

Capítulo IV

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

A.—Introducción

30. En su primer período de sesiones, celebrado en 1949, la Comisión eligió la responsabilidad de los Estados entre los temas que, a su juicio, eran idóneos para la codificación. En respuesta a la resolución 799 (VIII) de la Asamblea General, de 7 de diciembre de 1953, en la que se pedía a la Comisión que procediera, tan pronto como lo considerara oportuno, a la codificación de los principios de derecho internacional que regían la responsabilidad de los Estados, la Comisión, en su séptimo período de sesiones, en 1955, decidió iniciar el estudio de la responsabilidad de los Estados y nombró a F. V. García Amador Relator Especial del tema. En los seis períodos de sesiones siguientes de la Comisión, de 1956 a 1961, el Relator Especial presentó seis informes sucesivos que trataban en conjunto de la cuestión de la responsabilidad por daños a las personas o los bienes de los extranjeros¹¹.

31. La Comisión, en su 14.º período de sesiones, en 1962, creó una subcomisión encargada de preparar un informe preliminar con sugerencias sobre el ámbito y enfoque del futuro estudio¹².

32. En su 15.º período de sesiones, en 1963, la Comisión, tras haber aprobado por unanimidad el informe de la Subcomisión, nombró a Roberto Ago Relator Especial del tema.

33. La Comisión recibió ocho informes del Relator Especial en sus períodos de sesiones 21.º a 31.º, de 1969 a 1979¹³. El plan general adoptado por la Comisión en su 27.º período de sesiones, en 1975, para el proyecto de ar-

¹¹ Los seis informes del Relator Especial se reproducen como sigue:

Primer informe: *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 171, documento A/CN.4/96;

Segundo informe: *Anuario... 1957*, vol. II, pág. 113, documento A/CN.4/106;

Tercer informe: *Anuario... 1958*, vol. II, pág. 51, documento A/CN.4/111;

Cuarto informe: *Anuario... 1959*, vol. II, pág. 1, documento A/CN.4/119;

Quinto informe: *Anuario... 1960*, vol. II, pág. 40, documento A/CN.4/125;

Sexto informe: *Anuario... 1961*, vol. II, pág. 1, documento A/CN.4/134 y Add.1.

¹² Véase *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 218, documento A/5209, párr. 47.

¹³ Los ocho informes del Relator Especial se reproducen como sigue:

Primer informe: *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 130, documento A/CN.4/217 y Add.1, y *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 205, documento A/CN.4/217/Add.2;

Segundo informe: *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 189, documento A/CN.4/233;

títulos sobre el tema de la «Responsabilidad de los Estados» preveía la siguiente estructura: la primera parte se referiría al origen de la responsabilidad internacional; la segunda trataría del contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional; y una posible tercera parte, si la Comisión decidía incluirla, trataría de la cuestión de la solución de controversias y del modo de hacer efectiva la responsabilidad internacional¹⁴.

34. La Comisión, en su 32.º período de sesiones, en 1980, aprobó provisionalmente, en primera lectura, la primera parte del proyecto de artículos, relativa al «origen de la responsabilidad internacional»¹⁵.

35. En su 31.º período de sesiones, la Comisión, habida cuenta de que Roberto Ago había sido elegido magistrado de la CIJ, designó a Willem Riphagen Relator Especial del tema. La Comisión recibió siete informes del Relator Especial¹⁶ para la segunda y tercera partes del tema en sus períodos de sesiones 32.º a 38.º, de 1980 a 1986.

36. En su 39.º período de sesiones, en 1987, la Comisión nombró al Sr. Gaetano Arangio-Ruiz Relator Especial para que sucediera a Willem Riphagen, cuyo mandato en calidad de miembro de la Comisión había expirado el 31

Tercer informe: *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 212, documento A/CN.4/246 y Add.1 a 3;

Cuarto informe: *Anuario... 1972*, vol. II, pág. 75, documento A/CN.4/264 y Add.1;

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), documento A/CN.4/302 y Add.1 a 3;

Séptimo informe: *Anuario... 1978*, vol. II (primera parte) documento A/CN.4/307 y Add.1 y 2;

Octavo informe: *Anuario... 1979*, vol. II (primera parte), pág. 3, documento A/CN.4/318 y Add.1 a 4, y *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), pág. 15, documento A/CN.4/318/Add.5 a 7.

¹⁴ *Anuario... 1975*, vol. II, págs. 60 a 64, documento A/10010/Rev.1, párrs. 38 a 51.

¹⁵ *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), cap. III, págs. 25 a 61.

