primarias específicas;

d) Otros actos conjuntos o colectivos de los Estados. Volviendo a los supuestos de actuación conjunta o colectiva de los Estados, mencionados en el párrafo 159 *supra*, el análisis efectuado en los comentarios del capítulo IV y en el presente informe no indica que haya ninguna otra situación que deba abordarse en ese capítulo. Sin embargo, puede plantearse la cuestión de la reparación de los hechos cometidos conjuntamente por dos o más Estados, a la que se hará referencia en la segunda parte del proyecto de artículos.

214. Por las razones expuestas, el Relator Especial propone el siguiente capítulo IV:

CAPÍTULO IV

RESPONSABILIDAD DE UN ESTADO POR LOS HECHOS DE OTRO

Nota

El título original del capítulo era «Implicación de un Estado en el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado». El nuevo título propuesto es más breve y exacto, ya que los distintos supuestos del capítulo tienen en común que el Estado A es responsable del hecho cometido efectivamente por el Estado B. Además, cuando el Estado B actúa bajo la coacción del Estado A, la ilicitud del hecho puede quedar excluida por lo que respecta al Estado B.

Artículo 27.—Asistencia de un Estado a otro o dirección de un Estado por otro en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito

El Estado que presta asistencia a otro o lo dirige y controla en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito es responsable internacionalmente si:

a) Lo hace a sabiendas de que el hecho es internacionalmente ilícito; y

b) El hecho habría sido internacionalmente ilícito si lo hubiese cometido ese Estado.

Notas

1. El artículo 27 en su redacción aprobada en primera lectura comprendía toda asistencia «prestada para la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito, realizada por» el Estado asistido. La asistencia era internacionalmente ilícita aun cuando, considerada aisladamente, no constituyera la violación de una obligación internacional. En su nueva redacción, el artículo 27 limita el ámbito de la responsabilidad en los casos de asistencia en tres sentidos. En primer lugar, el órgano u organismo estatal que preste la asistencia debe conocer las circunstancias por las cuales la conducta del Estado que la recibe es internacionalmente ilícita; en segundo lugar, la asistencia debe prestarse para facilitar la comisión de ese hecho y debe facilitarla efectivamente y, en tercer lugar, el hecho cometido debe ser ilícito si lo comete el propio Estado que presta la asistencia. Las dos primeras limitaciones coinciden con el propósito del artículo 27 según se aprobó en primera lectura, mientras que la tercera es nueva. Véanse los párrafos 179 a 188 *supra*.

2. El Estado no es responsable por haber prestado la asistencia a que se refiere el artículo 27 si el Estado que la recibe no comete efectivamente el hecho internacionalmente ilícito. El artículo 27 nada dice de

la admisibilidad de las acciones judiciales entabladas para determinar la responsabilidad del Estado que presta la asistencia sin el consentimiento del Estado que la recibe. Véase el párrafo 176 *supra*.

3. No es necesario que la asistencia sea esencial para la comisión del hecho internacionalmente ilícito. Basta que contribuya apreciablemente a ella. Por otra parte, la mera incitación no acompañada de la ayuda o asistencia no basta para originar la responsabilidad prevista en este artículo. Véanse los párrafos 180 y 211 *supra*.

4. La expresión «si consta», que figuraba en la redacción del artículo 27 aprobada en primera lectura, es innecesaria. Se desprende claramente del artículo 27 que, con independencia de la norma general de que la responsabilidad estatal no puede presumirse sino que ha de demostrarse, cada uno de los elementos específicos debe probarse suficientemente para que nazca la responsabilidad accesoria. Véase *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7, párrs. 36 a 38.

5. Además, en el artículo 27 se incluye ahora el supuesto, previsto anteriormente en el párrafo 1 del artículo 28, de que un Estado dirija y controle a otro para que incumpla una obligación internacional con un tercer Estado. La responsabilidad del Estado que dirige y controla el hecho ilícito está sujeta a las mismas limitaciones que la responsabilidad del Estado que presta la asistencia. Por consiguiente, el Estado que dirige debe conocer las circunstancias que hacen que la conducta del otro Estado sea internacionalmente ilícita y el hecho cometido debe ser igualmente ilícito si lo hubiera cometido el propio Estado que dirige. Véanse los párrafos 197 a 202 *supra*.

6. Aunque en el párrafo 1 del artículo 27 se utilizaba la expresión «de dirección o de control» con carácter disyuntivo, en el contexto de una formulación más estricta del principio parece conveniente limitar la responsabilidad de un tercer Estado a los casos en que éste «dirige y controla» la conducta de que se trate. A diferencia de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 28 según se aprobó en segunda lectura, la dirección o el control debe ejercerse efectivamente para que nazca la responsabilidad.

Artículo 28.—Responsabilidad de un Estado por ejercer coacción sobre otro

El Estado que a sabiendas ejerza coacción sobre otro para que cometa un hecho que, de no mediar coacción, sería internacionalmente ilícito, será internacionalmente responsable de ese hecho.

Notas

1. El párrafo 2 del artículo 28 aprobado en primera lectura se refería a la coacción ejercida por un Estado sobre otro para que cometiera un hecho que (de no mediar coacción) sería una violación de las obligaciones internacionales de ese Estado. No era necesario que la coacción fuera en sí misma ilícita, aunque en muchos casos lo sería. Esta disposición se ha mantenido en un artículo independiente. En el comentario del antiguo párrafo 2 del artículo 28 se decía claramente que el Estado que ejercía la coacción tenía que conocer las circunstancias que, de no haber mediado coacción, habrían hecho que la conducta del Estado coaccionado fuera ilícita, y aunque podía considerarse que este requisito estaba implícito en la noción de coacción para cometer un hecho ilícito, ahora figuraba expresamente en el artículo.

2. En los casos en que la coacción se ejerce con ese propósito, no hay razón para exigir que el hecho de que se trate fuera ilícito si lo hubiera cometido el propio Estado que ejerce la coacción. No puede justificarse el hecho de ejercer coacción sobre otro Estado para que incumpla una obligación internacional, máxime cuando, en los casos en que ha mediado coacción, el Estado que comete el hecho puede hacerla valer como circunstancia que excluye la ilicitud, privando con ello al Estado lesionado de todo recurso. Véanse los párrafos 206 a 210 *supra*.

Artículo 28 bis.—Efecto del presente capítulo

Lo dispuesto en el presente capítulo se entenderá sin perjuicio de:

a) La responsabilidad internacional exigible al Estado que haya cometido el hecho en virtud de las demás disposiciones de los presentes artículos;

⁴⁰¹ Véase *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7, párrs. 278 a 283.

b) Otras circunstancias que den origen a la responsabilidad del Estado involucrado en ese hecho.

Notas

1. Según el párrafo 3 del artículo 28 aprobado en primera lectura, ese artículo se entendía sin perjuicio de la responsabilidad internacional del Estado que hubiera cometido efectivamente el hecho ilícito. Esta salvedad vale igualmente para el artículo 27 y por eso se ha extendido a todo el capítulo IV.

2. En el capítulo IV se deja a salvo además la aplicación de cualquier otra norma de derecho internacional que califique de ilícita una conducta determinada, y así se expresa claramente en el apartado *b*. Véase el párrafo 210 *supra*.

**C.—Primera parte, capítulo V:
Circunstancias que excluyen la ilicitud**

1. INTRODUCCIÓN

a) *Generalidades*

215. El capítulo V de la primera parte enuncia seis circunstancias que excluyen la ilicitud de un hecho que, de no mediar esas circunstancias, sería internacionalmente ilícito⁴⁰². Son las siguientes: el consentimiento (art. 29); las contramedidas (art. 30); la fuerza mayor y el caso fortuito (art. 31); el peligro extremo (art. 32); el estado de necesidad (art. 33), y la legítima defensa (art. 34). El capítulo V se completa con el artículo 35, en el que se formula una reserva relativa a la posibilidad de indemnizar los daños causados a un Estado lesionado por un acto ilícito pero cuya ilicitud haya sido excluida en virtud de las disposiciones de los artículos 29 y 31 a 33. Esta posibilidad no se prevé en los casos de contramedidas o de legítima defensa.

216. En consonancia con la filosofía en que se inspira el proyecto de artículos, estas «justificaciones», «defensas» o «excusas», o comoquiera que se las llame, tienen *prima facie* una aplicación general. A menos que se disponga lo contrario⁴⁰³, se aplican a todo hecho internacionalmente ilícito, ya se trate del incumplimiento por parte de un Estado de una obligación surgida de una norma de derecho internacional, de un tratado, de un acto unilateral o de su pertenencia a una organización internacional o de cualquier otra circunstancia.

⁴⁰² Para los trabajos del capítulo V, véase *Anuario... 1979*, vol. II (primera parte), págs. 26 a 66, documento A/CN.4/318 y Add.1 a 4; *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), págs. 16 a 74, documento A/CN.4/318/Add.5 a 7; *Anuario... 1979*, vol. I, págs. 31 a 63 y 184 a 188, y *Anuario... 1980*, vol. I, págs. 152 a 194, 220 a 224, 228 a 232, y 236 a 241 (debate plenario); *Anuario... 1979*, vol. I, 1567.^a sesión, págs. 170 a 175, y 1579.^a sesión, págs. 233 a 236, y *Anuario... 1980*, vol. I, 1635.^a sesión, págs. 271 a 275 (informe del Comité de Redacción). Para los debates sobre las justificaciones o excusas de la ilicitud internacional en general, véase Jagota, «State responsibility: circumstances precluding wrongfulness»; Salmon, «Les circonstances excluant l'illicéité», y Lowe, «Precluding wrongfulness or responsibility: a plea for excuses». En cuanto a los debates sobre las circunstancias que excluyen la ilicitud en relación con los derechos humanos, véase Wyler, *op. cit.*, págs. 183 a 219.

⁴⁰³ Por ejemplo, por un tratado en que se disponga lo contrario y que constituiría una *lex specialis* (véase el artículo 37).

b) *Evolución del capítulo V*

217. La exposición de las justificaciones o excusas generales del incumplimiento de una obligación internacional es una cuestión de importancia capital tanto por lo que incluye como por lo que excluye. La evolución de la lista actual de las circunstancias que excluyen la ilicitud parece haber sido la siguiente:

a) *La Conferencia de La Haya de 1930*. A la vista de las respuestas dadas por los gobiernos a preguntas sobre la responsabilidad de los Estados por daños causados a los extranjeros, el Comité Preparatorio de la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional (La Haya, 1930) preparó un determinado número de bases de discusión⁴⁰⁴. Bajo el título «Circunstancias en que el Estado puede declinar su responsabilidad», se enuncian dos:

la necesidad inmediata de legítima defensa contra un peligro con el que el extranjero amenazaba al Estado o a otras personas (Base de discusión n.º 24);

circunstancias que justifican el ejercicio de las represalias contra el Estado al cual pertenece ese extranjero (Base de discusión n.º 25)⁴⁰⁵.

El Comité Preparatorio consideró que la medida de responsabilidad del Estado en el contexto de la protección diplomática podría verse también afectada por la «actitud provocadora» adoptada por la víctima (Base de discusión n.º 19) y que un Estado no es responsable del daño causado a la persona o bienes de un extranjero por sus fuerzas armadas «al reprimir una insurrección, un motín u otro disturbio» (Base de discusión n.º 21). Sin embargo, estas cuestiones no se incorporaron a ninguna conclusión;

b) *Propuestas del Sr. García Amador*. Al tratar de la responsabilidad internacional por lesiones causadas a extranjeros, el Sr. García Amador propuso los casos siguientes bajo el título «Causas eximentes y circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad»⁴⁰⁶:

- i) Fuerza mayor;
- ii) Estado de necesidad;
- iii) Culpa de parte del extranjero⁴⁰⁷.

Sin embargo, excluyó ciertas causas o circunstancias particulares bien porque caían fuera del ámbito de su proyecto (la legítima defensa) o por considerarlas «inadmisibles» (las represalias, el no reconocimiento de Estados o gobiernos y la ruptura y la suspensión de las relaciones diplomáticas)⁴⁰⁸;

⁴⁰⁴ Publicación de la Sociedad de las Naciones, *V. Legal, 1929*, V.3, pág. 19. Las bases de discusión se reproducen en *Anuario... 1956*, vol. II, págs. 219 a 221, documento A/CN.4/296, apéndice 2.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, pág. 221. Bajo el mismo título se abordan cuestiones planteadas por la cláusula Calvo y el agotamiento de los recursos internos.

⁴⁰⁶ *Anuario... 1958*, vol. II, pág. 78, documento A/CN.4/111. En cuanto a la discusión de las circunstancias realizada por el Sr. García Amador, véase su tercer informe (*ibid.*, págs. 55 a 59) y su informe sobre la responsabilidad internacional (*Anuario... 1956*, vol. II, pág. 171, documento A/CN.4/96).

⁴⁰⁷ Estos casos fueron incluidos en los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo 13. El párrafo 3 del artículo 13 señala que «la fuerza mayor y el estado de necesidad [...] cuando no sean admisibles como causas eximentes de responsabilidad, constituirán circunstancias atenuantes al fijarse la cuantía de la reparación». El Sr. García Amador se ocupó también de la aprobación de la idea de la prescripción (*Anuario... 1956*, vol. II, pág. 205, documento A/CN.4/96, párr. 189).

⁴⁰⁸ *Anuario... 1958*, vol. II, pág. 59, documento A/CN.4/111.

c) *Los trabajos de la Comisión sobre el derecho de los tratados*. En su cuarto informe, Sir Gerald Fitzmaurice estableció la siguiente lista de «circunstancias que justifican el incumplimiento»⁴⁰⁹:

- i) Aceptación del incumplimiento por la otra parte o las otras partes;
- ii) Imposibilidad de cumplimiento (fuerza mayor);
- iii) Legítima defensa militar;
- iv) Disturbios civiles;
- v) Otras situaciones excepcionales producidas por causas naturales;
- vi) Incumplimiento previo por otra parte en el tratado⁴¹⁰;
- vii) Incumplimiento por vía de represalias legítimas;
- viii) Incompatibilidad con una nueva norma (de la naturaleza del *jus cogens*).

En el apartado c, los puntos iii) y vii) de esta lista corresponden a los artículos 34 y 30 del capítulo V; los puntos ii), iv) y v) están más o menos subsumidos en el artículo 31 (fuerza mayor y caso fortuito). El consentimiento, el peligro extremo y el estado de necesidad (arts. 29, 32 y 33) no aparecen en la lista de Sir Gerald Fitzmaurice o al menos no están delimitados con claridad. Sin embargo, el capítulo V no se ocupa de sus puntos i) (a menos que se subsuma en el consentimiento), vi) ni viii). La cuestión de si se deberían tratar se examinará más adelante⁴¹¹.

c) *Observaciones recibidas de los gobiernos sobre el capítulo V en su conjunto*

218. Francia propone incluir en el capítulo III un solo artículo con la enumeración de las seis circunstancias que excluyen la ilicitud⁴¹². Pero también precisa la diferencia conceptual entre algunas de esas circunstancias (consentimiento, contramedidas y legítima defensa) y las demás⁴¹³, y esta diferencia se oscurecería si las seis circunstancias se reagruparan en un solo artículo.

219. El Reino Unido analiza con cierto detenimiento la naturaleza de las «defensas» previstas en el capítulo V. Coincide con Francia en que el consentimiento, las contramedidas y la legítima defensa tienen una categoría jurídica diferente de la de las demás circunstancias ya que hacen totalmente lícito el comportamiento amparado por las mismas y en consecuencia excluyen toda posibilidad de indemnizar al otro Estado interesado. En cambio, el estado de necesidad y el peligro extremo hacen referencia

a un comportamiento que no es involuntario sin «excluir enteramente su ilicitud». En tales casos debería subsistir la obligación de interrumpir ese comportamiento (lo antes posible) y reparar los daños causados⁴¹⁴.

220. El Japón es partidario de incluir en el capítulo V una lista exhaustiva de las circunstancias que excluyen la ilicitud: deben estar claramente definidas y reflejar fielmente el derecho internacional consuetudinario. Coincide con la idea de distinguir entre las circunstancias bajo las cuales no se plantea en absoluto la cuestión de la ilicitud de las que simplemente «excluyen» la ilicitud; en la primera categoría situaría la fuerza mayor y el peligro extremo⁴¹⁵.

221. Tanto los Estados Unidos como el Reino Unido observan que un Estado puede excluir expresa o implícitamente por un tratado alguna de las circunstancias que excluyen la ilicitud como excusa de un comportamiento no conforme a una obligación. Según los Estados Unidos esta posibilidad podría resolverse haciendo el artículo 37 (*lex specialis*) aplicable tanto a la primera parte como a la segunda parte⁴¹⁶.

222. A la luz de estas observaciones el Relator Especial se propone analizar el concepto general de «circunstancias que excluyen la ilicitud», examinar sucesivamente los artículos 29 a 34, considerar si conviene incluir en el capítulo V otras justificaciones o excusas de un comportamiento ilícito y, por último, considerar si de la invocación del capítulo V deberían desprenderse otras consecuencias de procedimiento o de otro tipo.

2. EL CONCEPTO DE «CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD»

223. El comentario subraya que el efecto de las circunstancias enunciadas en el capítulo V no consiste en excluir la responsabilidad que de otro modo se derivaría de un hecho ilícito sino más bien en impedir que se califique de ilícito en primer lugar el comportamiento en una de las circunstancias mencionadas⁴¹⁷. Se admite que el título y el concepto básico del capítulo V derivan de la distinción fundamental «entre, por una parte, la idea de ‘ilicitud’, que expresa la contradicción de un comportamiento del Estado con una obligación que incumbe a ese Estado en virtud de una norma ‘primaria’ de derecho internacional y, por otra, la idea de ‘responsabilidad’, que expresa las consecuencias de derecho asignadas por otra norma (una norma ‘secundaria’) de derecho internacional al hecho del Estado constituido por dicho comportamiento»⁴¹⁸. El comentario reconoce que pese a los términos generales en que está redactado el artículo 1, podría haber circunstancias excluyentes de la responsabilidad que no excluyan la ilicitud del acto en cuestión pero que excluyan la posibilidad de hacer al Estado responsable del mismo. Pero

⁴⁰⁹ *Anuario... 1959*, vol. II, págs. 47 a 51, documento A/CN.4/120 y, en cuanto a su comentario, págs. 67 a 78.

⁴¹⁰ A esta circunstancia se refiere la expresión latina «*exceptio inadimpleti contractus*» (la expresión completa dice «*exceptio inadimplenti non est adimplendum*»). Sir Gerald Fitzmaurice se inclinaba por la opinión de que era una condición implícita en todos los tratados, a menos que se excluyera explícitamente, y no un precepto legal separado (ibíd., pág. 71).

⁴¹¹ Véanse los párrafos 306 a 331 *infra*.

⁴¹² *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3, observaciones de Francia sobre el capítulo V.

⁴¹³ Ibíd., observaciones de Francia sobre el artículo 29.

⁴¹⁴ Ibíd., observaciones del Reino Unido sobre el artículo 29.

⁴¹⁵ Documento A/CN.4/492 (reproducido en el presente volumen), observaciones del Japón sobre el capítulo V.

⁴¹⁶ *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3, observaciones sobre el artículo 30.

⁴¹⁷ *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 127, párr. 2 del comentario al capítulo V.

⁴¹⁸ Ibíd., párr. 3.

rechaza que se pueda caracterizar un hecho de ilícito sin imputar su responsabilidad a algún Estado⁴¹⁹.

224. En consonancia con este enfoque, el comentario pasa a explicar que las seis circunstancias enumeradas «tienen en común un aspecto esencial, consistente en que hacen definitiva o temporalmente inoperante la obligación internacional de cuya violación se trate»⁴²⁰. Deben distinguirse de las circunstancias atenuantes o agravantes, que se deberían abordar en la segunda parte del proyecto de artículos⁴²¹.

a) *Algunas distinciones preliminares*

225. Conviene distinguir el concepto subyacente en el capítulo V de otros argumentos que pueden producir el efecto de permitir a un Estado evitar una reclamación de responsabilidades pero que no «excluyen la ilicitud» en el sentido explicado en el comentario. En primer lugar es a todas luces evidente que esas circunstancias no tienen nada que ver con ninguna cuestión de competencia de una corte o de un tribunal sobre una controversia o sobre la admisibilidad de la controversia⁴²². En segundo lugar, deben distinguirse de los requisitos que constituyen una obligación, es decir, de los elementos que deben existir para que se invoque en primer lugar la cuestión de la ilicitud y que en principio están especificados por la propia obligación. En este sentido «las circunstancias que excluyen la ilicitud» operan como defensas o excusas generales en los sistemas jurídicos nacionales y de hecho muchas de las circunstancias identificadas en el capítulo V son similares a las defensas o excusas reconocidas por algunos o por muchos sistemas jurídicos (por ejemplo, la legítima defensa, el estado de necesidad, la fuerza mayor).

226. La tercera distinción se refiere al efecto de las circunstancias que excluyen la ilicitud, en comparación con el efecto de la extinción de la propia obligación. También en este caso parece que las circunstancias del capítulo V presentan un carácter más defensivo que ofensivo. Si bien pueden proteger al Estado contra una acusación fundada de comportamiento ilícito, no anulan la obligación, y la fuente subyacente de la obligación, es decir, la norma primaria, no se ve afectada por ellas como tal. La distinción, que no siempre se ha percibido con claridad, fue formulada por Sir Gerald Fitzmaurice en los términos siguientes:

[A]lgunas de las razones que justifican la inexecución de una determinada obligación convencional son idénticas a algunas de las que causan o justifican la *extinción* de un tratado. Pero [...] se trata de dos cuestiones completamente distintas, aunque sólo sea porque en el caso de la extinción [...] el tratado termina por completo, mientras que en el otro [caso [...]] generalmente no ocurre así y, valga la paradoja, el incumplimiento no sólo está justificado sino que «va encaminado» a que se reanu-

⁴¹⁹ *Ibid.*, pág. 128, párr. 5.

⁴²⁰ *Ibid.*, pág. 129, párr. 9.

⁴²¹ *Ibid.*, pág. 130, párr. 11. De hecho, en la segunda parte no se procedió a una consideración sistemática de las circunstancias atenuantes o agravantes, pero véanse los artículos 42, párr. 2 y 45, párr. 2, apdo. c, que tratan incidentalmente de esas circunstancias.

⁴²² A la inversa, la excepción incluida en un tratado relativa a un comportamiento necesario para preservar los intereses esenciales de seguridad de una parte opera como una circunstancia convencional específica que excluye la ilicitud en lo que se refiere al tratado y no cae dentro de la competencia de ninguna corte o tribunal; véase el caso *Plates-formes pétrolières, C.I.J. Recueil 1996* (nota 69 *supra*), párr. 811, párr. 20.

de el cumplimiento tan pronto como desaparezcan o dejen de existir los factores que causaban y justificaban el incumplimiento⁴²³.

Así se desprende con toda claridad de los dos asuntos más importantes decididos desde que se aprobó por primera vez el capítulo V, en los que se consideró la distinción entre incumplimiento y extinción de una obligación:

a) Se han examinado ya los aspectos pertinentes del arbitraje en el asunto *Rainbow Warrior*⁴²⁴. El Tribunal sostuvo que eran aplicables tanto el derecho de los tratados como el derecho de la responsabilidad de los Estados, el primero para determinar si el tratado seguía en vigor y el segundo para determinar cuáles eran las consecuencias de la violación del tratado mientras estaba en vigor (incluida la cuestión de si se había excluido la ilicitud de una aparente violación)⁴²⁵.

b) La CIJ fue incluso más incisiva en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. Al pretender dar por terminado en mayo de 1992 el tratado de 1977, Hungría se había basado entre otras cosas en el estado de necesidad, que ya había invocado en 1989 y 1990 como circunstancia que excluía la ilicitud de su comportamiento al interrumpir sus trabajos sobre el proyecto. La Corte rechazó resueltamente el argumento:

Incluso si se comprueba la existencia del estado de necesidad, no constituye una base suficiente para la terminación de un tratado. El estado de necesidad sólo puede invocarse para eximir de su responsabilidad a un Estado que no ha cumplido un tratado. Incluso si se considera justificada su invocación, el tratado no termina por ello; puede quedar sin efecto mientras persista el estado de necesidad; de hecho puede ser inoperante pero sigue vigente, a menos que las partes acuerden su terminación. Tan pronto como desaparece el estado de necesidad, renace la obligación de cumplir las obligaciones dimanantes del tratado⁴²⁶.

227. A la luz de estas distinciones es necesario volver al efecto del capítulo V descrito en el comentario, es decir el de hacer «definitiva o temporalmente inoperante la obligación internacional» en cuestión⁴²⁷. La primera cuestión está en que si bien los mismos hechos pueden invocarse, por ejemplo, como fuerza mayor según el artículo 31 y como imposibilidad subsiguiente de cumplimiento según el artículo 61 de la Convención de Viena de 1969, son analíticamente distintos⁴²⁸. La fuerza mayor justifica el incumplimiento de una obligación en tanto exista; la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento justifica la terminación del tratado (o su suspensión). La primera opera respecto de una obligación determinada; la segunda respecto a un tratado que es la fuente de esa obligación. Así, el ámbito de aplicación de las dos doctrinas es diferente. Igualmente lo es su modo de aplicación. Un caso fortuito justifica en sí el incumplimiento, simplemente por aplicación de la ley. En cambio, un tratado no termina por una imposibilidad subsiguiente de cumplimiento: al menos una de las partes debe decidir su terminación. En cuanto a las obligaciones dimanantes del derecho internacional

⁴²³ *Anuario... 1959*, vol. II, pág. 44, documento A/CN.4/120, párr. 8.

⁴²⁴ Véase el párrafo 109 *supra*.

⁴²⁵ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (véase la nota 36 *supra*), págs. 251 y 252, párr. 75.

⁴²⁶ *C.I.J. Recueil 1997* (véase la nota 51 *supra*), pág. 63, párr. 101; véase también párr. 38, párr. 47.

⁴²⁷ *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 129, párr. 9 del comentario al capítulo V.

⁴²⁸ *Ibid.*

general, normalmente no pueden ser «terminadas» por una acción unilateral de un Estado, ni siquiera en los casos de violación grave por otro Estado o de hecho fortuito.

228. Por ello es dudoso que una circunstancia que excluya la ilicitud llegue a hacer *definitivamente* inoperante una obligación primaria. Puede justificarse el incumplimiento en tanto persistan las condiciones de su invocación. Si la obligación primaria termina, también concluye la necesidad de invocar el capítulo V. Del mismo modo, si cesa el hecho que en otro caso constituiría una violación, deja de plantearse toda cuestión de ilicitud. El capítulo V sólo es aplicable en tanto coexistan la obligación, el comportamiento incompatible con ella y las circunstancias que excluyen la ilicitud. En vez de decir que una circunstancia que excluye la ilicitud hace «definitiva o temporalmente inoperante la obligación» resulta más claro distinguir entre la existencia de la obligación primaria, que sigue vigente para el Estado interesado a menos que se dé por terminada⁴²⁹ y la existencia de una circunstancia que excluye la ilicitud del comportamiento no conforme a esa obligación. De esta manera se evita también la paradoja de afirmar que el comportamiento cuya ilicitud se excluye por causa, por ejemplo, de necesidad, está «en conformidad» con la obligación primaria. El comportamiento no es conforme, pero si la circunstancia excluye su ilicitud, no se produce ninguna violación⁴³⁰. Esta fue la interpretación dada por la CIJ al capítulo V del proyecto de artículos en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. Al examinar el estado de necesidad alegado por Hungría sostuvo:

El estado de necesidad invocado por Hungría —en el supuesto de que se hubiera demostrado— no permitiría llegar a la conclusión de que en 1989 Hungría hubiera actuado de conformidad con sus obligaciones dimanantes del tratado de 1977 ni de que esas obligaciones hubieran dejado de vincularla. Sólo permitiría afirmar que, habida cuenta de las circunstancias, Hungría no habría incurrido en responsabilidad internacional al actuar como lo hizo⁴³¹.

229. De las seis circunstancias enunciadas en el capítulo V, la que presenta mayor dificultad de análisis es el consentimiento, pues resulta evidente que el consentimiento puede hacer definitivamente «inoperante» una obligación y llevar a su extinción. Sin embargo, por las razones que se exponen más adelante, el Relator Especial no cree que el consentimiento entre en el marco del capítulo V⁴³².

b) ¿Circunstancias excluyentes de la licitud o la responsabilidad?

230. Así, el capítulo V ofrece protección contra una denuncia justificada de violación de una obligación. Pero no está claro que las diferentes circunstancias cubiertas por el capítulo V se apliquen de la misma manera o en

la misma medida. Aparentemente algunas de ellas (por ejemplo la legítima defensa y el consentimiento) hacen lícito el comportamiento en cuestión; en otras palabras, excluyen la ilicitud. Toda acción que cumpla las condiciones de la legítima defensa citadas en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas es lícita en tanto que supone el ejercicio de un «derecho inmanente» del Estado que se defiende contra su agresor⁴³³. El caso de otras circunstancias como el peligro extremo y el estado de necesidad está menos claro, como han precisado distintos gobiernos⁴³⁴. No parece correcto afirmar que en los casos de estado de necesidad o de peligro extremo la obligación en cuestión sea «inoperante». La obligación no solamente subsiste sino que continúa ejerciendo sobre la situación una influencia tal que obliga a tener presente el interés del otro o los otros Estados afectados al determinar si las circunstancias equivalen realmente a un estado de necesidad o a un peligro extremo.

231. Ello apunta a señalar que el capítulo V cubre como mínimo dos categorías de circunstancias, conclusión implícitamente confirmada por el artículo 35, que permite la posibilidad de indemnizar a un Estado «lesionado» en cuatro de los casos previstos por el capítulo V pero no en los otros dos (legítima defensa y contramedidas). No obstante, antes de examinar si en el proyecto de artículos se debería establecer una distinción más explícita entre las justificaciones (como la legítima defensa), que excluyen la ilicitud, y las excusas (como el estado de necesidad) cuyos efectos pueden ser algo menores, es necesario examinar las disposiciones del capítulo V⁴³⁵.

3. EXAMEN DE ARTÍCULOS ESPECÍFICOS

a) Artículo 29. Consentimiento

232. El artículo 29 dispone lo siguiente:

1. El consentimiento válidamente prestado por un Estado a la comisión por otro Estado de un hecho determinado que no esté en conformidad con una obligación del segundo Estado para con el primero excluirá la ilicitud de tal hecho en relación con ese Estado siempre que el hecho permanezca dentro del ámbito de dicho consentimiento.

2. El párrafo 1 no se aplicará si la obligación dimana de una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos del presente proyecto de artículos, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

233. El comentario pregunta si cabe aplicar en derecho internacional el principio *volenti non fit injuria*, y da una respuesta afirmativa calificada a la pregunta. A los efectos del capítulo V, no se plantea la cuestión de suspender, y menos aún de derogar, la norma primaria que da lugar a la obligación. El artículo 29 se ocupa del caso en que el Estado beneficiario de la obligación (u otro sujeto de derecho internacional) «no consiente [...] en la suspensión general de la norma [...] sino en la no aplicación, en un

⁴²⁹ Si se trata de una obligación convencional, sólo puede darse por terminada según el derecho de los tratados. Si se trata de una obligación unilateral, sólo puede darse por terminada según el derecho (cualquiera que sea) relativo a la terminación de las obligaciones unilaterales. Si se trata de una obligación dimanante del derecho internacional general, sólo puede darse por terminada de conformidad con las normas aplicables del derecho relativo a la terminación de las obligaciones consuetudinarias. En ninguno de estos casos es aplicable el derecho de la responsabilidad del Estado.

⁴³⁰ Para una discusión sobre esta cuestión en el contexto del artículo 16, véanse los párrafos 10 a 14 *supra*.

⁴³¹ C.I.J. *Recueil* 1997 (véase la nota 51 *supra*), pág. 39, párr. 48.

⁴³² Véanse los párrafos 232 a 243 *supra*.

⁴³³ Ello no significa que *todas* las obligaciones internacionales vigentes entre los dos Estados se conviertan en «inoperantes» por el ejercicio de la legítima defensa. Véanse los párrafos 298 a 301 *infra*.

⁴³⁴ Véanse los párrafos 218 a 221 *supra*.

⁴³⁵ Véase el párrafo 355 *infra*.

caso concreto determinado, de la obligación establecida por la norma»⁴³⁶. Normalmente la norma continuará aplicándose en el futuro; lo único que se ha hecho es suprimir la obligación en un caso determinado. Pero esto sólo puede hacerse mediante un consentimiento válido, es decir, mediante un consentimiento que no sea incompatible con una norma imperativa. Además, puede suceder que para ciertos efectos se requiera el consentimiento de determinado número de Estados, en cuyo caso el consentimiento del Estado C no excluye la ilicitud en relación con el Estado B⁴³⁷. Los ejemplos dados en el comentario se refieren en su mayoría al empleo de la fuerza en el territorio de un Estado para reprimir una insurrección, al estacionamiento de tropas de un Estado en territorio extranjero, a operaciones de salvamento y ayuda humanitaria o al arresto o detención de personas en territorio extranjero⁴³⁸. Pero el comentario se refiere también a la decisión adoptada en el asunto *Indemnité russe*, en el que la Corte Permanente de Arbitraje sostuvo que al aceptar el reembolso del principal solamente durante más de 20 años sin formular protesta ni reserva alguna de sus derechos, Rusia había renunciado al pago de los intereses de mora⁴³⁹.

234. Para que el consentimiento equivalga a una circunstancia que excluye la ilicitud debe ser «válido en derecho internacional, constar claramente, haber sido manifestado realmente (lo que excluye el consentimiento meramente presunto), ser atribuible al Estado en el plano internacional y ser anterior a la comisión del hecho a que se refiere»⁴⁴⁰. Además, el comportamiento debe caer dentro de los límites del consentimiento dado⁴⁴¹. A continuación el comentario analiza con cierto detalle estas prescripciones principalmente sobre la base de los requisitos del consentimiento válido así como el derecho de los tratados⁴⁴².

i) *Observaciones recibidas de los gobiernos sobre el artículo 29*

235. En cuanto al párrafo 1, Austria cuestiona la utilización de la expresión «en relación con ese Estado» ya que el consentimiento convierte por lo general en lícito

⁴³⁶ *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 130, párr. 2 del comentario al artículo 29.

⁴³⁷ *Ibid.*, pág. 131, párr. 5, que cita el caso del consentimiento austriaco al *Anschluss* de 1938, examinado por el Tribunal Militar Internacional en Nuremberg; Reino Unido, *Judgement of the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals*, Cmd. 6964, Londres, HM Stationery Office, 1946, págs. 17 y ss., y Lauterpacht (ed.), *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases being a Selection from the Decisions of International and National Courts and Tribunals and Military Courts given during the year 1946*, Londres, Butterworth, 1951, págs. 208 a 210. El Tribunal rechazó que Austria hubiera dado ese consentimiento y señaló que el *Anschluss* era en todo caso ilegal en ausencia del consentimiento de las partes en el Tratado de Versalles y el Tratado de Paz de Saint-Germain-Laye.

⁴³⁸ *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), págs. 131 a 133, párrs. 6 a 9 del comentario al artículo 29, donde se cita con referencia a la cuestión de la detención en territorio extranjero la decisión de la Corte Permanente de Arbitraje en el asunto *Savarkar*, de 1911 (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (n.º de venta 61.V.4), págs. 252 a 255).

⁴³⁹ *Affaire de l'indemnité russe (Russie, Turquie)*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, pág. 446.

⁴⁴⁰ *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 133, párr. 11.

⁴⁴¹ *Ibid.*

⁴⁴² *Ibid.*, párr. 12.

el comportamiento⁴⁴³. Francia no considera clara la expresión «válidamente prestado» con su trasfondo del derecho de los tratados⁴⁴⁴. El Reino Unido rechaza que el consentimiento pueda ser válidamente prestado por todas las personas cuyos hechos sean atribuibles al Estado según el capítulo II, pese a la afirmación en tal sentido que aparentemente se hace en el comentario⁴⁴⁵. Por ejemplo, el consentimiento dado por un grupo revolucionario no vincularía al Estado a los efectos del artículo 29, incluso si el comportamiento de ese grupo pudiera ser atribuible al Estado según el artículo 15. Además, a juicio de ese Estado, la Comisión debería considerar la cuestión del consentimiento tácito o retrospectivo, especialmente cuando se adoptan medidas humanitarias en situaciones de emergencia⁴⁴⁶.

236. En cuanto al párrafo 2 Austria se pregunta si resulta pertinente plantear la cuestión de las normas imperativas (*jus cogens*)⁴⁴⁷, cuestión a la que Francia responde con una rotunda negativa⁴⁴⁸. El Reino Unido coincide con Francia y se refiere a la incertidumbre que rodea a las normas imperativas⁴⁴⁹.

ii) *El lugar que ocupa el consentimiento en el capítulo V*

237. La mayoría de las observaciones recibidas de los gobiernos sobre el artículo 29 se refieren más a la formulación del principio del consentimiento que al principio en sí. Las observaciones plantean cuestiones importantes, por ejemplo en torno al alcance de la palabra «válidamente» en el párrafo 1 o sobre la referencia que se hace a las normas imperativas en el párrafo 2. Pero el artículo 29 plantea más cuestiones de las que resuelve no solamente en esos aspectos. Todas las demás circunstancias enunciadas en el capítulo V están definidas en los propios artículos (fuerza mayor, peligro extremo, estado de necesidad) o en otras partes del proyecto de artículos (contramedidas) o al menos por unas normas del derecho internacional general razonablemente bien interpretadas y elaboradas, reflejadas en la Carta de las Naciones Unidas (legítima defensa). Sólo el consentimiento como circunstancia que excluye la ilicitud está sometido a calificaciones tan ambiguas como la de «válidamente». Además, como señalan Francia y el Reino Unido, las analogías con otras esferas del derecho internacional (la atribución, el derecho de los tratados) no permiten una orientación clara en cuanto a si un funcionario determinado dispone de autoridad para «excluir la ilicitud» de un comportamiento al dar su consentimiento al mismo. En el asunto *Savarkar*⁴⁵⁰, por ejemplo, resultó irrelevante que el brigadier que dio su consentimiento a devolver al fugado al barco británico no estuviera autorizado a concertar acuerdos internacionales en nombre de Francia. Evidentemente, su conducta habría sido atribuible a Francia según el capítulo II de la primera parte, pero tampoco era esa la cuestión. Se trataba más bien de

⁴⁴³ *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3, observaciones sobre el artículo 29, párr. 1.

⁴⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁴⁵ *Ibid.*, donde se cita el párrafo 15 del comentario al artículo 29.

⁴⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁴⁷ *Ibid.*, observaciones sobre el artículo 29, párr. 2.

⁴⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁴⁹ *Ibid.*

⁴⁵⁰ Véase la nota 438 *supra*.

decidir si su consentimiento a la devolución del fugado era suficiente. Sobre esta cuestión el artículo 29 no proporciona orientación alguna. El comentario va más allá, pero algunas de sus aclaraciones no se explican en el propio artículo y, lo que es más importante, dice poco o nada en cuanto a la autoridad real u ostensible para consentir a los efectos del capítulo V. Puede muy bien suceder que la cuestión de la persona que deba prestar consentimiento para desviarse de una norma determinada dependa, al menos hasta cierto punto, de la norma en cuestión. Una cosa es acceder al registro de una embajada, otra autorizar el juicio de un extraditado por un delito distinto de aquel por el que se le extraditó y otra consentir en el establecimiento de una base militar en el territorio de un Estado o en la realización de operaciones militares contra los insurgentes situados en ese territorio.