¹⁶ Los siete informes del Relator Especial se reproducen como sigue:

Informe preliminar: *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), pág. 113, documento A/CN.4/330;

Segundo informe: *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. 87, documento A/CN.4/344;

Tercer informe: *Anuario... 1982*, vol. II (primera parte), pág. 25, documento A/CN.4/354 y Add.1 y 2;

Cuarto informe: *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte), pág. 3, documento A/CN.4/366 y Add.1;

Quinto informe: *Anuario... 1984*, vol. II (primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/380;

Sexto informe: *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 3, documento A/CN.4/389;

Séptimo informe: *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/397 y Add.1.

de diciembre de 1986. La Comisión recibió ocho informes del Sr. Arangio-Ruiz en sus períodos de sesiones 40.º a 48.º, de 1988 a 1996¹⁷.

37. En su 48.º período de sesiones, en 1996, la Comisión concluyó la primera lectura de la segunda y tercera partes del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados y decidió, de conformidad con los artículos 16 y 21 de su estatuto, transmitir el proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura¹⁸, por conducto del Secretario General, a los gobiernos para que éstos formularan comentarios y observaciones, con el ruego de que dichos comentarios y observaciones se remitieran al Secretario General antes del 1.º de enero de 1998.

38. En su 49.º período de sesiones, en 1997, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo sobre responsabilidad de los Estados encargado de tratar las cuestiones relativas a la segunda lectura del proyecto de artículos¹⁹. La Comisión nombró también al Sr. James Crawford Relator Especial.

39. La Comisión recibió tres informes del Relator Especial, Sr. James Crawford, en sus períodos de sesiones 50.º a 52.º, de 1998 a 2000²⁰. Los informes se ocupaban del examen del proyecto de artículos a efectos de segunda lectura, a la luz de las observaciones de los gobiernos²¹ y la evolución de la práctica estatal, las decisiones judiciales y la bibliografía en la materia.

¹⁷ Los ocho informes del Relator Especial se reproducen como sigue:

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁸ Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 64 a 72, cap. III, secc. D. El texto de los proyectos de artículo 42 (párr. 3), 47, 48 y 51 a 53 y sus comentarios figura en *ibíd.*, págs. 72 y ss.

¹⁹ Véanse las directrices sobre el examen del proyecto de artículos en segunda lectura aprobadas por la Comisión a recomendación del Grupo de Trabajo, en *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 59, párr. 161.

²⁰ Los tres informes del Relator Especial se reproducen como sigue:

Anuario... 1998, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7;

Anuario... 1999, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/498 y Add.1 a 4;

Anuario... 2000, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/507 y Add.1 a 4.

²¹ *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3 y *Anuario... 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/492; véanse también los resúmenes por temas de los debates en la Sexta Comisión de la Asamblea General: A/CN.4/483, secc. C, A/CN.4/496, secc. D, y A/CN.4/504, secc. A.

40. En su 52.º período de sesiones, la Comisión tomó nota del informe del Comité de Redacción sobre todo el proyecto de artículos aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en segunda lectura (A/CN.4/L.600)²². La Comisión decidió concluir la segunda lectura en su 53.º período de sesiones en 2001, teniendo en cuenta cualesquiera otras observaciones presentadas por los gobiernos con respecto a ese proyecto de artículos.

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones

41. En su actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí los comentarios y observaciones de los gobiernos al proyecto de artículos aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en el período de sesiones anterior (A/CN.4/515 y Add.1 a 3) y el cuarto informe del Relator Especial Sr. James Crawford (A/CN.4/517 y Add.1). El informe trataba de las principales cuestiones relativas al proyecto de artículos, a la luz de los comentarios y observaciones de los gobiernos. La Comisión examinó el informe en sus sesiones 2665.^a, 2667.^a, 2668.^a, 2670.^a a 2675.^a y 2677.^a, celebradas los días 23, 25 y 26 de abril y del 1.º al 11 y 18 de mayo de 2001. El debate se centró principalmente en las cuatro cuestiones principales pendientes en relación con el proyecto de artículos: violaciones graves de obligaciones esenciales para con la comunidad internacional en su conjunto (segunda parte, capítulo III); contramedidas (segunda parte *bis*, capítulo II); disposiciones sobre solución de controversias (tercera parte) y forma del proyecto de artículos.

42. En sus sesiones 2672.^a y 2674.^a, el 3 y el 8 de mayo de 2001, la Comisión decidió remitir el proyecto de artículos al Comité de Redacción.

43. La Comisión decidió también en su 2673.^a sesión, el 4 de mayo de 2001, establecer dos grupos de trabajo sobre el tema: un grupo de trabajo de composición abierta para tratar las principales cuestiones pendientes en relación con el tema, y otro grupo de trabajo para examinar los comentarios al proyecto de artículos²³.

44. A recomendación del grupo de trabajo de composición abierta sobre las principales cuestiones pendientes, la Comisión, como excepción a su larga práctica de aprobar proyectos de artículos en segunda lectura, acordó incluir un breve resumen del debate sobre las cuatro cuestiones, habida cuenta de la importancia del tema y de la complejidad de los problemas. En los párrafos 49, 55, 60 y 67 *infra* figuran las recomendaciones del grupo de trabajo de composición abierta sobre las principales cuestiones pendientes.

²² *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), cap. IV, anexo.

²³ Véase la composición del grupo de trabajo sobre las observaciones al proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado en el párrafo 8 *supra*.

1. BREVE RESUMEN DEL DEBATE SOBRE LAS PRINCIPALES CUESTIONES PENDIENTES

a) *Violaciones graves de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto (segunda parte, capítulo III propuesto por el Comité de Redacción en el 52.º período de sesiones*²⁴)

45. Hubo diferentes opiniones sobre las disposiciones relativas a las violaciones graves del capítulo III de la segunda parte y sobre la forma de examinarlas en el cuarto informe del Relator Especial.

46. Algunos miembros eran partidarios de conservar el capítulo. En su opinión, daba al texto un equilibrio esencial, habida cuenta de la decisión de no hacer referencia al concepto de «crímenes internacionales de Estado» del antiguo artículo 19 y, por consiguiente, era decisivo para el equilibrio general del texto. Además, suprimir el capítulo sería dar un paso atrás que disminuiría la importancia de la labor realizada por la Comisión y daría a entender que ésta era incapaz de encontrar soluciones para las cuestiones difíciles y controvertidas.

47. Sin embargo, muchos de los partidarios de conservar el capítulo pensaban que éste podía mejorarse introduciendo algunas modificaciones. En particular, el concepto de violaciones graves debía aclararse más; había que definir más exactamente y ampliar las consecuencias de las violaciones graves, para aclarar, entre otras cosas, el derecho de todos los Estados a invocar la responsabilidad de un Estado a consecuencia de una violación grave (la llamada *actio popularis*); había que indicar mejor cuándo una violación grave daría lugar a una indemnización de carácter ejemplar o expresivo; en particular, había que identificar más claramente esas indemnizaciones a fin de distinguirlas de las punitivas, inexistentes en el derecho internacional general vigente; había que aclarar y desarrollar las obligaciones de cooperación y no reconocimiento contenidas en el párrafo 2 del artículo 42; y había que decir más claramente que esas consecuencias no eran ni exhaustivas ni mutuamente excluyentes.

48. Otros miembros eran partidarios de la supresión del capítulo, por las siguientes razones: contenía normas primarias; no había base en el derecho internacional vigente para hacer una distinción cualitativa entre las violaciones graves y las ordinarias, ni era conveniente desde el punto de vista normativo establecer esa distinción, teniendo en cuenta la amplia variedad de las violaciones que podían producirse; algunos de los elementos de esas disposiciones eran sumamente problemáticos, como la definición de violación grave, el concepto de daños agravados, las obligaciones que correspondían a todos los Estados y las contramedidas que los Estados podían adoptar. Se expresó la opinión de que, en lugar de un capítulo separado, debía incluirse en la cuarta parte, o en otro lugar, una cláusula de «sin perjuicio», de manera de no prejuzgar el desarrollo ulterior de reglas sobre «violaciones graves».

49. A recomendación del grupo de trabajo de composición abierta, la Comisión llegó al entendimiento de que debía conservarse el capítulo, pero suprimiendo el párrafo 1

del artículo 42 que hablaba de pagar daños y perjuicios que reflejaran la gravedad de la violación. Como parte de ese entendimiento, las referencias anteriores a violaciones graves de obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto y esenciales para la protección de sus intereses fundamentales, que en su mayoría se referían a la cuestión de la invocación tal como fue expresada por la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction*²⁵, se sustituirían por la categoría de las normas imperativas. Era preferible utilizar esta categoría, ya que se refería al alcance de las obligaciones secundarias y no a su invocación. Otra ventaja del método era que el concepto de normas imperativas estaba ya bien establecido en la Convención de Viena de 1969. La nueva redacción no debía ocuparse de las violaciones triviales o de escasa importancia de normas imperativas, sino sólo de las violaciones graves de esas normas. Se pidió también al Comité de Redacción que siguiera examinando aspectos de las consecuencias de las violaciones graves, a fin de simplificarlas, evitar formulaciones excesivamente vagas y reducir el ámbito de su aplicación a los asuntos que quedaran debidamente comprendidos dentro del alcance del capítulo.

b) *Contramedidas (segunda parte bis, capítulo II propuesto por el Comité de Redacción en el 52.º período de sesiones*²⁶)

50. Se expresaron también diferentes opiniones sobre las disposiciones relativas a las contramedidas contenidas en el capítulo II de la segunda parte *bis* y sobre la forma en que se examinaban en el cuarto informe del Relator Especial.