238. Todo apunta a que el artículo 29 plantea un problema más profundo que el de su simple formulación. ¿Es posible distinguir entre, por una parte, el consentimiento como elemento de la aplicación de una norma (que, en consecuencia, está implícito en la *definición* de la obligación correspondiente) y, por otra, el consentimiento como base de la exclusión de la ilicitud de un comportamiento incompatible con la obligación? El comentario excluye sin lugar a dudas los casos de consentimiento otorgado *después* de la comisión del hecho de que se trate, al que acertadamente califica de renuncia⁴⁵¹. Pero si el consentimiento ha de darse antes de la comisión del hecho y si sólo se puede otorgar válidamente en unos casos y no en otros, y si la autoridad competente para dar el consentimiento varía según la norma de que se trate, cabe preguntarse si el elemento de consentimiento no debería considerarse implícito en las distintas normas primarias, posiblemente en términos diferentes para cada una de ellas. Por ejemplo, la norma de que un Estado tiene el derecho exclusivo de ejercer jurisdicción o autoridad sobre su territorio está sometida a la condición de que la jurisdicción extranjera puede ejercerse con el asentimiento del Estado que la autoriza, y esos casos son muy comunes (por ejemplo, comisiones rogatorias enviadas al territorio de otro Estado, ejercicio de la jurisdicción sobre fuerzas visitantes, etc.). Tales casos no suponen, ni siquiera *prima facie*, un comportamiento no conforme con las obligaciones internacionales y, por consiguiente, caen fuera del ámbito del capítulo V e incluso fuera del ámbito del proyecto de artículos en su conjunto. Sir Gerald Fitzmaurice se refirió a esos casos bajo la rúbrica «incumplimiento justificado *ab intra* en virtud de una condición que el derecho internacional considera implícita en el tratado» y formuló la distinción en los términos siguientes:

Como la cuestión en sí —es decir, si el incumplimiento está o no justificado— supone la existencia de una obligación convencional *prima facie* u ostensible, las condiciones expresamente estipuladas en el tratado, o implícitas en sus términos, se refieren a la existencia y ámbito de la obligación y no a la justificación de su incumplimiento⁴⁵².

⁴⁵¹ *Anuario...* 1979, vol. II (segunda parte), pág. 135, párr. 16 del comentario al artículo 29. A este respecto, es extraño que el comentario se remita al asunto *Indemnité russe* (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (nota 439 *supra*), pág. 421), que fue probablemente un caso de renuncia y ciertamente no precisó de un consentimiento previo.

⁴⁵² *Anuario...* 1959, vol. II, pág. 50, documento A/CN.4/120, rúbrica c, art. 19, párr. 2.

Por supuesto, se refería solamente al derecho de los tratados, pero el mismo principio se aplica con toda seguridad a la formulación de obligaciones dimanantes del derecho internacional general (por ejemplo la obligación de no ejercer jurisdicción civil sobre el territorio de otro Estado sin su consentimiento o de no sobrevolar ese territorio sin previa autorización). Ello explica la razón de que Sir Gerald Fitzmaurice no se ocupara del consentimiento como «circunstancia específica que justifica el incumplimiento». Antes bien, lo abordó bajo la rúbrica de «aceptación del incumplimiento», que no es sino una forma de renuncia. No se refiere a la cuestión de si la responsabilidad ha surgido en primer lugar sino más bien a la pérdida del derecho a invocar la responsabilidad, que se sale del ámbito de la primera parte⁴⁵³.

239. La distinción entre justificaciones o excusas «intrínsecas» y «extrínsecas» plantea una duda adicional. Todos los demás artículos del capítulo V se refieren a circunstancias (fuerza mayor, peligro extremo, estado de necesidad, agresiones armadas u otros comportamientos ilícitos que justifican la legítima defensa o la adopción de contramedidas) que se daban en el momento de la comisión del hecho ilícito. El comentario limita el artículo 29 al consentimiento previo y, sin embargo, ese consentimiento válidamente prestado implica que el comportamiento es perfectamente lícito en el momento en que se produce. En cambio, cuando un Estado actúa de una manera incompatible con una obligación y su comportamiento se justifica por el estado de necesidad o por causas de fuerza mayor o de peligro extremo, no parece oportuno afirmar que el comportamiento sea «perfectamente lícito». Se ha producido más bien una violación aparente o *prima facie* que se puede excusar. Aun en el caso de la legítima defensa o de las contramedidas, en que el comportamiento puede ser intrínsecamente lícito en las circunstancias del caso, existe al menos una situación que requiere ciertas explicaciones y cierta justificación⁴⁵⁴.

240. ¿Es posible prever casos en los que una obligación esté adecuadamente formulada en términos absolutos (es decir, sin ninguna condición o calificación relativa al consentimiento), y que pese a ello el consentimiento del Estado interesado excluya la ilicitud de la conducta? De ser así, el artículo 29 podría tener un campo de aplicación válido, aunque limitado. El Relator Especial no tiene conocimiento de ningún caso de esa índole⁴⁵⁵. Todos los ejemplos ofrecidos en el comentario se refieren a reglas (no ejercicio de la jurisdicción extranjera en el territorio de un Estado; no empleo de la fuerza contra él; no intervención en sus asuntos internos, etc.) que no son prohibiciones

⁴⁵³ Véase el párrafo 352 *infra*.

⁴⁵⁴ El Estado que ejerce el derecho de legítima defensa deberá comunicar «inmediatamente» al Consejo de Seguridad las medidas tomadas (Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas). Las condiciones del recurso a las contramedidas figuran actualmente en los proyectos de artículos 47 a 50 y también implican un cierto examen internacional.

⁴⁵⁵ Una posibilidad, que se aproxima a la idea de Sir Gerald Fitzmaurice de la «aceptación del incumplimiento», podría ser la del siguiente ejemplo: supóngase que el Estado A incumpla una obligación bilateral con el Estado B, previendo que el Estado B dará su consentimiento si fuera preguntado al respecto, y que el Estado B, conector de la conducta del Estado A, no se opondrá. Estos tres casos no caen bajo el ámbito del artículo 29 según se explica en el comentario, e incluso si pudieran ser previstos no requerirían un tratamiento separado en el capítulo V. Parece más apropiado abordarlos bajo la rúbrica de la exención o quizá de la preclusión.

absolutas sino que permiten que el comportamiento en cuestión pueda ser válidamente consentido por el Estado interesado. En ausencia de casos intermedios identificables (es decir, casos en que el consentimiento podría prestarse válidamente por anticipado pero que no está implícito en la definición de la obligación), la posición parece ser la siguiente: o bien la obligación en cuestión permite prestar un consentimiento previo a un comportamiento que, de no mediar ese consentimiento, entraría en conflicto con la obligación, o bien no lo permite. En el primer caso y si el consentimiento se otorga válidamente, no se plantea la cuestión de la exclusión de la ilicitud. En el segundo caso, el consentimiento no se puede prestar en absoluto. Ambos casos son distinguibles de la renuncia después de que se ha producido una violación que da lugar a la responsabilidad del Estado⁴⁵⁶.

241. Por todas estas razones, parece que tratar el consentimiento previo como circunstancia que excluya la ilicitud equivale a confundir el contenido de la obligación sustantiva con la aplicación de las normas secundarias de responsabilidad, en tanto que tratar el consentimiento otorgado con posterioridad como una circunstancia de esa índole equivale a confundir el origen de la responsabilidad con su ejecución. En ninguno de los casos es adecuada la inclusión del artículo 29 en el capítulo V y se debería suprimir. En su lugar, en el comentario al capítulo V se debería incluir una explicación de la función del consentimiento en relación con la responsabilidad del Estado.

242. No obstante, en caso de que no se acepte esta recomendación, parece oportuno decir algo sobre las cuestiones específicas planteadas por los gobiernos en cuanto a la formulación del artículo 29.

a) «Consentimiento válidamente prestado». Ya se han señalado algunas de las dificultades planteadas por esta expresión. Es evidente que se requiere algún tipo de calificación, ya que no estamos ante el caso de que un Estado libere a otro de toda obligación (por ejemplo, en relación con los derechos humanos). Pero no hay ningún criterio sencillo o puramente casuístico para determinar en qué circunstancias o en qué medida el consentimiento de un Estado excluye la ilicitud de la conducta de otro⁴⁵⁷. Ade-

⁴⁵⁶ La distinción entre consentimiento *ex ante* y renuncia puede verse en los ejemplos siguientes: en primer lugar, el órgano del Estado autorizado a renunciar en caso de incumplimiento una vez establecida realmente la responsabilidad del Estado puede ser diferente del órgano del Estado autorizado a dar su consentimiento previo. En segundo lugar, en el caso de una obligación *erga omnes* (es decir, derivada del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta) puede, no obstante, ser cierto que un Estado determinado sea competente para dar su consentimiento previo a un comportamiento que de otro modo hubiera constituido la violación de la obligación (véase la observación de Austria, párrafo 235 *supra*). De ello no se desprende, no obstante, que sólo ese Estado tenga un interés jurídico en la violación después de ocurrida.

⁴⁵⁷ Esto se aplica incluso a la sencilla expresión calificativa «entre las relaciones entre esos Estados», pues lo que constituye una obligación meramente «bilateral» y lo que trasciende lo meramente bilateral depende del contenido y finalidad de la obligación. Así, un Estado puede ser el principal beneficiario de una obligación impuesta en interés general (por ejemplo en cuanto a la neutralidad de ese Estado), pero es posible que por sí solo no pueda liberar a otro Estado del cumplimiento de esa obligación. Por ejemplo, en la discusión sobre si el ingreso de Austria en la CEE era compatible con su neutralidad nunca se sostuvo que el consentimiento prestado por Austria a ese ingreso excluyera la ilicitud. Véase por ejemplo Seidl-Hohenveldern, «Österreich und die EWG», y Kennedy y Specht, «Austrian membership in the European Communities».

más la expresión «válidamente prestado» no desempeña una sola función sino dos: presupone la existencia de casos en los que el consentimiento no haya sido válidamente prestado y sugiere también (sin entrar en detalles) que es necesario observar ciertas modalidades al prestar el consentimiento y que pueden surgir problemas en cuanto al órgano autorizado para prestarlo. No es posible entrar en el desarrollo de esos dos aspectos sin profundizar en el contenido de las normas primarias, aunque en el texto se podrían incluir algunos de los requisitos previos procesales de un consentimiento válido, detallados en el comentario;

b) *Consentimiento y normas imperativas*. También aquí, pese a la incertidumbre existente en cuanto al alcance y el contenido de las normas imperativas citadas por algunos gobiernos, es evidente que un Estado no puede, mediante un consentimiento *ad hoc*, dispensar a otro de la obligación de cumplir una norma imperativa, por ejemplo en relación con el genocidio o la tortura, como tampoco podría hacerlo en un tratado. Cabría sostener al menos que un Estado puede liberar a otro de la responsabilidad de esa violación en la medida que a él le concierne. Pero en primer lugar el artículo 29 se ocupa de las circunstancias que excluyen la ilicitud, y no de la responsabilidad. En segundo lugar hay muchos casos en los que el consentimiento del Estado excluye realmente la ilicitud. En tercer lugar, en cuanto al consentimiento previo (que es el destinatario previsto del artículo 29) las exigencias de una norma imperativa se satisfacen difícilmente manteniendo la obligación formal y liberando al mismo tiempo al Estado que la viola de toda responsabilidad de esa violación. El acuerdo para eximir de responsabilidad por genocidio o tortura parece tan incompatible con el carácter imperativo de la norma aplicable como el consentimiento para eximir de la obligación implícita. Pero las dificultades van aún más lejos. Algunas normas imperativas contienen un elemento de consentimiento «intrínseco». Por ejemplo, la norma relativa a la no utilización de la fuerza en las relaciones internacionales incorporada en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas no se aplica en ciertos casos cuando un Estado ha dado su consentimiento al empleo de la fuerza en su territorio por otro Estado. Pero un Estado no puede, mediante su consentimiento, *eliminar* la norma relativa al uso de la fuerza en las relaciones internacionales en sus relaciones con otro Estado⁴⁵⁸. Así, quizá sea necesario distinguir entre un consentimiento que aplica el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta, que puede ser válido, y un supuesto consentimiento que se aparta de ese párrafo o lo excluye en su totalidad, que sería inválido si el párrafo 4 del Artículo 2 tiene carácter imperativo;

c) *Consentimiento de personas distintas de los Estados*. El proyecto de artículo 29 contempla solamente el consentimiento de los Estados y quizás de otros sujetos de derecho internacional⁴⁵⁹, pero existen normas de derecho internacional que tienen en cuenta el consentimiento, por ejemplo, de empresas o de particulares. La medida en que los inversionistas pueden renunciar a las normas de protección diplomática por acuerdo previo ha sido objeto

⁴⁵⁸ Sobre la medida en que los «pactos de invasión» y «la intervención por invitación» pueden ser lícitos, véase por ejemplo Roth, *Governmental Illegitimacy in International Law*, págs. 185 a 195.

⁴⁵⁹ *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), págs. 130 y 134, párrs. 2 y 15, respectivamente.

de largos debates pero según el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, el consentimiento dado por un inversionista a un arbitraje en el marco del Convenio suspende el derecho a la protección diplomática del Estado nacional del inversionista⁴⁶⁰. En la esfera de los derechos humanos, el individuo no puede renunciar a los derechos que le confieren los tratados internacionales, pero el libre consentimiento del individuo es necesario para la realización de al menos algunos de esos derechos⁴⁶¹;

d) *Límites del consentimiento*. Como señala el comentario, si la ilicitud queda excluida por el consentimiento del Estado los límites de ese consentimiento determinan los límites de la exclusión⁴⁶². Pero también aquí pueden surgir dificultades en la aplicación de esta idea. Por ejemplo, el consentimiento prestado al estacionamiento de fuerzas en el territorio de un Estado puede ser calificado (por la exigencia del pago de un alquiler por el uso de las instalaciones), pero el impago del alquiler, si bien sería indudablemente ilícito en sí y podría dar lugar a otras consecuencias jurídicas, no transformaría automáticamente a las fuerzas visitantes en un ejército de ocupación.

iii) Conclusiones sobre el artículo 29

243. Es indudable que algunas de estas cuestiones se pueden abordar en el marco del artículo 29, en tanto que otras se refieren a su aplicación en casos específicos. Pero un examen más detenido de los términos del artículo 29 confirma la conclusión de que su lugar adecuado no es el capítulo V. En resumen, la falta de consentimiento es una condición intrínseca de la ilicitud en el caso de muchas obligaciones (por ejemplo, la obligación de no sobrevolar el territorio de otro Estado). En tales casos, considerar el consentimiento como circunstancia que excluye la ilicitud resulta insólito ya que el consentimiento previo válidamente prestado hace lícita la conducta y no hay nada que excluir. Cabría asimismo afirmar que el no sobrevuelo es una circunstancia que excluye la ilicitud. Esta interpretación eliminaría la distinción entre obligaciones primarias y secundarias. El consentimiento prestado después del hecho es muy diferente e implica la dispensa de una responsabilidad que ya ha surgido: debería ser tratado bajo la rúbrica de la pérdida del derecho a invocar la responsabilidad, en la segunda parte o quizá en la tercera parte del proyecto de artículos. Por estas razones se debería suprimir el artículo 29 y se debería explicar con todo detalle su supresión en el comentario al capítulo V a fin de evitar malentendidos.

b) Artículo 30. Contramedidas respecto a un hecho internacionalmente ilícito

244. El artículo 30 establece lo siguiente:

La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación de ese Estado para con otro Estado quedará excluida si el hecho constituye una medida legítima según el derecho internacional contra ese otro Estado, a consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito de ese otro Estado.

⁴⁶⁰ Art. 27, párr. 1.

⁴⁶¹ Véase, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 7, segunda frase; 8, párr. 3, apdo. c, inc. iv); 14, párr. 3, apdo. g; y 23, párr. 3.

⁴⁶² *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 135, párr. 17.

245. El artículo 30 se debe leer en el contexto de los artículos de la segunda parte, que especifican con cierto detalle la amplitud y las consecuencias de las contramedidas admisibles. En otras palabras, el significado de las palabras «legítima según el derecho internacional» del artículo 30 se expone con cierto detalle en otras partes del texto.

246. El comentario al artículo 30 subraya la función excepcional de las contramedidas al hacer «inoperante» una obligación contraída con un Estado sometido a ellas⁴⁶³. Las contramedidas deben aplicarse en respuesta a un comportamiento ilícito del Estado objeto de las mismas, con una «finalidad de represión o de ejecución» pero siempre en los límites establecidos por el derecho internacional⁴⁶⁴. El análisis de esos límites que se hace en los párrafos siguientes no se armoniza plenamente con las disposiciones de la segunda parte: por ejemplo, el comentario al artículo 29 parece prever que el uso de la fuerza militar podría en algunas ocasiones ser lícito como contramedida⁴⁶⁵, en tanto que el artículo 50, apdo. a, lo rechaza expresamente. Esto subraya la necesidad de examinar conjuntamente el artículo 30 y el capítulo III de la segunda parte.

247. Según el comentario, las contramedidas ya no se limitan a las violaciones de obligaciones bilaterales ni a las respuestas adoptadas por el Estado más directamente lesionado. El incumplimiento de obligaciones *erga omnes* «debe considerarse como una infracción cometida contra todos los miembros de la colectividad internacional, y no sólo contra el Estado o Estados directamente afectados por esa violación»⁴⁶⁶. Por consiguiente, esa violación debe ser objeto de una sanción colectiva. Implique o no obligaciones *erga omnes*, «la existencia del hecho internacionalmente ilícito anteriormente cometido por el Estado sujeto pasivo de tales medidas excluye la ilicitud de la reacción legítima llevada a efecto contra él»⁴⁶⁷, por lo que se refiere al Estado que comete el hecho ilícito⁴⁶⁸.

i) Observaciones recibidas de los gobiernos sobre el artículo 30

248. Francia señaló cierto número de dificultades de redacción y se refirió también a la necesidad de distinguir entre las contramedidas adoptadas por los Estados a título individual y las medidas de coerción autorizadas o decididas por las Naciones Unidas. El artículo 30 debería limitarse a las primeras⁴⁶⁹. Los Estados Unidos y el Reino Unido propusieron que el artículo 30 fuera la única disposición referente a las contramedidas, sin que fueran necesarias las disposiciones, a su juicio cuestionables, sobre contramedidas de la segunda parte, del mismo modo que se hacía referencia al derecho de legítima

⁴⁶³ *Ibid.*, pág. 138, párr. 2 del comentario al artículo 30.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, párr. 3.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, pág. 139, párr. 5 del comentario al artículo 29; sin embargo, véanse las páginas 140 a 142, párrs. 10 y 11.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, pág. 142, párr. 12 del comentario al artículo 30.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, pág. 143, párr. 16.

⁴⁶⁸ Pero no, subraya el comentario, por lo que se refiere a los derechos de terceros Estados (*ibid.*, págs. 143 a 146, párrs. 17 a 19 y 24), que cita el asunto *Cysne* de 1930 (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (n.º de venta 1949.V.1), pág. 1056). Véase el actual artículo 47, párr. 3.

⁴⁶⁹ Véase la nota 7 *supra*. El Japón se mostró de acuerdo (documento A/CN.4/492, reproducido en el presente volumen).

defensa sin detallar su contenido⁴⁷⁰. Sin embargo, Francia y el Japón propusieron vincular específicamente el artículo 30 a las disposiciones sobre contramedidas de la segunda parte⁴⁷¹.

249. Por el contrario, México cuestionó la inclusión del artículo 30 y, en todo caso, pidió la inclusión de disposiciones más precisas para la solución de las controversias que surgiesen en los casos de contramedidas⁴⁷².

ii) *El trato de las contramedidas en el proyecto de artículos en su conjunto*

250. Varios gobiernos plantearon cuestiones sobre el trato de las contramedidas en la segunda parte del proyecto de artículos (arts. 47 a 50) y se manifestaron dudas en cuanto a la conveniencia de mantener esos artículos y la viabilidad de las disposiciones relativas a la solución de controversias. Dejando a un lado las cuestiones de redacción y de expresión, las dudas proceden de diversas direcciones, tanto de los Estados que apoyan el principio de las contramedidas como de los que se oponen al mismo. Esta divergencia de opiniones presenta una dificultad en lo que concierne al artículo 30. Por una parte, es evidente que, al menos en algunos casos, las contramedidas excluyen la ilicitud de la conducta adoptada contra el Estado que comete el hecho internacionalmente ilícito a fin de inducirle a que cese en su comportamiento ilícito y proporcione los elementos esenciales de reparación. Sobre esta base es perfectamente defendible el mantenimiento del artículo 30 en una forma u otra en el capítulo V. Sin embargo, la inclusión en el artículo 30 de los requisitos de legitimidad de las contramedidas dependerá de que se mantengan en la segunda parte los artículos relativos a las contramedidas. Si se mantienen, bastará con una simple referencia a esas condiciones (como han señalado Francia y el Japón). Si se suprimen, la situación será diferente y habrá muchos más argumentos para defender la inclusión en el artículo 30 de una cierta especificación de las condiciones de legitimidad de las contramedidas. Es cierto que el capítulo V no especifica con detalle las condiciones para invocar el consentimiento o la legítima defensa. En el caso del consentimiento esta omisión ya ha sido criticada, pero en el caso de la legítima defensa la situación es diferente, entre otras cosas, porque el derecho inmanente a la legítima defensa está explícitamente reconocido en la Carta de las Naciones Unidas y no puede ser afectado por ninguna disposición del proyecto de artículos.

251. Por estas razones el Relator Especial propone que se mantenga entre corchetes el artículo 30, en reconocimiento de que en algunos casos las contramedidas pueden excluir la ilicitud (o al menos la responsabilidad) del comportamiento en cuestión, pero que las diversas cuestiones de principio y redacción se examinen en el contexto de las disposiciones sobre contramedidas que aparecen en la segunda parte.

⁴⁷⁰ Véase la nota 7 *supra*.

⁴⁷¹ Para Francia, véase la nota 7 *supra*; para el Japón, véase el documento A/CN.4.492 (reproducido en el presente volumen).

⁴⁷² Véase la nota 7 *supra*.

c) *Artículo 31. Fuerza mayor y caso fortuito*

252. El artículo 31 dice lo siguiente:

1. 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 se debió a una fuerza irresistible o a un acontecimiento exterior imprevisible ajenos a su control que hicieron materialmente imposible que ese Estado procediera en conformidad con tal obligación o que se percatara de que su comportamiento no era conforme a esa obligación.

2. El párrafo 1 no será aplicable si el Estado de que se trata ha contribuido a que se produzca la situación de imposibilidad material.

253. El comentario al artículo 31 comienza por señalar que la fuerza mayor y el caso fortuito tienen en común «la no pertinencia del comportamiento anterior del Estado contra el que» se invocan⁴⁷³. Se trata de circunstancias involuntarias tanto en lo que respecta al Estado «activo» como al «pasivo»⁴⁷⁴. Como no existe una distinción clara entre ambas situaciones, se incluyen en el mismo artículo. Las dos se refieren a casos de «imposibilidad material», independientemente de que esa imposibilidad se deba a una causa natural, a la intervención humana o ambas, siempre que escapen al control del Estado actuante⁴⁷⁵. Al redactar el artículo 61 de la Convención de Viena de 1969, relativo a la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento, la Comisión adoptó la opinión de que la fuerza mayor era también una circunstancia que excluía la ilicitud en relación con el cumplimiento de los tratados⁴⁷⁶. La misma opinión se adoptó en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, aunque la Conferencia insistió en una formulación más restringida del artículo 61 en lo que se refería a la terminación de los tratados⁴⁷⁷.

254. En la práctica de los Estados, en la mayor parte de los casos en que se invocó la «imposibilidad» no se trataba de una imposibilidad real, sino de casos de cada vez mayor dificultad de cumplimiento y, en consecuencia, la excepción de fuerza mayor no fue aceptada. Pero se han planteado casos de imposibilidad material, por ejemplo, cuando «una aeronave del Estado que una avería, una pérdida del control o a una tempestad hace derivar hacia el espacio aéreo de otro Estado sin autorización de este último, ya sea porque los esfuerzos del piloto por evitarlo hayan sido infructuosos, ya sea porque no se haya podido dar cuenta de lo que ocurría», en que se aceptó el principio de exclusión de la ilicitud⁴⁷⁸.

255. Además de los incidentes aéreos, el principio del artículo 30 también se reconoce en relación con los buques en caso de paso inocente en el párrafo 3 del artículo 14 de la Convención sobre el mar territorial y la zona contigua (ahora párrafo 2 del artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar), así como en el párrafo 1 del artículo 7 de la Convención

⁴⁷³ *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 146, párr. 2 del comentario al artículo 31.

⁴⁷⁴ *Ibíd.*, pág. 147, párr. 4.

⁴⁷⁵ *Ibíd.*, pág. 148, párr. 7.

⁴⁷⁶ *Ibíd.*, pág. 149, párr. 9, donde se cita *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 279, documento A/6309/Rev.1.

⁴⁷⁷ *Ibíd.*, párr. 10 del comentario al artículo 31.

⁴⁷⁸ *Ibíd.*, pág. 150, párr. 12, en que se citan casos de intrusión accidental en el espacio aéreo atribuibles al estado del tiempo y también casos de bombardeo accidental de territorio neutral debido a errores de navegación en la primera guerra mundial.

sobre el Comercio de Tránsito en los Estados sin Litoral. «En esas disposiciones la fuerza mayor es sin duda alguna un elemento constitutivo de las ‘normas primarias’ que enuncian, pero el hecho mismo de su incorporación en esas reglas es manifiestamente una confirmación expresa, con respecto a un supuesto particular, de un principio general del derecho internacional consuetudinario en virtud del cual la fuerza mayor tiene el efecto de excluir la ilicitud»⁴⁷⁹. El principio también fue aceptado por la Corte Permanente de Arbitraje. En el caso *Phares*, en 1915 un faro de propiedad de una empresa francesa fue incautado por el Gobierno de Grecia y posteriormente destruido por actos del enemigo. La Corte rechazó el pedido de indemnización de Francia en razón de la fuerza mayor⁴⁸⁰. En el caso *Indemnité russe* se aceptó el principio, pero se rechazó la excepción de fuerza mayor en razón de los hechos, porque el pago de la deuda no era materialmente imposible⁴⁸¹. La CPJI, en los casos *Emprunts serbes* y *Emprunts fédéraux brésiliens*, reconoció que la fuerza mayor era un principio general del derecho (aunque una vez más se rechazó la excepción sobre la base de los hechos del caso)⁴⁸².

256. Después de un examen minucioso de la práctica, la jurisprudencia y la doctrina, el comentario concluye afirmando el principio, pero hace hincapié en que se aplica únicamente cuando la imposibilidad es irresistible y objetivamente imprevisible, de modo que el Estado interesado «no debe tener ninguna posibilidad real de sustraerse a los efectos de tal fuerza o tal acontecimiento». Además, es necesario que el Estado «no haya contribuido, intencionalmente o por su negligencia, a que se produzca la situación de imposibilidad material»⁴⁸³.

i) Observaciones de los gobiernos sobre el artículo 31

257. Austria expresó la opinión de que el artículo 31 combinaba los elementos objetivos y subjetivos de manera confusa y sugirió que se elaborara la noción de «imposibilidad material» con preferencia a la de «caso fortuito»⁴⁸⁴. El Reino Unido aceptó el principio establecido en el artículo 31, pero también pidió que se lo limitase a casos excepcionales de imposibilidad material que estuvieran más allá del control del Estado interesado⁴⁸⁵. Francia sugirió que las dos expresiones «fuerza mayor» y «caso fortuito» se refirieran al mismo régimen y que debería revisarse el artículo a fin de eliminar la redundancia⁴⁸⁶. En ninguna

de esas observaciones se puso en duda la necesidad de que el artículo 31 existiera de alguna manera.

ii) Aplicación del artículo 31 en la práctica reciente

258. En el arbitraje del asunto *Rainbow Warrior*, Francia invocó la fuerza mayor como circunstancia que excluía la ilicitud de su conducta de haber retirado a los oficiales de Hao y no haberlos devuelto después del tratamiento médico. El Tribunal abordó la cuestión brevemente:

Nueva Zelanda tiene razón al afirmar que la excusa de la fuerza mayor no es pertinente en este caso porque para su aplicabilidad se requiere la imposibilidad absoluta y material y porque el hecho de que una circunstancia haga el cumplimiento más difícil u oneroso no constituye un caso de fuerza mayor⁴⁸⁷.

En consecuencia, la decisión se suma a las muchas citadas en el comentario y en el estudio de la Secretaría⁴⁸⁸, en que se acepta el principio de que la fuerza mayor excluye la ilicitud en el derecho internacional y en muchos sistemas de derecho interno pero que, al mismo tiempo, para su aplicación se requieren condiciones estrictas.

259. Por supuesto, existe una distinción entre la fuerza mayor como circunstancia de exclusión de la ilicitud y la imposibilidad del cumplimiento como fundamento para la extinción de un tratado. La fuerza mayor se aplica a obligaciones, dimanadas o no de un tratado, y se aplica por ley después de ocurrida una situación de fuerza mayor. La imposibilidad de cumplimiento, al igual que otros fundamentos para la extinción de un tratado, debe ser invocada formalmente por una de las partes y se aplica únicamente después de haber sido debidamente invocada. Además, el «grado de dificultad» asociado a la fuerza mayor como circunstancia que excluye la ilicitud, si bien considerable, es menor que el exigido por el artículo 61 de la Convención de Viena de 1969 para la extinción debido a imposibilidad sobreviniente, según señaló la CIJ en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*:

El párrafo 1 del artículo 61 exige «la desaparición o destrucción permanentes de un objeto indispensable para la ejecución» de un tratado a fin de justificar la extinción del tratado con fundamento de imposibilidad de cumplimiento. Durante la Conferencia, se formuló la propuesta de ampliar el alcance del artículo a fin de incluir en él casos como la imposibilidad de efectuar algunos pagos debido a problemas financieros graves. [...] Aunque se reconoció que ese tipo de situación podría dar lugar a la exclusión de la ilicitud por incumplimiento de una parte de sus obligaciones dimanadas de un tratado, los Estados participantes no estaban preparados para considerar que ese tipo de situaciones constituyen un fundamento para extinguir o suspender un tratado y prefirieron limitarse a un concepto más estrecho⁴⁸⁹.

260. Además de su aplicación a casos entre Estados como cuestión de derecho internacional público, la fuerza mayor es moneda corriente en la esfera del comercio internacional y el arbitraje mixto y probablemente se la pueda calificar de principio general del derecho⁴⁹⁰.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, pág. 151, párr. 16 del comentario al artículo 31.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, párr. 21, en que se cita el caso *Phares* (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (nota 384 *supra*), págs. 219 y 220). En un estudio preparado por la Secretaría, titulado «La ‘fuerza mayor’ y el ‘caso fortuito’ como circunstancias que excluyan la ilicitud: práctica de los Estados, jurisprudencia internacional y doctrina», se catalogaron muchos otros casos de fuerza mayor (*Anuario... 1978*, vol. II (primera parte), pág. 65, documento A/CN.4/315).

⁴⁸¹ *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 153, párr. 22 del comentario al artículo 31, donde se cita el caso *Indemnité russe* (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (nota 439 *supra*), pág. 443).

⁴⁸² *Ibid.*, págs. 153 y 154, párrs. 23 y 24, donde se citan los casos *Emprunts serbes* y *Emprunts fédéraux brésiliens* (fallos n.ºs 14 y 15, 1929 C.P.J.I. *serie A n.ºs 20/21*, págs. 33 a 40, y 120, respectivamente).

⁴⁸³ *Ibid.*, pág. 158, párr. 36.

⁴⁸⁴ Véase la nota 7 *supra*.

⁴⁸⁵ *Ibid.*

⁴⁸⁶ *Ibid.* Además, se sugirió que el párrafo 2 era redundante y que podía omitirse.

⁴⁸⁷ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (véase la nota 36 *supra*), pág. 253.

⁴⁸⁸ Véase la nota 480 *supra*.

⁴⁸⁹ C.I.J. *Recueil 1997* (véase la nota 51 *supra*), pág. 63, párr. 102.

⁴⁹⁰ La fuerza mayor no es una defensa que permite el incumplimiento del contrato en virtud del *common law* inglés debido a la presunción de que las actividades contractuales son garantías. Existe una concepción más estrecha del «caso fortuito», que es una defensa en casos de daños y perjuicios. No obstante, los tribunales del *common law* se han

a) En el capítulo V de la parte III de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías se hace referencia a las disposiciones comunes a las obligaciones del vendedor y del comprador. La sección IV se titula «Exoneración» y sólo contiene dos disposiciones, el artículo 79 relativo a impedimentos inevitables, y el artículo 80, referido a la *exceptio inadimpleti contractus*. El artículo 79 no emplea la expresión fuerza mayor, pero se refiere a ese ámbito. Una parte no es responsable por el incumplimiento si demuestra que éste se ha debido a

un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias⁴⁹¹.

b) El artículo 7.1.7 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales se refiere a la fuerza mayor, a la que se define esencialmente en los mismos términos que en la Convención de 1980⁴⁹².

261. Por esas razones, se debería mantener el artículo 31 en el proyecto de artículos. No obstante, quedan pendientes algunas cuestiones de redacción.

iii) Fuerza mayor y «conocimiento» de la ilicitud

262. Una de las características curiosas del artículo 31 es la expresión «hicieron materialmente imposible [...] que se percatara de que su comportamiento no era conforme a esa obligación»⁴⁹³. Ello sugiere que la responsabilidad del Estado depende de que el Estado «se percate» de que su conducta es ilícita y que, sin embargo, en general ese conocimiento no es necesario. La ignorancia de la obligación legal del Estado no excusa su incumplimiento, ni tampoco lo es el error de derecho⁴⁹⁴. Es cierto que podría tratarse de un error de hecho inocente (por ejemplo, en cuanto a la ubicación de una aeronave debido a una falla

(Continuación de la nota 490.)

acostumbrado mucho a la noción de la fuerza mayor debido a que en los contratos frecuentemente se incluyen cláusulas de fuerza mayor, especialmente en el comercio internacional. Véase, en general, McKendrick, *Force Majeure and Frustration of Contract*.

⁴⁹¹ Véase Schlechtriem (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, págs. 600 a 626. Para material de derecho comparado sobre la fuerza mayor véase, por ejemplo, Draetta, «Force majeure clauses in international trade practice»; Magli-veras, «Force majeure in Community law»; y Van Ommeslaghe, «Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux», pág. 15. Sobre la fuerza mayor en la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán, véase Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, págs. 306 a 320. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas también ha reconocido a la fuerza mayor como principio general del derecho: véase por ejemplo, caso 145/85, *Denkavit België NV c. État belge (Recueil de la jurisprudence de la Cour 1987-2, pág. 565)*. Véase además Stefanou y Xanthaki, *A Legal and Political Interpretation of Article 15 (2) [new Article 228 (2)] of the Treaty of Rome: The Individual Strikes Back*, págs. 78 a 80.

⁴⁹² Para el texto y los comentarios véase UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts*, Roma, UNIDROIT, 1994, págs. 169 a 171.

⁴⁹³ Véase la observación de Austria en relación con el artículo 31 en el párrafo 257 *supra*.

⁴⁹⁴ En algunos sistemas jurídicos una reclamación de un derecho formulada de buena fe podría justificar o excusar algún tipo de conducta, aun cuando el fundamento jurídico del reclamo sea incorrecto. Aparentemente esa doctrina no cuenta con ninguna autoridad en el derecho internacional.

no detectada en el equipo de navegación) y quizás ello podría ser considerado como circunstancia de exclusión de la ilicitud. No obstante, el artículo 31 se podría redactar sin introducir elementos manifiestamente subjetivos: sólo se debería aplicar en los casos en que un acontecimiento externo imprevisto impidiera al Estado tener conocimiento de un hecho que es un elemento esencial de su responsabilidad en las circunstancias del caso y sin el cual la conducta en cuestión no habría sido ilícita. Con ese fundamento, se podría suprimir la referencia que se hace en el artículo 31 al conocimiento de la ilicitud⁴⁹⁵.

iv) Exclusión de la fuerza mayor: a) si el Estado ha «contribuido» a la situación de fuerza mayor

263. Por definición, una situación que ha sido causada o inducida por el Estado que la invoca no se trata de fuerza mayor; la circunstancia debe ser genuinamente involuntaria a fin de reunir los requisitos propios de la fuerza mayor. En consecuencia, en el asunto *LAFICO/République de Burundi*, el Tribunal Arbitral rechazó la excepción de fuerza mayor porque «la presunta imposibilidad no fue el resultado de una fuerza irresistible o de un acontecimiento externo imprevisto más allá del control de Burundi. De hecho, la imposibilidad es el resultado de una decisión unilateral de ese Estado»⁴⁹⁶. No obstante, el artículo 31, en la forma aprobada en primera lectura, va más allá y excluye a la fuerza mayor «si el Estado de que se trata ha contribuido a que se produzca la situación de imposibilidad material»⁴⁹⁷. Por el contrario, en virtud de lo que en general son fundamentos más restrictivos para la extinción de un tratado incluidos en el artículo 61, párr. 2, de la Convención de Viena de 1969, no se puede invocar la imposibilidad material «si resulta de una violación, por la parte que la alegue, de una obligación nacida del tratado o de otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado». Ello parece más apropiado, ya que bien podría ocurrir que un Estado hubiera «contribuido» involuntariamente a crear una situación de fuerza mayor mediante una conducta que, examinada posteriormente, podría haber sido diferente, pero que en sí misma no constituye un incumplimiento de una obligación internacional ni hace que el acontecimiento sea por ello menos previsible. Siempre que la situación resultante de fuerza mayor sea genuina, no hay razón para excluirla como circunstancia de exclusión de la ilicitud. En consecuencia, el artículo 31 debería establecer que sólo se excluye la fuerza mayor en el caso de que el Estado haya producido o haya contribuido a producir la situación por su propia conducta ilícita.

v) Exclusión de la fuerza mayor: b) asunción voluntaria del riesgo

264. En segundo lugar, la fuerza mayor no debería excusar el incumplimiento si un Estado hubiese tratado de impedir que se produjera esa situación en particular o de alguna otra manera hubiera asumido ese riesgo, y

⁴⁹⁵ Para la redacción propuesta véase el párrafo 358 *infra*.

⁴⁹⁶ ILR, vol. 96, 1994, pág. 317, y *Revue belge de droit international*, vol. XXIII, 1990-1, pág. 517.

⁴⁹⁷ El comentario sugiere que se pensaba introducir una base más estrecha para la exclusión (véase el párrafo 256 *supra*).

así se debería establecer en el artículo 31⁴⁹⁸. Se podría argumentar que para excluir a la fuerza mayor sería necesario que el Estado interesado lo mencionara expresamente, pero las obligaciones se pueden formular y ejecutar de distintas maneras y, en el contexto del capítulo V, debería ser suficiente que la asunción del riesgo sea clara.

vi) Conclusiones en relación con el artículo 31

265. Por esos motivos, el artículo 31 debería mantenerse con los cambios que se indican más arriba. Además, según señaló Francia⁴⁹⁹, parece suficiente hacer referencia a la circunstancia mediante el título bien conocido y aceptado internacionalmente de «fuerza mayor», y que esa expresión debería incluirse en el artículo mismo y además constituir su título. El título «Fuerza mayor y caso fortuito» deriva del Código Civil francés, pero de ninguna manera todas las posibilidades de «caso fortuito» son consideradas excusas en el derecho internacional⁵⁰⁰, mientras que los casos de fuerza mayor, según se los define en el artículo 31, parecen suficientes para incluir ese ámbito⁵⁰¹.

d) Artículo 32. Peligro extremo

266. El artículo 32 establece lo siguiente:

1. La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado quedará excluida si el autor del comportamiento que constituya el hecho de ese Estado no tenía otro medio, en una situación de peligro extremo, de salvar su vida o la de personas confiadas a su cuidado.

2. El párrafo 1 no será aplicable si el Estado de que se trata ha contribuido a que se produzca la situación de peligro extremo o si era probable que el comportamiento de que se trata originara un peligro comparable o mayor.

267. En el comentario al artículo 32 se observa que se trata del caso concreto en que una persona, cuyos actos son atribuibles al Estado, se encuentra en situación de peligro extremo, ya sea personalmente o en relación con personas que se encuentran a su cuidado⁵⁰². A diferencia de las situaciones de fuerza mayor, la persona que actúa en un caso de peligro extremo no lo hace involuntariamente, aun cuando la elección está efectivamente «eliminada por [...] las situaciones de ‘peligro extremo’»⁵⁰³. Tampoco se trata de elegir entre el cumplimiento del derecho internacional y de otros intereses legítimos del Estado, como se plantea en el estado de necesidad en virtud del artículo

⁴⁹⁸ En el estudio preparado por la Secretaría (véase la nota 480 *supra*) se señaló que los Estados pueden renunciar, por acuerdo, al derecho de alegar la fuerza mayor (pág. 79, párr. 31). La manera más común de hacerlo sería mediante un acuerdo o la obligación de asumir por adelantado el riesgo de un acontecimiento de fuerza mayor.

⁴⁹⁹ Véase el párrafo 257 *supra*.

⁵⁰⁰ En el estudio preparado por la Secretaría (véase la nota 480 *supra*) se examina el debate entre los especialistas de derecho civil sobre si es posible distinguir entre fuerza mayor y caso fortuito y cómo hacerlo (págs. 75 y 76, párrs. 17 a 19), pero se observa (párr. 19) que en la práctica y la doctrina del derecho internacional el término «fuerza mayor» se utiliza normalmente *lato sensu*, o sea, incluye a la fuerza mayor (*stricto sensu*) y también el «caso fortuito».

⁵⁰¹ Para el texto del artículo 31 propuesto, véase el párrafo 358 *infra*.

⁵⁰² *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 160, párr. 1 del comentario al artículo 32.

⁵⁰³ *Ibid.*, párr. 2.

lo 33⁵⁰⁴. El interés de que se trata es inmediato, salvar vidas, sin que importe su nacionalidad.

268. En la práctica, los casos de peligro extremo se han referido esencialmente a casos de buques o aeronaves que entran en el territorio de un Estado en razón del estado del tiempo o de una falla mecánica o de navegación⁵⁰⁵. Pero los casos de peligro extremo no deben limitarse a buques o aeronaves⁵⁰⁶, especialmente si se los limita a casos que entrañan una amenaza a la vida misma⁵⁰⁷. Además, el peligro extremo sólo puede excluir la ilicitud cuando el interés que se trata de proteger (por ejemplo, la vida de pasajeros y tripulación) supera claramente a otros intereses en juego en las circunstancias del caso. En consecuencia, si la conducta que se trata de excusar pone en peligro más vidas de las que podría salvar, no se incluye en la alegación de peligro extremo⁵⁰⁸.

i) Observaciones de los gobiernos en relación con el artículo 32

269. Francia propuso una redacción más ajustada, a fin de prevenir el abuso de la defensa de «peligro extremo»⁵⁰⁹. Mongolia fue más allá, y dudó que fuera deseable que el peligro extremo fuera una circunstancia que excluyera absolutamente a la ilicitud⁵¹⁰. Por otra parte, el Reino Unido criticó que el artículo 32 se limitara a las personas confiadas al cuidado del Estado interesado y pidió que en el proyecto de artículo se reconociera expresamente el derecho a adoptar medidas humanitarias en casos de emergencia⁵¹¹. El Japón también prestó apoyo a una redacción más amplia, que incluyera no sólo las amenazas a la vida, sino también a otros intereses individuales de las personas, incluidos los intereses económicos⁵¹².

ii) Práctica internacional desde 1980 en relación con la alegación de peligro extremo

270. La validez de la alegación de peligro extremo ha seguido siendo aceptada en la práctica desde la aprobación en primera lectura del artículo 32. En el contexto convencional del peligro extremo en el mar, la excepción de peligro extremo, que figura en el párrafo 3 del artículo 14 de la Convención sobre el mar territorial y la zona contigua, se repite en prácticamente los mismos términos en el párrafo 2 del artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar⁵¹³. A los

⁵⁰⁴ *Ibid.*, párr. 3.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, pág. 161, párr. 5, en que se examinan algunos incidentes. Véase el estudio preparado por la Secretaría (nota 480 *supra*), págs. 109, 110 y 133, párrs. 141, 142 y 252. Siempre se ha reconocido un derecho análogo para los buques privados, aunque este caso está fuera del alcance del capítulo V, ya que la conducta de personas privadas, en su condición de tales, no es atribuible al Estado (págs. 160 a 162, párrs. 328 a 331); véase la Convención sobre el mar territorial y la zona contigua, párr. 3 del artículo 14, citada en *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 161, párr. 7 del comentario al artículo 32.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, pág. 162, párr. 9.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, párr. 10.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, párr. 11.

⁵⁰⁹ *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/480 y Add. 1 a 3.

⁵¹⁰ *Ibid.*

⁵¹¹ *Ibid.*

⁵¹² Documento A/CN.4/492 (reproducido en el presente volumen).

⁵¹³ Véanse también los artículos 39, párr. 1, apdo. c, 98 y 109 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

fin del presente debate, es más importante la cuestión del caso *Rainbow Warrior*, ya que allí se alegó peligro extremo como circunstancia de exclusión de la ilicitud fuera del contexto de buques o aeronaves.

271. Ya se ha hecho referencia a los hechos del caso⁵¹⁴. Francia trató de justificar su conducta de remover a los dos oficiales de la Isla de Hao con fundamento en «circunstancias de peligro en un caso de extrema urgencia que entrañaban consideraciones humanitarias que afectaban a los órganos del Estado»⁵¹⁵. El Tribunal aceptó por unanimidad que esa alegación era admisible en principio y por mayoría que era aplicable a los hechos en uno de los dos casos. En cuanto al principio, el Tribunal exigió a Francia que demostrara tres aspectos:

1. La existencia de circunstancias muy excepcionales de extrema urgencia que entrañen consideraciones médicas o de otro tipo de naturaleza elemental, siempre que posteriormente se obtenga de la otra parte interesada un reconocimiento rápido de la existencia de esas circunstancias excepcionales, o que se las pueda demostrar claramente;

2. El restablecimiento de la situación original de cumplimiento con la asignación en Hao no bien desaparezcan las razones de emergencia invocadas para justificar la repatriación;

3. La existencia de un esfuerzo de buena fe de tratar de obtener el consentimiento de Nueva Zelanda en los términos del acuerdo de 1986⁵¹⁶.

De hecho, el peligro para uno de los oficiales (mayor Mafart), aunque quizás no ponía en peligro su vida, era real y quizás haya sido inminente, lo que no fue negado por el médico de Nueva Zelanda que lo examinó posteriormente. En cambio, en el caso de la segunda oficial (capitán Prieur) las justificaciones brindadas (la necesidad de un examen médico por razones de maternidad y el deseo de ver a un padre moribundo) no justificaron las medidas de emergencia. Las vidas de la agente y el bebé no estuvieron amenazadas en ningún momento y en las proximidades se contaba con instalaciones médicas excelentes. El Tribunal sostuvo que:

Está claro que esas circunstancias no justifican en absoluto la responsabilidad de Francia de haber retirado a la capitán Prieur y de no haber cumplido sus obligaciones al no haber hecho regresar a los oficiales a Hao (en el caso del mayor Mafart, una vez desaparecidas las razones de su retiro). Hubo aquí un claro incumplimiento de sus obligaciones⁵¹⁷.

272. Habida cuenta de la respuesta generalmente favorable al artículo 32 y a la aceptación del principio sentado por el Tribunal en el caso *Rainbow Warrior*, parecería que habría que mantenerlo. No obstante, se han planteado ciertas cuestiones en relación con su redacción, que es necesario examinar.

iii) Redacción del artículo 32

273. La primera cuestión es si el artículo 32 debería limitarse a los casos en que estuviera en juego la vida

⁵¹⁴ Véase el párrafo 258 *supra*.

⁵¹⁵ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (véase la nota 36 *supra*), págs. 254 y 255, párr. 78.

⁵¹⁶ *Ibid.*, pág. 255, párr. 79.

⁵¹⁷ *Ibid.*, pág. 263, párr. 99. Sir Kenneth Keith votó en disidencia en el fallo del Tribunal en relación con el mayor Mafart: si bien convino en que era necesario realizar exámenes médicos fuera de la isla de Hao, dijo que no se trataba de una situación de «peligro extremo», teniendo en cuenta la demora de las autoridades francesas en transferir al mayor Mafart a París (págs. 277 a 279).

humana o si sería suficiente un riesgo grave a la salud. En el caso *Rainbow Warrior*, el Tribunal aparentemente adoptó la perspectiva más amplia, aunque el riesgo a la salud del mayor Mafart *podría* haber amenazado su vida. El problema aquí es en dónde colocar el límite inferior. En situaciones de peligro extremo en que participan aeronaves normalmente no habrá problemas en establecer que se trata de una amenaza a la vida, pero otros casos presentan un espectro inmenso de problemas y desgracias humanas. Habida cuenta del contexto del capítulo V y de la probabilidad de que habría otras soluciones en casos en que aparentemente no estuviera amenazada la vida, no parece necesario ampliar el alcance del peligro extremo de esa manera. Pero ello plantea otra cuestión. Es claro que la amenaza a la vida debe ser aparente y debe tener un cierto fundamento en los hechos, ¿pero es suficiente que el agente que actuó en caso de peligro extremo haya creído razonablemente que el peligro existía? ¿O el agente actuó por su cuenta y riesgo, de modo que, si en un examen posterior y detallado se demuestra que ello no fue cierto en el caso (aunque así haya aparecido en ese momento), el peligro extremo no podrá alegarse como excusa del incumplimiento? En casos de peligro extremo genuino quizás no haya ni tiempo ni personal en condiciones de realizar un adecuado examen médico o de otro tipo antes de actuar. En esos casos, el agente debería tener derecho a actuar sobre la base de una creencia razonable de que se encuentra en una situación de peligro extremo. Por esos motivos, el artículo 32 debería enmarcarse en términos de una creencia razonable de que se trata de una situación que pone en peligro la vida.

274. Una segunda cuestión es si es deseable ampliar el artículo 32 a todos los casos que entrañan amenazas a la vida, independientemente de la existencia de una relación especial entre el órgano o agente del Estado y las personas en peligro⁵¹⁸. En opinión del Relator Especial, el artículo 32 refleja un caso acotado, pero reconocido históricamente, de peligro extremo en que participan, en particular, buques y aeronaves. No se lo debería ampliar mucho más allá de ese contexto específico y, ciertamente, no se debería hacerlo a los casos generales de intervención en la esfera humanitaria. Ello constituye más una cuestión de necesidad que de peligro extremo, y se volverá a ella en el contexto del artículo 33⁵¹⁹.

275. Por último, debe observarse que el artículo 32 sólo precluye la ilicitud de la conducta en la medida en que es necesaria para evitar una situación que ponga en peligro la vida. En consecuencia, no exceptúa al Estado o a su agente de cumplir otras obligaciones (nacionales o internacionales), por ejemplo, la obligación de notificar la llegada a las autoridades pertinentes o de dar la información pertinente sobre el viaje, los pasajeros o la carga⁵²⁰.

⁵¹⁸ Según la propuesta del Reino Unido (véase el párrafo 269 *supra*).

⁵¹⁹ Véanse los párrafos 288 y 289 *infra*.

⁵²⁰ Véase *Lawrence V. Cashin and Gerald Lewis v. His Majesty the King, Canada Law Reports* (1935), pág. 103 (se dijo allí que aun cuando el buque entrase al puerto en situación de peligro extremo no estaba exceptuado de la exigencia de presentar un informe sobre el viaje). En otros casos de ese período se hace un poco de luz sobre esa defensa: véase *Kate A. Hoff v. the United Mexican States* (Comisión de Reclamaciones Estados Unidos-México), *American Journal of International Law*, vol. 23, 1929, pág. 860 (el buque *Rebecca* entró al puerto en situación de peligro extremo; la mercadería fue secuestrada por infracción

Ello se desprende de la redacción del artículo 32, pero se debería destacar más en el comentario.

iv) *Conclusiones en relación con el artículo 32*

276. Por esas razones, el artículo 32 debería mantenerse, esencialmente, con la misma amplitud que el presente, pero con enmiendas a fin de reflejar las sugerencias formuladas precedentemente. Además (y por paridad de razonamiento con las disposiciones equivalentes del artículo 31), el peligro extremo sólo debería excluirse si la situación de peligro resultara, ya sea sola o en combinación con otros factores, de un hecho ilícito del Estado que la invoca⁵²¹. Por último, debería suprimirse la expresión «extremo», ya que no añade nada al contenido del artículo⁵²². No debería quedar librado a un Estado argumentar que, aunque se tratase de un peligro inevitable en que estaba en juego una vida, la situación no era suficientemente «extrema»⁵²³.

e) *Artículo 33. Estado de necesidad*

277. El artículo 33 dispone lo siguiente:

1. Ningún Estado podrá invocar un estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho de ese Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional del Estado a menos que:

a) ese hecho haya sido el único medio de salvaguardar un interés esencial del Estado contra un peligro grave e inminente; y

b) ese hecho no haya afectado gravemente un interés esencial del Estado para con el que existía la obligación.

2. En todo caso, ningún Estado podrá invocar un estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud:

a) si la obligación internacional con la que el hecho del Estado no esté en conformidad dimana de una norma imperativa de derecho internacional general; o

b) si la obligación internacional con la que el hecho del Estado no esté en conformidad ha sido establecida por un tratado que, explícita o implícitamente, excluya la posibilidad de invocar el estado de necesidad con respecto a esa obligación; o

c) si el Estado de que se trata ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

278. En el comentario al artículo 33 se distingue el estado de necesidad del consentimiento, las contramedidas y la legítima defensa, que dependen de la conducta del Estado contra el que se hacen valer; en ese sentido, es similar a la fuerza mayor y al peligro extremo⁵²⁴. Pero difiere de estas dos últimas circunstancias en que un Estado que se encuentra en una situación de fuerza mayor, o incluso un agente del Estado en una situación de peligro extremo, de

aduanera; se consideró que la entrada al puerto constituyó una necesidad razonable en las circunstancias del caso y no una simple cuestión de conveniencia; en consecuencia, se declaró ilícito el secuestro); *The Ship «May» v. His Majesty the King, Canada Law Reports* (1931), pág. 374; *The Ship «Queen City» v. His Majesty the King*, ibíd., pág. 387; *Rex v. Flahaut, Dominion Law Reports* (1935), vol. 2, pág. 685 (se aplicó la prueba del «peligro extremo real e irresistible»).

⁵²¹ Véase el párrafo 263 *supra*.

⁵²² Como efectivamente se concede en *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 163, párr. 12 del comentario al artículo 32, nota 695 («en realidad casi superfluo»).

⁵²³ Para el texto propuesto, véase el párrafo 358 *infra*.

⁵²⁴ *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 33, párrs. 2 y 3 del comentario al artículo 33.

hecho no puede elegir sino actuar de una cierta manera, mientras que «cuando se invoca el estado de necesidad se tiene perfectamente conciencia de haber optado deliberadamente por un proceder que no está en conformidad con una obligación internacional»⁵²⁵.

279. En el siglo XIX, la justificación del estado de necesidad a menudo se basaba en los llamados «derechos inherentes» de los Estados, como la preservación, que tenían prioridad sobre los derechos «subjetivos». En consecuencia, la declinación de la doctrina de los «derechos inherentes» ha tendido a desacreditar la idea de que la necesidad pueda excluir la ilicitud de la conducta⁵²⁶. Pero la invocación del estado de necesidad ha recibido el apoyo de «numerosos casos» de la práctica de los Estados y se puede justificar haciendo referencia a las fuentes normales del derecho internacional, sin tener que recurrir a una teoría en particular del Estado⁵²⁷. En el comentario se citan muchos casos en que la alegación del estado de necesidad fue aceptada en principio, o por lo menos no fue rechazada, y en que la cuestión de la aplicabilidad fue tratada como cuestión de hecho y aplicación⁵²⁸.

280. En el comentario se admite que la opinión de la doctrina en relación con el estado de necesidad está muy dividida⁵²⁹, lo que sugiere que otro motivo de esta división es que en la antigüedad se tendía a abusar de la doctrina del estado de necesidad y se incluían casos de agresión, anexión u ocupación militar, incluido el famoso caso de la justificación brindada por Alemania para la invasión de

⁵²⁵ Ibíd., párr. 3.

⁵²⁶ Ibíd., pág. 34, párr. 4.

⁵²⁷ Ibíd., párrs. 5 y 6.

⁵²⁸ Entre ellos se puede mencionar: el caso de 1912, *Indemnité russe* (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (nota 439 *supra*), pág. 443); el laudo arbitral *Affaire des forêts du Rhodope central (fond)*, sentencia de 29 de marzo de 1933, ibíd., vol. III (n.º de venta 1949.V.2), pág. 1405; la decisión de la CPJI en el caso *Société Commerciale de Belgique*, fallo, 1939 C.P.J.I. série A/B n.º 78 (por implicación); *Biens des minorités bulgares en Grèce*, informe de la Comisión de encuesta sobre los incidentes fronterizos entre Bulgaria y Grecia, Sociedad de las Naciones, *Journal officiel*, año 7, n.º 2 (febrero de 1926), anexo 815, pág. 209; el caso *Chasse aux phoques au large de la côte russe* (1893), texto en La Fontaine, *Pasicrisie internationale, 1794-1900: Histoire Documentaire des Arbitrages Internationaux*, pág. 426, y véase también la correspondencia entre los Gobiernos de Rusia y Gran Bretaña en Moore, *op. cit.*, vol. I, pág. 826; caso *Company General of the Orinoco*, 31 de julio de 1905, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (n.º de venta 60.V.4), pág. 280 y, más recientemente, el incidente del Torrey Canyon, según se examina en *The «Torrey Canyon»*, Cmd. 3246, Londres, HM Stationery Office, 1967. En este último caso es significativo que no hubo protestas a la medida adoptada por el Gobierno británico de bombardear el buque a fin de prender fuego al petróleo que amenazaba contaminar la costa y, por cierto, el incidente hizo que se celebrara un convenio internacional para regular la cuestión en el futuro: el Convenio internacional relativo a la intervención en alta mar en casos de accidentes que causen una contaminación por hidrocarburos; véase también la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (art. 221). Otras opiniones individuales que permiten alegar el estado de necesidad en ciertas circunstancias son las siguientes: la opinión del asesor jurídico de 22 de noviembre de 1832, en Lord McNair (ed.), *International Law Opinions*, pág. 231 y la opinión individual del magistrado Anzilotti en el fallo *Oscar Chinn, 1934 C.P.J.I. série A/B, n.º 63*, págs. 112 a 114.

⁵²⁹ Para un examen instructivo de la doctrina más antigua, véase *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 45 a 47, párr. 29 del comentario al artículo 33. Entre las contribuciones más recientes se puede mencionar: Barboza, «Necessity (revisited) in international law»; Salmon, «Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international?», y Raby, «The state of necessity and the use of force to protect nationals».

Bélgica y Luxemburgo en 1914⁵³⁰. Cualquiera que haya sido la posición hace algunos años, «un atentado por la fuerza a la existencia misma de otro Estado o contra la integridad de su territorio o contra el ejercicio independiente de su soberanía» es una contravención a una norma de *jus cogens* y no se puede justificar plausiblemente mediante la doctrina del estado de necesidad⁵³¹. Pero no toda conducta que infrinja la soberanía territorial de un Estado debe ser necesariamente considerada un acto de agresión u otro tipo de violación a una norma imperativa. En el comentario se hace referencia a medidas limitadas (por ejemplo, la intervención humanitaria de protección contra las actividades hostiles de bandas armadas con base en un territorio extranjero) que «se reducen a la eliminación del peligro advertido»⁵³². El caso *Caroline*, al que frecuentemente se hace referencia como caso de legítima defensa, realmente entrañó un caso de estado de necesidad. El ataque británico se inició contra particulares, de cuya conducta no eran responsables los Estados Unidos. Tanto el Secretario de Estado Webster como el Presidente Tyler en sus respuestas respectivas al Gobierno de Gran Bretaña, habían admitido que esa conducta podría ser permisible en caso de «necesidad clara y absoluta»⁵³³, o «en caso de la necesidad más urgente y extrema»⁵³⁴. En el intercambio de correspondencia de 1842, que puso fin a la controversia, los dos Gobiernos reconocieron que el «gran principio» de la inviolabilidad del territorio del Estado podría suspenderse en ciertos casos en que se presentase «un estado de necesidad abrumador», pero que ello sólo se aplicaría «durante el plazo más breve posible, mientras continuase un estado de necesidad admitido, y que se limitara estrictamente los límites más estrechos impuestos por esa necesidad»⁵³⁵.

281. El comentario se abstiene de pronunciarse sobre la cuestión de si la invocación del estado de necesidad para justificar una violación de la integridad territorial se podría justificar en el derecho internacional moderno: con ello la cuestión se reduce a preguntarse si la Carta de las Naciones Unidas (por ejemplo, el Artículo 51) ha excluido expresa o tácitamente la invocación del estado de necesidad como justificación o excusa. Pero no es la función de la Comisión interpretar de manera autorizada las disposiciones de la Carta en relación con uso de la fuerza⁵³⁶. No obstante, en el comentario se observa que en los casos modernos de intervención por razones humanitarias, rara vez se ha invocado el estado de necesidad⁵³⁷. En prácti-

camente todos esos casos, «[l]a noción de estado de necesidad no se ha mencionado, ni tomado en consideración, incluso en los casos en que se ha impugnado la existencia de un consentimiento o de un estado de legítima defensa, y a pesar de que algunos de los datos de hecho alegados podían guardar más relación con el estado de necesidad que con la legítima defensa»⁵³⁸.

282. Por último, en el comentario se examina la defensa del estado de necesidad militar en virtud de las leyes de la guerra. En esa doctrina «aparece ante todo el criterio que inspira todo un conjunto de reglas de fondo del derecho de la guerra y la neutralidad», y no en el contexto limitado del estado de necesidad como circunstancia que excluye la ilicitud⁵³⁹. En cuanto a la cuestión de si esta necesidad militar constituye una excusa para el incumplimiento del derecho internacional humanitario, la respuesta es claramente que no puede serlo, «aun tratándose de obligaciones de derecho humanitario que no constituyeran *jus cogens* [...] admitir la posibilidad de no respetar las obligaciones que imponen limitaciones en cuanto a los métodos de desarrollo de las hostilidades cada vez que el beligerante se encontrara en la necesidad de recurrir a ese medio para asegurar el éxito de una operación militar equivaldría a admitir un principio que está en absoluta contradicción con» las convenciones pertinentes: en consecuencia, el estado de necesidad queda excluido por los propios términos de la obligación⁵⁴⁰. Aunque no se llega a ninguna conclusión concreta, por implicación, en el comentario se niega la existencia separada de una doctrina de «estado de necesidad militar».

283. La Comisión (con una disidencia) concluyó que las preocupaciones relativas al abuso del estado de necesidad se podían encarar mejor mediante una disposición expresa que con el silencio y que la idea del estado de necesidad «está arraigada demasiado profundamente en la teoría general del derecho para que el silencio» constituya una solución adecuada⁵⁴¹. En cuanto a la formulación del principio, el interés pertinente tiene que ser esencial, pero no debe estar necesariamente relacionado únicamente con la «existencia» del Estado. De hecho, la defensa de «existencia» del Estado (diferente de la preservación de la vida humana o del medio ambiente) raramente ha sido considerada una causa de justificación, ya que el propósito de la legítima defensa en el derecho positivo es salvaguardar esa existencia. Pero no se puede ofrecer una definición *a priori* de lo que constituye un interés esencial. «El carácter más o menos ‘esencial’ de un interés determinado está en función, naturalmente, del conjunto de las condiciones en que se encuentra un Estado en las diversas situaciones concretas; es preciso, pues, apreciarlo en relación con cada caso particular en que entre en consideración tal interés, y no determinarlo anticipadamente en abstracto»⁵⁴². Además, el peligro para ese interés debe ser «extremadamente grave» e «inminente», y que esa violación de la obligación internacional sea el único método de evitar el

⁵³⁰ *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 41 y 42, párr. 22 del comentario al artículo 33.

⁵³¹ *Ibíd.*

⁵³² *Ibíd.*, párr. 23.

⁵³³ *British and Foreign State Papers, 1840-1841*, Londres, Ridgeway, 1857, vol. 29, pág. 1133 (Secretario de Estado Webster), citado en *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 42 y 43, párr. 24 del comentario al artículo 33.

⁵³⁴ *Ibíd.*, vol. 30, pág. 194 (Presidente Tyler), citado en *Anuario... 1980* (nota 533 *supra*).

⁵³⁵ *Ibíd.*, págs. 195 a 196 (Lord Ashburton) y pág. 201 (Secretario de Estado Webster).

⁵³⁶ *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 42 y 43, párr. 24 del comentario al artículo 33.

⁵³⁷ *Ibíd.*, págs. 43 y 44, párr. 25. A 1980 el único ejemplo era la operación belga de rescate en el Congo en 1960. El Consejo de Seguridad no adoptó ninguna posición sobre la alegación (*Actas Oficiales del Consejo de Seguridad, decimoquinto año, 873.ª sesión*, párrs. 34 a 39; 877.ª sesión, párrs. 101, 149 y 150, y 879.ª sesión, pág. 15).

⁵³⁸ *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 44, párr. 26 del comentario al artículo 33.

⁵³⁹ *Ibíd.*, párr. 27.

⁵⁴⁰ *Ibíd.*, págs. 44 y 45, párr. 28.

⁵⁴¹ *Ibíd.*, pág. 47, párr. 31.

⁵⁴² *Ibíd.*, págs. 47 y 48, párr. 32.

peligro⁵⁴³. No se puede invocar el estado de necesidad de los casos en que esté en juego un interés igual del otro Estado⁵⁴⁴, en los casos de incumplimiento de una norma imperativa⁵⁴⁵, ni en los casos en que la invocación del estado de necesidad ha sido excluida expresa o implícitamente por un tratado⁵⁴⁶.

i) *Observaciones de los gobiernos en relación con el artículo 33*

284. A pesar de la controversia que ha provocado en la doctrina, muy pocos gobiernos han formulado observaciones en relación con el artículo 33. Dinamarca (en nombre de los países nórdicos)⁵⁴⁷ y Francia⁵⁴⁸ aceptaron el principio del artículo 33. Sólo el Reino Unido no lo hizo, citando el riesgo de abuso⁵⁴⁹, pero sí aceptó que se podrían plantear emergencias ambientales que podrían dar lugar a una amenaza al territorio de un Estado, en circunstancias similares a la fuerza mayor o al peligro extremo y, según se observa más arriba, presentó argumentos en favor de una norma más amplia de peligro extremo, que permitiera adoptar medidas de carácter humanitario aun en relación con personas que no estuvieran al cuidado de un agente del Estado interesado⁵⁵⁰. En un comentario anterior, Mongolia observó que era difícil equilibrar los intereses individuales de un Estado con las obligaciones internacionales y destacó que «[s]i el artículo 33 se mantiene en el proyecto, deberá formularse de manera que el estado de necesidad se someta a unas condiciones y a unas limitaciones rigurosas que eliminen la posibilidad de un uso indebido»⁵⁵¹.

ii) *Experiencia en la aplicación de la doctrina del estado de necesidad desde la adopción del proyecto de artículo 33*

285. En el arbitraje del caso *Rainbow Warrior*, el Tribunal expresó dudas sobre la existencia de la justificación por estado de necesidad, aunque no hubo necesidad de playearse al respecto porque Francia no se fundamentó en esa causa de justificación (a diferencia del peligro extremo y la fuerza mayor). El Tribunal hizo referencia al proyecto de artículo y dijo:

El artículo 33, que presuntamente autoriza al Estado a adoptar medidas ilícitas mediante la invocación del estado de necesidad, se refiere a situaciones de peligro grave e inminente para el Estado en su condición de tal y a sus intereses vitales.

La distinción entre los dos fundamentos justifica la aceptación general del artículo 32 y, al mismo tiempo, el carácter controversial de la propuesta del Estado de necesidad en el artículo 33⁵⁵².

⁵⁴³ *Ibid.*, párr. 33.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, párr. 35.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, párr. 37.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, pág. 49, párr. 38.

⁵⁴⁷ *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3, pero se reserva el derecho de hacer observaciones en detalle.

⁵⁴⁸ *Ibid.*

⁵⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁵⁰ Véase el párrafo 269 *supra* y, para el debate, el párrafo 274 *supra*.

⁵⁵¹ *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), págs. 84 y 85, documento A/CN.4/342 y Add.1 a 4, párr. 7.

⁵⁵² Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (véase la nota 36 *supra*), pág. 254. En el caso *LAFICO/République de Burundi* (véase la

286. Por el contrario, en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la CIJ examinó cuidadosamente un argumento fundado en el artículo 33, aceptando expresamente el principio mientras que, al mismo tiempo, rechazó su invocación en las circunstancias del caso. En cuanto al principio mismo, observó que ambas partes habían considerado que el artículo 33 constituía un argumento adecuado⁵⁵³, y continuó:

La Corte considera, en primer lugar, que el estado de necesidad es un fundamento reconocido por el derecho internacional consuetudinario para excluir la ilicitud de un acto que no se adecue a una obligación internacional. Observa además que dicho fundamento de exclusión de la ilicitud sólo se puede aceptar en casos excepcionales. La Comisión de Derecho Internacional tuvo la misma opinión cuando explicó que había optado por dar una redacción negativa al artículo 33 de su proyecto [...].

En consecuencia, según la Comisión, el estado de necesidad sólo se puede invocar en ciertas condiciones estrictamente definidas que deben satisfacerse acumulativamente; y que el Estado interesado no es el único juez de si se han cumplido esas condiciones.

En el presente caso, son pertinentes las siguientes condiciones básicas, según se establece en el proyecto de artículo 33: debe haber sido ocasionado por un «interés esencial» del Estado autor del acto en conflicto con una de sus obligaciones internacionales; ese interés debe haber sido amenazado por un «peligro grave e inminente»; el acto impugnado debe haber sido el «único medio» de salvaguardar ese interés; el acto no debe haber «afectado gravemente un interés esencial» del Estado hacia el cual existe la obligación; y el Estado autor de ese acto no debe haber «contribuido a que se produzca el estado de necesidad». Esas condiciones son un reflejo del derecho internacional consuetudinario⁵⁵⁴.

En cuanto a la aplicación del principio, la Corte convino con lo expresado por Hungría en el sentido de que el medio ambiente y el agua potable constituyen un «interés esencial» a los fines del artículo 33, y al respecto citó algunos pasajes del comentario⁵⁵⁵. Pero negó que la simple existencia de incertidumbre sobre los efectos ambientales del proyecto podían «por sí solos, establecer la existencia objetiva de un ‘peligro’, en el sentido de un elemento componente de un estado de necesidad». El «peligro» tiene que establecerse objetivamente y no sólo ser simplemente considerado posible⁵⁵⁶. Además de ser «grave» el peligro debe ser «inminente», en el sentido de «próximo». Pero añadió:

En opinión de la Corte, ello no excluye que un «peligro» que se pueda producir a largo plazo pueda ser considerado «inminente» no bien se establezca, en un momento determinado, que la realización de ese peligro, no obstante cuán lejana, no sea por ello menos cierta e inevitable⁵⁵⁷.

Pero es importante destacar que la CIJ no estuvo convencida de que, cualesquiera fueran las incertidumbres y los riesgos, la suspensión unilateral y el posterior abandono del proyecto por Hungría fue el único curso de acción

nota 496 *supra*), el Tribunal se abstuvo de formular observaciones sobre la conveniencia de codificar la doctrina del estado de necesidad y observó que las medidas adoptadas por Burundi aparentemente no habían constituido el único medio de salvaguardar un interés esencial frente a un peligro grave e inminente.

⁵⁵³ *C.I.J. Recueil 1997* (véase la nota 51 *supra*), pág. 39, párr. 50. Cabe observar que en ese caso, relativo a un tratado bilateral, no se planteó ninguna cuestión relativa a las obligaciones *erga omnes*. Véase el párrafo 292 *infra*.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, págs. 40 y 41, párrs. 51 y 52. Ninguno de los magistrados que votaron en disidencia estuvo en desacuerdo con lo establecido por la Corte en relación con el artículo 33.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, pág. 41, párr. 53.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, pág. 42, párr. 54.

⁵⁵⁷ *Ibid.*

viable en las circunstancias del caso, teniendo particularmente en cuenta el trabajo que ya se había realizado y los fondos que se había invertido en el proyecto. La Corte observó que muchas de las preocupaciones se relacionaban con el funcionamiento del programa en los momentos de máxima carga de trabajo y que todavía no se había convenido si esa modalidad de trabajo se habría de adoptar o en qué medida se lo habría de hacer⁵⁵⁸. Teniendo en cuenta la conducta previa de las partes, el estado de los trabajos, las incertidumbres científicas y la existencia de otras posibilidades para resolver los problemas, la Corte concluyó que Hungría no había demostrado la existencia de un peligro grave e inminente suficiente para justificar su conducta⁵⁵⁹. Además, como Hungría había «ayudado, por acción u omisión, a provocar» la situación de presunta necesidad, no podía ahora fundamentarse en esa situación como circunstancia de exclusión de la ilicitud⁵⁶⁰. En consecuencia, no fue necesario examinar si los intereses de Checoslovaquia en la continuación del proyecto hubieran constituido un factor de contrapeso suficiente, de conformidad con lo establecido en el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 33⁵⁶¹.

287. Aparentemente, el estado de necesidad también se presentó en el caso *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, en circunstancias algo similares al del caso *Chasse aux phoques au large de la côte russe*, planteado un siglo antes⁵⁶². La NAFO había adoptado medidas reglamentarias encaminadas a conservar las especies de peces transzonales pero, en opinión del Canadá, habían sido ineficaces por varios motivos. Por conducto de la Ley de protección de las pesquerías costeras, de 1994, el Canadá declaró que todas las especies de peces transzonales de los Grandes Bancos de Terranova estaban «amenazadas de extinción» y afirmó que el propósito de la Ley y de sus reglamentos era «permitir al Canadá adoptar medidas urgentes y necesarias para impedir que prosiguiera la destrucción de esas especies de peces y permitir su reconstitución». De conformidad con la Ley, posteriormente oficiales del Canadá abordaron y secuestraron en alta mar un buque de pesca de España, el *Estai*, lo que provocó un conflicto con la Unión Europea y con España. El Gobierno de España negó que el secuestro se podía justificar por la preocupación causada por la conservación de las especies «ya que viola las disposiciones establecidas en la Convención de la NAFO, en la que el Canadá es parte»⁵⁶³. El Canadá no estuvo de acuerdo con esa afirmación y dijo que «el secuestro del *Estai* fue necesario para poner fin a la sobrepesca del hipogloso negro por pescadores españoles»⁵⁶⁴. En su protesta de 10 de marzo de 1995, entre otras cosas, la Unión Europea dijo que:

⁵⁵⁸ *Ibid.*, págs. 42 y 43, párr. 55.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, págs. 42 y 45, párrs. 55 y 56.

⁵⁶⁰ *Ibid.*, pág. 46, párr. 57.

⁵⁶¹ *Ibid.*, párr. 58.

⁵⁶² Véase el fallo de la CIJ, de 4 de diciembre de 1998, en que se declaró incompetente en el caso *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, *compétence de la Cour*, fallo, *C.I.J. Recueil 1998*, pág. 432. Para el caso *Chasse aux phoques au large de la côte russe*, véase el párrafo 518 *supra*.

⁵⁶³ Según se cita en el fallo de 4 de diciembre de 1998 (nota 562 *supra*), párrafo 20.

⁵⁶⁴ *Ibid.* Véase además la Contramemoria del Canadá (29 de febrero de 1996), *C.I.J. Mémoires, Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, párrs. 17 a 45.

El secuestro de un buque en aguas internacionales por un Estado distinto del Estado del pabellón del buque y del que tiene jurisdicción sobre éste constituye un acto ilegal, tanto en virtud de la Convención de la NAFO como del derecho internacional consuetudinario, y no se puede justificar *de ninguna manera*⁵⁶⁵.

Pero en la memoria presentada posteriormente por España se encararon con cierto detenimiento las cuestiones relativas a la justificación. Sin hacer expresa referencia al proyecto de artículo 33, aparentemente en general se tomó la posición de que las medidas adoptadas por el Canadá no se podían justificar porque estaban en conflicto con un convenio internacional del que tanto España como el Canadá eran partes y que regulaba directamente la conservación de las pesquerías del hipogloso⁵⁶⁶. En otros términos, la excepción de estado de necesidad no se rechazó *a priori*. La Corte se declaró incompetente en el caso, por lo que no se llegaron a plantear los argumentos de fondo de la demanda, ni tampoco se resolvió sobre el fondo de la cuestión.

iii) *El artículo 33 y la intervención humanitaria*

288. Una de las cuestiones que se examinó con cierto detenimiento en el comentario es la relación entre el estado de necesidad como circunstancia que excluye la ilicitud y la doctrina de la intervención humanitaria como fundamento para el uso de la fuerza en el territorio de otro Estado. Se plantean aquí dos problemas. En primer lugar, por supuesto, se debe mencionar la controversia permanente sobre si las medidas de intervención humanitaria forzosa, no sancionadas en virtud de los Capítulos VII o VIII de la Carta de las Naciones Unidas, son lícitas en virtud del derecho internacional moderno y, en caso afirmativo, en qué medida lo serían. No se trata de una cuestión sobre la que la Comisión pueda adoptar una posición al formular las normas secundarias de responsabilidad, ni se trata de hacerlo en el comentario. Pero se plantea un segundo problema, porque el artículo 33 excluye expresamente del alcance del estado de necesidad a las violaciones de las normas imperativas de derecho internacional, entre las que ciertamente se encuentran las normas relativas al uso de la fuerza a que se hace referencia en el párrafo 4 del Artículo 2 y en el Artículo 51 de la Carta. En consecuencia, se podría afirmar que el artículo 33, si bien

⁵⁶⁵ *Compétence en matière de pêcheries, C.I.J. Recueil 1998* (nota 562 *supra*), pág. 444, párr. 20.