51. Algunos miembros se mostraron favorables a que se conservara este capítulo, por las siguientes razones: las contramedidas existían innegablemente y habían sido reconocidas como parte del derecho internacional, como había confirmado la CIJ en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*²⁷; a diferencia de otras circunstancias que excluían la ilicitud, las contramedidas desempeñaban un papel decisivo en la aplicación de la responsabilidad, ya que su finalidad era hacer que el Estado autor de un hecho ilícito cumpliera no sólo su obligación de cesación sino también la de reparación; el régimen de contramedidas contenido en los artículos 50 a 53 y 55 ofrecía un marco estricto para tomar contramedidas evitando los abusos, establecía unos límites más claros que las normas vagas e indeterminadas del derecho internacional consuetudinario en la materia y representaba un equilibrio frágil cuya estructura esencial debía mantenerse; y sería ilógico y poco práctico incluir esas disposiciones en el artículo 23, dada la diferente finalidad y función y la extensión de las disposiciones que habría que añadir.

52. Algunos de los miembros partidarios de mantener este capítulo sugirieron diversas modificaciones que, en su opinión, establecerían un equilibrio entre el derecho a tomar contramedidas y la necesidad de poner freno a su utilización abusiva. Entre esas sugerencias estaban reforzar la referencia a la solución de controversias en el

²⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, segunda fase, fallo, C.I.J. Recueil 1970, pág. 3.

²⁶ Véase la nota 22 *supra*. El informe del Comité de Redacción figura en *Anuario... 2000*, vol. I, 2662.ª sesión.

²⁷ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hungría/Eslovaquia), fallo, C.I.J. Recueil 1997, pág. 7.

²⁴ Véase la nota 22 *supra*. El informe del Comité de Redacción figura en *Anuario... 2000*, vol. I, 2662.ª sesión.

artículo 53 y ofrecer un mecanismo rápido y flexible de solución de controversias para resolver las relativas a las contramedidas.

53. Otros miembros creían que el capítulo debía suprimirse por las siguientes razones: las disposiciones eran innecesarias y, en aspectos importantes, no reflejaban el estado del derecho ni la lógica de la función de las contramedidas; el régimen de las contramedidas en derecho consuetudinario sólo estaba desarrollado en parte, y el capítulo trataba de modalidades de un concepto que no estaba claramente definido. Además, las disposiciones eran insatisfactorias en otra serie de aspectos: no se ocupaban de los múltiples fines de las contramedidas, establecían condiciones de procedimiento demasiado estrictas y eran incompatibles con la jurisprudencia y las decisiones arbitrales internacionales. Se sugirió que la supresión del capítulo podía ir acompañada de una versión reforzada y más amplia del artículo 23, como proponían varios gobiernos.

54. Con independencia de esta cuestión general relativa al capítulo II, hubo opiniones diferentes sobre la adopción de contramedidas por Estados que no fueran los Estados lesionados, como se prevenía en el artículo 54. Algunos miembros apoyaron esta disposición como útil y necesaria para hacer frente a las violaciones graves del artículo 41; como una de las consecuencias esenciales de las violaciones graves, sin la cual los Estados serían impotentes para tratar esas violaciones, y como decisiva para el equilibrio del proyecto. En su opinión, se trataba como mínimo de una forma legítima de desarrollo progresivo del derecho internacional; de hecho, en algunos aspectos al menos era respaldada por la práctica de los Estados. Otros miembros se opusieron a esta disposición por las siguientes razones: no existía fundamento para el artículo 54 como derecho vigente ni de posible desarrollo progresivo, debido a la práctica inconstante y a la falta de una *opinio juris*; y el artículo 54 era defectuoso en varios aspectos, como el de ofrecer una legitimidad superficial para intimidar a los pequeños Estados, creando un sistema de sanciones «por iniciativa propia» que amenazaba el sistema de seguridad basado en la Carta de las Naciones Unidas y que añadía una nueva circunstancia que excluía la ilicitud de las contramedidas «colectivas», sin relación con las contramedidas «ordinarias», y podía extender eventualmente el uso de la fuerza. Se sugirió suprimir el artículo 54 y sustituirlo por una cláusula de salvaguardia.