⁵⁶⁶ Véase la Memoria del Reino de España (septiembre de 1995), *C.I.J. Mémoires* (nota 562 *supra*), pág. 38, párr. 15. Por conducto de una minuta convenida entre la Unión Europea y el Canadá, el Canadá convino en que revocaría los reglamentos correspondientes a la Ley de 1994 en relación con buques españoles y portugueses en la zona de la NAFO y liberaría al *Estai*. Las partes mantuvieron expresamente sus posiciones respectivas «sobre la conformidad en relación con la enmienda de 25 de mayo de 1994, la Ley de protección de las pesquerías costeras del Canadá y los reglamentos posteriores, con el derecho internacional consuetudinario y la Convención de la NAFO» e hicieron reserva de «su capacidad de mantener y defender sus derechos de conformidad con el derecho internacional». Véase la minuta convenida entre el Canadá y la Comunidad Europea en relación con la conservación y la ordenación de las especies de peces, Bruselas, 20 de abril de 1995 (ILM, vol. 34 (1995), págs. 1263 y 1264). Véase también el Acuerdo relativo a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios (A/CONF.164/37) de 8 de septiembre de 1995 (todavía no está en vigor), que va más allá del derecho preexistente porque prohíbe a «terceros Estados» no participantes pescar en zonas de alta mar sujetas a un régimen de conservación (art. 8, párr. 4, y 17, párr. 2) y porque permite que los Estados Partes apliquen ciertas medidas contra otros Estados Partes (art. 21).

aparentemente no adopta una posición en relación con la excepción de intervención humanitaria, de hecho lo hace, ya que una excepción de esa naturaleza no puede ir de lado con la exclusión de las obligaciones en virtud de normas imperativas. En el comentario aparentemente se sugiere que se podría evitar ese problema haciendo una diferencia entre la condición imperativa de algunos aspectos de las normas relativas al uso de la fuerza (por ejemplo, la prohibición de la agresión) y el carácter no imperativo de otros aspectos (por ejemplo, un mandamiento contra el uso de la fuerza, aun cuando se llevara a cabo con fines humanitarios limitados)⁵⁶⁷. En consecuencia, de ello se desprende que el estado de necesidad podría excusar la ilicitud de actividades genuinamente humanitarias, aun si entrañan el uso de la fuerza, ya que ese tipo de actividad en modo alguno viola una norma imperativa.

289. Ese razonamiento plantea cuestiones complejas sobre la naturaleza «diferenciada» de las normas imperativas, que va mucho más allá del alcance del proyecto de artículos. A los fines actuales, parece suficiente decir que la práctica moderna de los Estados y la *opinio juris* autorizan en ciertas circunstancias limitadas la adopción de medidas humanitarias, o no lo hacen. En caso afirmativo, aparentemente ese tipo de actividades serían lícitas en esas circunstancias y no se puede considerar que violan la norma imperativa reflejada en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta⁵⁶⁸. En caso negativo, no hay motivo para tratarlas de manera diferente a cualquier otro aspecto de las normas relativas al uso de la fuerza. En cualquier caso, aparentemente la cuestión de la intervención humanitaria en el extranjero no está regulada, de manera principal o en absoluto, por el artículo 33. Por esos motivos, se ha sugerido que debería mantenerse la excepción del artículo 33 en relación con las obligaciones de naturaleza imperativa.

iv) *La cuestión de la incertidumbre científica*

290. Uno de los principales interrogantes del artículo 33 es el de la incertidumbre científica y el de la cuestión conexa del principio de precaución⁵⁶⁹. En la actualidad, el artículo 33 exige que la conducta en cuestión sea «el único medio de salvaguardar un interés esencial del Estado contra un peligro grave e inminente». No obstante, por ejemplo en cuestiones relativas a la conservación y el medio ambiente o a la seguridad de estructuras importantes, siempre habrá amplias esferas de incertidumbre científica y distintos expertos podrán tener distintas opiniones sobre si existe un peligro o cuán grave o inminente es y si los medios propuestos son los únicos disponibles en las cir-

cunstancias del caso. Esta cuestión ya se examinó en el contexto del peligro extremo: se concluyó que, en el contexto de salvar una vida, el agente interesado debería tener derecho a actuar con fundamento en una creencia razonable sobre si existe una situación de peligro extremo⁵⁷⁰. Se trata a la vez de saber si se debería permitir una amplitud similar en relación con el estado de necesidad.

291. La excepción de peligro extremo incluye los casos de medidas adoptadas para salvar vidas humanas, mientras que la de estado de necesidad abarca una gama más amplia de contingencias. Lo primero que cabe observar en relación con esta última es que la preocupación en cuestión es la salvaguardia contra un peligro, contra un riesgo extremadamente grave. Por definición, el peligro todavía no ha ocurrido y no se puede exigir al Estado que lo invoque que demuestre *con certeza* que podría haber ocurrido lo contrario. Es difícil y quizás imposible demostrar el hecho opuesto. En el caso *Projet Gabčíkovo-Nagyymaros*⁵⁷¹, la CIJ observó en primer lugar que el Estado que la invocaba no podía ser el único que juzgara la necesidad y, en segundo término, que no era suficiente la existencia de incertidumbre científica, por sí misma, para establecer la existencia de un peligro inminente. Ello resulta obviamente correcto pero, por otra parte, tampoco la incertidumbre científica debería descalificar a un Estado para invocar el estado de necesidad, si el peligro se estableciera con fundamento en las pruebas de que razonablemente se dispusiera en ese momento (fundadas, por ejemplo en un procedimiento adecuado de evaluación de los riesgos), y se satisficieran las demás condiciones establecidas para el estado de necesidad. Ello se adecua al principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en que se establece que «cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente»⁵⁷². Ese principio recibió apoyo general y se refleja, por ejemplo, en el artículo 5.7 del Acuerdo de la OMC de 1994 sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias⁵⁷³. En el artículo 5.7 se establece que los Estados miembros de la OMC pueden adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias (y restringir las importaciones) cuando las pruebas científicas pertinentes sean insuficientes. En el caso *CE-Hormones*, el Órgano de Apelación de la OMC reconoció que un Estado miembro de la OMC puede fundamentarse en un procedimiento de evaluación de los riesgos realizado en virtud de los artículos 5.1 y 5.2 del Acuerdo de 1994, a pesar de que esa evaluación indicaba la existencia de un «estado de incertidumbre científica»⁵⁷⁴. El problema es si la redacción

⁵⁶⁷ *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 40 a 44, párrs. 21 a 26 del comentario al artículo 33.

⁵⁶⁸ Un razonamiento similar se aplicaría a la controversia de si siempre es permisible la defensa legítima «anticipada». Si se trata de circunstancias concretas, aparentemente el artículo 33 sería innecesario. En caso contrario, no habría entonces razón por la cual el artículo 33 no se podría alegar para excluir la responsabilidad en razón de una medida preventiva.

⁵⁶⁹ Para los aspectos generales del principio de precaución, véase Sands, *Principles of International Environmental Law I: Frameworks, Standards and Implementation*, págs. 212 y 213; y Nguyen Quoc Dinh, Daillier y Pelley, *op. cit.*, pág. 1255. El principio sigue siendo aplicado frecuentemente por los tribunales nacionales: véase, por ejemplo *Vellore Citizens Welfare Forum v. Union of India and Others*, *All India Reporter* (India, Corte Suprema, 28 de agosto de 1996).

⁵⁷⁰ Véase el párrafo 283 *supra*.

⁵⁷¹ Véase el párrafo 286 *supra*.

⁵⁷² *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.93.I.8 y corrección), vol. I: *Resoluciones adoptadas por la Conferencia*, resolución 1, anexo I.

⁵⁷³ Véase *Instrumentos jurídicos que contienen los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales, Marrakech, 15 de abril de 1994* (publicaciones de la secretaría del GATT, n.º de venta: GATT/1994-7), pág. 72.

⁵⁷⁴ OMC, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, Informe del Órgano de Apelación, 16 de enero de 1998 (WT/DS26/AB/R-WT/DS48/AB/4), párr. 194.

del artículo 33 debe enmendarse expresamente a fin de incorporar el elemento de precaución⁵⁷⁵. Los argumentos a favor y en contra están bastante equilibrados pero, habida cuenta de la necesidad de mantener la defensa de estado de necesidad dentro de límites estrechos y de la posibilidad de reflejar ese elemento en los comentarios, no se han hecho cambios.

v) Redacción del artículo 33

292. En cuanto a la redacción del artículo 33, se deben mencionar otras tres cuestiones, en orden creciente de dificultad:

a) En el título del artículo 33 se puede mantener la expresión «estado de necesidad», pero a fin de evitar la confusión con el otro sentido de la expresión «Estado» en el texto, parece suficiente hacer referencia únicamente a «necesidad»;

b) En el apartado b del párrafo 2 del artículo 33 se contempla que se podría excluir al estado de necesidad, expresa o tácitamente, en razón de una obligación dimanada de un tratado, y ello es claramente correcto en principio⁵⁷⁶. Pero no hay ningún motivo por el cual este efecto de limitación sólo se puede producir en virtud de un tratado. El proyecto de artículo parte de la base de que, en general, las obligaciones dimanadas de tratados y de otras fuentes del derecho internacional tienen consecuencias similares en la esfera de la responsabilidad⁵⁷⁷. Por ejemplo, si una norma de un tratado que protege a un valor o interés particular excluye la excepción de necesidad, ¿por qué una norma consuetudinaria creada paralelamente a ese tratado por la práctica difundida y convergente y que tenga esencialmente el mismo contexto no podría tener el mismo efecto? El apartado b del párrafo 2 debería enmendarse en tal sentido;

c) El apartado b del párrafo 1 del artículo 33 establece que, para invocar el estado de necesidad, la conducta del Estado que lo alega no debe afectar «gravemente un interés esencial del Estado para con el que existía la obligación». Esa redacción no se adapta bien al incumplimiento de una obligación *erga omnes*. Por ejemplo, no resulta claro qué intereses individuales tenían Etiopía y Liberia en los casos *Sud-Ouest africano*, distintos del interés público en el cumplimiento de la norma pertinente⁵⁷⁸. Pero Sudáfrica no pudo haber invocado el estado de necesidad contra esos Estados con fundamento en que no se afectaba

⁵⁷⁵ Una versión alternativa del artículo 33, que refleje expresamente el principio de precaución, podría tener la redacción siguiente:

«a) el hecho ha sido el único medio de salvaguardar un interés esencial del Estado contra un peligro grave e inminente, cuya producción no podía razonablemente excluirse con fundamento en la mejor información disponible.»

⁵⁷⁶ En consecuencia, las disposiciones de los tratados de derechos humanos que excluyen la derogación de algunos derechos fundamentales, aun en épocas de emergencia pública, implícitamente excluyen la invocación del artículo 33. Pero véase Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, págs. 220 a 226, en que se hace hincapié en las similitudes entre las cláusulas derogatorias y la excepción de estado de necesidad.

⁵⁷⁷ Véase el párrafo 26 *supra*, para un examen de ese principio en el contexto del anterior artículo 17.

⁵⁷⁸ Precisamente debido a la falta de ese interés individual, una mayoría estrecha de la Corte consideró inadmisibles las demandas (*C.I.J. Recueil 1966* (véase la nota 83 *supra*), pág. 6).

gravemente ninguno de sus intereses esenciales. A esos fines, el interés pertinente era el del pueblo mismo del África sudoccidental. Por supuesto, muchas obligaciones *erga omnes* entrañan normas imperativas, que están excluidas por completo del alcance del artículo 33. Además, en el caso de una obligación *erga omnes* (por ejemplo, en la esfera de los derechos humanos o de la paz y la seguridad internacionales), la obligación misma quizás excluya expresa o tácitamente la invocación del estado de necesidad. No obstante se pueden prever circunstancias de un solo caso imprevisto en que los intereses en juego en el cumplimiento de la obligación *erga omnes* no deban prevalecer sobre una invocación del estado de necesidad. En esos casos, el equilibrio que se debe establecer en el apartado b del párrafo 1 no es un equilibrio entre los intereses del Estado demandado y los intereses individuales del Estado o los Estados que alegan un incumplimiento. Lo que importa es la cuantía de la lesión a los intereses protegidos por la obligación y, en consecuencia, el apartado b del párrafo 1 debería volver a redactarse en tal sentido.

vi) Conclusiones en relación con el artículo 33

293. En general, parece que las preocupaciones relativas al posible abuso del estado de necesidad no dimanaban de la experiencia. Hay aquí un paralelo con el principio *rebus sic stantibus* del derecho de los tratados. Este principio fue considerado durante mucho tiempo con gran reserva, pero se lo incluyó, con una redacción cuidadosamente limitada, en la Convención de Viena de 1969⁵⁷⁹, y no ha tenido el efecto desestabilizador que habían previsto algunos especialistas⁵⁸⁰. También se debe hacer hincapié en que (a diferencia del principio *rebus sic stantibus*) la invocación del estado de necesidad sólo funciona como preclusión temporal de la ilicitud. En general, parece que las consideraciones establecidas en el artículo 33 permiten establecer un equilibrio razonable entre los intereses del Estado pertinente y los de la comunidad internacional en su conjunto. En el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la CIJ pudo aplicar el principio sin demasiados problemas y, según se ha visto, también estableció una clara y útil distinción entre su función adecuada de factor de preclusión y la continuidad y estabilidad de la relación del tratado subyacente⁵⁸¹. Por esos motivos, el Relator Especial considera que debe mantenerse el artículo 33, esencialmente en su redacción actual, pero con las enmiendas a que se ha hecho referencia más arriba⁵⁸².

f) Artículo 34. Legítima defensa

294. El artículo 34 establece 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 ese hecho constituye una medida lícita de legítima defensa tomada en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

⁵⁷⁹ El artículo 62 se redactó de manera negativa («Un cambio fundamental en las circunstancias [...] no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él, a menos que [...]»). El artículo 33 es el único caso que se presenta en el capítulo V en que la redacción se ha formulado de una manera negativa similar.

⁵⁸⁰ Se hace referencia a ese paralelo en *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 50, párr. 40 del comentario al artículo 33.

⁵⁸¹ Véase el párrafo 226 *supra*.

⁵⁸² Acerca de la redacción propuesta, véase el párrafo 358 *infra*.

295. En el comentario relativo al artículo 34 se destaca que dicho artículo sólo se refiere al principio de legítima defensa en tanto y en cuanto es una circunstancia que excluye la ilicitud de que trata el Capítulo V de la Carta de las Naciones Unidas, y que en consecuencia no se ocupa de definir el alcance de la legítima defensa ni entra en la polémica surgida acerca de ella en relación con la interpretación de la norma de la Carta que se refiere a este concepto. Por consiguiente, el artículo 34 se presenta como «consecuencia inevitable» del derecho intrínseco a la legítima defensa según lo indicado en el Artículo 51 de la Carta⁵⁸³. El comentario señala que la legítima defensa suele llevar aparejado el empleo de la fuerza, lo que puede oponerse a contramedidas legítimas que pueden no autorizarlo⁵⁸⁴, pero se niega a dejarse arrastrar a cuestiones tales como la de «la identidad total de contenido entre la norma enunciada en el Artículo 51 de la Carta y la norma de derecho internacional consuetudinario relativa a la legítima defensa». Es suficiente «permanecer fiel al contenido y al alcance de las normas pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas»⁵⁸⁵. No obstante, el artículo tal como está redactado no se refiere específicamente al Artículo 51, cuestión que originó algunos desacuerdos en la Comisión cuando se aprobó el artículo 34⁵⁸⁶.

296. Después, el comentario destaca que el efecto exclusivo del artículo 34 no autoriza al Estado que actúa en legítima defensa a violar los derechos de terceros Estados⁵⁸⁷. A este respecto la legítima defensa está sujeta a la misma limitación que las contramedidas.

i) Comentarios de los gobiernos relativos al artículo 34

297. Francia consideró que la referencia a la legítima defensa «en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas» era demasiado restrictiva, por lo cual sería preferible referirse a los límites más amplios establecidos por el derecho internacional⁵⁸⁸. Aparte de esta observación, la inclusión del artículo 34 en el capítulo V no planteó ninguna duda.

ii) ¿Hasta dónde se extiende el efecto de exclusión del artículo 34?

298. No obstante, existe una dificultad fundamental en lo que respecta al artículo 34, a la que se hizo referencia en una observación anterior de Mongolia. En desacuerdo con la formulación del artículo 34, Mongolia señaló: «Los hechos de un Estado que constituyan medidas lícitas de legítima defensa no pueden estar en pugna con ninguna obligación internacional de ningún Estado. [...] De ello se infiere que 'hechos ilícitos' no pueden constituir el contenido de la legítima defensa»⁵⁸⁹. Esto es totalmente cierto en lo que se refiere a la obligación fundamental establecida en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de no emplear la fuerza en las relaciones internacionales. En lo que se refiere a esta obligación, la exclusión de medidas adopta-

das en legítima defensa forma parte de la definición de la propia obligación. Un Estado que ejerza su derecho intrínseco de legítima defensa a que se hace referencia en el Artículo 51 de la Carta no infringe, ni siquiera en teoría, el párrafo 4 del Artículo 2, y si el único efecto de la legítima defensa como circunstancia que impide la ilicitud es establecerlo así, debería suprimirse por las mismas razones ya aducidas con respecto al consentimiento⁵⁹⁰.

299. No obstante, ejerciendo su legítima defensa un Estado puede violar otras obligaciones respecto del agresor. Por ejemplo, puede entrar en su territorio, interferirse en sus asuntos internos, o desorganizar su comercio contrariamente a lo dispuesto en un tratado comercial. El derecho internacional tradicional se ocupaba ampliamente de estos problemas estableciendo un régimen jurídico aparte en caso de guerra, definiendo el alcance de los derechos de los beligerantes y suspendiendo la mayoría de tratados en vigor entre los beligerantes al estallar las hostilidades⁵⁹¹. En cambio, desde que está en vigor la Carta de las Naciones Unidas las declaraciones de guerra son excepcionales y las acciones militares proclamadas como legítima defensa por una o por ambas partes sólo se producen entre Estados que oficialmente están «en paz entre sí»⁵⁹². De hecho, desde que está en vigor la Carta se ha puesto en duda la legalidad del estado de guerra formal. La Convención de Viena de 1969 deja de lado estas cuestiones cuando establece en el artículo 73 que la Convención no prejuzgará «ninguna cuestión que con relación a un tratado pueda surgir como consecuencia [...] de la ruptura de hostilidades entre Estados».

300. Está claro, por tanto, que en algunos casos la legítima defensa puede excluir la ilicitud de una conducta que de no ser así violaría un tratado u otras obligaciones del Estado de que se trate. De todos modos, cuando un Estado actúa en legítima defensa es posible que ni siquiera se plantee la posibilidad de que haya adoptado medidas contrarias a la obligación básica establecida en virtud del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta. No obstante, el problema reside en que la legítima defensa no impide la ilicitud de la conducta respecto del Estado agresor en todos los casos o con respecto a todas las obligaciones. No se trata, desde luego, de que la medida concreta fuese o no necesaria o proporcionada, ya que ello forma parte de la definición de legítima defensa. Se trata de que algunas obligaciones no pueden violarse, ni siquiera en legítima defensa. Los casos más evidentes se refieren al derecho internacional humanitario y a las obligaciones en materia de derechos humanos. Los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra y su Protocolo adicional I, de 8 de junio de 1977, se aplican por igual a

⁵⁹⁰ Véanse los párrafos 238 a 241 *supra*. Véase *Liceité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, C.I.J. Recueil 1996 (véase la nota 211 *supra*), págs. 244 y 263, párrs. 38 y 96, respectivamente, donde se destaca la licitud del empleo de la fuerza en legítima defensa.

⁵⁹¹ Véase asimismo, McNair y Watts, *The Legal Effects of War*.

⁵⁹² En el caso *Plates-formes pétrolières*, C.I.J. Recueil 1996 (véase la nota 69 *supra*), pág. 803, no se negó que el Tratado de amistad, relaciones económicas y derechos consulares, de 15 de agosto de 1955, que constituye la base para la reclamación del Irán, siguiera estando en vigor en todos los momentos pertinentes, a pesar de las numerosas acciones de fuerzas navales estadounidenses contra el Irán, justificadas como legítima defensa, durante el período de que se trata. En este caso, ambas partes convinieron en que esas operaciones serían lícitas por cuanto estaban justificadas por la legítima defensa.

⁵⁸³ *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 50, párr. 1 del comentario al artículo 34.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, pág. 52, párr. 6.

⁵⁸⁵ *Ibid.*, págs. 57 y 58, párr. 20.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, pág. 59, párr. 26.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, párr. 28.

⁵⁸⁸ Véase la nota 7 *supra*.

⁵⁸⁹ *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), págs. 84 y 85, documento A/CN.4/342 y Add.1 a 4, párr. 8, párr. 8.

agresores y agredidos, y lo mismo es válido para el derecho internacional humanitario consuetudinario⁵⁹³. Todos los tratados de derechos humanos contienen disposiciones derogatorias aplicables en momentos de emergencia pública, incluidas las medidas adoptadas en legítima defensa⁵⁹⁴. Está perfectamente claro que la legítima defensa no impide la ilicitud de conducta por violación de obligaciones en esas esferas.

301. En consecuencia, el problema consiste en distinguir entre las obligaciones que prevalecen incluso sobre la pretensión posiblemente justificada de legítima defensa y las que no prevalecen. Es curioso que ni el comentario ni los debates sobre el artículo 34 arrojaran mucha luz respecto de esta cuestión⁵⁹⁵. En cambio, la CIJ sí lo hizo en su opinión consultiva en el caso *Liceité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*. Entre otras cosas, se examinó si el empleo de armas nucleares puede constituir una violación de las obligaciones respecto del medio ambiente debido a los daños masivos y a largo plazo causados por esas armas. Según la Corte,

la cuestión no reside en si los tratados relativos a la protección del medio ambiente son o no aplicables durante un conflicto armado, sino si se tuvo la intención de que las obligaciones derivadas de esos tratados impusieran una contención total en caso de conflicto militar*.

La Corte considera que esos tratados no pueden haber tenido la intención de privar a un Estado del ejercicio de su derecho de legítima defensa con arreglo al derecho internacional como consecuencia de sus obligaciones de proteger al medio ambiente. No obstante, los Estados tienen que tener en cuenta las consideraciones ambientales al evaluar lo que es necesario y proporcionado para la consecución de objetivos militares legítimos. El respeto del medio ambiente es uno de los elementos que intervienen para evaluar si una acción es conforme con los principios de necesidad y proporcionalidad⁵⁹⁶.

Aunque la Corte no enfocó la cuestión utilizando los términos «circunstancias que excluyen la ilicitud» o refiriéndose al artículo 34, lo que aquí se examina es precisamente esto mismo. ¿En qué circunstancias un Estado que actúe en legítima defensa se encuentra «totalmente limitado» por una obligación internacional? La respuesta es que depende de si la obligación se expresó o se preveía aplicar como una limitación definitiva, incluso para los Estados beligerantes en un conflicto armado. Así ocurre claramente en el caso del derecho internacional humanitario, y lo mismo cabe decir respecto del derecho de los

derechos humanos, a reserva de la posibilidad de derogación en momentos de emergencia, lo que es parte esencial de dicha legislación. Otro ejemplo sería el compromiso unilateral de un Estado que posea armas nucleares de no ser el primero en utilizar dichas armas, cualesquiera sean las circunstancias. En cambio, en lo que respecta a otras obligaciones generales (por ejemplo, las relacionadas con el comercio y el medio ambiente), la respuesta puede ser diferente, pero depende de la formulación y el propósito de la norma primaria de que se trate. Un tratado que se refiera precisamente a la protección del medio ambiente en caso de conflicto armado⁵⁹⁷ se entenderá, a reserva de lo en él establecido, que impone una «obligación de contención total» y que la pretensión de legítima defensa no impedirá la existencia de ilicitud. Por consiguiente, el artículo 34 tiene que estar redactado de manera que distinga entre ambas categorías. La CIJ sugiere que el artículo 34 establezca como excepción las obligaciones expresadas como obligaciones de contención total, o supuestas como tales, incluso para los Estados participantes en un conflicto armado o que actúen en legítima defensa. Además, para mayor claridad y para confirmar un principio fundamental del derecho de los conflictos armados resulta útil dar como ejemplo de esas obligaciones las existentes en la esfera del derecho internacional humanitario.

iii) Posición de terceros Estados

302. El comentario relativo al artículo 34 pone de relieve que el efecto principal de dicho artículo es excluir la ilicitud de la conducta de un Estado que actúa en legítima defensa respecto del Estado atacante⁵⁹⁸, lo que es perfectamente correcto como proposición general. En la opinión consultiva en el caso *Liceité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la CIJ observó:

Como en el caso de los principios de derecho humanitario, aplicable en los conflictos armados, el derecho internacional no deja ninguna duda respecto de que el principio de neutralidad, cualquiera que sea su contenido, que tiene carácter fundamental similar al de los principios y normas humanitarios, es aplicable (a reserva de las disposiciones pertinentes de las Naciones Unidas) a todos los conflictos armados internacionales, sea cual fuere el tipo de armas que pueda utilizarse⁵⁹⁹.

Esta formulación, bastante intrincada, puede haberse adoptado para indicar que el derecho que rige la neutralidad, aunque distingue claramente entre conducta contra un beligerante y contra un neutral, no implica que los Estados neutrales dejen de estar afectados por la existencia de una situación bélica. Un Estado que ejerza el derecho intrínseco de legítima defensa tiene determinados derechos de beligerancia, incluso frente a los neutrales. Todavía es motivo de controversia hasta qué punto se ha mantenido sin modificaciones desde que existe la Carta el derecho tradicional de la neutralidad pero afortunadamente la Comisión no tiene que entrar en esas controversias en el presente contexto. La redacción dada al artículo 34 deja abiertas todas las cuestiones relativas a los efectos de las medidas adoptadas en legítima de defensa respecto de

⁵⁹³ Como dijo la CIJ respecto de las normas de derecho internacional humanitario en el caso *Liceité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, C.I.J. Recueil 1996 (véase la nota 211 *supra*), pág. 257, párr. 79, esas normas constituyen principios inquebrantables de derecho internacional humanitario. Respecto de las relaciones entre derecho de los derechos humanos y derecho humanitario en caso de conflicto armado, véase pág. 240, párr. 25.

⁵⁹⁴ Véase Oraá, *op. cit.*, en especial los capítulos 4 y 9.

⁵⁹⁵ Lo más curioso es que esta cuestión se analiza perspicazmente en el comentario y se llega a una conclusión adecuada en relación con el artículo 33: véase el párrafo 282 *supra*. No obstante, el Sr. Riphagen se refirió indirectamente a esta cuestión durante el debate sobre el artículo 34, cuando declaró en particular que «las normas de *jus cogens* relativas a la protección de los derechos humanos en los conflictos armados siguen siendo a todas luces válidas, incluso en las relaciones con un Estado agresor» (*Anuario... 1980*, vol. I, 1620.ª sesión, pág. 188, párr. 5). Posteriormente añadió que «cualquier hecho, incluso el genocidio o una violación grave de derechos humanos, que no son medidas legítimas, puede calificarse de legítima defensa. Por consiguiente, la inclusión de la palabra 'lícita' [en el texto del artículo 34] es indispensable» (*ibíd.*, pág. 273, 1635.ª sesión, párr. 59).

⁵⁹⁶ C.I.J. Recueil 1996 (véase la nota 211 *supra*), pág. 242, párr. 30.

⁵⁹⁷ Por ejemplo, la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles.

⁵⁹⁸ *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 59, párr. 28 del comentario al artículo 34.

⁵⁹⁹ C.I.J. Recueil 1996 (véase la nota 211 *supra*), pág. 261, párr. 89.

terceros Estados, y no parece necesaria ninguna modificación.

iv) *La formulación del artículo 34*

303. Por último, Francia y, en una observación anterior, Mongolia cuestionaron la simple referencia en el artículo 34 a la legítima defensa de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas⁶⁰⁰. Sin embargo, estas sugerencias se contraponen entre sí. Francia quería una referencia a lo que considera el derecho más amplio de legítima defensa en virtud del derecho internacional general, y por su parte, Mongolia quería una referencia expresa al Artículo 51. En opinión del Relator Especial no es necesario ni conveniente resolver cuestiones fundamentales acerca del alcance de la legítima defensa y del derecho internacional moderno, incluso aunque esto fuera posible hacerlo en el proyecto de artículos, lo que habida cuenta del Artículo 103 de la Carta no lo es. No corresponde al proyecto de artículos especificar el contenido de las normas primarias, incluida la norma a que se hace referencia en el Artículo 51. El artículo 34 emplea las palabras «una medida lícita de legítima defensa tomada en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas», lo que constituye una referencia suficiente al derecho internacional moderno de legítima defensa, tanto consuetudinario como convencional. No se propone ninguna modificación del artículo 34 a este respecto.

v) *Conclusiones sobre el artículo 34*

304. Por todas estas razones se recomienda mantener el artículo 34, pero añadiendo un nuevo párrafo con el fin de distinguir en términos generales entre las obligaciones que prevalecen incluso frente a un Estado que ejerza el derecho de legítima defensa y las que no prevalecen⁶⁰¹.

g) *Artículo 35. Reserva relativa a la indemnización de los daños*

305. El artículo 35 dispone lo siguiente:

La exclusión de la ilicitud de un hecho de un Estado en virtud de las disposiciones de los artículos 29, 31, 32 o 33 no prejuzgará ninguna cuestión que pueda surgir con relación a la indemnización de los daños causados por ese hecho.

El artículo 35 es la única disposición del capítulo V que se ocupa de las consecuencias (sustantivas o de procedimiento) derivadas de invocar circunstancias que excluyen la ilicitud. Se propone tratarlas en ese contexto y después examinar si es preciso prever circunstancias adicionales⁶⁰².

4. JUSTIFICACIONES O EXCUSAS POSIBLES
NO INCLUIDAS EN EL CAPÍTULO V

306. Aunque la Comisión consideró que las seis circunstancias enumeradas originalmente en el capítulo V

eran las más generalmente aplicables, evidentemente no consideró que esta lista tuviera un carácter absolutamente exhaustivo y señaló la posibilidad de que se desarrollasen otras excusas generales o específicas de la conducta ilícita. A su juicio, el capítulo V no debía interpretarse en el sentido de que cerraba la puerta a esa eventualidad⁶⁰³. Esto plantea diversas cuestiones a la Comisión en segunda lectura. Ante todo, ¿existen otras circunstancias que excluyan la ilicitud de carácter general que deban reconocerse en el capítulo V? En segundo lugar, ¿existe alguna disposición necesaria para tratar la eventualidad de que en el futuro puedan surgir nuevas excusas para el incumplimiento? La segunda pregunta se trata en el contexto del capítulo I de la segunda parte, ya que se refiere al efecto del proyecto de artículos considerado en conjunto. La primera pregunta se trata a continuación.

307. Diferentes sistemas jurídicos reconocen de hecho distintos niveles de justificación o excusa del incumplimiento de obligaciones, y el examen efectuado anteriormente de la evolución del capítulo V indica que en varias ocasiones se ha examinado la posibilidad de incluir diversas otras posibilidades⁶⁰⁴. Es necesario mencionar tres de ellas.

a) *Cumplimiento en oposición con una norma imperativa (jus cogens)*

308. Los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969 se refieren a los casos en que las propias disposiciones de un tratado están en oposición con una norma imperativa, vigente o nueva, en cuyo caso se produce la nulidad o terminación del tratado. Además, estos casos se consideran tan seriamente que la disposición de que se trata es indivisible, es decir, todo el tratado queda nulo, incluso aunque sólo se impugne una de sus disposiciones⁶⁰⁵. Un tratado de apariencia legal y de finalidad inocente podría dejar de cumplirse en circunstancias en que su cumplimiento originaría la violación de una norma imperativa, o contribuiría de manera sustancial a dicha violación. Cabe citar como ejemplo cuando el derecho de paso por un estrecho o de sobrevuelo del espacio aéreo de un Estado, reconocido en un tratado, se ejerza para cometer un acto de agresión contra otro Estado, o cuando armas que se haya prometido suministrar en virtud de un acuerdo vayan a utilizarse para cometer genocidio o crímenes contra la humanidad. En tales casos no hay motivo para que el propio tratado deba quedar nulo o extinguirse. No es inherentemente ilícito y no interviene ninguna nueva norma imperativa. Se trata, simplemente, de que debido a circunstancias extrínsecas el cumplimiento del tratado violaría, o conduciría directamente a violar, una norma imperativa. En tales casos, la cuestión reside en si el incumplimiento de la estipulación de un tratado que entre en oposición con una norma de *jus cogens* —a condición de que se determine adecuadamente la existencia de esa oposición— debería considerarse motivo [es decir,

⁶⁰³ *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 59, párr. 29 del comentario al artículo 34.

⁶⁰⁴ Véase el párrafo 217 *supra*.

⁶⁰⁵ Convención de Viena de 1969, art. 44, párr. 5. En el artículo 64 se afirma que si surge una nueva norma imperativa «todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará». Por consiguiente, todo el tratado se extingue si alguna de sus disposiciones se opone a una norma imperativa.

⁶⁰⁰ Véase el párrafo 297 *supra* y, en lo que respecta a la observación de Mongolia, *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. 85, documento A/CN.4/432 y Add.1 a 4, párr. 8.

⁶⁰¹ Véase la formulación propuesta del artículo en el párrafo 358 *infra*. Para su localización, véase el párrafo 357 *infra*.

⁶⁰² Véanse los párrafos 338 a 349 *infra*.

justificación] para infringir dicho tratado⁶⁰⁶. A nivel de principios, la repuesta tiene que ser ciertamente afirmativa. Si una norma imperativa invalida un tratado incompatible, ¿cómo puede la obligación de cumplir el tratado prevalecer sobre la violación de esa norma? Es indudable que la relación entre cumplimiento de la obligación que impone el tratado y violación de la norma imperativa tendrá que ser clara y directa, pero en tales casos la suspensión temporal de la obligación de cumplimiento se deriva con toda seguridad del carácter imperativo de la norma que de no ser así se violaría.

309. Por otra parte, se plantea la cuestión de cómo lograr este resultado. En muchos casos será suficiente la interpretación de que la norma pertinente del tratado no requiere la conducta de que se trata, del mismo modo que el conflicto directo entre tratados y normas imperativas suele evitarse mediante la interpretación⁶⁰⁷. No obstante, la norma pertinente puede ser clara y también serlo su oposición con la norma imperativa en las circunstancias del caso.

310. Sir Gerald Fitzmaurice trató esta cuestión en la rúbrica titulada «Incumplimiento justificado *ab intra* en virtud de una condición que el derecho internacional considera implícita en el tratado», específicamente sobre la base de una condición implícita de «compatibilidad continua con el derecho internacional»⁶⁰⁸, señalando lo siguiente:

Toda obligación convencional cuya observancia sea incompatible con una nueva regla o prohibición que tenga en derecho internacional carácter de *jus cogens*, justificará (y requerirá) el incumplimiento de cualquier obligación convencional que suponga tal incompatibilidad [...].

Es de aplicación el mismo principio cuando, con posterioridad a la conclusión del tratado, surgen circunstancias que hacen intervenir una regla vigente de derecho internacional que no era pertinente en la situación que existía al tiempo de la conclusión del tratado⁶⁰⁹.

No se aplica una norma similar a «una regla de *jus dispositivum*»⁶¹⁰ ya que las partes pueden decidir libremente no aceptarla, incluso anticipadamente.

311. Cabe destacar la evidencia de que en el pasaje citado Sir Gerald Fitzmaurice no contemplaba la invalidez del tratado ni su terminación, ya que se centra en la cuestión de la falta de observancia, en una situación que podría calificarse de oposición ocasional o incompatibilidad. No hay duda de que un tratado teóricamente incompatible con una norma imperativa no puede mantenerse, pero pocos tratados tienen este carácter. Son muchos más probables los casos de «oposición ocasional», y no resulta claro por qué deberían suponer una nulidad total⁶¹¹. Además, debe

⁶⁰⁶ Rosenne, *op. cit.*, pág. 65. El autor añade que «es difícil prever esta hipótesis en términos concretos».

⁶⁰⁷ Este examen se centra en la posible oposición de una norma imperativa con el cumplimiento de un tratado. Cuando se trata de una norma de derecho internacional consuetudinario la posibilidad de conflicto es mucho menor, pero no queda excluida.

⁶⁰⁸ *Anuario... 1959*, vol. II, documento A/CN.4/120, pág. 50.

⁶⁰⁹ *Ibid.*, pág. 51.

⁶¹⁰ *Ibid.*

⁶¹¹ Algo más que una «incompatibilidad ocasional» entre una resolución del Consejo de Seguridad y el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil invalidó este último (véanse los párrafos 9 y 24 *supra*).

señalarse nuevamente que, en virtud de la Convención de Viena de 1969, es necesario que un Estado adopte medidas para invocar algún motivo de nulidad o terminación, lo que incluye las medidas que se adopten en cumplimiento de los artículos 53 y 64. Un Estado puede ser reactivo a que un tratado quede nulo o se extinga en su totalidad, pero puede verse legítimamente preocupado por un caso específico de cumplimiento del tratado que esté en oposición con las exigencias de una norma imperativa⁶¹². De todos modos, en caso de conflicto de esta clase no ha lugar para elegir u optar entre las dos normas en oposición.

312. Como indican varias observaciones sobre el proyecto de artículos, muchos gobiernos continúan mostrando preocupación por la noción de *jus cogens*⁶¹³. Al parecer, su preocupación no se debe tanto a una falta de apoyo a los valores sustantivos incorporados en las relativamente escasas normas indiscutibles de *jus cogens* (prohibición del genocidio, la esclavitud, los crímenes contra la humanidad y la tortura, prohibición de la agresión, y pocos más) como a la preocupación de que se trata de una noción radicalmente indeterminada que desestabilizará las relaciones amparadas por tratados. Sin embargo, transcurridos casi 20 años desde que entró en vigor la Convención de Viena de 1969, no ha habido ningún caso en que se invocara el *jus cogens* para declarar la nulidad de un tratado. Durante el mismo período los tribunales, tanto nacionales como internacionales, han afirmado la idea de normas imperativas en diversos contextos, sin limitarse a la validez de los tratados⁶¹⁴. La CIJ, aunque hasta ahora ha evitado utilizar la expresión propiamente dicha, también ha hecho suya la noción de «normas inquebrantables»⁶¹⁵.

313. A juicio del Relator Especial, no puede haber marcha atrás en el claro refrendo de la noción de normas imperativas que figura en la Convención de Viena de 1969 y en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales. Con arreglo al artículo 53 común a ambos instrumentos, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. De esta definición se deduce que las obligaciones generadas por una norma imperativa tienen que prevalecer sobre otras obligaciones en caso de conflicto. En consecuencia el Relator Especial conviene con Fitzmaurice y Rosenne en que, una vez reconocido claramente el carácter imperativo de una norma de *jus cogens* esa norma tiene que prevalecer sobre cualquier

⁶¹² Véanse las observaciones del magistrado *ad hoc* Lauterpacht en *Application of the convention for the prevention and the repression of the crime of genocide*, medidas provisionales, providencia de 13 de septiembre de 1993, *C.I.J. Recueil 1993*, págs. 439 a 441; véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996*, pág. 65. En su providencia la Corte no se ocupó de estos asuntos.

⁶¹³ Véase el párrafo 236 *supra*.

⁶¹⁴ Véase, por ejemplo, las decisiones del Tribunal para la ex Yugoslavia en *Le Procureur c. Anto Furundzija*, fallo de 10 de diciembre de 1998, párr. 150, no comunicadas, y de la Cámara de los Lores británica, en *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte* (n.º 3), 24 de marzo de 1999, *The Weekly Law Reports 1999*, vol. 2, en especial en las páginas 832 a 949 (Lord Browne-Wilkinson).