55. A recomendación del grupo de trabajo de composición abierta, la Comisión llegó al entendimiento de que no era aconsejable introducir forzosamente la totalidad ni una parte sustancial de los artículos sobre contramedidas en el artículo 23, que trataba sólo de un aspecto de la cuestión. Intentarlo recargaría el artículo 23 y podría llegar a hacerlo incomprensible. Como parte del entendimiento, el artículo 23 seguiría figurando en el capítulo V de la primera parte. El capítulo sobre las contramedidas continuaría en la tercera parte, pero el artículo 54, relativo a las contramedidas tomadas por Estados que no fueran Estados lesionados, se suprimiría. En cambio, habría una cláusula de salvaguardia que dejaría inalteradas todas las posiciones sobre la cuestión. Además, se podría volver a examinar el artículo 53, relativo a las condiciones del recurso a las contramedidas, y se suprimiría la distinción entre contramedidas y contramedidas provisionales. Ese

artículo debía simplificarse y armonizarse sustancialmente con las decisiones del tribunal arbitral del asunto *Accord relatif aux services aériens*²⁸ y de la CIJ en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. Volverían a examinarse también, si procedía, los artículos 51 y 52 sobre las obligaciones que no pueden ser afectadas por las contramedidas y sobre proporcionalidad.

c) *Disposiciones relativas a la solución de controversias (tercera parte)*

56. El proyecto de artículos aprobado en primera lectura incluía una tercera parte relativa a la solución de controversias²⁹. Hubo opiniones diferentes sobre las disposiciones relativas a la solución de controversias de esa parte.

57. Algunos miembros se mostraron favorables a incluir disposiciones generales sobre la solución de controversias, especialmente si la Comisión recomendaba la elaboración de una convención, dada la importancia y la complejidad de la materia; el texto se ocupaba de muchas cuestiones importantes de derecho internacional abarcadas por las normas de determinados tratados; además, la inclusión de disposiciones sobre la solución de controversias aumentaría la capacidad de las cortes y tribunales para desarrollar el derecho mediante sus decisiones. Se expresó también la opinión de que era necesario, al menos en relación con las contramedidas, un mecanismo de solución de controversias obligatorio, dado que las contramedidas se prestaban al abuso.

58. Otros miembros estimaron innecesario incluir disposiciones sobre la solución de controversias. Esas disposiciones estaban ya suficientemente tratadas en un acervo creciente de derecho internacional convencional, basado en el principio recogido en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. En su opinión, dada la vinculación estrecha entre las obligaciones primarias y las secundarias de la responsabilidad de los Estados, y dado que el derecho de la responsabilidad de los Estados era parte integrante de la estructura de derecho internacional en su conjunto, un régimen especial de solución de controversias en el marco de la responsabilidad de los Estados podría producir una duplicación de los mecanismos de solución de controversias existentes y llevar a la fragmentación y proliferación de tales mecanismos. En realidad, una disposición general sobre la solución de controversias obligatoria en materia de responsabilidad de los Estados equivaldría a invertir la norma del Artículo 33 de la Carta, cambio que no era deseable y que resultaba escasamente realista incluso ahora.

59. Sin embargo, otros miembros creían que la ausencia total de un mecanismo de solución de controversias resultaría inapropiada y sugirieron que se incluyera una disposición general sobre solución de controversias semejante al Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, como había propuesto un gobierno.

²⁸ *Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, sentencia de 9 de diciembre de 1978, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (n.º de venta: E/F.80.V.7), pág. 454.

²⁹ Véase el texto de los artículos sobre solución de controversias en *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 70 y 71.

60. A recomendación del grupo de trabajo de composición abierta, la Comisión llegó al entendimiento de no incluir disposiciones sobre un mecanismo de solución de controversias, sino señalar a la atención el elaborado por la Comisión en su proyecto aprobado en primera lectura³⁰ como posible medio para resolver las controversias relativas a la responsabilidad de los Estados; y dejar a la Asamblea General que examinara si debían incluirse disposiciones sobre solución de controversias, y en qué forma, en el caso de que decidiera elaborar una convención.

d) *Forma del proyecto de artículos*

61. En cuanto a la cuestión de la posible forma del proyecto de artículos que debía proponerse a la Asamblea General, se expresaron opiniones divergentes sobre la conveniencia de las opciones disponibles en virtud del artículo 23 del estatuto de la Comisión. Muchos miembros apoyaron la conclusión de una convención o la celebración de una conferencia para ello. Otros, sin embargo, preferían la opción de que la Asamblea tomara nota del informe o lo aprobara mediante una resolución. Otra opción fue que la Comisión recomendara la aprobación del proyecto de artículos en forma de declaración, como se había propuesto en su 51.º período de sesiones en el contexto del proyecto de artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados³¹.