⁶¹⁵ *C.I.J. Recueil 1996* (véase la nota 211 *supra*), pág. 257, párr. 79.

otra obligación internacional que no tenga el mismo carácter. De hecho, en tales casos el Estado de que se trate no tendrá elección entre cumplimiento o incumplimiento: si existe incompatibilidad en las circunstancias, la norma imperativa tiene que prevalecer. Por otra parte, la nulidad de un tratado cuyos términos no se opongan a ninguna norma imperativa pero cuya observancia en un caso determinado puede que sí se oponga, parece a la vez innecesaria y desproporcionada. En tales casos la obligación impuesta por el tratado es, hablando con propiedad, ineficaz⁶¹⁶ y prevalece la norma imperativa. Sin embargo, si en el futuro el tratado puede tener aplicaciones que no sean incompatibles con la norma imperativa, ¿por qué declararlo nulo debido a un conflicto ocasional? Ciertamente, un conflicto ocasional con una norma no imperativa de derecho internacional o consuetudinario (que puede tener el mismo contenido que un tratado) no quitará validez a la norma consuetudinaria en el futuro.

314. Un conflicto de esta clase, ¿tiene que resolverse a nivel de las normas secundarias o acaso —como el consentimiento⁶¹⁷— es mejor considerarlo parte de la formulación de la obligación primaria? La situación no es la misma que con respecto al consentimiento ya que, como se afirmó anteriormente, el requisito del consentimiento es intrínseco a la norma u obligación *particular*, y en cambio el efecto de las normas imperativas es extrínseco a la norma u obligación y surge como aspecto del sistema de derecho internacional. No obstante, por lo menos en algunos aspectos, el impacto o efecto de las normas imperativas se registra antes e independientemente de las normas secundarias de responsabilidad, por ejemplo, en el caso del artículo 53 de la propia Convención de Viena de 1969. Si el tratado queda nulo, no surge ninguna obligación a la que pueda aplicarse el capítulo V. Ahora bien, ¿ocurre siempre así? La pregunta puede plantearse como sigue: cuando el proyecto de artículo habla de las obligaciones de los Estados de conformidad con las normas primarias aplicables, ¿concibe no obstante esas obligaciones de forma general, o se trata de obligaciones aplicables a los Estados concretos de que se trata en las circunstancias específicas de cada caso particular? Dicho en pocas palabras, las obligaciones a que se hace referencia en el apartado *a* del artículo 3 y en el artículo 16, ¿tienen carácter general o son muy específicas? Si se aplica rigurosamente esta última concepción, la primera parte del proyecto de artículos podría desmoronarse totalmente remitiéndolo todo a los auspicios de las normas primarias. Sin embargo, esto no parece un resultado útil ni compatible con el desarrollo de un enfoque sistemático de la responsabilidad del Estado. Por consiguiente, parece sensato seguir pensando que las obligaciones de que se trata en el proyecto de artículos son, o por lo menos incluyen, obligaciones de carácter general. Por la misma razón, parece adecuado reflejar el impacto absoluto de las normas imperativas *in casu* —en situaciones de conflicto ocasional— como circunstancia que impide la ilicitud en virtud del capítulo V de la primera parte⁶¹⁸.

⁶¹⁶ Véanse los párrafos 227 y 228 *supra*.

⁶¹⁷ Véase el párrafo 243 *supra*.

⁶¹⁸ El enfoque «nominalista» de las obligaciones, que aquí se rechaza, podría tener ulteriores consecuencias para el capítulo V. Reforzaría un concepto muy limitado del capítulo (que abarcaría únicamente las circunstancias que impiden la responsabilidad, pero no la ilicitud). Tendería a excluir el artículo 34 relativo a la legítima defensa.

315. En consecuencia, el capítulo V debería contener una disposición en virtud de la cual la ilicitud de un hecho de un Estado que no sea conforme con una obligación internacional quedaría excluida cuando ese hecho sea necesario habida cuenta de una norma imperativa de derecho internacional de carácter general. Cabe destacar que para este propósito puede ser suficiente como mínimo la oposición directa entre ambas obligaciones, es decir, la imposibilidad de cumplir al mismo tiempo con ambas, dadas las circunstancias existentes⁶¹⁹.

b) *La «exceptio inadimplenti non est adimplendum»*

316. La máxima *exceptio inadimplenti non est adimplendum* (conocida a menudo como la *exceptio inadimplenti contractus*) expresa la idea de que una condición para el cumplimiento por una parte de una obligación sinalagmática es el cumplimiento continuo de dicha obligación por la otra parte. Está relacionada con el principio más amplio de que ninguna parte tiene que poder beneficiarse de su propia ilicitud. La CPJI, en el caso *Usine de Chorzów*, afirmó que:

Un principio generalmente aceptado por la jurisprudencia arbitral internacional, así como por las jurisdicciones nacionales, es que una parte no puede reprochar a la otra el hecho de que no haya cumplido una obligación o no se haya servido de un recurso si la primera, por un acto contrario a derecho, impidió a la segunda cumplir la obligación de que se trate o recurrir ante el tribunal al que tenía derecho a dirigirse⁶²⁰.

Por consiguiente, la *exceptio* funciona igual que las demás circunstancias que excluyen la ilicitud, por lo que debe ser objeto de examen a continuación.

i) *Aplicación de la exceptio en la jurisprudencia internacional*

317. La aplicación de la *exceptio* fue una de las cuestiones examinadas en el asunto *Prises d'eau à la Meuse*⁶²¹. En ese asunto, los Países Bajos denunciaron, entre otras cosas, que Bélgica tomaba agua para riego y otros fines de una esclusa determinada del sector belga, lo que afirmaba era ilícito en virtud del tratado bilateral de 1863. Bélgica afirmó que su uso de la esclusa no era ilícito, habida cuenta del uso similar que hacían los Países Bajos de una esclusa de su sector. Subsidiariamente, afirmó que «al efectuar determinadas obras contrarias a lo establecido en el tratado, la parte demandante había perdido el derecho de invocarlo contra la parte demandada». La CPJI sostuvo la principal pretensión de Bélgica, entre otras cosas, comparando el uso de las dos esclusas y afirmando que:

Ninguna de esas esclusas constituye un canal de desagüe, ya que ambas desaguan en el canal y de este modo contribuyen a su alimentación de modo distinto que mediante el canal de desagüe previsto en el tratado. [...] En tales circunstancias, la Corte considera difícil admitir que los Países Bajos puedan criticar justificadamente en la actualidad la construcción y el funcionamiento de una esclusa de la que ellos mismos habían dado el ejemplo en el pasado⁶²².

En su opinión particular, el magistrado Altamira negó que las obligaciones de ambas partes fueran sinalagmáticas.

⁶¹⁹ Véase en el párrafo 358 *infra* el texto del artículo propuesto.

⁶²⁰ *Usine de Chorzów* (competencia), 1927 C.P.J.I. *serie A n.º 9*, fallo n.º 8, pág. 31.

⁶²¹ *Prises d'eau à la Meuse*, 1937, C.P.J.I. *serie C n.º 81*, pág. 209.

⁶²² *Ibid.*, fallo, 1937, C.P.J.I. *serie A/B n.º 70*, pág. 25.

En consecuencia, Bélgica no podía invocar la conducta de los Países Bajos como circunstancia excluyente de la ilicitud⁶²³. Los magistrados Anzilotti (que disintió) y Hudson estuvieron en desacuerdo. El magistrado Anzilotti, refiriéndose a la conclusión subsidiaria de Bélgica, dijo estar

[c]onvenido de que el principio en que se basa esta conclusión (*inadimplenti non est adimplendum*) es tan justo, equitativo y universalmente reconocido que también tiene que aplicarse en las relaciones internacionales. En todo caso, es uno de esos «principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas» que la Corte aplica en virtud del artículo 38 de su Estatuto⁶²⁴.

El magistrado Hudson se refirió tanto a los principios análogos del derecho de equidad inglés como a las fuentes del derecho civil diciendo que:

Parece ser un principio de equidad importante que cuando dos partes han asumido una obligación idéntica o recíproca no debería permitirse que una parte que incumpla de manera constante esta obligación pueda aprovechar un incumplimiento similar de dicha obligación por la otra parte. Este principio encuentra su expresión en lo que se denomina máximas de equidad, que ejercieron gran influencia en el período creativo del desarrollo del derecho angloamericano. Un principio muy similar figura en el derecho romano. [...] La *exceptio non adimpleti contractus* requería que el demandante demostrase que había cumplido su obligación o se había ofrecido a cumplirla. [...] Incluso cuando un código no dice nada a este respecto, Planiol enuncia el principio general de que «en toda relación sinalagmática cada una de las dos partes no puede exigir la prestación que se le debe si ella misma no se ofrece a cumplir su obligación».

El principio general es uno de los que un tribunal internacional debe aplicar con gran prudencia. Por supuesto, no cabe estimar que para que un Estado pueda comparecer ante un tribunal internacional con el fin de obtener la interpretación de un tratado sea necesario que ese Estado haya demostrado previamente haber cumplido todas las obligaciones que ha aceptado en virtud de dicho tratado. Sin embargo, en un caso pertinente y teniendo en cuenta escrupulosamente las limitaciones necesarias, un tribunal obligado por el derecho internacional no debería retroceder ante la aplicación de un principio tan evidentemente justo⁶²⁵.

318. En el caso *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*, la CIJ destacó que la simple afirmación de una parte en un tratado de que otra parte ha cometido una violación material de dicho tratado no autoriza a la primera a considerar unilateralmente extinguido o suspendido el tratado⁶²⁶. En su opinión particular, el magistrado de Castro se refirió expresamente a la *exceptio inadimpleti contractus* en el contexto de la pretensión de la India de que no puede surgir ninguna cuestión de interpretación o de aplicación con respecto a un tratado que ha dejado de existir o que se ha suspendido⁶²⁷. Basándose en el principio establecido en el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969, que se deriva del carácter contractual de los tratados⁶²⁸, el magistrado de Castro dijo:

No debería pasarse por alto que la norma permite la posibilidad de plantear la *exceptio inadimplenti non est adimplendum*. El incumplimiento de una obligación no es causa de nulidad o extinción del tratado sino fuente de responsabilidad y de nuevas obligaciones o sanciones. Además, la violación material de un tratado es lo que autoriza a la par-

⁶²³ *Ibid.*, pág. 43.

⁶²⁴ *Ibid.*, pág. 50.

⁶²⁵ *Ibid.*, pág. 77, donde se cita, entre otros, a Planiol, *Droit Civil*, 6.ª ed., 1912, vol. 2, pág. 320.

⁶²⁶ *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*, fallo, *C.I.J. Recueil 1972*, pág. 67, párr. 38. Véase *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 113.

⁶²⁷ *Ibid.*, pág. 124.

⁶²⁸ *Ibid.*, pág. 129.

te perjudicada a invocarlo para finalizar o suspender la operación del tratado⁶²⁹.

319. En el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, se planteó la cuestión de forma bastante concreta e inhabitual. Como se ha señalado anteriormente, la CIJ afirmó que Hungría no tenía motivos para suspender y finalizar las obras del proyecto durante el período de 1989 a 1991, pero que del mismo modo Checoslovaquia no tenía derecho a desviar unilateralmente las aguas del Danubio a efectos de su «Variante C». En consecuencia, ambas partes infringían el tratado de 1977, pero la Corte se opuso a autorizar a Hungría a basarse en la violación de Checoslovaquia (sin duda de carácter material) para dar por extinguido el tratado. Basándose en el pasaje del asunto *Usine de Chorzów* citado anteriormente, la Corte dijo que no podía

pasar por alto que Checoslovaquia había cometido el acto internacionalmente ilícito de poner en funcionamiento la Variante C como resultado de la conducta ilícita anterior de Hungría. [...] Con su propia conducta, Hungría había perjudicado su derecho a dar por terminado el tratado. Así hubiese sido, aunque Checoslovaquia, en el momento en que se pretendió la extinción había violado una disposición esencial para el logro, la finalidad o el propósito del tratado⁶³⁰.

Posteriormente, la CIJ señaló que el principio *ex injuria jus non oritur* se ve apoyado por su propia conclusión de que se mantiene la relación jurídica creada por el tratado de 1977, que en este caso no puede considerarse nulo por causa de conducta ilícita⁶³¹. No obstante, cabe señalar que si bien la ulterior violación del tratado por parte de Eslovaquia fue «causada» por la anterior violación por parte de Hungría (en el sentido de ser una causa *sine qua non*), no fue causada por la violación anterior en el sentido expresado en el dictamen del caso *Usine de Chorzów*. Como afirmó la Corte, la ilicitud se dio de manera independiente.

ii) Ejemplos de «*exceptio*» en derecho comparado

320. Como indicaron los magistrados Anzilotti y Hudson en el asunto *Prises d'eau à la Meuse*⁶³², el principio en que se basa la *exceptio* está ampliamente reconocido en los sistemas jurídicos nacionales en lo que respecta a las obligaciones recíprocas o sinalagmáticas, es decir, cuando está claro que el cumplimiento de una obligación por una parte es una condición previa o una condición concurrente para el cumplimiento por la otra parte de la misma obligación o de otra conexas. Surge una situación

⁶²⁹ *Ibid.*, pág. 128, nota 1. El magistrado de Castro añade además que «la violación de derechos u obligaciones que tengan su origen en el acuerdo constituye la base de la *exceptio non adimpleti*» (pág. 129), poniendo así de relieve los límites de la pretensión de la India.

⁶³⁰ *C.I.J. Recueil 1997* (véase la nota 51 *supra*), pág. 67, párr. 110.

⁶³¹ *Ibid.*, pág. 76, párr. 133. Entre los que se mostraron disconformes sobre este punto, véase la declaración del Presidente Schwebel (*ibid.*, pág. 85) o las opiniones en contrario de los magistrados Herczegh y Fleischhauer que consideraron que la gravedad o falta de proporcionalidad del incumplimiento de sus obligaciones por parte de Checoslovaquia constituía un elemento decisivo en comparación con el de Hungría: *ibid.*, pág. 198 (Herczegh) y pág. 212 (Fleischhauer, quien destacó que «[e]l principio de que ningún Estado puede beneficiarse de su propia violación de una obligación jurídica no condona una represalia excesiva»). Véase también la declaración del magistrado Rezek (pág. 86). En cambio, el magistrado Bedjaoui se opone firmemente a esta opinión, señalando que los tratados no pueden destruirse violándolos. Excepto por mutuo consentimiento, los Estados no pueden desembarazarse tan fácilmente de las obligaciones que les impone un tratado (pág. 138).

⁶³² Véase la nota 621 *supra*.

similar cuando la violación de una parte es consecuencia de una violación anterior de la otra parte y se produce directamente a causa de ella (por ejemplo, cuando el retraso en la terminación de una determinada obra por una parte se debe al retraso de la otra en la entrega de alguna pieza de equipo necesaria). Además, en el ordenamiento nacional (al igual que en los asuntos relativos a tratados antes citados) lo que está en juego es una circunstancia que excluya la ilicitud con respecto al cumplimiento continuo de una obligación, y no su extinción. Como señala Treitel, tras un completo examen de las experiencias en derecho comparado:

El efecto de la *exceptio* en derecho civil tiene que distinguirse del efecto de la extinción. [...] La extinción pone fin a la obligación de cumplimiento que tiene cada parte, si bien las circunstancias que permiten disponer de ese recurso pueden dar a la parte perjudicada derecho a pedir indemnización. También da derecho a la parte perjudicada a recuperar su propia aportación devolviendo lo que ha recibido en virtud del contrato. La *exceptio* no produce estos efectos. Únicamente origina lo que se ha denominado una «posición de espera». Es una «excepción temporal» que no extingue el contrato sino que, simplemente, autoriza de momento a la parte perjudicada a negarse a cumplir lo que le corresponde. [...] La parte perjudicada puede confiar en la *exceptio* tanto en procesos judiciales como extrajudicialmente. Cuando las circunstancias lo justifiquen, si la parte perjudicada se niega a cumplir, el tribunal está obligado a dar efecto a la *exceptio*. No existe discrecionalidad a este respecto, ni siquiera en los sistemas (como el francés) en que el recurso de extinción está sometido al arbitrio del tribunal⁶³³.

321. El principio de la *exceptio* también se refleja en los instrumentos de derecho comercial internacional. Por ejemplo, el artículo 80 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, establece simplemente lo siguiente:

Una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquélla.

A efectos del artículo 80 no parece que importe que la acción u omisión que causó el incumplimiento fuera o no ilícita. En el artículo 7.1.3 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, en la rúbrica relativa a la suspensión del cumplimiento, el mismo principio se formula de manera diferente. Se establece que cuando las partes tienen que cumplir simultáneamente, cada una de ellas puede negarse a cumplir⁶³⁴ si la otra no está dispuesta y puede hacerlo.

iii) *¿Debe reconocerse el principio en el proyecto de artículos?*

322. En su cuarto informe sobre el derecho de los tratados, Sir Gerald Fitzmaurice se refirió al principio en el marco de las circunstancias que justifican el incumplimiento y manifestó dudas sobre si era adecuado clasificarlo como justificación «*ab extra*, por aplicación de una norma general de derecho internacional», o «*ab intra*, en virtud de una condición que el derecho internacional considera implícita en el tratado»⁶³⁵. Pero estaba seguro de que el principio existía y lo formuló en términos muy amplios:

⁶³³ Treitel, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, págs. 310 y 311, párr. 235; véase su examen en las páginas 245 a 317 («defensa del rechazo del cumplimiento»).

⁶³⁴ Véase la nota 492 *supra*.

⁶³⁵ *Anuario... 1959*, vol. II, págs. 48 y 50, respectivamente, documento A/CN.4/120.

En virtud del principio de reciprocidad, y salvo en la clase de tratados [multilaterales del tipo «integral» [...] en cuyo caso la fuerza de la obligación existe de por sí y es absoluta e intrínseca para cada una de las partes, independientemente del cumplimiento por las demás partes] el incumplimiento de una obligación convencional por una de las partes en el tratado justificará, mientras persista, un incumplimiento equivalente y correlativo por la otra parte o las otras partes⁶³⁶.

En su comentario quedaba también claro que lo consideraba un principio general, no exclusivamente aplicable a las obligaciones convencionales:

[H]ay una norma general de *reciprocidad en derecho internacional** en virtud de la cual el hecho de que un Estado no cumpla sus obligaciones internacionales en un caso determinado, autoriza a los otros Estados a dejar de cumplir su parte en la obligación correlativa en lo que respecta a dicho Estado y, *en todo caso, priva a éste del derecho a impugnar dicho incumplimiento correlativo*⁶³⁷.

El comentario pasa a hacer referencia al caso *Interpretation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, en que la CIJ se negó a aplicar el principio a un tratado en que se preveía la constitución de una comisión arbitral; se consideró que la negativa ilícita de una parte en la controversia a nombrar al miembro que le correspondía impedía la constitución de la comisión en su conjunto, basándose en que:

La violación de una obligación convencional no puede subsanarse constituyendo una comisión que no es la prevista en los tratados⁶³⁸.

Esto recuerda la pretensión de Checoslovaquia en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* de obtener, por medio de una «aplicación aproximada», una versión del proyecto que le fuera favorable cuando se halló ante la negativa ilícita de Hungría a llevarlo a la práctica. La CIJ rechazó el argumento sosteniendo que la violación del tratado de 1977 por Hungría no podía subsanarse creando un proyecto que no fuera el previsto en el tratado⁶³⁹.

323. La Comisión no debatió el cuarto informe de Sir Gerald Fitzmaurice ni tampoco su sucesor, Sir Humphrey Waldock, se ocupó de la cuestión. Siguiendo sus orientaciones, se redujo el alcance de la Convención de Viena

⁶³⁶ *Ibid.*, pág. 50.

⁶³⁷ *Ibid.*, pág. 76, párr. 102.

⁶³⁸ *C.I.J. Recueil 1950* (nota 34 *supra*), pág. 229, citado por Sir Gerald Fitzmaurice (*Anuario... 1959*, vol. II, págs. 76 y 77, documento A/CN.4/120, párr. 105).

⁶³⁹ La Corte señaló que:

«[a]unque existiera ese principio, por definición únicamente podría emplearse dentro de los límites del tratado en cuestión. En opinión de la Corte, la variante C no reúne la condición esencial en relación con el tratado de 1977.

[...]

Si bien era cierto que Hungría, al concertar el tratado de 1977, había convenido en represar el Danubio y desviar sus aguas hacia el canal de derivación, únicamente había dado su consentimiento en el contexto de una operación conjunta y un reparto de los beneficios derivados. La suspensión y retirada de ese consentimiento constituyó una violación de las obligaciones jurídicas de Hungría, pero ello no quería decir que Hungría perdiera el derecho básico a compartir en forma equitativa y razonable los recursos de una vía fluvial internacional.»

(*C.I.J. Recueil 1997* (véase la nota 51 *supra*), págs. 53 y 54, párrs. 76 y 78.)

En relación con el denominado «principio de la aplicación aproximada», véase *Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1956* (véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 51), opinión separada de Sir Hersch Lauterpacht, pág. 46, y el comentario de Rosenne, *op. cit.*, págs. 95 a 101.

de 1969 y el tratado pasó a considerarse un instrumento, soslayándose de esta forma la mayoría de los interrogantes sobre el cumplimiento de las obligaciones convencionales, que se reservaron para el tema de la responsabilidad de los Estados con arreglo al artículo 73 de la Convención de Viena de 1969.

324. El Sr. Riphagen abordó la cuestión de la *exceptio* en el contexto de las contramedidas. En su quinto informe, propuso el texto siguiente como artículo 8 de la segunda parte:

Con sujeción a lo dispuesto en los artículos 11 a 13, el Estado lesionado tendrá derecho, por vía de reciprocidad, a suspender el cumplimiento de sus obligaciones respecto del Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito si esa obligación corresponde a la obligación violada o está directamente relacionada con ella⁶⁴⁰.

Durante el debate, algunos miembros señalaron que «la distinción entre [el proyecto de artículo 8] y la suspensión de la ejecución de las obligaciones nacidas de un tratado era sutil y un tanto formalista»⁶⁴¹. Asimismo, el Sr. Arangio-Ruiz se refirió a la cuestión como un aspecto de las contramedidas y señaló que:

El problema que aquí se plantea es determinar si la práctica justifica la distinción entre esas medidas «convencionales», como la terminación del tratado y la suspensión de su aplicación, y las contramedidas en general, no sólo por razones meramente expositivas, sino también en razón del régimen jurídico que ha de codificarse o adoptarse de otro modo por vía de desarrollo progresivo. Al igual que el tema de las llamadas medidas de reciprocidad en general, las cuestiones relativas a esas dos medidas «convencionales», que afectan a la relación entre el derecho de los tratados y el derecho de la responsabilidad de los Estados, tendrán que ser estudiadas más a fondo antes de poder elaborar el texto de unos proyectos de artículos⁶⁴².

La Comisión acordó que las medidas de reciprocidad no debían considerarse «como una categoría aparte de contramedidas ni merecían un tratamiento especial»⁶⁴³.

iv) Relación entre la *exceptio* y otros procedimientos

325. Como indican los antecedentes señalados, al examinar si es conveniente incluir la *exceptio* en el capítulo V, es necesario preguntarse en primer lugar si su función no queda suficientemente comprendida en los otros dos procedimientos. El primero de ellos son las contramedidas. Casi por definición, cuando un Estado ha violado una obligación sinalagmática, la negativa del otro Estado a cumplir esa obligación será una contramedida legítima, puesto que es muy improbable que resulte desproporcionada y puede constituir la mejor respuesta. Sin embargo, la *exceptio* tiene una aplicación mucho más limitada que las contramedidas, no está sujeta a las mismas restricciones y constituye una respuesta mucho más específica a una violación concreta, ya que está exenta del oprobio que suelen entrañar las contramedidas. Un sistema jurídico

podría rechazar las contramedidas, las medidas en beneficio propio, exceptuando la legítima defensa, y las represalias pero considerar útil la *exceptio*. Aunque la Comisión haya rechazado la categoría de contramedidas recíprocas, por razones suficientemente válidas en ese contexto, tal rechazo no excluye la posibilidad de adoptar alguna versión de la *exceptio* en el capítulo V de la primera parte, posibilidad que la Comisión todavía no ha estudiado⁶⁴⁴.

326. El segundo procedimiento alternativo es la suspensión de un tratado por violación. En virtud del párrafo 1 del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969, una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes facultará a la otra parte para alegar la violación como causa para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente. En el caso de los tratados multilaterales, la *única* posibilidad que tiene la parte perjudicada por una violación grave es suspender el tratado en sus relaciones con el Estado autor de la violación, puesto que la terminación es una cuestión que incumbe a todas las partes en el tratado⁶⁴⁵. En general, la Convención hace un considerable hincapié en la suspensión de los tratados, sin duda con el deseo de dejar abierta la posibilidad de reanudar las relaciones convencionales incluso después de una violación grave⁶⁴⁶.

327. No obstante, sigue habiendo diferencias entre el recurso a la *exceptio* como circunstancia que excluye la ilicitud y la suspensión de un tratado en virtud del artículo 60 o de su equivalente en el derecho consuetudinario. En primer lugar, el artículo 60 sólo es aplicable a las violaciones graves, definidas de manera bastante estricta, mientras que la *exceptio* se aplica a cualquier violación contractual. En segundo lugar, el artículo 60 permite la suspensión del tratado en su totalidad, o (aparentemente) de cualquier combinación de sus disposiciones, mientras que la *exceptio* solamente permite el incumplimiento de la misma obligación o de una obligación estrechamente relacionada con ella. En tercer lugar, la *exceptio* puede aplicarse más fácilmente a casos de obligaciones de cumplimiento simultáneo, dado el procedimiento de suspensión

⁶⁴⁴ *Ibíd.* Véase también *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 73 y 74, párr. 1 del comentario al artículo 47, nota 200.

⁶⁴⁵ Véanse los apartados *b* y *c* del párrafo 2 del artículo 60. Las estrictas disposiciones del artículo 44 relativo a la divisibilidad, no son aplicables a la suspensión por violación (véase el párrafo 2 del artículo 44), cabe suponer que partiendo de la base de que un Estado facultado para terminar el tratado completo por violación puede suspender una parte de él. No obstante, ello podría tener consecuencias injustas en la práctica, si un Estado suspendiera las disposiciones que representaran obligaciones para él y pretendiera mantener en vigor las que le otorgaran derechos.

⁶⁴⁶ En el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, parece que la CIJ consideró que Hungría había suspendido la aplicación del tratado de 1977 al margen de toda disposición expresa de la Convención de Viena de 1969 que le permitiera hacerlo, pues manifestó que:

«no podía aceptar el argumento de Hungría en el sentido de que, en 1989, al suspender y posteriormente abandonar los trabajos que todavía le competían en Nagymaros y Dunakiliti, no suspendió la aplicación del propio tratado de 1977.»

(*C.I.J. Recueil 1997* (véase la nota 51 *supra*), pág. 39, párr. 48.)

El contexto indica que pretendía decir que en esencia Hungría trató de suspender el tratado, pese a sus declaraciones de que actuaba por necesidad (es decir, sobre la base de circunstancias que excluían la ilicitud). Con arreglo al artículo 65 de la Convención de Viena de 1969, la suspensión (como la terminación) es un acto oficial. Resulta extraño afirmar que un Estado suspende un tratado cuando: *a*) nunca ha pretendido hacerlo, y *b*) no está facultado legalmente para hacerlo.

⁶⁴⁰ *Anuario... 1984*, vol. II (primera parte), pág. 3, documento A/CN.4/380; en cuanto al proyecto de comentario, véase *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 11, documento A/CN.4/389. En el proyecto de artículo 11 propuesto por el Sr. Riphagen se excluía la aplicación del artículo 8 en los casos de obligaciones derivadas de tratados multilaterales que afectaran a los intereses colectivos de los Estados partes. El proyecto de artículo 12 era una cláusula de salvaguardia referente al *jus cogens*.

⁶⁴¹ *Anuario... 1984*, vol. II (segunda parte), pág. 108, párr. 373.

⁶⁴² *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), pág. 14, documento A/CN.4/440 y Add.1, párr. 35.

⁶⁴³ *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), pág. 25, párr. 151.

establecido en el artículo 65⁶⁴⁷. Y, por último, el artículo 60 únicamente trata de la suspensión de las obligaciones convencionales, pero no hay motivo para pensar que la *exceptio*, como se formula en el fallo *Usine de Chorzów*⁶⁴⁸, no sea aplicable a todas las obligaciones internacionales, independientemente de su origen.

v) *Formas que puede adoptar la exceptio*

328. Así pues, existe cierto grado de superposición, que no es en absoluto completa, entre la *exceptio* y las otras doctrinas tratadas, lo cual refuerza la opinión de que —teniendo en cuenta las razones que la justifican y su lógica general— en el capítulo V debería reconocerse alguna versión de la *exceptio*. No obstante, es necesario distinguir al menos dos formas de *exceptio*. Una, expresada en el fallo *Usine de Chorzów*⁶⁴⁹ y el artículo 80 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías⁶⁵⁰, requiere que exista un vínculo causal entre el incumplimiento de la obligación por el Estado A y su incumplimiento por el Estado B. La segunda, más amplia, tiene que ver con las obligaciones sinalagmáticas o interdependientes, cada una de las cuales se considera en realidad contraparte de la otra: es la indicada por el magistrado Hudson en *Prises d'eau à la Meuse*⁶⁵¹, en el artículo 7.1.3 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales⁶⁵² y por Sir Gerald Fitzmaurice en sus informes⁶⁵³. Nuevamente parece que la postura adoptada por la mayoría en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* es diferente⁶⁵⁴, aunque sigue siendo una manifestación del principio general del derecho de que nadie puede beneficiarse de su comportamiento ilícito.

329. En relación con la variante amplia y sinalagmática de la *exceptio* es evidente que únicamente podría admitirse en el capítulo V si se introdujeran numerosas salvedades y restricciones. Esas excepciones incluirían, en opinión de Sir Gerald Fitzmaurice, tratados multilaterales de tipo «integral» (es decir, aquellos en los que el cumplimiento no se basa en la reciprocidad)⁶⁵⁵. No podría justificar una violación de las normas relativas al uso de la fuerza ni, desde un punto de vista más general, una violación del *ius cogens*, y no se sostendría ante ningún efecto excluyente expreso o claramente implícito de la norma principal. No podría aplicarse a las obligaciones *erga omnes*, es decir, las obligaciones en el ámbito de los derechos humanos, el derecho humanitario o el derecho penal internacional, como reconoció la CIJ en el caso *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, reconveniones, cuando sostuvo que:

Bosnia y Herzegovina habían señalado acertadamente el carácter *erga omnes* de las obligaciones derivadas de la Convención sobre el genocidio [...] y las partes habían reconocido acertadamente que en ningún

caso una violación de la Convención podía servir como excusa para otra⁶⁵⁶.

Parece que los efectos de la *exceptio*, incluso en su forma más amplia, son estrictamente relativos y bilaterales; según el Sr. Riphagen, se limitarían a incumplimientos que corresponden o estén directamente relacionados con el incumplimiento previo por la otra parte⁶⁵⁷.

330. La incorporación de la forma sinalagmática de la *exceptio*, aun con esas restricciones, entraña dificultades de aplicación, como indica la experiencia adquirida por las Naciones Unidas en la vigilancia de acuerdos de cesación de hostilidades. Esas dificultades han sido analizadas, por ejemplo, en un informe elaborado por el Secretario General Hammarskjöld en 1956, en que se hace referencia a la medida en que la violación de los Acuerdos de Armisticio en el Oriente Medio de 1949 podía justificar el incumplimiento de la otra parte como medida de represalia (no como acto de legítima defensa inmediata)⁶⁵⁸. El informe hacía referencia a una «cadena de acciones y reacciones que, de no ser quebrantada, habrá de constituir en definitiva una amenaza a la paz y a la seguridad», y expresaba:

cierta incertidumbre acerca del alcance de las obligaciones impuestas por los acuerdos de armisticio ha contribuido a agravar la lamentable situación [...].

Huelga decir que cada una de las partes en un acuerdo de armisticio sólo se considera obligada a respetar las disposiciones del acuerdo en la medida en que las respeta la otra parte en el mismo [...].

Por consiguiente, es obvio que la cuestión de la reciprocidad ha de ser estudiada con extremo cuidado y que se ha de procurar aclararla completamente. El punto de mayor importancia a este respecto es el de saber en qué medida una infracción de una o más cláusulas de un acuerdo de armisticio cometida por una de las partes puede considerarse como que autoriza a la otra a actuar en contra de lo dispuesto en la cláusula de cesación de hostilidades, que figura en todos los acuerdos de armisticio [...].

La lógica misma de los acuerdos de armisticio indica que las infracciones de los demás artículos no pueden justificar una infracción de la cláusula de cesación de hostilidades. No reconocerlo así significaría que cualquier infracción podría no sólo anular el régimen de armisticio sino, en realidad, poner en peligro la cesación misma de hostilidades. Por esta razón, es claro que el respeto de dicho artículo sólo puede tener como condición el respeto del mismo artículo por la otra parte⁶⁵⁹.

Así pues, en un contexto en que no existía nexo causal estricto entre un incumplimiento y el otro, el Secretario General consideró que únicamente el incumplimiento de una obligación de cesación de hostilidades especificada en un artículo concreto podría justificar lo que de lo contrario sería una infracción de ese artículo. Ciertamente, es posible que, con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas, todo derecho subyacente a utilizar la fuerza termine al concertarse una cesación de hostilidades permanente, y a partir de entonces la única excepción a la obligación

⁶⁴⁷ En relación con el procedimiento aplicable para alegar circunstancias que excluyan la ilicitud, véase el párrafo 354 *infra*.

⁶⁴⁸ Véase la nota 620 *supra*.

⁶⁴⁹ Véase el párrafo 316 *supra*.

⁶⁵⁰ Véase el párrafo 321 *supra*.

⁶⁵¹ Véase el párrafo 317 *supra*.

⁶⁵² Véase el párrafo 321 *supra*.

⁶⁵³ Véase el párrafo 322 *supra*.

⁶⁵⁴ Véase el párrafo 319 *supra*.

⁶⁵⁵ Véase el párrafo 322 *supra*.

⁶⁵⁶ *C.I.J. Recueil 1997* (véase la nota 241 *supra*), pág. 258, párr. 35. Véase también la opinión contraria expresada con más énfasis por el magistrado Weeramantry (págs. 292 a 294). La Corte sostuvo además que, pese a ello, era posible sustentar una reconvenión sobre genocidio en el artículo 80 de su Reglamento «en la medida en que las dos partes persiguieran, con sus respectivas denuncias, el mismo objetivo jurídico, es decir la determinación de la responsabilidad jurídica de las violaciones de la Convención sobre el genocidio» (pág. 258, párr. 35).

⁶⁵⁷ Véase el párrafo 324 *supra*.

⁶⁵⁸ *Actas Oficiales del Consejo de Seguridad, undécimo año, Suplemento de abril, mayo y junio de 1956*, documento S/3596, pág. 13, citado por Rosenne, *op. cit.*, págs. 111 a 115.

⁶⁵⁹ *Ibid.*, págs. 15 y 16, párrs. 12 y 15 a 18.

de cesación de hostilidades sea el derecho de la legítima defensa⁶⁶⁰.

331. El problema subyacente es que una interpretación amplia de la *exceptio* puede generar un aumento de los incumplimientos que, a efectos prácticos, anule la vigencia de la obligación. Por esos motivos, el Relator Especial está firmemente convencido de que la justificación del incumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas debe resolverse: *a*) por el derecho de la suspensión o terminación de esas obligaciones (que basta para resolver la mayor parte de los problemas derivados de las obligaciones convencionales), y *b*) por el derecho de las contramedidas. Así pues, la cuestión pasa a ser si la variante restringida de la *exceptio*, tal como la reconoció la CIJ en el fallo *Usine de Chorzów*⁶⁶¹, debe incluirse en el capítulo V. Es indudable que ello tiene cierta justificación, tanto por motivos de autoridad o tradición, como por sentido común. Para facilitar el debate, el Relator Especial propone la inclusión en el capítulo V de una disposición donde se estipule que la ilicitud de la acción de un Estado quedará excluida si éste no ha podido actuar de conformidad con la obligación de que se trate como consecuencia directa de un incumplimiento anterior de esa o de una obligación internacional conexa por otro Estado⁶⁶².

c) La denominada doctrina de «manos limpias»

332. Por último, cabe hacer una breve referencia a la denominada doctrina de «manos limpias», a la cual se ha recurrido en ocasiones como «defensa», o al menos como fundamento de la inadmisibilidad de una reclamación, en casos relativos a la responsabilidad de los Estados, principalmente, aunque no siempre, en el marco de la protección diplomática. Por ejemplo, en la opinión contraria expresada por el magistrado Schwebel en el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, éste recurrió a esa doctrina como base subsidiaria para desestimar la reclamación de Nicaragua⁶⁶³. La mayoría no hizo referencia directa a la cuestión.

333. Apenas existen referencias a esa doctrina en la labor previa de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados. El Relator Especial, Sr. García Amador, se ocupó de ella únicamente en relación con la «culpa de parte del extranjero», que actualmente está incluida en el párrafo 2 del artículo 42 de la segunda parte, como base para limitar el monto de la reparación debida⁶⁶⁴. En la medida en que las «manos limpias» pueden servir de fundamento para denegar una reclamación de protección diplomática⁶⁶⁵,

la doctrina parece operar más como causa de inadmisibilidad que como circunstancia que excluye la ilicitud o responsabilidad, y puede tratarse en relación con el tema de la protección diplomática.

334. Incluso en el contexto de la protección diplomática, la base en que se apoya la existencia de una doctrina de «manos limpias», ya sea como justificación de la admisibilidad o por otros motivos es, en palabras de Salmon, bastante antigua y extendida⁶⁶⁶. Se refiere en gran medida a individuos que intervenían en la trata de esclavos y a la ruptura de la neutralidad, y en particular a una serie de decisiones de la Comisión Mixta de los Estados Unidos y Gran Bretaña establecida en virtud de una convención de 8 de febrero de 1853 para resolver reclamaciones de indemnización presentadas por armadores de buques. Según Salmon, los casos en que la reclamación se consideró inadmisibles

parece que, de cualquier forma, se caracterizan por el hecho de que la violación del derecho internacional por la víctima ha sido la única causa justa de los daños de que se queja [y] que la relación de causa a efecto entre los daños y la conducta de la víctima es pura, es decir que no ha habido intervención de acto ilícito del Estado demandado.

En cambio, cuando éste, por su parte, ha violado el derecho internacional al aplicar medidas de represión contra el demandante, los árbitros no han declarado nunca inadmisibles la demanda⁶⁶⁷.

335. Es cierto que los principios jurídicos que se basan en el concepto fundamental de buena fe tienen cabida en el derecho internacional. Entre ellos se incluye el principio (subyacente a la *exceptio* de que los Estados no pueden beneficiarse de sus propios actos ilícitos y el principio *ex turpi causa non oritur actio*). Esos principios pueden generar nuevas repercusiones jurídicas en el ámbito de la responsabilidad, como parece haber ocurrido ya en el caso del primero en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagyymaros*⁶⁶⁸. Pero ello no quiere decir que en el capítulo V haya que reconocer máximas nuevas y vagas como la doctrina de «manos limpias». Según Sir Gerald Fitzmaurice:

Todo Estado que haya cometido actos ilícitos puede ser privado del necesario *locus standi in iudicio* para denunciar actos ilícitos correlativos cometidos por otros Estados, especialmente si éstos son consecuencia de los primeros o se realizaron con el fin de responder a sus propios actos ilícitos; en pocas palabras, fueron provocados por éstos. En algunos casos, el principio de la represalia legítima eliminará todo vestigio de ilegitimidad de esas contramedidas⁶⁶⁹.