62. Los miembros partidarios de la aprobación de una convención internacional mantuvieron, entre otras cosas, que la tarea de la Comisión era declarar el derecho, lo que sólo podía hacerse mediante convenciones; que la tradición de la Comisión era que todos sus proyectos importantes fueran aprobados por convenciones internacionales; y que hacerlo así en el caso de este proyecto de artículos le garantizaría un lugar, junto a la Convención de Viena de 1969, como uno de los pilares fundamentales del derecho internacional público. Además, teniendo en cuenta su importancia, las obligaciones y derechos propios de la institución de la responsabilidad exigían un conjunto de normas que sólo podían preverse en un instrumento definitivamente vinculante. Declarar las normas consuetudinarias del derecho internacional en forma de tratado les daría certidumbre, fiabilidad y fuerza vinculante adicionales, consolidando así un capítulo del derecho de importancia decisiva. Además, no codificar el derecho de la responsabilidad de los Estados en un tratado produciría un desequilibrio en el orden jurídico internacional, en el que las normas primarias quedarían codificadas más ampliamente que las secundarias. Era dudoso que la ausencia de ratificaciones pudiera llevar a una «codificación inversa». El hecho de que las normas consuetudinarias se incluyeran en una convención no significaba por sí solo que esas normas dejaran de tener tal condición si la convención no era ratificada. De hecho, las convenciones no ratificadas seguían desempeñando un papel importante. Se señaló que todos los Estados que participaban en una conferencia diplomática intervenían en la elaboración del tratado en pie de igualdad. La Convención había necesitado más de un decenio para entrar en vigor, e incluso hoy había sido ratificada por menos de la mitad de los

Estados del mundo; ninguno de esos hechos había tenido un efecto apreciable en su autoridad como declaración del derecho de los tratados. Decir que los Estados trastornarían inevitablemente el equilibrio del texto suponía decir que esos Estados actuarían en contra de sus propios intereses, cuando la realidad era que los Estados, en principio, actuaban de una forma responsable y podían participar en negociaciones políticas para lograr resultados satisfactorios incluso en el marco de una codificación general. Además, las conferencias de codificación habían tendido a hacer pocos cambios en los textos por consenso preparados por la Comisión.

63. Otros miembros que se oponían a la aprobación de una convención señalaron que era difícil declarar los elementos básicos del derecho internacional en una convención; a diferencia del derecho de la inmunidad de los Estados, el derecho de la responsabilidad de los Estados no necesitaba ser recogido en la legislación nacional; además, una convención no ratificada que contuviera importantes elementos de derecho internacional consuetudinario podía conducir a una «codificación inversa». De igual modo, no resultaría claro cuáles serían sus efectos, tanto para las partes como para las no partes en la convención. La posibilidad de reservas o de que los Estados adoptaran una actitud de falta de cooperación suponía otros peligros. La Convención de Viena de 1969 no era una analogía exacta, ya que esa Convención trataba en gran parte de cuestiones de forma, mientras que el tema de la responsabilidad de los Estados comprendía la sustancia del derecho internacional y presuponía un desacuerdo o controversia entre las partes interesadas y no una actividad consensual como la elaboración de tratados. De igual modo, una convención no era estrictamente necesaria, ya que el proyecto de artículos aprobado en segunda lectura sería necesariamente influyente, lo mismo que el texto actual había sido ampliamente citado y utilizado por la CIJ y por otros tribunales. Además, celebrar una conferencia de plenipotenciarios llevaría a un proceso prolongado, de resultado imprevisible, y podría poner en tela de juicio el texto laboriosamente logrado a lo largo de 40 años.

64. Algunos miembros que apoyaban una forma distinta del tratado mantuvieron que, aunque una convención fuera preferible en condiciones ideales, la solución no era realista dadas las dificultades que inevitablemente surgirían. Además, no sería conveniente presentar a la Asamblea General una opción simple entre «una convención o nada». Una resolución o declaración de la Asamblea aprobada unánimemente sería más eficaz que una convención aprobada tras muchos años de trabajos preparatorios y ratificada por un pequeño número de Estados. De hecho, si se aprobara el informe de la Comisión por una resolución de la Asamblea o si ésta tomara nota del informe, éste sería considerado como un estudio autorizado de las normas, la práctica de los Estados y la doctrina actuales, destinado a dar orientación a los Estados sobre sus derechos y obligaciones, contribuyendo así a la estabilidad jurídica y la previsibilidad de las relaciones internacionales. Aprobar el texto en forma de declaración sometería de hecho a los Estados que se opusieran a la carga de probar que esa declaración no era vinculante. Se observó que los instrumentos de «derecho no vinculante» (*soft law*) tenían un impacto decisivo en las relaciones internacionales y la

³⁰ Véase la nota 18 *supra*.