Pero el capítulo V no trata de cuestiones de procedimiento como el *locus standi* ni de la admisibilidad de las reclamaciones. Y es significativo que ni siquiera en el pasaje anterior se sugiera que el acto ilícito de un Estado lesionado (y mucho menos su falta de «manos limpias») sea

⁶⁶⁰ Véase Lobel y Ratner, «Bypassing the Security Council: ambiguous authorizations to use force, cease-fires and the Iraqi inspection regime», págs. 144 a 152, con referencias a textos anteriores. Para el Secretario General el problema era en parte jurisdiccional, ya que su mandato en el Oriente Medio consistía específicamente en supervisar los acuerdos de armisticio como tales.

⁶⁶¹ Véase el párrafo 316 *supra*.

⁶⁶² Para la disposición propuesta, véase el párrafo 358 *infra*.

⁶⁶³ *C.I.J. Recueil 1986* (véase la nota 68 *supra*), págs. 392 a 394.

⁶⁶⁴ *Anuario... 1958*, vol. II, págs. 58 y 59, documento A/CN.4/111, párrs. 16 a 21.

⁶⁶⁵ Como ocurrió en los dos laudos citados por el magistrado Schwebel, *C.I.J. Recueil 1986* (véase la nota 68 *supra*), págs. 393 y 394, párr. 270; los asuntos *Clark* (1865), en Moore, *op. cit.*, vol. III, págs. 2738 y 2739, y *Pelletier, Papers relating to the Foreign Relations of the United States for the Year 1887* (Washington, Government

Printing Office, 1888), pág. 607. En el caso *Barcelona Traction* se planteó un argumento similar (véase *C.I.J. Mémoires, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Nouvelle requête: 1962)*, vol. X, pág. 11) pero la propia Corte no lo trató en ninguna fase del proceso.

⁶⁶⁶ Salmon, «Des 'mains propres' comme condition de recevabilité des réclamations internationales», pág. 249.

⁶⁶⁷ *Ibid.*, pág. 259. Véase también García-Arias, «La doctrine des 'clean hands' en droit international public», pág. 18; y Miaja de la Muela, «Le rôle de la condition des mains propres de la personne lésée dans les réclamations devant les tribunaux internationaux».

⁶⁶⁸ Véase el párrafo 319 *supra*.

⁶⁶⁹ Fitzmaurice, «The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law», pág. 119, citado por el magistrado Schwebel, *C.I.J. Recueil 1986* (véase la nota 68 *supra*), pág. 394, párr. 271.

una circunstancia clara que excluya la ilicitud del acto que causó lesión a ese Estado.

336. Por esos motivos, en opinión del Relator Especial, no se justifica incluir la doctrina de «manos limpias» como «nueva circunstancia que excluye la ilicitud», diferenciada de la *exceptio* y de las contramedidas. En cambio, parece que sigue siendo válida la conclusión a que llegó Rousseau en el sentido de que no es posible considerar la teoría de las «manos limpias» como una institución de derecho consuetudinario general⁶⁷⁰.

5. INCIDENTES DE PROCEDIMIENTO O DE OTRA ÍNDOLE RELACIONADOS CON LA INNOVACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD

337. La única disposición del capítulo V que se refiere a los incidentes o consecuencias de la innovación de una circunstancia que excluye la ilicitud es el artículo 35. En ello difiere de las complejas disposiciones de la Convención de Viena de 1969 referentes a las consecuencias de alegar una causa de invalidez, terminación o suspensión de un tratado. Es necesario examinar diversas cuestiones, empezando por el propio artículo 35.

a) *Indemnización por daños cuando se hace valer el capítulo V*

338. Ya se han expuesto los términos del artículo 35⁶⁷¹. Como se indica en el título, el artículo constituye una reserva relativa a las cuestiones que puede plantear una posible indemnización por daños en ciertos casos abarcados por el capítulo V. No otorga derechos de indemnización, aunque en relación con los dos casos no mencionados —las contramedidas y la legítima defensa—, lógicamente excluye todo derecho de ese tipo.

339. En el breve comentario al artículo 35 se señala que la cuestión de la reserva relativa a los daños se planteó por primera vez en 1979, con ocasión del examen del artículo 31 (Fuerza mayor). Dado que una reserva de esta índole era aplicable a otras disposiciones del capítulo V, se pospuso su examen hasta 1980. Aunque se defendió «con mayor fuerza» la posibilidad de indemnización a propósito del estado de necesidad⁶⁷², se incluyó finalmente el artículo 35 como «una reserva formulada en términos muy generales», aplicable a todas las circunstancias contempladas en el capítulo V, excepto la legítima defensa y las contramedidas⁶⁷³. Pero se insistió en que la inclusión del artículo 35 no prejuzgaba ninguna de las cuestiones de principio que pudieran plantearse con relación a esta materia, ya fuera a propósito de la obligación de indemnizar que se estudiaría en el marco de la segunda parte del presente proyecto, o del lugar que ocuparía el artículo⁶⁷⁴. Tampoco se examinaron las prácticas de los Estados o doctrinas sobre este punto ni en el comentario ni en el

debate que siguió a la propuesta del artículo 35 por parte del Comité de Redacción⁶⁷⁵.

i) *Observaciones de los gobiernos en relación con el artículo 35*

340. Austria sugirió que se reformulase el artículo 35 para no socavar el efecto del capítulo V en su conjunto. Esta posibilidad sólo debería plantearse cuando el derecho internacional dispusiera independientemente una indemnización⁶⁷⁶. Francia fue más allá, y propuso que se suprimiera el artículo 35 porque «contempla[ba] una responsabilidad sin culpa»⁶⁷⁷. Alemania parecía estimar que la indemnización debería limitarse al estado de necesidad contemplado en el artículo 33⁶⁷⁸. El Reino Unido consideró satisfactoria la aplicación del artículo 35 en aquellos casos (como, por ejemplo, el estado de necesidad) en que las circunstancias que excluyen la ilicitud constituyeran una excusa y no una justificación⁶⁷⁹. El Japón también apoyó este principio, pero sugirió que se utilizara un término diferente de «indemnización», que es un aspecto de la reparación de hechos ilícitos de acuerdo con la segunda parte⁶⁸⁰.

ii) *¿Es posible establecer un principio de indemnización por daños y perjuicios cuando las circunstancias excluyen la ilicitud?*

341. En el comentario se adopta una posición muy reservada con respecto al artículo 35, que se considera una mera cláusula supletoria. Esto puede deberse en cierto modo a que estaba previsto que la cuestión se tratara en la segunda parte, cosa que no ocurrió⁶⁸¹. Sin embargo, como señaló el Japón, el artículo 35 no se refería a las indemnizaciones dentro del marco de la reparación de una conducta ilícita, que era el tema de la segunda parte, sino a la cuestión de si un Estado que se amparara en una circunstancia que excluye la ilicitud debería no obstante compensar todo perjuicio efectivo sufrido directamente por otro Estado. En principio, esta es una condición perfecta para que el primer Estado pueda ampararse en una circunstancia que excluye la ilicitud. No tiene nada que ver con el problema general de si un Estado puede ser «responsable» de los daños causados a otros Estados por actividades lícitas, que es un tema diferente. Según las normas secundarias de responsabilidad, que son el objeto del presente proyecto de artículos, normalmente un Estado tendría que ofrecer plena reparación a otro Estado lesionado por una conducta que (según el artículo 16) no esté en conformidad con sus obligaciones internacionales⁶⁸². Si en el proyecto se definen las circunstancias en que el Estado supuestamente lesionado no tiene derecho a la indemnización, es absolutamente procedente que lo

⁶⁷⁵ Pero un caso en que se concedió una indemnización aunque la ilicitud de la conducta quedaba excluida, fue el asunto *Company General of the Orinoco* (nota 528 *supra*), citado en *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 39, párr. 17 del comentario al artículo 33.

⁶⁷⁶ *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3.

⁶⁷⁷ *Ibíd.*

⁶⁷⁸ *Ibíd.*

⁶⁷⁹ *Ibíd.*

⁶⁸⁰ Documento A/CN.4/492 (reproducido en el presente volumen).

⁶⁸¹ *Ibíd.*

⁶⁸² Véase el párrafo 14 *supra*.

⁶⁷⁰ Rousseau, *Droit international public*, pág. 177, párr. 170.

⁶⁷¹ Véase el párrafo 305 *supra*.

⁶⁷² *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 60, párr. 3 del comentario al artículo 35.

⁶⁷³ *Ibíd.*, párr. 4.

⁶⁷⁴ *Ibíd.*

haga con la condición de que sea el Estado que lo hace valer quien asuma los perjuicios efectivos sufridos por el Estado supuestamente lesionado y de los cuales no sea responsable. Formalmente este caso está dentro del ámbito de las normas secundarias de responsabilidad, puesto que se refiere a una situación en que la responsabilidad del Estado *prima facie* se plantea en los términos del proyecto de artículos, pero a continuación el proyecto excluye expresamente dicha responsabilidad⁶⁸³. Como cuestión de fondo, se puede justificar el establecimiento de esta condición porque, sin ella, el Estado cuya conducta sería por lo demás ilícita podría traspasar la carga de la defensa de sus propios intereses a un tercer Estado inocente.

342. Así lo aceptó Hungría al hacer valer el estado de necesidad en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. Habría sido excesivo que Hungría hubiera tratado de imponer a Checoslovaquia el costo total de la cancelación de un proyecto conjunto, cuando esta cancelación se produjo por razones que no eran atribuibles (o al menos no únicamente) a Checoslovaquia. Como señaló la CIJ:

Hungría reconoció expresamente que, en cualquier caso, el estado de necesidad no le eximiría de la obligación de indemnizar a su socio⁶⁸⁴.

Dado que la alegación de estado de necesidad fue rechazada por otros motivos, no se decidió el alcance exacto de la indemnización en las circunstancias del caso⁶⁸⁵.

iii) *Circunstancias del capítulo V a las que es aplicable el artículo 35*

343. Por estos motivos no hay ninguna razón para excluir *a priori* el artículo 35 del proyecto. Si su inclusión implica que al menos algunas de las circunstancias contempladas en el capítulo V excluyen la responsabilidad y no la ilicitud, esto también está dentro del ámbito de aplicación de las normas secundarias de responsabilidad, y lo mismo ocurriría si se conceptuaran como circunstancias atenuantes de la responsabilidad⁶⁸⁶. Así pues, la cuestión es ahora determinar cuáles de las circunstancias previstas en el capítulo V dan o podrían dar origen a la posibilidad de indemnización por pérdidas reales, y cómo debería formularse el artículo 35.

344. Está claro que el artículo 35 no debe ser aplicable a la legítima defensa ni a las contramedidas, pues estas circunstancias obedecen a una conducta ilícita anterior del Estado y no está justificado que reciba una indemnización por las consecuencias de su propia conducta ilícita. Si se mantuviera el consentimiento como circunstancia eximente de la ilicitud, también debería excluirse del ámbito de aplicación del artículo 35. Un Estado cuyo consentimiento es la base de la conducta de otro Estado (por ejemplo, sobrevolar u ocupar un territorio) tiene por supuesto derecho a condicionar su consentimiento al pago de una tarifa, un alquiler o una indemnización por daños: esta cuestión ha de negociarse cuando se otorga el consentimiento. No

obstante, por las razones mencionadas anteriormente, no hay lugar para el artículo 29 dentro del capítulo V⁶⁸⁷.

345. Así pues, quedan las tres circunstancias (fuerza mayor, peligro extremo y estado de necesidad) que en principio no dependen de la conducta o la voluntad del Estado supuestamente lesionado. En cuanto a la fuerza mayor, se define como una fuerza irresistible o un acontecimiento exterior imprevisible ajenos al control del Estado, que hicieron materialmente imposible que el Estado cumpliera su obligación en las circunstancias del caso; además, el Estado en cuestión no debe haber contribuido con su propia conducta ilícita a que se produzca la fuerza mayor⁶⁸⁸. En estas circunstancias no parece existir razón alguna para que el Estado asuma ninguna obligación especial de indemnizar. Ciertas circunstancias que escapan a su control han hecho que le sea materialmente imposible cumplir con su obligación y el Estado no ha asumido el riesgo de que sucediera así⁶⁸⁹. A la inversa, y como se ha mencionado anteriormente, está justificada la indemnización por perjuicio efectivo cuando un Estado se ampara en el estado de necesidad, siempre que el otro Estado no haya originado él mismo por fallo u omisión la situación de necesidad.

346. Por lo que se refiere al peligro extremo, en opinión del Relator Especial, está más cerca del estado de necesidad que de la fuerza mayor. Supongamos que un buque se encuentra en peligro de naufragar en una tormenta, ya ha sufrido daños, y atraca en un puerto extranjero para salvar la vida de sus tripulantes. ¿Por qué el buque no habría de pagar los daños ocasionados a las instalaciones portuarias (por ejemplo, a causa del vertido de combustible procedente de un tanque roto)? Si así se le exigiera se podría facilitar que se hiciera valer el peligro extremo para salvar vidas humanas, lo que debe redundar en interés de todos.

347. Respecto de las otras dos circunstancias que, según se propone, deberían incluirse en el capítulo V, no es necesario mencionarlas en el artículo 35. El cumplimiento de las normas imperativas interesa a todos los Estados de la comunidad internacional, y no existe razón alguna para que un Estado deba indemnizar a otro por las exigencias del cumplimiento de esta responsabilidad común. En cuanto a la *exceptio*, como las contramedidas, depende de la conducta ilícita del Estado contra el que se interpone, y que no haya lugar a la aplicación de contramedidas. Por estos motivos el Relator Especial desearía limitar el ámbito de aplicación del artículo 35 al peligro extremo y el estado de necesidad.

iv) *Cuestiones de formulación: ¿derecho o simple reserva?*

348. La cuestión que queda por tratar es si, en cuanto al peligro extremo y el estado de necesidad, el artículo 35 debería formularse como un derecho o como una reserva. Lo primero plantea dificultades puesto que la variedad

⁶⁸⁷ Véase el párrafo 243 *supra*.

⁶⁸⁸ Véanse los párrafos 263 a 265 *supra*, y para los términos del artículo 31, el párrafo 358 *supra*.

⁶⁸⁹ Cuando la fuerza mayor es resultado de la coacción ejercida por un tercer Estado, este Estado puede ser responsable de las consecuencias sufridas por el Estado supuestamente lesionado (véase el párrafo 204 *supra*). Entre el Estado que hace valer la fuerza mayor y el tercer Estado, está claro que es este último quien debe asumir la responsabilidad.

⁶⁸³ Véase el dictamen de la CIJ en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, citado en el párrafo 228 *supra*.

⁶⁸⁴ *C.I.J. Recueil 1997* (véase la nota 51 *supra*), pág. 39, párr. 48.

⁶⁸⁵ Otra cuestión diferente es la contabilización de los daños y perjuicios acumulados (ibíd., pág. 81, párrs. 152 y 153).

⁶⁸⁶ Véase el párrafo 230 *supra*.

de casos es muy grande y la práctica escasa. En última instancia se propone mantener la forma de una cláusula de salvaguardia pero reforzando hasta cierto punto la formulación para dejar claro que no se espera que un tercer Estado inocente asuma por sí solo las pérdidas reales ocasionadas por la alegación de peligro extremo o estado de necesidad.

v) *Conclusiones sobre el artículo 35*

349. Por estas razones, el artículo 35 debería mantenerse en relación con el peligro extremo y el estado de necesidad. Hacer valer estas circunstancias ha de ser «sin perjuicio de la cuestión de la indemnización pecuniaria por los daños y perjuicios efectivos causados por» la acción del Estado⁶⁹⁰.

b) *Efecto temporal de la alegación de circunstancias que excluyen la ilicitud*

350. El comentario de los diversos artículos del capítulo V aclara que estos artículos sólo excluyen la ilicitud (y por tanto la responsabilidad) mientras las circunstancias en cuestión existan y cumplan las condiciones establecidas para su alegación. Este mismo principio fue confirmado por el Tribunal en el asunto *Rainbow Warrior* y por la CIJ en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*⁶⁹¹, y, aunque probablemente esté implícito en el capítulo V aprobado en primera lectura, es tan importante que debe formularse expresamente. Es evidente que puede darse el caso de que las circunstancias concretas que excluyen la ilicitud constituyan, a la vez, una base suficiente para poner fin a la obligación principal (por ejemplo, la violación de un tratado que justifique la adopción de contramedidas puede ser «grave» según el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969 y permitir la terminación del tratado). A la inversa, la obligación puede en principio recuperar plena vigencia o ser aplicable plenamente, pero tal vez sea preciso establecer las modalidades para reanudar su cumplimiento. Estas cuestiones no pueden ni deben ser resueltas en el proyecto de artículos, pero al menos debería disponerse que la alegación de circunstancias que excluyen la ilicitud no prejuzga «la cesación de todo hecho que no esté en conformidad con la obligación en cuestión, y el posterior cumplimiento de dicha obligación, siempre que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir»⁶⁹².

c) *Carga de la prueba*

351. En principio, no debe presumirse la responsabilidad de un Estado, e incumbe al Estado que la hace valer⁶⁹³ demostrar dicha responsabilidad. No obstante, cuando una conducta contraria a una obligación internacional de un Estado sea atribuible a dicho Estado y éste intente exonerarse de su responsabilidad amparándose en alguna de las circunstancias previstas en el capítulo V, la posición cambia e incumbe a ese Estado justificar o excusar su conduc-

ta. Además, a menudo sólo el Estado conoce plenamente las circunstancias del caso. Parece que la formulación actual del capítulo V transmite este significado, y que no es necesario establecer ninguna disposición adicional.

d) *Pérdida del derecho a hacer valer una responsabilidad*

352. Se ha dicho que en el proyecto de artículos debería abordarse la cuestión de la pérdida del derecho a hacer valer una responsabilidad, por analogía con el artículo 45 de la Convención de Viena de 1969, sobre «Pérdida del derecho a alegar una causa de nulidad, terminación, retiro o suspensión de la aplicación de un tratado». Diversos intentos previos de codificación incluían elementos que se tratan adecuadamente bajo esta rúbrica, en particular la «aceptación del incumplimiento por la otra parte o las otras partes»⁶⁹⁴. Por otro lado, esta cuestión sólo se plantea si ya se ha incurrido en la responsabilidad, por ejemplo, si se cumplen todas las condiciones que establecen la responsabilidad internacional de un Estado. Por tanto, la cuestión corresponde propiamente a la segunda parte del proyecto y se estudiará en ese contexto.

e) *Arreglo de controversias en relación con las circunstancias que excluyen la ilicitud*

353. Dado que el efecto de las circunstancias tratadas en el capítulo V es excluir una responsabilidad que de lo contrario existiría en relación con otro Estado u otros Estados, surge naturalmente la cuestión del arreglo de controversias. Así se pone de manifiesto, por ejemplo, en el vínculo que ya en la segunda parte se establece entre las contramedidas y el arreglo de controversias, y también en la relación que los Estados participantes en la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados insistieron en establecer entre el *jus cogens* según los artículos 53 y 64 y el arreglo de controversias⁶⁹⁵.

354. Es cierto que la cuestión del arreglo de controversias se plantea generalmente a propósito del proyecto de artículos en su conjunto, y especialmente su tercera parte. Pero sea cual sea la conclusión a la que se llegue respecto de la tercera parte, hay una cuestión de procedimiento para el capítulo V que surge por analogía con el artículo 65 de la Convención de Viena de 1969. Si un Estado pretende ampararse en una circunstancia que excluye la ilicitud, por ejemplo, a fin de excusar lo que sería una violación del derecho internacional, debería, como mínimo, informar prontamente al otro Estado o a los otros Estados de este hecho y de las consecuencias que tendría para el cumplimiento de la obligación. Entonces ya sería cuestión de que los Estados interesados trataran de resolver cualquier problema que se planteara mediante los procedimientos contenidos en la Carta de las Naciones Unidas y en particular en su Artículo 33. Este asunto deberá ser examinado de nuevo en el contexto de la tercera parte del proyecto pero, por el momento al menos, debería incluirse en el capítulo V una disposición en este sentido⁶⁹⁶.

⁶⁹⁰ Véase el párrafo 358 *supra*.

⁶⁹¹ Véase el párrafo 228 *supra*.

⁶⁹² Proyecto de artículo 35 (párr. 358 *infra*).

⁶⁹³ Como dijo el árbitro Max Huber en *Biens britanniques au Maroc espagnol*, «la responsabilidad internacional del Estado no se presume» (*Recueil des sentences arbitrales* (nota 292 *supra*), pág. 699).

⁶⁹⁴ *Anuario... 1959*, vol. II, págs. 48 y 69, documento A/CN.4/120. Véanse también los párrafos 217 y 239 *supra*.

⁶⁹⁵ Véase asimismo el dictamen del Tribunal de Arbitraje en el asunto *Rainbow Warrior* (párr. 271 *supra*).

⁶⁹⁶ Para la disposición propuesta, véase el párrafo 358 *infra*.

6. CONCLUSIONES EN RELACIÓN CON EL CAPÍTULO V

355. Al inicio de este debate sobre el capítulo V, se señaló que las circunstancias consideradas podían pertenecer a diversas categorías y que, al menos con respecto a algunas de ellas, sería más apropiado hablar de circunstancias eximentes de responsabilidad que de ilicitud⁶⁹⁷. Al menos por lo que se refiere a la fuerza mayor, el peligro extremo y el estado de necesidad, podría proponerse el siguiente texto alternativo a los efectos del capítulo V: «un Estado no es responsable del incumplimiento de una obligación internacional si este incumplimiento se debe a» una de esas circunstancias. Esta formulación podría contrastar con la correspondiente a la legítima defensa, y posiblemente a las contramedidas, donde podría decirse que la circunstancia excluye la ilicitud (y, por tanto, la propia idea de «incumplimiento»). El conflicto entre una norma imperativa y la excepción, en la estricta formulación propuesta, sin duda pertenecería también a la última categoría. Pero, en última instancia, el Relator Especial no está convencido de que sea preciso distinguir categorías en las circunstancias incluidas en el capítulo V. Es cierto que hay casos diversos, y que un claro ejemplo de peligro extremo o estado de necesidad podría ser más convincente como circunstancia excluyente de la ilicitud que un caso marginal de legítima defensa. Parece suficiente agrupar todas las circunstancias bajo la actual rúbrica general del capítulo V, haciendo distinciones y calificaciones concretas entre ellas, tal como se ha propuesto.

356. Una segunda cuestión, que quedó abierta durante el examen del artículo 16, es la relación entre dicho artículo y el capítulo V⁶⁹⁸. No sería elegante supeditar expresamente el artículo 16 (y *a fortiori* los artículos 1 o 3) al capítulo V, y podría dar demasiada importancia a la cuestión de las excusas por el incumplimiento. Los artículos 1 y 3 tienen carácter de declaración de principio, como el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 (*pacta sunt servanda*), y en el contexto del proyecto en su conjunto no es necesario añadir más calificaciones. La frase «conforme al derecho internacional», cuya inclusión en el artículo 16 propuso Francia, es calificación suficiente a los efectos de dicho artículo⁶⁹⁹. Francia también había sugerido que el capítulo V se incluyera, en forma de artículo único, dentro del capítulo III⁷⁰⁰. No es deseable comprimir el capítulo V en un solo artículo, pero puede ser conveniente convertir los actuales capítulos III a V en subsecciones de un único capítulo relativo al incumplimiento de una obligación internacional. El Comité de Redacción tal vez desee considerar esta posibilidad.

357. Finalmente está la cuestión del orden de las diversas circunstancias incluidas en el capítulo V. El orden original era el siguiente: consentimiento, contramedidas, fuerza mayor, peligro extremo, estado de necesidad y legítima defensa (orden que quizás refleje el vínculo histórico que existía entre la legítima defensa y el estado de necesidad⁷⁰¹). No obstante, en el derecho internacional moderno la legítima defensa tiene más en común con las

contramedidas que con el estado de necesidad, y debería figurar en el mismo grupo que aquellas. Lo mismo ocurre con la *exceptio inadimpleti contractus*, que constituye igualmente una respuesta a la conducta ilícita del Estado contra el que se hace valer la circunstancia. En última instancia parece adecuado clasificar las circunstancias que ahora contendrá el capítulo V en dos subgrupos: en primer lugar el cumplimiento de una norma imperativa, la legítima defensa, las contramedidas y la *exceptio inadimpleti contractus*; en segundo lugar la fuerza mayor, el peligro extremo y el estado de necesidad, seguidos de las cláusulas secundarias examinadas anteriormente.

358. Por los motivos expuestos, el Relator Especial propone que se incluyan los siguientes artículos en el capítulo V. Las notas que acompañan a cada artículo explican muy brevemente las modificaciones sugeridas.

CAPÍTULO V

CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD

Artículo 29.—Consentimiento*Nota*

El anterior artículo 29 trataba del consentimiento válidamente prestado como circunstancia eximente de la ilicitud. En muchos casos, el consentimiento de un Estado, prestado antes de un hecho, es suficiente para legitimar dicho hecho en el derecho internacional, por ejemplo, el derecho a sobrevolar un territorio, etc. En otros casos el consentimiento otorgado después del acontecimiento puede equivaler a una exención de responsabilidad, pero no impedirá que la responsabilidad exista en el momento del hecho. Así pues, o bien el consentimiento es uno de los elementos que definen un hecho ilícito, o es pertinente para la pérdida del derecho a hacer valer la responsabilidad. En ninguno de los dos casos es una circunstancia que excluya la ilicitud, y por tanto el artículo 29 ha sido eliminado. Véanse los párrafos 237 a 243 *supra*.

Artículo 29 bis.—Cumplimiento de una norma imperativa (jus cogens)

La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado quedará excluida si en las circunstancias del caso el hecho es necesario según una norma imperativa de derecho internacional general.

Notas

1. Igual que una norma imperativa de derecho internacional invalida un tratado cuyas disposiciones se oponen a ella, también debe tener el efecto de excusar el incumplimiento de una obligación en las circunstancias, raras pero posibles, en que una obligación imperativa prevalezca sobre una obligación internacional, que por sí misma no tenga carácter imperativo. Por ejemplo, no puede invocarse el derecho de tránsito o paso por un territorio si el propósito inmediato del ejercicio de este derecho fuera atacar ilícitamente el territorio de un tercer Estado. Véanse los párrafos 308 a 315 *supra*.

2. La Convención de Viena de 1969, en su artículo 53, define la norma imperativa de derecho internacional general como una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior que tenga el mismo carácter. No se considera necesario repetir esta definición en el artículo 29 bis.

3. El artículo 29 bis sólo es aplicable cuando el conflicto entre una norma imperativa y otra obligación sea claro y directo en las circunstancias del caso. La norma imperativa debe exigir específicamente el hecho que por lo demás es ilícito en las circunstancias del caso, de forma que el Estado en cuestión no tenga elección ni forma de cumplir con ambas obligaciones.

⁶⁹⁷ Véanse los párrafos 223 a 231 *supra*.

⁶⁹⁸ Véase el párrafo 14 *supra*.

⁶⁹⁹ Véanse los párrafos 8 y 14 *supra*.

⁷⁰⁰ Véase el párrafo 218 *supra*.

⁷⁰¹ Véase la discusión en el caso *Caroline* (párr. 280 *supra*).

4. La cuestión del arreglo de controversias en relación con el artículo 29 *bis* será examinada en el contexto de la tercera parte del proyecto.

Artículo 29 ter.—Legítima defensa

1. La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado quedará excluida si ese hecho constituye una medida lícita de legítima defensa tomada en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

2. El párrafo 1 no es aplicable a las obligaciones internacionales expresadas como obligaciones de contención total, o supuestas como tales, incluso para los Estados participantes en un conflicto armado o que actúen en legítima defensa, y en particular a las obligaciones de carácter humanitario relativas a la protección de la persona humana en tiempo de conflicto armado o emergencia nacional.

Notas

1. El párrafo 1 no sufre modificaciones respecto de la versión aprobada provisionalmente en primera lectura.

2. Se ha añadido el párrafo 2 para establecer una distinción entre las obligaciones que afectan incluso a los Estados que actúan en legítima defensa (especialmente en el ámbito del derecho internacional humanitario) y las que, aunque pueden ser pertinentes en la aplicación de los criterios de necesidad y proporcionalidad que forman parte del derecho relativo a la legítima defensa, no son obligaciones de «contención total». El texto del párrafo 2 es el de la opinión consultiva de la CIJ en el caso *Liceité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*⁷⁰². La frase adicional en la que se mencionan las obligaciones de carácter humanitario se basa en el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969 y tiene por objeto presentar, a modo de ejemplo, la categoría más importante de estas obligaciones de contención total. Véanse los párrafos 298 a 304 *supra*.

3. Este artículo ha sido cambiado de lugar para ponerlo en relación con los artículos 29 *bis* y 30, y para recalcar la importancia del «derecho intrínseco» de legítima defensa en el sistema de la Carta de las Naciones Unidas.

Artículo 30.—Contramedidas respecto a un hecho internacionalmente ilícito

[La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación de ese Estado para con otro Estado quedará excluida si el hecho constituye una medida legítima según el derecho internacional contra ese otro Estado, a consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito de ese otro Estado.]

Nota

Las contramedidas legítimas excluyen la ilicitud de la conducta en cuestión, respecto del Estado cuya conducta ilícita ha provocado las contramedidas. No obstante, la redacción del artículo 30 depende de decisiones que aún han de ser adoptadas en segunda lectura respecto de la inclusión y formulación en la segunda parte de los artículos que tratan en detalle de las contramedidas. El artículo 30 se mantiene entre corchetes a la espera de que se examine la cuestión de las contramedidas en su conjunto.

Artículo 30 bis.—Incumplimiento debido al anterior incumplimiento de otro Estado

La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado quedará excluida si el Estado no ha podido actuar de conformidad con la obligación como consecuencia directa de la violación de esa misma obligación internacional o de otra obligación internacional conexa por parte de otro Estado.

⁷⁰² C.I.J. *Recueil* 1996 (véase la nota 211 *supra*), pág. 242, párr. 30.

Notas

1. El artículo 30 *bis* refleja el principio expresado en la máxima *exceptio inadimplenti non est adimplendum* (o, en el caso de las obligaciones establecidas por tratado, *exceptio inadimplenti contractus*). También mantiene una cierta relación con las contramedidas, en el sentido de que el hecho del Estado A (que de lo contrario sería ilícito) está condicionado por el hecho ilícito previo del Estado B y responde a él. Pero en el caso de la *exceptio*, el vínculo entre ambos hechos es inmediato y directo. Tal como indicó la CPJI en el caso *Usine de Chorzów*, este principio sólo es aplicable cuando el hecho ilícito del Estado A ha impedido realmente que el otro Estado realizara su parte del trato, por ejemplo, cumplir esa misma obligación u otra obligación conexa. En otras palabras, existe un vínculo causal directo, y ciertamente no se trata de una violación que da lugar a otra como venganza o represalia. Por ejemplo, cuando el Estado A, al no finalizar su parte de los trabajos conjuntos, impide al Estado B cumplir los plazos previstos, el Estado A no puede quejarse del retraso, pues entonces estaría intentando hacer valer su propio hecho ilícito. Véanse los párrafos 316 a 331 *supra*.

2. Debido al vínculo causal directo que existe entre ambos hechos, no es necesario incluir las diversas restricciones que afectan a las contramedidas legítimas aplicables de conformidad con la segunda parte del proyecto aprobado en primera lectura. El principio es muy estricto y tiene sus propias limitaciones internas. En concreto, sólo es aplicable si la primera violación está demostrada, si mantiene una relación causal con el hecho posterior, y si las violaciones afectan a las mismas obligaciones o a otras obligaciones conexas. A estos efectos, una obligación puede estar relacionada bien textualmente (como parte del mismo instrumento) o porque trata del mismo asunto y la misma situación particular. Véase el párrafo 328 *supra*.

3. Se consideró la posibilidad de incluir en el artículo 30 *bis* la situación ligeramente más amplia de las obligaciones sinalagmáticas, es decir, las obligaciones (normalmente contenidas en un tratado) de un carácter tal que el cumplimiento continuo de la obligación por parte de un Estado está condicionado al cumplimiento similar por parte del otro Estado. En estos casos no existe un vínculo causal directo entre el incumplimiento por parte del Estado A y el incumplimiento por parte del Estado B. Sigue siendo posible para el Estado B cumplir la obligación, pero hacerlo iría en contra de las expectativas que subyacen al acuerdo. Ejemplos de este tipo serían un acuerdo de cesación del fuego, o un acuerdo de intercambio de prisioneros o de destrucción de armas. Sin embargo, esta situación parece resolverse adecuadamente mediante una combinación de otras reglas: interpretación de los tratados, aplicación de contramedidas y posibilidad de suspender la aplicación del tratado o incluso darlo por terminado. Véanse los párrafos 329 a 331 *supra*.

Artículo 31.—Fuerza mayor

1. 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 se debió a una fuerza mayor. A los efectos de este artículo, fuerza mayor es una fuerza irresistible o un acontecimiento exterior imprevisible ajenos al control del Estado que hacen materialmente imposible cumplir con la obligación en las circunstancias del caso.

2. El párrafo 1 no es aplicable si:

a) La fuerza mayor es resultado, únicamente o en combinación con otros factores, de la conducta ilícita del Estado que la invoca; o

b) El Estado al asumir la obligación ha asumido el riesgo de que así ocurra.

Notas

1. El artículo 31 se titulaba originalmente «Fuerza mayor y caso fortuito» pero no es cierto en absoluto que todos los casos fortuitos puedan ser considerados como excusa, mientras que la fuerza mayor, tal como se define, abarca suficiente número de casos. El título del artículo 31 se ha simplificado sin que el propio artículo haya sufrido pérdidas de contenido.

2. En su redacción original, el párrafo 1 también abarcaba los casos de fuerza mayor en los que era imposible que el Estado «se percatara de que su comportamiento no era conforme a» la obligación. Esto introducía un confuso elemento subjetivo y parecía contradecir el

principio de que la ignorancia de la ilicitud (es decir, la ignorancia de la ley) no es una excusa. Con esta frase se pretendía abarcar casos tales como el fallo imprevisto de un equipo de navegación que provocara la entrada de una aeronave en el espacio aéreo de otro Estado. Las palabras «en las circunstancias del caso» tienen por objeto incluir estas situaciones sin necesidad de hacer referencia al conocimiento de la ilicitud. Véase el párrafo 262 *supra*.

3. Tal como se aprobó en primera lectura, el párrafo 2 disponía que la alegación de una fuerza mayor «no será aplicable si el Estado de que se trata ha contribuido a que se produzca la situación de imposibilidad material». Pero la fuerza mayor se define estrictamente en el párrafo 1, y esta limitación adicional parece restringir demasiado la alegación de una fuerza mayor. Según los motivos paralelos para dar por terminado un tratado expuestos en el artículo 61 de la Convención de Viena de 1969, la imposibilidad material no podrá hacerse valer «si resulta de una violación, por la parte que la alegue, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado». Por analogía con esta disposición, el párrafo 2, apdo. *a*, excluye la posibilidad de ampararse en la fuerza mayor en aquellos casos en que el Estado haya producido o contribuido a producir la situación mediante su propia conducta ilícita. Véase el párrafo 263 *supra*.

4. Además, es concebible que al asumir la obligación en cuestión el Estado haya asumido el riesgo de que se produzca una fuerza mayor. El párrafo 2, apdo. *b*, excluye la posibilidad de hacer valer la fuerza mayor en estos casos. Véase el párrafo 264 *supra*.

Artículo 32.—Peligro extremo

1. La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado quedará excluida si el autor del hecho en cuestión creía razonablemente que no tenía otro medio, en una situación de peligro, de salvar su vida o las personas confiadas a su cuidado.

2. El párrafo 1 no es aplicable si:

a) **La situación de peligro es resultado, únicamente o en combinación con otros factores, de la conducta ilícita del Estado que la hace valer; o**

b) **Era probable que la conducta en cuestión creara un peligro comparable o mayor.**

Notas

1. Este artículo es sustancialmente el mismo que se propuso en primera lectura. Sin embargo, se han introducido ciertos cambios. En primer lugar, el Estado cuya acción se cuestiona tiene que haber creído razonablemente, a partir de la información que estaba o podría haber estado disponible, que había vidas en peligro. La norma anterior era totalmente objetiva, pero en casos de auténtico peligro extremo es normal que no haya tiempo para realizar investigaciones médicas o de otro tipo que justificarían la aplicación de una norma objetiva.

2. En segundo lugar, en paralelo con el artículo 31, párr. 2, apdo. *a*, propuesto, se ofrece una nueva versión del artículo 32, párr. 2, apdo. *a*, y básicamente por los mismos motivos. Será frecuente que el Estado que se ampara en un peligro extremo haya «contribuido» aunque sea indirectamente a la situación, pero parece que sólo debería estar excluida la alegación de un peligro extremo si este Estado hubiera contribuido a la situación de peligro extremo mediante una conducta que fuera realmente ilícita.

3. En tercer lugar, se ha eliminado el requisito de que el peligro sea «extremo». No está claro que añada nada a los otros requisitos que figuran en el artículo 32. Véanse los párrafos 273 a 276 *supra*.

Artículo 33.—Estado de necesidad

1. Ningún Estado podrá invocar un estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que:

a) **El hecho sea el único medio de salvaguardar un interés esencial del Estado contra un peligro grave e inminente; y**

b) **El hecho no afecte gravemente:**

i) **Un interés esencial del Estado para con el que existía la obligación; o**

ii) **Un interés común o general, si la obligación fue establecida para proteger dicho interés.**

2. En todo caso, ningún Estado podrá invocar un estado de necesidad, como causa de exclusión de la ilicitud si:

a) **La obligación internacional en cuestión dimana de una norma imperativa de derecho internacional general; o**

b) **La obligación internacional en cuestión excluye explícita o implícitamente la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o**

c) **El Estado que invoca el estado de necesidad ha contribuido materialmente a que se produzca el estado de necesidad.**

Notas

1. El artículo 33 corresponde al texto aprobado en primera lectura, con ciertas enmiendas de redacción. En su mayor parte éstas son de carácter menor. Por ejemplo, al igual que otros artículos del capítulo V, el artículo 33 debe estar redactado en tiempo presente, y no es preciso referirse a «estado de necesidad» en el texto, puesto que el término «necesidad» es suficiente.

2. Es preciso señalar tres cambios. En primer lugar, el párrafo 1, apdo. *b*, se ha reformulado para aclarar que, en aquellos casos en que la obligación redunde en interés de todos (por ejemplo, una obligación *erga omnes*) prevalecerá ese interés. En segundo lugar, el párrafo 2, apdo. *b*, ya no queda limitado a las obligaciones establecidos por tratado. En tercer lugar, en el párrafo 2, apdo. *c*, se utiliza la expresión «contribuido materialmente», puesto que es natural que el Estado que alega el estado de necesidad pueda haber contribuido en cierto sentido a la situación, y la cuestión es si esta contribución es suficiente para privarle del derecho a hacer valer el estado de necesidad. Véanse los párrafos 292 y 293 *supra*.

Artículo 34.—Legítima defensa

Nota

Véase el presente artículo 29 *ter*.

Artículo 34 bis.—Procedimiento para hacer valer una circunstancia que excluya la ilicitud

1. Un Estado que hace valer una circunstancia que excluye la ilicitud según este capítulo deberá, lo antes posible tras tener noticia de la circunstancia, informar por escrito al otro Estado o a los otros Estados interesados de dicha circunstancia y de sus consecuencias para el cumplimiento de la obligación.