³¹ Véase *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 22, párr. 44.

conducta de los Estados, como probaba la jurisprudencia de la CIJ.

65. Quienes se oponían a un instrumento no vinculante señalaron que ese camino llevaría a disminuir la importancia de la cuestión de la responsabilidad de los Estados en derecho internacional y arrojaría dudas sobre el valor del texto. Una resolución de la Asamblea General no podía tener el mismo valor normativo que un tratado. Sería una desviación de la intención y el objetivo iniciales, que exigían un sistema general de normas jurídicas, y no permitiría en modo alguno paliar las insuficiencias del derecho consuetudinario internacional. Tampoco tendría en cuenta la dimensión histórica de un proyecto que había figurado en el programa de la Comisión desde sus comienzos. Sería poco realista esperar que la Asamblea aprobara el texto en forma de declaración sin modificar antes sustancialmente el proyecto de artículos. No había ninguna garantía de que los Estados no añadiesen declaraciones interpretativas a ese instrumento. Por consiguiente, una declaración planteaba los mismos problemas que una convención, pero sin las ventajas de ésta.

66. En cuanto a la importancia de incluir elementos de desarrollo progresivo en el proyecto, según una opinión la posible forma del proyecto de artículos dependería de su contenido: si se incluía un elemento sustancial de elaboración del derecho, la forma apropiada sería una convención multilateral, pero si el proyecto de artículos se limitaba a codificar normas existentes, no habría necesidad de una convención. Otros señalaron que, precisamente porque el texto contenía elementos de desarrollo progresivo, hacía falta cautela y no debía proponerse una convención. La práctica mostraba que los Estados, en general, no eran partidarios de que esos elementos se incluyeran en instrumentos internacionalmente vinculantes. Otros miembros no estuvieron de acuerdo con ello, y señalaron que diversas convenciones, como las relativas al derecho del mar y a las relaciones consulares, incluían aspectos de codificación y de desarrollo progresivo del derecho internacional. Lo mismo que textos anteriores de la Comisión, el proyecto de artículos combinaba elementos de ambos, y no siempre era posible determinar a qué categoría pertenecía una disposición concreta y, a la larga, ello no importaba si se consideraba que la disposición era lógica y equilibrada. Además, elementos importantes de derecho internacional han sido articulados en convenciones, como, por ejemplo, la noción fundamental de normas imperativas, introducida en la Convención de Viena de 1969.

67. A recomendación del grupo de trabajo de composición abierta, la Comisión llegó al entendimiento de que debía recomendar a la Asamblea General que, en primera instancia, ésta tomara nota del proyecto de artículos en una resolución y acompañara como anexo el texto de los artículos. Este procedimiento era similar al que había seguido la Asamblea con respecto a los artículos sobre «Nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados», en su resolución 55/153, de 12 de diciembre de 2000. La recomendación propondría también que, teniendo en cuenta la importancia de la materia, la Asamblea debería considerar, en una segunda fase posterior, la adopción de una convención. Naturalmente, la cuestión de la solución de controversias se suscitaba en esa segunda fase (véase el párrafo 60 *supra*).

2. CAMBIO DEL TÍTULO DEL TEMA

68. A la Comisión le preocupaba que el título «Responsabilidad de los Estados» no fuera suficientemente claro para distinguir este tema del de la responsabilidad del Estado en virtud del derecho interno. Examinó distintas variantes del título, como «Responsabilidad del Estado en derecho internacional», «Responsabilidad internacional de los Estados» y «Responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos». Una de las ventajas de esta última redacción era que facilitaría la traducción del texto a otros idiomas, al distinguirlo claramente del concepto de «Responsabilidad» (*liability*) internacional por actos no prohibidos por el derecho internacional. Finalmente, la Comisión aceptó el título «Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos», sin incluir el adjetivo «internacional» después de «responsabilidad» a fin de no repetir la palabra «internacional» en el título. Como el proyecto de artículos comprendía sólo los hechos internacionalmente ilícitos y no otros hechos ilícitos, se consideró preferible decir «hechos internacionalmente ilícitos».