[2. Si surge una controversia sobre la existencia de la circunstancia o sus consecuencias para el cumplimiento de la obligación, las partes deberán intentar resolver la controversia:

a) **En un caso relacionado con el artículo 29 bis, por los procedimientos dispuestos en la Carta de las Naciones Unidas;**

b) **En cualquier otro caso, de conformidad con la tercera parte.]**

Nota

El capítulo V aprobado en primera lectura no incluye disposiciones relativas al procedimiento para hacer valer circunstancias eximentes de la ilicitud, o para el arreglo de controversias. Esta última cuestión se examinará a propósito de la tercera parte del proyecto, y el párrafo 3 del artículo 34 bis se incluye *pro memoria*, en espera del examen ulterior de cuestiones relacionadas con el arreglo de controversias. No obstante, si un Estado desea hacer valer una circunstancia eximente de la ilicitud, es razonable que informe al otro Estado o a los otros Estados interesados

de dicho hecho y de sus motivos, y el párrafo 1 así lo dispone. Véanse los párrafos 353 y 355 *supra*.

Artículo 35.—Consecuencias de hacer valer una circunstancia que excluye la ilicitud

En virtud de este capítulo se puede hacer valer una circunstancia que excluye la ilicitud sin perjuicio de:

a) La cesación de todo hecho que no esté en conformidad con la obligación en cuestión, y el posterior cumplimiento de dicha obligación, siempre que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir;

b) En el caso de los artículos 32 y 33, la cuestión de la indemnización pecuniaria por los daños o perjuicios efectivos causados por ese hecho.

Notas

1. El artículo 35, tal como se aprobó en su primera lectura, contiene una reserva relativa a la indemnización por daños ocasionados en cuatro de las circunstancias que excluían la ilicitud, a saber, según los artículos 29 (consentimiento), 31 (fuerza mayor), 32 (peligro extremo) y 33 (estado de necesidad). Se recomienda la supresión del artículo 29 (su inclusión en el artículo 35 era cuestionable en todo caso). Por lo que se refiere a la fuerza mayor, el Estado actúa sujeto a fuerzas externas que hacen materialmente imposible cumplir la obligación, y no ha asumido el riesgo de incumplimiento. Pero en el caso de los artículos 32 y 33, existe al menos cierta capacidad de opción por parte del Estado, mientras que el Estado o los Estados que de lo contrario podrían tener derecho a aducir que el hecho en cuestión viola una obligación para con ellos, no han contribuido y por supuesto no han causado la situación de peligro extremo o de necesidad, y no está claro por qué deberían sufrir daños o perjuicios efectivos en interés del Estado que hace valer esas circunstancias. Por tanto, se ha mantenido el artículo 35 en relación con el peligro extremo y el estado de necesidad. Sin entrar en detalles sobre la indemnización, se ha modificado ligeramente el texto para hacerlo más neutral y anodino, y también para evitar dificultades técnicas derivadas de los términos «daños» e «indemnización». Véanse los párrafos 341 a 349 *supra*.

2. Asimismo, se ha añadido el artículo 35, apdo. *a*, para aclarar que el capítulo V tiene un efecto meramente excluyente. Cuando una circunstancia eximente de la ilicitud cese, o deje de tener efecto eximente por cualquier motivo, la obligación en cuestión (suponiendo que siga en vigor) tendrá que ser cumplida de nuevo, y el Estado cuyo anterior incumplimiento fue excusado deberá actuar en consecuencia. Véase el párrafo 350 *supra*.

3. Teniendo en cuenta el mayor alcance del artículo 35, se ha modificado su título.

D.—Contramedidas previstas en el capítulo V de la primera parte y en el capítulo III de la segunda parte

359. El artículo 30, que figura en el capítulo V de la primera parte, se refiere a hechos que constituyen una contramedida «legítima» con arreglo al derecho internacional en respuesta a un comportamiento ilícito de parte de otros Estados. Se prescribe que queda excluida la ilicitud de esos hechos aplicados a modo de contramedidas y que, en consecuencia, no surge ninguna responsabilidad con respecto a ellos⁷⁰³. En el proyecto de artículos aprobados en primera lectura esto se puso de relieve en el artículo 35, que mantiene la posibilidad de indemnización por los daños causados por el comportamiento tratado en algunos otros artículos de la quinta parte, pero no por los

⁷⁰³ Véase el párrafo 244 *supra*.

daños causados por las contramedidas o por la legítima defensa⁷⁰⁴.

360. En los trabajos que llevó a cabo ulteriormente sobre la segunda parte del proyecto de artículos, la Comisión se ocupó con cierto detenimiento de las contramedidas teniendo ante sí los informes detallados sobre el tema presentados por el Sr. Arangio-Ruiz⁷⁰⁵. Las disposiciones pertinentes, que sólo se adoptaron después de celebrarse un importante debate y en algunos casos mediante votaciones en sesión plenaria⁷⁰⁶, figuran en el capítulo III de la segunda parte. Se trata de los artículos 47 a 50. Estos artículos también deben leerse en el contexto de la tercera parte relativa a la solución de controversias.

La definición de contramedidas

361. Conforme al párrafo 1 del artículo 47, las contramedidas se adoptan cuando «el Estado lesionado no cumple con una o varias de sus obligaciones para con el Estado autor de un hecho internacionalmente ilícito». Las contramedidas tienen por propósito inducir a este último Estado (en adelante denominado el Estado que es objeto de las contramedidas) a que cumpla con sus obligaciones de cesación y reparación, y podrán adoptarse mientras no se hayan cumplido esas obligaciones y siempre que «ello sea necesario a la luz de su respuesta a las peticiones del Estado lesionado». En consecuencia se considera que las contramedidas tienen un carácter fundamentalmente correctivo más que punitivo pero, por otra parte, no existe un límite específico a las obligaciones que pueden incumplirse al aplicar las contramedidas. En particular, no se adoptó el concepto de «contramedidas recíprocas» que había expuesto anteriormente el Relator Especial, Sr. Riphagen⁷⁰⁷.

362. En el artículo 30 se ha dejado en claro que las contramedidas excluyen solamente la ilicitud en las relaciones entre el Estado lesionado y el Estado autor del hecho internacionalmente ilícito. Las consecuencias en lo que respecta a terceros Estados se exponen en el párrafo 3 del artículo 47, que prescribe que las contramedidas respecto del Estado A no podrán justificar «el incumplimiento de una obligación para con un tercer Estado». Por otra parte, esta disposición no abarca los efectos directos o indirectos sobre un tercer Estado, o sobre terceros en general, que no entrañen una violación independiente de cualquier obligación no prevista en esta disposición.

363. En los artículos 48 a 50 se impone una serie de condiciones y restricciones, tanto sustantivas como de procedimiento, a la adopción de contramedidas a fin de evitar su uso indebido y de limitarlas a los propósitos especificados en el artículo 47. En el debate realizado durante la primera lectura de las contramedidas, las cuestiones de procedimiento fueron las más controvertidas.

⁷⁰⁴ Véase el párrafo 305 *supra*.

⁷⁰⁵ *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/440 y Add.1, y *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/444 y Add.1 a 4.

⁷⁰⁶ Véase *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 11, párr. 16; *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 145, párr. 228, y *Anuario... 1995*, vol. II (segunda parte), pág. 62, párr. 339.

⁷⁰⁷ Véase el párrafo 324 *supra*.

Limitaciones sustantivas de las contramedidas

364. La primera limitación sustantiva, que está bien establecida como cuestión de derecho internacional general, es la proporcionalidad. La proporcionalidad se formula de manera negativa en el artículo 49: 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». El uso del término «o» indica que son pertinentes tanto la gravedad de la violación como la medida en que ésta haya afectado al Estado lesionado.

365. En el artículo 50, que se titula «Contramedidas prohibidas», se exponen varias otras limitaciones sustantivas. Algunas de éstas resultan evidentes. En las contramedidas no se puede recurrir «a la amenaza o al uso de la fuerza, prohibidos por la Carta de las Naciones Unidas» (apdo. *a*), ni «a cualquier otro comportamiento que contravenga a una norma imperativa de derecho internacional general» (apdo. *e*). En las contramedidas tampoco se puede recurrir «a cualquier comportamiento que vulnere derechos humanos fundamentales» (apdo. *d*). En consecuencia, quedan excluidas las represalias armadas que entrañan el uso de la fuerza. Otra prohibición específica se refiere «a cualquier comportamiento que infrinja la inviolabilidad de los agentes, locales, archivos y documentos diplomáticos o consulares» (apdo. *c*). Sin embargo no se excluye de manera específica un comportamiento que suponga una violación de las normas del derecho internacional humanitario.

366. Además, en el apartado *b* del artículo 50 se prohíben 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 uso del término «extremas» implica, en este caso, que aun las contramedidas ordinarias pueden ser coercitivas y, en efecto, puesto que se hallan destinadas a inducir al Estado que es objeto de ellas a cumplir con sus obligaciones internacionales, es posible que sean coercitivas por definición.

367. En el proyecto de artículos no se trata la posibilidad de que las contramedidas queden expresa o implícitamente excluidas por una determinada obligación. No había necesidad de hacerlo en relación con los derechos humanos que no son derogables, puesto que éstos ya están comprendidos en los términos más amplios que se utilizan en el apartado *d* del artículo 50. Sin embargo también puede pensarse que las obligaciones que corresponden a lo que la CIJ denomina «obligaciones de contención total» pueden excluir expresa o implícitamente las contramedidas⁷⁰⁸. Es cierto que la categoría de «obligaciones de contención total» se estableció para tratar las limitaciones a los actos de legítima defensa, pero la misma idea parece aplicarse *a fortiori* a los actos realizados a modo de contramedidas.

Condiciones de procedimiento del recurso a las contramedidas

368. Las consecuencias de procedimiento del recurso a las contramedidas se exponen en el artículo 48. En la forma finalmente adoptada, en el artículo 48 se distingue entre las «medidas transitorias de protección», que pueden ser adoptadas por el Estado lesionado inmediatamente después de que el Estado que es objeto de las contramedidas haya cometido el hecho internacionalmente ilícito, y las contramedidas propiamente dichas, que sólo pueden adoptarse después de que se hayan llevado a cabo, sin éxito, las negociaciones encaminadas a solucionar la controversia, conforme a lo dispuesto en el artículo 54. Esta distinción se hizo en una fase avanzada del debate sobre las contramedidas, después de que, en una votación, la Comisión decidió, por una estrecha mayoría, exigir la negociación como condición necesaria para la adopción de contramedidas⁷⁰⁹. Las «medidas transitorias de protección» se definen como las medidas «que sean necesarias para preservar sus derechos y que por lo demás cumplan los requisitos de este capítulo». Esta redacción no es muy clara puesto que, conforme al artículo 47, todas las contramedidas, para ser lícitas, deben ser necesarias a fin de asegurar el respeto de los derechos del Estado lesionado a la cesación y reparación con arreglo a los artículos 41 a 46 y, por lo tanto, todas las contramedidas son, por definición, medidas «necesarias para preservar [los] derechos» del Estado lesionado. Aunque no se dice textualmente, las «medidas transitorias» parecen ser las medidas necesarias para proteger el derecho del Estado lesionado a *adoptar contramedidas* si las negociaciones fracasan. La intención era evidentemente permitir la adopción inmediata de medidas en relación con objetos que, de otra manera, podrían ser retirados del territorio del Estado lesionado con lo cual ya no podrían ser objeto de contramedidas. Entre los ejemplos figuran la congelación de activos o cuentas bancarias o la detención de naves o aeronaves. El uso de la expresión «medidas transitorias de protección» tiene un trasfondo evidente de medidas judiciales, como aquellas a las que se hace referencia en el párrafo 1 del Artículo 41 del Estatuto de la CIJ y en el artículo 290 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Pero si bien puede haber cierta analogía entre ambas situaciones, no se trata de una analogía rigurosa. El artículo 48 se refiere a las medidas unilaterales adoptadas por un Estado, bajo su propia responsabilidad, en respuesta a un comportamiento ilícito, medidas que, en otro caso, hubieran podido ser ellas mismas internacionalmente ilícitas. Las medidas provisionales ordenadas o indicadas por un tribunal o corte internacional son, por definición, no unilaterales y es improbable que autoricen un comportamiento que no sea conforme a las obligaciones internacionales del Estado Parte que las aplica. Las «medidas transitorias de protección» previstas en el párrafo 1 del artículo 48 se acercan más a la forma de un embargo preventivo de que puede disponer el titular de un derecho de acuerdo a la legislación nacional.

369. En caso de que las negociaciones se hayan llevado a cabo y no se haya conseguido en ellas solucionar la controversia, en el artículo 48 se prescribe que podrán adoptarse contramedidas, en la forma prevista en los demás

⁷⁰⁸ Véase el párrafo 301 *supra*.

⁷⁰⁹ Véase *Anuario... 1996*, vol. I, 2456.ª sesión, pág. 181, párr. 57.

artículos del capítulo III. A partir de entonces las medidas de solución de controversias pueden aplicarse al mismo tiempo que dichas contramedidas en vez de ser un requisito necesario de las mismas. Sin embargo, se dice también que la adopción de contramedidas entraña el cumplimiento de las obligaciones en materia de solución de controversias que dimanen de la tercera parte, si no se dispone de cualquier otro «procedimiento vinculante de solución de controversias» que se encuentre vigente entre el Estado lesionado y el Estado que haya cometido el hecho ilícito que es objeto de la controversia (véase el párrafo 2 del artículo 48). A fin de apreciar cómo funciona este sistema, es necesario describir brevemente las disposiciones de la tercera parte, titulada «Solución de controversias».

370. En la tercera parte se establece un procedimiento de tres fases. La primera entraña la conciliación por medio de una Comisión de Conciliación (véanse los artículos 56 y 57 y el anexo I). Si ninguna de las partes somete la controversia a conciliación, o si no se llega a una solución convenida dentro de los seis meses siguientes del informe de la Comisión, las partes pueden, de común acuerdo, someter la controversia a un arbitraje (véanse los artículos 58 y 59 y el anexo II). Cualquiera de las partes puede impugnar la validez del laudo arbitral: estas impugnaciones se remiten a la CIJ si en un plazo de tres meses las partes no se han puesto de acuerdo sobre otro tribunal (art. 60). En consecuencia, conforme a la tercera parte, el arbitraje depende normalmente del consentimiento de las partes, pero si éstas se ponen de acuerdo, su consentimiento implica la jurisdicción vinculante de la CIJ con respecto a cualquier controversia sobre la validez del laudo resultante.

371. Sin embargo, el párrafo 2 del artículo 58 contiene una disposición especial sobre las contramedidas:

No obstante, cuando la controversia haya surgido entre Estados Partes en los presentes artículos y uno de ellos haya adoptado contramedidas respecto del otro, el Estado respecto del cual se hayan adoptado las contramedidas tendrá derecho a someter unilateralmente en cualquier momento la controversia a un tribunal arbitral que se constituirá de conformidad con el anexo II de los presentes artículos.

Esta es la única disposición relativa a la solución obligatoria de controversias en el proyecto de artículos y sólo se aplica cuando un Estado Parte ha adoptado contramedidas respecto de otro. Evidentemente, se descarta el procedimiento de la Comisión de Conciliación. En el párrafo 2 no se define precisamente «la controversia» que debe someterse a arbitraje. Parece claro que el término abarca la controversia subyacente sobre el (presunto) hecho internacionalmente ilícito, es decir, la controversia que ha tenido por consecuencia la adopción de contramedidas. Pero comprende asimismo cualquier controversia indirecta (controversia que muy probablemente puede surgir en la práctica), por ejemplo, sobre la cuestión de si las contramedidas adoptadas son lícitas conforme a los requisitos del capítulo III. En otras palabras, comprende el término «la controversia» cuestiones tales como si las contramedidas son proporcionadas, si están prohibidas por el artículo 50, si se ha hecho antes un esfuerzo auténtico de negociación, y, de no ser así, si las contramedidas constituyen «medidas transitorias» conforme al párrafo 1 del artículo 48. Ambos puntos de vista pueden defenderse. En favor de la opinión más estricta (es decir, que la «controversia»

se limita a la controversia subyacente dimanada del hecho internacionalmente ilícito) puede alegarse que la obligación de dar una solución a la controversia surge tan pronto como se han adoptado las contramedidas, aunque la cuestión de la licitud de las contramedidas puede depender de hechos ocurridos más adelante, por ejemplo, hechos relacionados con los efectos desproporcionados de la contramedida sobre el Estado lesionado. En favor del punto de vista más amplio, es posible decir que la controversia sólo se somete a arbitraje cuando ya se han adoptado en la práctica las contramedidas: más aún, sería inequitativo y excesivo pedir que el Estado Parte que es objeto de las contramedidas someta a arbitraje la cuestión de la ilicitud de su propio comportamiento, sin poder poner a prueba la ilicitud del comportamiento adoptado en respuesta por el Estado lesionado. Probablemente el punto de vista más amplio es el mejor. En todo caso, existen límites al alcance de la obligación de recurrir al arbitraje. Por ejemplo, esta obligación no parece abarcar las reconvencciones que el Estado que es objeto de las medidas puede formular contra el Estado lesionado con respecto a la controversia inicial.

372. En el artículo 48 se regula a continuación la medida en que las contramedidas pueden mantenerse en vigor durante el arbitraje. Conforme al párrafo 3 del artículo 48, las contramedidas deben suspenderse «cuando [...] y en la medida en que» el Estado que es objeto de las medidas coopere en el procedimiento de arbitraje. Pero la obligación de suspender las contramedidas termina en caso de que el Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito atienda un requerimiento o mandamiento dimanante del tribunal, por ejemplo, un mandamiento o requerimiento de medidas provisionales y, al parecer, dicha obligación no vuelve a estar vigente (véase el párrafo 4 del artículo 48). Estas disposiciones sólo se aplican si ha cesado el hecho internacionalmente ilícito del Estado que es objeto de las contramedidas, es decir, que no se aplican a hechos ilícitos continuos que el Estado objeto de las contramedidas no ha suspendido. La distinción entre hechos ilícitos continuos y hechos ilícitos consumados se ha tratado anteriormente y ha sido aceptada en principio⁷¹⁰. En la práctica, la definición de hecho ilícito continuo depende, en cierta medida, de la manera como el Estado lesionado formule sus exigencias, ya que el requisito de la suspensión de las contramedidas con arreglo al párrafo 3 del artículo 48 puede no aplicarse en muchos casos.

Contramedidas en relación con los «crímenes internacionales» definidos en el artículo 19

373. En el capítulo IV de la segunda parte, titulado «Crímenes internacionales», se exponen las consecuencias específicas de los crímenes internacionales de los Estados, que se definieron en el artículo 19 aprobado en primera lectura. El escaso número de esas consecuencias, que contrasta con la gravedad del concepto de crimen tal como se ha definido, ya ha sido objeto de análisis⁷¹¹. En el capítulo IV se modifican dos de las limitaciones a la

⁷¹⁰ Véanse los párrafos 93 a 113 *supra*.

⁷¹¹ Véase *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7, párrs. 51 y 84 a 86.

reparación que figuran en el capítulo II⁷¹². Con ello se crea, en cierta medida, un régimen especial de reparación en relación con los «crímenes de Estado». En cambio no se hace ninguna modificación en el capítulo III, de modo que, según el proyecto de artículos, no existen consecuencias agravantes especiales del crimen de Estado en lo que respecta a las contramedidas. Es cierto que, según la definición de «Estado lesionado» que figura en el artículo 40, se define a «todos los Estados» como lesionados por un crimen y, por consiguiente, todos los Estados tienen el derecho individual de tratar de obtener reparación y de adoptar contramedidas en respuesta a un crimen. Sin embargo, el proyecto de artículo no contiene ninguna disposición relativa a las posibles consecuencias de la adopción de contramedidas por muchos Estados en respuesta a un hecho ilícito descrito como un «crimen», con la posible excepción del apartado *d* del artículo 53 en que se prescribe que los Estados deben «cooperar con otros Estados en la aplicación de medidas destinadas a eliminar las consecuencias del crimen». Parece que la proporcionalidad con arreglo al artículo 48 se juzga sobre una base bilateral, entre el Estado lesionado y el Estado que es objeto de las contramedidas, de manera que no existe un mecanismo para evaluar la proporcionalidad del comportamiento adoptado por vía de «contramedidas colectivas». Esta es, sin embargo, una consecuencia más amplia del ámbito que abarca la definición de «Estado lesionado», y del hecho de que en el artículo 40 se trata en la misma forma a todos los Estados lesionados, ya sea que el hecho internacionalmente ilícito les interese específicamente o que reaccionen, por así decirlo, en defensa del interés público, a una violación grave del derecho internacional o de los derechos humanos.

374. En 1998, la Comisión decidió dejar de lado por el momento el concepto de crimen de Estado y considerar «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»⁷¹³.

1. REFLEXIONES SOBRE EL TRATAMIENTO A LAS CONTRAMEDIDAS EN LA SEGUNDA PARTE

375. La presente sección tiene por objeto examinar una serie de cuestiones generales planteadas por el tratamiento a las contramedidas en la segunda parte. Existen dos cuestiones principales que deben resolverse en este momento: 1) si se debe conservar el tratamiento a las contramedidas, y 2) la manera de abordar el vínculo explícito que existe entre las contramedidas y la solución de controversias, en vista de que no se ha resuelto el estatuto de la tercera parte y la forma que tendrá el propio proyecto de artículos. Otra cuestión importante ha quedado abierta durante el debate del capítulo V de la primera parte, a saber, la formulación exacta del artículo 30.

⁷¹² Véase *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 70, artículo 52, que se refiere a los límites contenidos en los artículos 43, apdos. *c* y *d*, y 45, párr. 3.

⁷¹³ *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), pág. 83, párr. 331.

a) Observaciones de los gobiernos

376. Las observaciones de los gobiernos sobre las contramedidas han sido de carácter tanto general como específico. Cualquiera sea su propósito y contenido, indican claramente que los Estados consideran que las contramedidas son una cuestión de importancia fundamental en el contexto del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados.

377. En general, un cierto número de gobiernos pone de relieve que el tratamiento de las contramedidas en la segunda parte, con su insistencia en la solución de controversias, implica que el proyecto de artículos deberá tener necesariamente la forma de una convención. Por ejemplo, Alemania observa que: «La Comisión debe tener presente que la forma del proyecto afectará la eficacia de la tercera parte, relativa a la solución de controversias, y por extensión, de la segunda parte, relativa a las contramedidas»⁷¹⁴.

378. Los gobiernos también han expresado sus preocupaciones en cuanto a la relación que existe entre la solución de controversias y el régimen de contramedidas. En particular, se critica en tal sentido el párrafo 2 del artículo 58: mientras que unos pocos gobiernos están a favor de retenerlo⁷¹⁵, muchos otros han señalado que «podría incitar a un Estado a adoptar contramedidas para obligar a otro a aceptar el arbitraje»⁷¹⁶. Esta disposición sería, por consiguiente, contraria a la necesidad de limitar el recurso a las contramedidas. Más aún, podría producir «un cierto desequilibrio entre el Estado infractor, que puede recurrir al arbitraje, y el Estado lesionado, que carece de este derecho cuando surge la controversia original sobre la responsabilidad del Estado infractor»⁷¹⁷. Varios gobiernos piden que se elimine el párrafo⁷¹⁸, o por lo menos que se vuelva a examinar cuidadosamente.

379. El presente informe no tiene por objeto formular propuestas sobre cada uno de los artículos relativos a las contramedidas de la segunda parte, pero resulta útil resumir el contenido de las observaciones concretas formuladas hasta ahora⁷¹⁹, sobre todo porque éstas se refieren no sólo a la formulación de los artículos sino a su lugar en el proyecto en su conjunto.

380. Debe hacerse una primera distinción entre los gobiernos que están en favor del planteamiento general adoptado por la Comisión y los que han expresado sus dudas al respecto. Entre los primeros, Alemania considera que las disposiciones pertinentes del proyecto han «logrado un delicado equilibrio entre los derechos e intereses de

⁷¹⁴ *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3. Véanse también las observaciones de Italia y Singapur (con referencia a los procedimientos de la OMC) (ibíd.).

⁷¹⁵ Ibíd., observaciones de Alemania y Suiza. Para la Argentina «las contramedidas y el arbitraje obligatorio deben considerarse como dos aspectos de la misma cuestión» (ibíd.).

⁷¹⁶ Ibíd., según los términos usados por Francia. Véase también ibíd., observaciones de México y el Reino Unido.

⁷¹⁷ Ibíd., Dinamarca, en nombre de los países nórdicos. Véase también los Estados Unidos (ibíd.) y el Japón (documento A/CN.4/492, reproducido en el presente volumen).

⁷¹⁸ Como sugiere México (véase la nota 7 *supra*).

⁷¹⁹ En tanto que observaciones sobre artículos específicos, las relativas al artículo 30 ya se han mencionado (párrs. 248 y 249 *supra*).

los Estados lesionados y los de los Estados a los cuales se aplican las contramedidas»⁷²⁰. Entre los últimos, las críticas y preocupaciones expresadas dimanaban de perspectivas distintas y a veces, hasta de perspectivas opuestas. Por ejemplo, los Estados Unidos consideran que «el proyecto de artículos contiene restricciones a su uso que carecen de fundamento»⁷²¹ y, por consiguiente, recomiendan que la Comisión «suprima o modifique de manera sustancial las prohibiciones a las contramedidas»⁷²². Por el contrario, la Argentina pide que la Comisión reexamine cuidadosamente el tema y estima que «[c]abría la posibilidad de establecer una inversión en la presunción de licitud de las contramedidas y estipular que los Estados no gozan de un derecho a aplicarlas sino que, en ciertos casos, su aplicación no es ilícita cuando concurren circunstancias de extrema gravedad»⁷²³. Otros Estados opinan que «sería más apropiado examinar en un foro especializado»⁷²⁴ las cuestiones planteadas por las contramedidas o bien que la Comisión debía adoptarlas en un estudio por separado y, por consiguiente, apoyan la entera supresión de los artículos 47 a 50⁷²⁵. Sin embargo, Italia, entre otros países, se opone decididamente a este parecer y considera «esencial que se codifique el régimen de las contramedidas (condiciones de adopción, contramedidas prohibidas, etc.)»⁷²⁶.

381. Cualquiera sea su opinión sobre el tratamiento que debe darse a las contramedidas en el proyecto de artículos, los gobiernos también han expresado sus puntos de vista sobre cuestiones concretas relativas a ellos. Esas cuestiones fueron las siguientes:

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 48⁷²⁷;

b) «la cuestión esencial relativa a saber si las medidas que se adopten deben guardar relación o tener algún nexo con el derecho lesionado»⁷²⁸;

c) la eventualidad de «medidas colectivas»⁷²⁹ y de contramedidas en caso de incumplimiento de las obligaciones multilaterales o *erga omnes*⁷³⁰;

d) los posibles efectos de la distinción entre crímenes y delitos sobre el régimen de contramedidas⁷³¹, y, de manera más general, la cuestión de si debe considerarse que las contramedidas cumplen una función punitiva⁷³²;

e) la posición de terceros Estados⁷³³;

f) los efectos de las contramedidas sobre la situación económica del Estado al cual se aplican⁷³⁴ y sus consecuencias sobre los derechos humanos⁷³⁵;

g) la influencia de las contramedidas en cuanto agravan las desigualdades entre los Estados, puesto que el recurso a las contramedidas «favorece a los países poderosos»⁷³⁶.

b) Evolución de la legislación y la práctica relativas a las contramedidas

382. La legislación y la doctrina relativas a las contramedidas han sido examinadas a fondo en el tercer y el cuarto informes del Sr. Arangio-Ruiz⁷³⁷ y no es necesario volver a tratarlas en esta fase de los trabajos. Sin embargo, puesto que la Comisión ha terminado la primera lectura del proyecto de artículos, la CIJ ha abordado la cuestión por primera vez y su examen tiene especial interés.

383. En el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte debía decidir sobre la licitud de la «Variante C», es decir la desviación unilateral de las aguas del Danubio por medio de la central eléctrica de *Gabčíkovo*⁷³⁸. Checoslovaquia había iniciado la acción a raíz de la negativa de Hungría a llevar a cabo los trabajos que se le habían asignado con arreglo al tratado de 1977, aduciendo varios motivos pero sin mencionar expresamente el argumento de que la construcción de la Variante C era una contramedida. En su argumento ante la Corte, Eslovaquia, de manera semejante, «no invocó las contramedidas como argumento primordial, puesto que no consideraba que la Variante C fuera ilícita», pero en cambio expresó la opinión de que «la Variante C podría presentarse como una contramedida justificada en respuesta a los hechos ilícitos de Hungría»⁷³⁹. La Corte, tras sostener que la negativa de Hungría a continuar las obras no podía justificarse, pero que la Variante C constituía en sí misma un hecho internacionalmente ilícito, procedió a examinar si la Variante C

⁷²⁰ *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3. Véase también la República Checa y Mongolia (ibíd.), y el Japón (documento A/CN.4/492, reproducido en el presente volumen).

⁷²¹ *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3.

⁷²² Ibíd.

⁷²³ Ibíd. Véase a este respecto la observación formulada por la República Checa.

⁷²⁴ Ibíd., como ha dicho Singapur.

⁷²⁵ Ibíd. Esta opción ha sido propuesta por Francia y el Reino Unido, aunque este último país está conforme con la actual redacción del artículo 30.

⁷²⁶ Ibíd. Véase también Irlanda (ibíd.).

⁷²⁷ Se trata de un tema de especial preocupación para Alemania, los Estados Unidos, Irlanda y el Reino Unido (ibíd.), y el Japón (documento A/CN.4/492, reproducido en el presente volumen). En sentido contrario, véase la observación de la Argentina (*Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3).

⁷²⁸ Ibíd., como dice Singapur.

⁷²⁹ Japón (documento A/CN.4/492, reproducido en el presente volumen).

⁷³⁰ Véase *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3, observaciones del Reino Unido.

⁷³¹ Ibíd., por ejemplo, Mongolia. Véase también Grecia (documento A/CN.4/492, reproducido en el presente volumen).

⁷³² *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3. Véanse también las opiniones discrepantes expresadas por Dinamarca en nombre de los países nórdicos, e Irlanda, por una parte, y Francia, por la otra (ibíd.).

⁷³³ Ibíd., Dinamarca, en nombre de los países nórdicos, y Singapur.

⁷³⁴ Ibíd., los Estados Unidos, Irlanda, el Reino Unido, Singapur y Suiza, y el Japón (documento A/CN.4/492, reproducido en el presente volumen).

⁷³⁵ *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3, los Estados Unidos, Irlanda y el Reino Unido, y el Japón (documento A/CN.4/492, reproducido en el presente volumen).

⁷³⁶ *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3, la Argentina, Dinamarca, en nombre de los países nórdicos, y Singapur.

⁷³⁷ Véase la nota 705 *supra*.

⁷³⁸ Para más detalles véanse los párrafos 103 y 104 *supra*.

⁷³⁹ *C.I.J. Recueil 1997* (véase la nota 51 *supra*), pág. 55, párr. 82.

podía justificarse en tanto que contramedida. En primer lugar, hizo referencia a dos condiciones para justificar las contramedidas que se habían cumplido en este caso:

Para justificarse, una contramedida debe cumplir ciertas condiciones [...].

En primer lugar debe adoptarse la respuesta a un hecho internacionalmente ilícito cometido anteriormente por otro Estado y estar dirigida contra ese Estado. Aunque no se ha presentado primordialmente como una contramedida, resulta claro que la Variante C era una respuesta a la suspensión y el abandono de las obras por parte de Hungría y que estaba dirigida contra ese Estado; también es claro, a juicio de la Corte, que los hechos de Hungría eran internacionalmente ilícitos.

En segundo lugar, el Estado lesionado debe haber solicitado al Estado autor del hecho ilícito que cese su comportamiento ilícito o preste una reparación. De los hechos del caso se deduce claramente [...] que Checoslovaquia solicitó en muchas ocasiones a Hungría que reanudase el cumplimiento de sus obligaciones dimanantes del tratado⁷⁴⁰.

Sin embargo, la Corte consideró que los actos de Checoslovaquia no cumplían con la tercera condición, la proporcionalidad, y que, por consiguiente, eran ilícitos.

A juicio de la Corte, una importante consideración es que los efectos de una contramedida deben ser proporcionados al daño sufrido, habida cuenta de los derechos en cuestión.

[...]

La Corte considera que Checoslovaquia, al asumir unilateralmente el control de un recurso compartido, privando así a Hungría de su derecho a una parte equitativa y razonable de los recursos naturales del Danubio —con los efectos continuos que tenía la desviación de las aguas sobre la ecología de la zona ribereña del Szigetköz— no respetó la proporcionalidad requerida por el derecho internacional.

[...]

La Corte considera que la desviación del Danubio efectuada por Checoslovaquia no constituía una contramedida lícita porque no era proporcionada. En consecuencia no tiene que examinar otra condición de la licitud de la contramedida, a saber, que debe tener por propósito inducir al Estado autor del hecho ilícito a que cumpla con sus obligaciones con arreglo al derecho internacional y que, por lo tanto, la medida debe ser reversible⁷⁴¹.

384. En consecuencia la CIJ, en un contexto bilateral en el cual no se trataba de una cuestión relativa a las contramedidas prohibidas en el artículo 50, enunció los cuatro elementos distintos del derecho de contramedidas: *a)* las contramedidas deben adoptarse en respuesta a un hecho ilícito; *b)* deben estar procedidas de una petición de cumplimiento de la obligación formulada por el Estado lesionado⁷⁴²; *c)* la contramedida debe ser proporcionada, en el

⁷⁴⁰ *Ibid.*, págs. 55 y 56, párrs. 83 y 84. En apoyo de su declaración sobre las contramedidas, la Corte se refirió en general a su fallo *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (C.I.J. Recueil 1986)* (véase la nota 68 *supra*), pág. 127, párr. 249); la decisión de 9 de diciembre de 1978 en el asunto *Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France* (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (n.º de venta E/F.80.V.7), pág. 443), y a los proyectos de artículos 47 a 50 de la Comisión.

⁷⁴¹ *C.I.J. Recueil 1997* (véase la nota 51 *supra*), págs. 56 y 57, párrs. 85 y 87. La Corte se refirió a la importancia de la igualdad entre las partes en el control de las aguas de un río internacional, y observó también que el consentimiento de Hungría a la desviación de las aguas del Danubio se había efectuado en el marco de un proyecto conjunto y no en relación con una desviación unilateral.

⁷⁴² La Corte no mencionó el requisito de proceder a negociaciones previas, aunque en este caso se habían llevado a cabo amplias negociaciones.

sentido de «proporcionada al daño sufrido, habida cuenta de los derechos en cuestión»; y *d)* la contramedida debe tener por propósito «inducir al Estado autor del hecho ilícito a que cumpla con sus obligaciones con arreglo al derecho internacional, y [...] por lo tanto la medida debe ser reversible». En particular, la Corte aceptó el concepto de contramedidas en que se basa el artículo 47, así como el requisito de proporcionalidad (al tiempo que añadía útiles aclaraciones en relación con este último, y adoptaba un planteamiento más estricto de lo que podría sugerir la redacción del artículo 49). Adoptó un planteamiento ligeramente distinto de la cuestión de la notificación previa, que se trata en el artículo 48, que merece detenida atención en tanto que alternativa a la formulación existente. En general, la Corte adoptó una posición equilibrada. De una parte, no puso en tela de juicio que las contramedidas pueden justificar un comportamiento que de otra manera sería ilícito, en la medida en que hagan que dicho comportamiento resulte «lícito» (en oposición a una «medida legítima», que es la expresión empleada en el artículo 30 pero que no se utilizó en el fallo), y estimó que las contramedidas se hallaban normalmente en el ámbito de la responsabilidad de los Estados. Por otra parte, formuló requisitos relativamente estrictos y acumulativos para las contramedidas lícitas y los aplicó rigurosamente a los hechos del caso, refiriéndose, entre otras cosas, a los trabajos anteriores de la Comisión.

c) Cuestiones especiales planteadas por los artículos 47 a 50

385. El examen de los artículos 47 a 50 llevado a cabo hasta ahora parece indicar que un cierto número de cuestiones ha quedado sin resolver en el proyecto de artículos, sobre todo tratándose de cuestiones de procedimiento. Pero esto no debe disminuir el valor del proyecto de artículos en tanto que primer intento de formular las normas de derecho internacional que rigen la práctica de las contramedidas. Esa práctica es más bien amplia, se halla en relación directa con cuestiones de responsabilidad de los Estados, y ha suscitado inquietud en cuanto a su posible abuso. Al formular los artículos 30 y 47 a 50, la Comisión ha conseguido llegar a un comienzo de acuerdo en torno a cuestiones importantes sobre las cuales las prácticas y decisiones anteriores eran inciertas o equívocas. En particular, parecen ser objeto de aceptación general los elementos siguientes:

a) Las contramedidas sólo pueden justificarse en respuesta a un comportamiento que sea internacionalmente ilícito de hecho y de derecho. El convencimiento del Estado «lesionado» de que se trata de un hecho ilícito no es una base suficiente. En consecuencia, «el Estado lesionado que recurre a contramedidas sobre la base de su evaluación unilateral de la situación lo hace por su cuenta y riesgo y puede incurrir en responsabilidad por un acto ilícito si su evaluación ha sido incorrecta»⁷⁴³;

b) Las contramedidas no se limitan a las medidas «de reciprocidad» en relación con la misma obligación o con

⁷⁴³ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 73 y 74, párr. 1 del comentario al artículo 47. En consecuencia, el anterior dictamen en sentido contrario en el asunto *Accord relatif aux services aériens* (véase la nota 740 *supra*), no refleja el derecho internacional.

una obligación conexa. Esto permite establecer una distinción más clara entre las contramedidas y la aplicación de la *exceptio inadimpleti contractus*⁷⁴⁴;

c) El principio de proporcionalidad es una condición limitativa esencial a la adopción de contramedidas. La CIJ ha dado nuevas indicaciones sobre su aplicación refiriéndose a la noción de «proporcionalidad» y al requisito de que, en lo posible, los efectos de una contramedida deben ser reversibles⁷⁴⁵;

d) El propósito de las contramedidas es inducir al Estado al cual se aplican a que cese en su comportamiento ilícito y preste una reparación adecuada.

Las observaciones de los gobiernos que se han resumido antes, plantean una serie de elementos particulares sobre la formulación de los artículos 47 a 50. En su mayoría éstos pueden tenerse en cuenta mediante los cambios hechos en el texto o en el comentario: la Comisión se encargará de ello en su 52.º período de sesiones, en 2000, en el supuesto de que decida retener las disposiciones detalladas sobre contramedidas que figuran en los artículos 47 a 50. Sin embargo dos cuestiones de carácter general han suscitado muchas preocupaciones y deben tratarse en esta fase preliminar.

i) *La solución de controversias y la forma del proyecto de artículos*

386. Una cuestión fundamental en la formulación de las disposiciones sobre las contramedidas es el vínculo explícito establecido entre la adopción de contramedidas y el arbitraje obligatorio. Las disposiciones existentes se han redactado en el supuesto de que el proyecto de artículos se adoptará en forma de convención y no, por ejemplo, como una declaración anexa a una resolución de la Asamblea General. Como han observado muchos gobiernos, se trata de un supuesto controvertido y, en todo caso, la Comisión aún no ha decidido la forma en que se recomendará el proyecto de artículos a la Asamblea General. No parece deseable proponer textos relativos a una determinada cuestión, tal como las contramedidas, si en esos textos se da por supuesto que sólo existe una solución posible en cuanto a la forma del proyecto de artículos.

387. Además, el vínculo ahora existente entre las contramedidas y la solución de controversias presenta especiales dificultades que lo hacen problemático, cualquiera sea la posición que se adopte sobre la cuestión general de la forma del proyecto de artículos. Las dificultades se refieren tanto a las «medidas transitorias» como al régimen general de contramedidas.

388. Ya se han mencionado la inserción a última hora de la noción de «medidas transitorias» en el artículo 48 y las dificultades que presenta la terminología. La expresión «medidas transitorias» puede inducir a error y también resulta poco útil, puesto que no establece un criterio para distinguir entre las medidas «transitorias» y las medidas

de otra índole. Todas las contramedidas tienen por objeto inducir al Estado al cual se aplican a que cese su comportamiento ilícito y preste una reparación y, por consiguiente, proteger de esta manera los derechos del Estado lesionado. Todas las contramedidas son instrumentales y por ello sus efectos deben ser, en la medida de lo posible, reversibles, como lo sostuvo la CIJ en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*⁷⁴⁶. En este importante sentido todas las contramedidas son medidas «transitorias» tendientes a normalizar las relaciones mediante la solución de la controversia existente⁷⁴⁷. Por ejemplo, en la segunda oración del artículo 48 se usa un término engañoso para indicar un concepto que no se ha definido y que evidentemente debe ser objeto de un nuevo examen. Una solución sencilla sería seguir el requisito prescrito por la Corte de que, antes de adoptar contramedidas, el Estado lesionado debe por lo menos haber solicitado al Estado autor del hecho ilícito que cumpla con la norma primaria pertinente o preste una reparación.

389. Tratándose del régimen general de contramedidas, la situación es, por lo menos, igualmente problemática. En cierto sentido la creación de una relación entre la adopción de contramedidas y el recurso al arbitraje puede parecer un elemento progresista, que tiende a moderar el antiguo sistema de «represalias» y contribuye al arreglo pacífico de las controversias internacionales. Recuerda el vínculo establecido, de manera excepcional, en la Convención de Viena de 1969, entre la solución obligatoria de controversias mediante el recurso a un tercero y la invocación de una norma imperativa (*jus cogens*) como causa de invalidez de un tratado⁷⁴⁸. Ese procedimiento, que no se ha invocado nunca, puede defenderse aduciendo que mantiene la estabilidad de las relaciones convencionales⁷⁴⁹. Por el contrario, el vínculo entre las contramedidas y el arbitraje obligatorio tiene serias desventajas y puede ser causa de inestabilidad. La dificultad fundamental es que sólo el Estado objeto de las contramedidas está facultado para dar comienzo al arbitraje obligatorio después de adoptarse las contramedidas, y esto pone a los dos participantes en la controversia en una situación de desigualdad que es difícil justificar en virtud de un principio. ¿Por qué debe el Estado que presuntamente ha cometido un hecho internacionalmente ilícito estar facultado para exigir que el Estado lesionado someta a arbitraje la controversia, mientras que el Estado lesionado no dispone del mismo derecho? Un Estado lesionado que trate de lograr la solución de una controversia mediante el recurso a un tercero tiene, por consiguiente, un incentivo para adoptar contramedidas (inclusive, tal vez, contramedidas excesivas o desproporcionadas) a fin de inducir al Estado al cual éstas se aplican a que inicie el arbitraje. El derecho internacional debe tener por política desalentar el recurso a las

⁷⁴⁶ *Ibid.*

⁷⁴⁷ Véase además Crawford, «Counter-measures as interim measures».

⁷⁴⁸ Véase la Convención de Viena de 1969, arts. 53, 64 y 66. En este caso el vínculo con la solución de controversias no fue establecido por la Comisión sino por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados.

⁷⁴⁹ Es en cierta medida paradójico prever, de un lado, que las partes en un tratado no pueden, so pena de invalidez, descartar ciertas normas imperativas que interesan a la comunidad internacional en su conjunto y, de otro lado, limitar la posibilidad de impugnar la validez de los tratados a las partes en los mismos.

⁷⁴⁴ Véanse los párrafos 324 y 325 *supra*. La Comisión ha decidido postergar el examen de la formulación de la *exceptio* mientras no haya llegado a conclusiones sobre el contenido y la formulación de los artículos relativos a las contramedidas.

⁷⁴⁵ Véase el párrafo 383 *supra*.

contramedidas pero, en tal sentido, el proyecto de artículos parece más bien alentarlas. Se ha decidido no requerir en el proyecto de artículos la solución judicial de las controversias mediante el recurso a un tercero en lo que respecta a la responsabilidad de los Estados, pero puesto que, en principio, es posible adoptar contramedidas en relación con cualquier violación de una obligación internacional, puede sostenerse que el párrafo 2 del artículo 58 tiene por consecuencia introducir este sistema de manera indirecta e inequitativa. También se presentan dificultades técnicas cuando se trata de poner en marcha una obligación de recurrir al arbitraje en relación con la adopción de contramedidas: por ejemplo, un Estado que se niega a caracterizar su comportamiento como una contramedida puede eludir de esta manera dicha obligación⁷⁵⁰ y existen dificultades con respecto a cuestiones tales como las reconveniones, a que no se hace referencia en el texto existente⁷⁵¹. Por todas estas razones, el Relator Especial está firmemente convencido de que no debe conservarse el vínculo entre la adopción de contramedidas y el arbitraje obligatorio.

ii) *El equilibrio entre el Estado «lesionado» y el Estado «objeto de las contramedidas»*

390. Un segundo elemento que ha suscitado muchas preocupaciones es la desigualdad de hecho que entrañan las contramedidas, puesto que, por definición, los Estados más poderosos tienen más capacidad y mayores posibilidades de adoptarlas. Justamente, esta consideración ha hecho que la Comisión introduzca en primera lectura un régimen especial de arbitraje obligatorio en los casos en que se ha recurrido a contramedidas. Sin embargo, por lo general, los Estados que han expresado esta preocupación no apoyan el punto de vista de que deben suprimirse las contramedidas del proyecto de artículos. En particular, a juicio del Relator Especial, no es posible suprimir el artículo 30 sin «descodificar» el derecho internacional. Pero una vez que se acepta el principio del artículo 30, resulta deseable fijar límites apropiados para el recurso a las contramedidas y, en particular, dejar establecida su relación con la cesación y la restitución. Esta es una tarea que corresponde al proyecto de artículos: si la Comisión decide ahora no llevarla a cabo estaría contribuyendo a acentuar la desigualdad inherente a la capacidad de adoptar contramedidas.

2. CONCLUSIÓN GENERAL

a) Opciones de la Comisión

391. En resumen, la Comisión parece tener las siguientes opciones para tratar las contramedidas:

a) Conservar el artículo 30 esencialmente en su forma actual, pero suprimir el tratamiento de las contramedidas en la segunda parte;

b) No tratar las contramedidas en la segunda parte, pero incorporar elementos sustanciales del régimen jurídico de contramedidas en el artículo 30;

c) Empezar un tratamiento sustancial de las contramedidas en la segunda parte, inspirado en el texto actual, e incluir el vínculo con la solución de controversias (sin perjuicio de otras cuestiones que se han planteado en relación con determinados artículos);

d) Tratar las contramedidas en la segunda parte, ocupándose de las diversas críticas que se han formulado a los artículos 47 a 50, pero evitando todo vínculo específico con la solución de controversias.

392. El Relator Especial prefiere la cuarta de estas opciones. Se considera, con entera razón, que el tema de las contramedidas en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito se encuentra en el ámbito de la responsabilidad de los Estados, y siempre se ha pensado que figuraría en la segunda parte del proyecto de artículos. El vínculo establecido en el artículo 47 entre las contramedidas, la cesación del comportamiento ilícito y la reparación es útil, y en general las disposiciones sobre las contramedidas parecen tener efectos beneficiosos en la consolidación del derecho, como lo indicó la CIJ en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagyymaros*⁷⁵². Los Estados y los comentaristas comparten una preocupación general en cuanto a la posibilidad de abusar de las contramedidas. Sin embargo, también suele reconocerse que la institución de las contramedidas existe en el derecho internacional, reconocimiento que se refleja en la decisión adoptada en principio por la Comisión de conservar el artículo 30 en el capítulo V. A juicio del Relator Especial, no sería apropiado reconocer que las contramedidas son una circunstancia que excluye la ilicitud en el marco de la responsabilidad de los Estados —es decir que pueden constituir una excusa o una justificación del comportamiento ilícito— y no exponer al mismo tiempo las principales limitaciones jurídicas al recurso a las contramedidas⁷⁵³. Es cierto que existen dificultades con los artículos 47 a 50, en particular tratándose del vínculo con la solución de controversias y con el hecho de no haberse abordado los problemas que surgen de las contramedidas «colectivas» en situaciones en que existen muchos «Estados lesionados». Pero estas dificultades pueden resolverse en el marco del examen de la segunda parte y, en lo que respecta a las respuestas «colectivas» a las violaciones de las obligaciones *erga omnes*, tendrán que tratarse, en todo caso, en el contexto del artículo 40 y de la incidencia de las obligaciones *erga omnes*.

393. Puede parecer más bien extraño referirse para comenzar a las contramedidas en el contexto un poco «in-

⁷⁵⁰ Un problema semejante se planteó en el Tribunal Internacional del Derecho del Mar en el asunto *Navire «Saiga» (n.º 2)* (San Vicente y las Granadinas c. Guinea) (*TIDM Recueil 1999*, pág. 10), véase el párrafo 72 del fallo del Tribunal de 4 de diciembre de 1997, en el cual el Tribunal sostuvo que «puesto a elegir entre una clasificación jurídica que entrañe una violación del derecho internacional y una que evita esta consecuencia es preciso optar por la segunda». Sobre este elemento hubo división de opiniones en el Tribunal, 12 contra 9.

⁷⁵¹ Véase el párrafo 393 *infra*. En muchos casos de responsabilidad de los Estados en los que se han adoptado contramedidas, debe plantearse la cuestión de las posibles reconveniones.

⁷⁵² Véase la nota 51 *supra*.

⁷⁵³ Como se ha observado antes (párr. 295) la analogía entre la legítima defensa y las contramedidas no requiere que se adopte el mismo planteamiento en relación con ambos elementos en el capítulo V de la primera parte. El derecho de legítima defensa se halla relativamente bien desarrollado y se incorpora en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Por otra parte, el derecho de legítima defensa no se ha tratado nunca como un aspecto de la responsabilidad de los Estados, sino como un punto de referencia. La situación de las contramedidas es diferente en todos esos aspectos.

cidental» del artículo 30 antes de proceder a tratarlas con mayor detalle en la segunda parte, y ésta puede ser una razón para preferir la segunda opción antes mencionada⁷⁵⁴. Sin embargo, la dificultad parece ser de presentación y las contramedidas deben estar centradas sobre todo en su propósito instrumental en relación con la cesación y la reparación, no en sus efectos incidentales en tanto que circunstancias que excluyen la ilicitud. Se trata tal vez del principal adelanto hecho en los artículos 47 a 50: las contramedidas se aprecian en la relación con las obligaciones de cesación y reparación prescritas en la segunda parte y no simplemente como una forma difusa y relativamente indiscriminada de sanción, represalia o pena. En estas circunstancias resulta difícil no referirse a las obligaciones secundarias dimanadas del hecho internacionalmente ilícito, según lo expuesto en la segunda parte. En suma, esta consideración es insuficiente para inclinar la balanza en favor de la segunda opción presentada en el párrafo 389 *supra*.

⁷⁵⁴ Las referencias a los artículos ulteriores en el marco de un texto de codificación, aun si pueden parecer extrañas, no dejan de tener precedentes: véase, por ejemplo, la Convención de Viena de 1969 (arts. 17, párr. 1; 27; 44, párrs. 1, 4 y 5; 45 y 48, párr. 3).

b) *La formulación del artículo 30*

394. Si se acepta esta recomendación, resulta posible recomendar los términos precisos del artículo 30, cuestión que se dejó para más adelante en el segundo informe por las razones que ya se han explicado⁷⁵⁵. El Relator Especial está de acuerdo con las sugerencias formuladas por algunos gobiernos en el sentido de que el artículo 30 debe hacer referencia al tratamiento de las contramedidas en la segunda parte, y que en él se debe distinguir entre las contramedidas y las «medidas» adoptadas o auspiciadas por las organizaciones internacionales con arreglo a sus propios instrumentos constitutivos⁷⁵⁶. Sobre esta base el Relator Especial propone el siguiente texto para el artículo 30:

«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 [xx] a [xx], y en la medida en que lo sea.»

⁷⁵⁵ Véase el párrafo 250 *supra*.

⁷⁵⁶ Para estas observaciones, véanse los párrafos 248, 249 y 376 a 381 *supra*.

Injerencia en los derechos contractuales: reseña de la experiencia en derecho comparado

1. A los efectos de determinar si el artículo 27 del proyecto de artículos debería ser aplicable a los casos en que un Estado hace que otro no cumpla un tratado con un tercer Estado, a veces se hace referencia a los principios generales del derecho en el sentido de que es ilícito injerirse en los derechos de otros, inclusive los contractuales¹. Es útil proceder a una reseña del derecho comparado para ver si se encuentran en la fuente fundamentos para esta afirmación². Como se verá, en el derecho inglés, estadounidense, francés y alemán se reconoce como ilícito civil inducir a sabiendas e intencionalmente a no cumplir un contrato, si bien se encuentran diferencias importantes entre ellos. En cambio, el derecho islámico no parece reconocer esa responsabilidad.

El derecho inglés³

2. Las normas que rigen en el derecho inglés respecto de la instigación a no cumplir un contrato se basan en un principio general formulado por Lord Macnaghten en *Quinn v. Leatham* en los términos siguientes:

Se vulnera un derecho cuando alguien se injiere en relaciones contractuales reconocidas por la ley sin tener justificación suficiente para ello⁴.

La fuente de la responsabilidad se califica de distintas maneras, como la de instigar al incumplimiento de un contrato, injerirse en derechos contractuales o «el principio de la causa *Lumley v. Gye*» y se ha aplicado a contratos de toda índole. Desde el principio, ha sido considerado un aspecto del ilícito más general de la «intromisión directa en de-

rechos». En otras palabras, se ha calificado de ilícito el hecho de causar, intencionalmente y sin justificación, la vulneración de un derecho, en este caso el derecho de una de las partes en un contrato de que la otra lo cumpla⁵.

3. Deben darse tres elementos para que un acto de instigación pueda ser sometido a la acción de la justicia. En primer lugar, el autor debe conocer la existencia del contrato y tener la intención de obstaculizar su cumplimiento⁶, si bien no es necesario que conozca exactamente las cláusulas del contrato⁷. En segundo lugar, el autor no debe haber tenido justificación suficiente para actuar de esa manera⁸. A este respecto, los tribunales pueden tener en cuenta «la índole del contrato incumplido, la situación de las partes en el contrato, las razones para el incumplimiento, los medios utilizados para causarlo, la relación de la persona que causa el incumplimiento con la que incumple el contrato y [...] el objetivo que persigue quien causa el incumplimiento»⁹. Para justificar la instigación, no basta con demostrar que el demandado actuaba de buena fe para la consecución de un interés legítimo; debe haber algo parecido a un deber moral¹⁰ o un claro derecho para actuar¹¹. En tercer lugar, el contrato debe haberse incumplido en la práctica y haber causado perjuicios reales al demandante¹².

⁵ Véase *Lumley v. Gye* (nota 4 *supra*), págs. 216 y 232 (Erle); *Allen v. Flood*, Cámara de los Lores, *The Law Reports* (1898), pág. 96 (Lord Watson); *Quinn v. Leatham* (párr. 2 *supra*); *Associated British Ports v. TGWU* (nota 4 *supra*), págs. 939, 959 (Butler-Sloss) y 964 (Stuart-Smith); *F. v. Wirral Metropolitan Council*, *The Weekly Law Reports* 1991, vol. 2, pág. 1132 (Ralph Gibson y Stuart-Smith).

⁶ Véase *Merkur Island Corp. v. Laughton* (nota 4 *supra*), pág. 608 (Lord Diplock); y *Middlebrook Mushrooms Ltd v. TGWU* (nota 4 *supra*) (Neill).

⁷ *J. T. Stratford & Sons Ltd v. Lindley and Another* (véase la nota 4 *supra*); *Merkur Island Corp. v. Laughton* (véase la nota 4 *supra*), pág. 609 (Lord Diplock).

⁸ Según *Clerk & Lindsell on Torts*, 17.^a ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1995, pág. 1218 «es imposible enunciar una norma general sobre la índole de esta excepción». Véase, por ejemplo, *Glamorgan Coal Co. Ltd. v. South Wales Miners' Federation* [1903] 2 K.B. 545, 573-574 (Romer), 577 (Stirling); *Smithies v. National Association of Operative Plasterers*, Cámara de los Lores, *The Law Reports* (1909), pág. 310; y *Edwin Hill v. First National Finance Corporation plc*, *The Weekly Law Reports* 1989, vol. 1, pág. 225 (Tribunal de Apelaciones).

⁹ *Glamorgan Coal Co. Ltd.* (véase la nota 8 *supra*), pág. 574 (Romer), adoptado en *Greig v. Insole*, *The Weekly Law Reports* 1978, vol. 1, pág. 340 (Slade), y citado en *British Industrial Plastics v. Ferguson*, *All England Law Reports* 1938, vol. 4, pág. 510 (Slessor).

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Por ejemplo, *Edwin Hill v. First National Finance Corporation plc* (nota 8 *supra*). En otras jurisdicciones de derecho común se aplica un planteamiento más liberal para la justificación.

¹² *Jones Brothers (Hunstanton) Ltd. v. Stevens*, *The Law Reports* 1955, vol. 1 (Queen's Bench), pág. 275.

¹ Véase, por ejemplo, Lauterpacht, «Contracts to break a contract», pág. 374.

² El Relator Especial querría dar las gracias al Sr. Roger O'Keefe, del Magdalene College (Cambridge), por la asistencia que le prestó en la preparación de este anexo, y a los Sres. Heinz Kötz, Basil Markesinis y Tony Weir por las útiles observaciones que formularon.

³ En Inglaterra, la cuestión está regida por el *common law* y no por leyes parlamentarias; el derecho parece sustancialmente similar en otras jurisdicciones de *common law*. Respecto de la situación en los Estados Unidos, véanse los párrafos 4 y 5 *infra*.

⁴ *The Law Reports*, Cámara de los Lores (1901), pág. 510. La responsabilidad extracontractual fue reconocida por primera vez en *Lumley v. Gye*, *The All England Law Reports Reprint 1843-1860*, pág. 216. Los fallos contemporáneos más importantes en la cuestión son *J. T. Stratford & Sons Ltd v. Lindley and Another*, Cámara de los Lores, *Law Reports* 1965, pág. 269; *Merkur Island Corp. v. Laughton*, *ibid.*, *Law Reports* 1983, pág. 570; *Associated British Ports v. TGWU*, *ibid.*, *The Weekly Law Reports* 1989, vol. 1, pág. 939; *Ticehurst and Thompson v. British Telecommunications plc*, Tribunal de Apelaciones (1992) ICR 383; *Middlebrook Mushrooms Ltd v. TGWU*, *ibid.* [1993] ICR 612; y *Law Debenture Trust Corporation v. Ural Caspian Oil Corporation Ltd*, *ibid.*, *The Weekly Law Reports* 1994, vol. 3, pág. 1221.

El derecho estadounidense¹³

4. El *Restatement of the Law, Second, Torts* (1979) se refiere a la «Injerencia intencional en el cumplimiento del contrato por un tercero» y dispone, en su artículo 766 que:

Quien intencional e indebidamente se injiere en el incumplimiento de un contrato (salvo un contrato de matrimonio) entre otra persona y un tercero instigando al tercero a que no cumpla el contrato, o lográndolo de otra manera, será responsable respecto de la otra parte por los perjuicios pecuniarios dimanados del incumplimiento del contrato por el tercero.

En la redacción del artículo 766, la expresión «indebidamente» quiere decir «en forma injustificada». Se consideró que esta última expresión, utilizada con mayor frecuencia por los tribunales daba a entender que «todos los factores constituían excepciones». En el artículo 767 se enuncian en los siguientes términos los factores para «determinar si la injerencia es indebida»:

- a) La índole del comportamiento del autor;
- b) El motivo del autor;
- c) Los intereses de la persona en que se injiere el comportamiento del autor;
- d) Los intereses que procura el autor;
- e) El interés social en proteger la libertad de acción del autor y los intereses contractuales de la otra parte;
- f) La relación cercana o remota entre el hecho del autor y la injerencia, y
- g) Las relaciones entre las partes.

5. El apartado *c* del comentario del artículo 766 consigna la evolución del derecho de los Estados Unidos hasta la misma fuente británica, *Lumley v. Gye*¹⁴. El concepto de ilícito civil se ha aplicado en los Estados Unidos a todos los tipos de contrato, salvo el de matrimonio¹⁵. Al igual que en el derecho inglés, el demandado debe tener conocimiento del contrato (apartado *i* del comentario) y la intención de injerirse en el cumplimiento del contrato (apartado *j* del comentario).

El derecho alemán¹⁶

6. El hecho de instigar el incumplimiento de un contrato constituye un acto ilícito civil según el artículo 826 del

¹³ La jurisprudencia se encuentra resumida en Keeton (ed.), *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, pág. 978, párr. 129, en que se confirma el *Restatement of the Law, Second, Torts* (párr. 4 de este anexo). Hay que señalar que, a diferencia de otros estados de los Estados Unidos, así como de Francia, Louisiana no ha reconocido la responsabilidad extracontractual.

¹⁴ Véase la nota 4 *supra*.

¹⁵ Véase el apartado *d* de ese comentario. Según el derecho inglés, el ilícito se aplica a los contratos de toda índole: *Clerk & Lindsell on Torts* (nota 8 *supra*), pág. 1178. Hay que señalar, en todo caso, que tradicionalmente se justificaba que el padre interviniera para impedir que un hijo se casara con una persona inmoral: *Glamorgan Coal*, pág. 577 (Stirling) y *South Wales Miners' Federation v. Glamorgan Coal Company*, Cámara de los Lores, *The Law Reports 1905*, pág. 249 (Lord James); *Croftier Hand Woven Harris Tweed Co. v. Veitch*, *ibíd.* 1942, págs. 442 y 443 (Simon).

¹⁶ Véase Markesinis, *The German Law of Obligations*, pág. 898; y Zweigert y Kötz, *op. cit.*, págs. 622 y 623.

Código Civil alemán, que establece una forma general de responsabilidad extracontractual por el hecho de infligir daño intencionalmente *contra bonos mores*¹⁷. Sin embargo, el derecho alemán «adopta una postura restrictiva y no considera que la injerencia en los derechos contractuales de otro constituya por sí misma fuente de responsabilidad extracontractual»¹⁸. No basta con el mero conocimiento del incumplimiento del contrato con un tercero o con la «cooperación» para ese incumplimiento¹⁹. La Corte Federal de Justicia de Alemania ha declarado que:

Los derechos al cumplimiento del contrato no se cuentan entre aquellos cuya violación da lugar en sí a responsabilidad extracontractual. El orden moral tampoco obliga a un tercero independiente en caso de conflicto a subordinar sus propios intereses a los de la parte contratante. Así, no existe una acción con arreglo al artículo 826 del Código Civil por daños y perjuicios contra terceros simplemente porque hayan cooperado en la violación de [un contrato] [...]. La denuncia de un comportamiento *contra bonos mores* únicamente se justifica en casos de atentados graves contra los sentimientos de decencia, en los cuales el comportamiento de un tercero es incompatible con los requisitos básicos de un buen planteamiento del derecho²⁰.

La jurisprudencia alemana deja bien establecido que la injerencia de un tercero en una relación contractual únicamente es fuente de responsabilidad extracontractual «cuando el tercero tiene un grado especial de comportamiento temerario respecto de la parte contratante perjudicada por el incumplimiento subsiguiente»²¹. Así ocurriría, por ejemplo, cuando un tercero «colude con el deudor para invalidar concretamente los derechos del acreedor en un determinado contrato»²², o cuando un tercero promete exonerar al deudor de la responsabilidad que haga valer en su contra el acreedor²³. Además, la transgresión instigada debe ser fundamental para el cumplimiento del contrato en su integridad y no tratarse de la transgresión de una cláusula secundaria o incidental.

El derecho francés²⁴

7. Quien ayude a otro a sabiendas a incumplir una obligación contractual que le incumba comete un acto ilícito civil con arreglo a los artículos 1382 y 1383 del Código Civil francés respecto de la víctima del incumplimiento²⁵.

¹⁷ Véase RG JW 1913, 866; RGZ 78, 14, 17; RG JW 1913, 326; BGH NJW 1981, 2184, citado por Markesinis, *op. cit.*, pág. 898. Véanse también los casos citados en Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, párr. 826, y Ulmer, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, párr. 826.

¹⁸ Van Gerven y otros (eds.), *Tort: Scope of Protection*, pág. 279.

¹⁹ Véase BGH NJW 1969, 1293 y ss., citado por Markesinis, *op. cit.*, pág. 898, y BGH NJW 1994, 128; se encuentra un extracto en van Gerven y otros (eds.), *op. cit.*, págs. 277 a 279.

²⁰ BGH NJW 1994 (véase la nota 19 *supra*), pág. 278.

²¹ *Ibíd.*, pág. 279.

²² *Ibíd.*, pág. 278.

²³ Véase BGH NJW 1981, 2184, citado por Youngs, *English, French and German Comparative Law*, pág. 282, nota 422.

²⁴ Véase una útil reseña en Palmer, «A comparative study (from a common law perspective) of the French action for wrongful interference with contract».

²⁵ Véase Dalloz, *Recueil périodique et critique de jurisprudence*, 1908, Civ., 27 mayo de 1908, pág. 459; Com., 29 de mayo de 1967, *Bull. civ.* III, n.º 209; Com., 11 de octubre de 1971, *Recueil Dalloz Sirey*, 1972 (París), pág. 120; Civ. 2.ª de 13 de abril de 1972, *ibíd.*, pág. 440; Civ. 3.ª de 10 de mayo de 1972, *Bull. civ.* III, n.º 300; Civ. 3.ª de 8 de julio de 1975, *ibíd.*, n.º 249; Com., 13 marzo de 1979, *Recueil Dalloz Sirey*, 1980, págs. 1 a 3, nota de Serra; Com., 23 de abril de

Al parecer, la responsabilidad por la injerencia en las obligaciones contractuales de otro (la responsabilidad del tercero cómplice o en cierto sentido concreto, la competencia desleal) no depende de que el demandado haya instigado en la práctica al incumplimiento. El conocimiento de la existencia de la obligación contractual es causa suficiente de responsabilidad, como manifestó la Corte de Casación en *Dlle Pedelmas et autres c. Époux Morin et autre*²⁶. El texto de la ley es el siguiente:

Quien ayude con conocimiento de causa a otro a infringir obligaciones contractuales que le incumban comete un acto ilícito respecto de la víctima de la violación²⁷.

Savatier señala en su texto clásico que «la jurisprudencia, por una parte, afirma el carácter delictual de la responsabilidad de un tercero cómplice, y, por la otra, se limita en principio a exigir para declararlo culpable que tenga conocimiento del contrato sin más culpa»²⁸.

8. Más explícitamente, Serra indica en su nota sobre la causa *Dlle Pedelmas et autres c. Époux Morin et autre*:

Basta con que el tercero haya actuado con conocimiento de causa y no haya ignorado la existencia del acuerdo [...] para la violación en la que se hace parte. No hace falta que el tercero instigue al deudor a incumplir su obligación, no hace falta que le quepa un papel determinante en el incumplimiento del acuerdo²⁹.

Viney coincide en los siguientes términos:

El conocimiento del contrato y la realización consciente de actos que obstaculicen su ejecución bastan para establecer la culpa del tercero³⁰.

9. Estos principios fueron aplicados con notables resultados en una serie de causas, en las que se sostuvo que una red selectiva de distribución establecida en virtud de un contrato entre varios productores podía dar lugar a la responsabilidad extracontractual, en virtud del artículo 1382, de un distribuidor que obtenía y vendía esos productos³¹. En *S.A.R.L. Geparo Im En Export BV c. S.N.C. Les Parfums Cacharel et Cie*³², la Corte de Casación declaró que:

Habida cuenta del artículo 1382 del Código Civil, el intermediario que no forme parte autorizada de una red de distribución selectiva lícita incurre en culpa al tratar de obtener de un distribuidor autorizado, en incumplimiento del contrato que le vincula a la red, la venta de productos comercializados por este medio de distribución [...]³³.

1985, *Bull. civ.* IV, n.º 124; Com., 5 de febrero de 1991, *ibíd.*, n.º 51; Com., 4 de mayo de 1993, *ibíd.*, n.º 164.

²⁶ Com., 13 de marzo de 1979 (véase la nota 25 *supra*), pág. 1.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, pág. 187, párr. 144.

²⁹ Com., 13 de marzo de 1979 (véase la nota 25 *supra*), pág. 2. Véase también *Lehmann v. Société des comédiens français*, 2 de junio de 1930, *La Gazette du Palais*, n.º 2 (1930), pág. 119; y *Maréchal v. Époux Loustau*, Com. de 4 de mayo de 1993 (véase la nota 25 *supra*).

³⁰ Viney, *Traité de droit civil: Introduction à la responsabilité*, 2.ª ed., París, 1995, pág. 382, párr. 207-2.

³¹ Véase Com., 16 de febrero de 1988, *Bull. civ.* IV, n.º 76; Com., 13 diciembre de 1988, *ibíd.*, n.ºs 343 y 344; Com., 31 de enero de 1989, *ibíd.*, n.º 45; Com., 21 de marzo de 1989, *ibíd.*, n.º 98; Com., 10 de mayo de 1989, *Recueil Dalloz Sirey*, 1989, pág. 427, especialmente casos específicos 3.º, 4.º y 5.º.

³² Com., 21 de mayo de 1989, *Recueil Dalloz Sirey*, 1989 (véase la nota 31 *supra*), 4.º caso específico.

³³ *Ibid.*, pág. 428.

Igualmente, en *Soc. Allones Distribution Centre Leclerc et autre c. Soc. anon. Estée Lauder*, la Corte de Casación declaró:

Habida cuenta del artículo 1382 del Código Civil, la red de distribución selectiva es oponible a la Soc. Allones et Direct Distribution y [...] ésta ha incurrido en culpa al proceder a la importación y venta de los productos sin ser distribuidora autorizada [...]³⁴.

Estos casos, cuya novedad se ha señalado, parecen suscitar aprobación³⁵.

10. Evidentemente, para que haya responsabilidad, debe tratarse de la violación de un contrato legítimo. Fuera de ello, no parece haber una disposición que se refiera expresamente a la cuestión de la justificación para injerirse en relaciones contractuales. A este respecto, es importante recordar que la responsabilidad por la injerencia en relaciones contractuales se considera una manifestación del «deber general de no perjudicar a otros»³⁶:

el daño que se cause en nombre de la sociedad a otro, en forma que el primero pueda prevenir y evitar, da lugar, pues, a una presunción de culpa y de responsabilidad³⁷.

Sin embargo, como indica el empleo de la palabra «presunción», «el daño causado puede justificarse por el ejercicio de un derecho» que «con una expresión sencilla y un poco burda» Savatier incluye entre los «derechos de molestar a otro»³⁸. Según Savatier:

la mayor parte del tiempo, el derecho de molestar a otro tiene fundamento suficiente en la equidad y el resultado [...] de las exigencias de la vida social. Así ocurre, por ejemplo, con el derecho a expresar la opinión o con los derechos de competencia [...] se trata de derechos de equidad y presentan una estrecha relación con los principios que protegen la libertad individual, la libertad de pensamiento y de expresión, la libertad de comercio y de trabajo [...]³⁹.

Savatier divide estas justificaciones generales en cinco categorías, de las cuales sólo interesa mencionar dos. La primera es la del que se podría llamar derecho de competencia:

El derecho de causar algunos perjuicios dimana del paralelismo inevitable en las actividades humanas legítimas; se trata del derecho de competencia. Cualquiera que sea la fuente (un concurso, una adjudicación, la similitud de profesión, etc.), lo que obtiene uno (una recompensa, un lugar, un mercado, una clientela) lo hace a expensas de los otros. Su actividad, por más que cause perjuicios a éstos, es legítima⁴⁰.

Cualquiera que sea la validez general de este principio, la Corte de Casación, en la importante causa *Deuillet et Cie c. Raudnitz*⁴¹, fijó estrictos límites al derecho de competencia en su relación con la injerencia en obligaciones contractuales válidas, al menos en el caso concreto de los contratos de empleo. Posteriormente, se han aplicado límites similares, en principio, aunque no siempre respecto de los hechos de una causa, a otros tipos distintos de contrato comercial.

³⁴ Com., 10 de mayo de 1989 (véase la nota 31 *supra*), caso específico 5.º, págs. 428 y 429.

³⁵ *Ibid.*, nota de Bénabent, págs. 430 y 431.

³⁶ Savatier, *op. cit.*, cap. III, pág. 47.

³⁷ *Ibid.*, párr. 35.

³⁸ *Ibid.*, pág. 48, párr. 36.

³⁹ *Ibid.*, págs. 48 y 49.

⁴⁰ *Ibid.*, págs. 49 y 50, párr. 37, a).

⁴¹ Civ., 27 de mayo de 1908 (véase la nota 25 *supra*).

11. La segunda justificación de Savatier se refiere a la legítima defensa o el estado de necesidad:

Las actividades contrapuestas legítimas, en su calidad de actividades paralelas, inevitablemente causan perjuicio. Se trata de los derechos de defensa. Puede tratarse de la defensa de un grupo legítimo (nacional, profesional, social o religioso) o de un individuo. Cabe mencionar como ejemplo la legítima defensa, la acción judicial y el estado de necesidad⁴².

En el caso del importador y distribuidor de perfume que no formaba parte de la red de distribución selectiva, la Corte de Casación sostuvo que, de no haber pruebas de que los artículos se hubiesen adquirido irregularmente, el demandado no infringía el artículo 1382. Por haber «adquirido irregularmente los artículos»⁴³, la Corte de Casación parecía referirse a su adquisición de una de las partes de la redistribución selectiva en transgresión de la obligación contractual que ella tenía. Se llegó a conclusiones similares en varios de los otros casos. En resumen, el mero hecho de circunvenir la red de distribución selectiva (sin intervención de una de las partes en el acuerdo) no constituye una violación del artículo 1382. Se trata de una simple situación de *pacta tertiis*. Sin embargo, hacerlo con participación de una de las partes en el acuerdo constituye una violación de ese artículo en el supuesto de que se establezca la legitimidad del acuerdo.

El derecho islámico

12. El derecho islámico no tiene una categoría general de normas de responsabilidad extracontractual. Los principios de responsabilidad civil deben inferirse del Corán, la Sunna y las opiniones de juristas eruditos. De todas maneras, la responsabilidad extracontractual (*jinayah*; a veces *'uqubat*) no constituye una categoría legal coherente sino que está dividida en actos concretos, la usurpación (*ghasab*), la conversión (*itlaf*), la acción posesoria (*tasarruf-i beja*), la retención ilegal (*habs*) y la intromisión (*mudakhalat-i beja*)⁴⁴.

13. No obstante lo que antecede, un prominente jurista definió en términos generales la expresión *jinayah* como «el acto de transgresión que causa daños o perjuicios a una persona, sus bienes o su honor [...] [o] la violación de un derecho reconocido *a priori* por la ley y que hace recaer responsabilidad civil sobre el demandado»⁴⁵. No está claro si esta definición es simplemente una descripción de los distintos ilícitos o es también prescriptiva; parece haber cierta discusión en cuanto al sentido de «un derecho reconocido *a priori* por la ley»⁴⁶. Como consecuencia, al no haber datos concretos, es imposible afirmar si el derecho islámico reconoce la responsabilidad por actos ilícitos civiles por la injerencia en relaciones contractuales.

14. Hay dos elementos, sin embargo, que limitan la posibilidad de la responsabilidad extracontractual en el derecho islámico por la injerencia en relaciones contractuales. En primer lugar, la intención es el único fundamento de la responsabilidad civil en el sistema de *jinayah*; no será responsable quien no haya tenido la intención de causar un daño al demandante⁴⁷. En segundo lugar, desde el punto de vista de la justificación, al menos una escuela influyente de juristas musulmanes afirma que «el principio de que 'un daño causado en el curso del ejercicio de un derecho exime al demandado de su responsabilidad civil', lo que se resume en general en los términos *al-jawaz al-shar 'iyuna fi al-dhaman*'»⁴⁸. Otros han hablado de una limitación por remisión al interés público (*al-maslaha al-mursalah*)⁴⁹. Así, incluso si el derecho islámico o los sistemas de derecho islámico reconocieran el principio de la responsabilidad extracontractual por la instigación del incumplimiento de un contrato, esa responsabilidad estaría muy limitada.

Conclusiones

15. Esta reseña indica que los cuatro sistemas occidentales a que se ha pasado revista, si bien reconocen que la instigación intencional y a sabiendas del incumplimiento de un contrato es un acto ilícito civil, enfocan la cuestión en forma distinta y esas diferencias se acentúan al tener en cuenta una variedad mayor de comparaciones como, por ejemplo, con el derecho islámico o el derecho ruso. Si bien puede ocurrir que algunos de estos sistemas arrojen resultados similares en la práctica⁵⁰, ello no será en modo alguno universal. Además, cabe señalar varias cuestiones adicionales. En primer lugar, hay importantes diferencias de planteamiento, incluso entre los sistemas occidentales a que nos hemos referido. El derecho francés es el más abierto en principio a la responsabilidad (aunque con sujeción y limitaciones en la práctica, como una estricta carga de la prueba); el derecho alemán es el menos abierto porque exige más que la asistencia o la instigación a sabiendas, lo cual equivale a una conducta indebida. El derecho inglés y el estadounidense adoptan una postura intermedia; en principio hay responsabilidad por la instigación deliberada y a sabiendas, pero sujeta a la excepción de justificación y a la prueba del daño efectivo dimanado del incumplimiento. En segundo lugar, las normas correspondientes funcionan en el marco de un sistema desarrollado de reglamentación de los tipos de contratos legítimos (en el ámbito del derecho de la competencia, por ejemplo). Así, enunciar un principio general en el sentido de que la injerencia a sabiendas en el cumplimiento de un contrato crea responsabilidad por actos ilícitos o cuasicontractual no sirve más que para simplificar excesivamente una situación que es más compleja. En tercer lugar, en todos los sistemas a que nos hemos referido, las normas en la materia serían calificadas de «primarias» y no de «secundarias» en el sentido del proyecto si esa clasificación les fuese pertinente.

⁴² Savatier, *op. cit.*, párr. 37, b. Véanse también las páginas 73 a 83, párrs. 60 a 64.

⁴³ Com., 10 de mayo de 1989 (véase la nota 31 *supra*).

⁴⁴ Véase, por ejemplo, Masoodi, «Civil liability in English and Islamic laws: a comparative view», págs. 34 a 37.

⁴⁵ *Ibid.*, pág. 36, donde se cita a Ibn Rushd.

⁴⁶ *Ibid.*, pág. 39.

⁴⁷ *Ibid.*, pág. 49.

⁴⁸ *Ibid.*, pág. 43.

⁴⁹ *Ibid.*, págs. 44 y 47.

⁵⁰ Véase Zweigert y Kötz, *op. cit.*, págs. 622 y 623.