3. APROBACIÓN DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS Y DE LOS COMENTARIOS CORRESPONDIENTES

69. El Presidente del Comité de Redacción presentó su informe (A/CN.4/L.602 y Corr.1 y posteriormente A/CN.4/L.602/Rev.1 y Corr.1) en las sesiones 2681.^a a 2683.^a y 2701.^a de la Comisión, celebradas del 29 al 31 de mayo y el 3 de agosto de 2001. En las mismas sesiones, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción y aprobó la totalidad del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en sus sesiones 2683.^a y 2701.^a.

70. En sus sesiones 2702.^a a 2709.^a, celebradas del 6 al 9 de agosto de 2001, la Comisión aprobó los comentarios a dicho proyecto de artículos.

71. De conformidad con su estatuto, la Comisión presenta a la Asamblea General el proyecto de artículos, juntamente con la recomendación que figura a continuación.

C.—Recomendación de la Comisión

72. En su 2709.^a sesión, el 9 de agosto de 2001, la Comisión decidió, de conformidad con el artículo 23 de su estatuto, recomendar a la Asamblea General que tomara nota del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en una resolución y que incluyera el proyecto de artículos como anexo a esa resolución.

73. La Comisión decidió también recomendar que la Asamblea General estudiase, en una etapa posterior, y a la luz de la importancia del tema, la posibilidad de convocar una conferencia internacional de plenipotenciarios para examinar el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos con miras a concertar una convención sobre el tema. La Comisión opinó que la cuestión de la solución de controversias podría ser tratada por la referida conferencia internacional, si consideraba que debería preverse un me-

canismo jurídico de solución de controversias en relación con el proyecto de artículos.

D.—Tributo al Relator Especial, Sr. James Crawford

74. En su 2709.^a, el 9 de agosto de 2001, la Comisión, tras adoptar el texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobó la siguiente resolución por aclamación:

«La Comisión de Derecho Internacional,

»*Habiendo adoptado* el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos,

»*Expresa* al Relator Especial, Sr. James Crawford, su profundo reconocimiento y calurosas felicitaciones por la destacada contribución que ha hecho a la preparación del proyecto de artículos mediante sus infatigables esfuerzos y dedicada labor, y por los resultados alcanzados en la elaboración del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.»

75. La Comisión expresó también su profundo reconocimiento a los anteriores Relatores Especiales, Sr. Francisco V. García Amador, Sr. Roberto Ago, Sr. Willem Riphagen y Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, por su destacada contribución a la labor sobre el tema.

E.—Texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos

1. TEXTO DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS

76. A continuación se transcribe el texto del proyecto de artículos adoptado por la Comisión en su 53.º período de sesiones:

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS

PRIMERA PARTE

EL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO DEL ESTADO

CAPÍTULO I

PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 1. Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos

Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional.

Artículo 2. Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado

Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

- a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y
- b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

Artículo 3. Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito

La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno.

CAPÍTULO II

ATRIBUCIÓN DE UN COMPORTAMIENTO AL ESTADO

Artículo 4. Comportamiento de los órganos del Estado

1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.

2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.

Artículo 5. Comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4 pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad.

Artículo 6. Comportamiento de un órgano puesto a disposición de un Estado por otro Estado

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano puesto a su disposición por otro Estado, siempre que ese órgano actúe en el ejercicio de atribuciones del poder público del Estado a cuya disposición se encuentra.

Artículo 7. Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones

El comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones.

Artículo 8. Comportamiento bajo la dirección o control del Estado

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento.

Artículo 9. Comportamiento en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas ejerce de hecho atribuciones del poder público en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias tales que requieren el ejercicio de esas atribuciones.

Artículo 10. Comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole

1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un movimiento insurreccional que se convierta en el nuevo gobierno del Estado.

2. El comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole que logre establecer un nuevo Estado en parte del territorio de un Estado preexistente o en un territorio sujeto a su administración se considerará hecho del nuevo Estado según el derecho internacional.

3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de la atribución al Estado de todo comportamiento, cualquiera que sea su relación con el del movimiento de que se trate, que deba considerarse hecho de ese Estado en virtud de los artículos 4 a 9.

Artículo 11. Comportamiento que el Estado reconoce y adopta como propio

El comportamiento que no sea atribuible al Estado en virtud de los artículos precedentes se considerará, no obstante, hecho de ese Estado según el derecho internacional en el caso y en la medida en que el Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio.

CAPÍTULO III

VIOLACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL

Artículo 12. Existencia de violación de una obligación internacional

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, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación.

Artículo 13. Obligación internacional en vigencia respecto del Estado

Un hecho del Estado no constituye violación de una obligación internacional a menos que el Estado se halle vinculado por dicha obligación en el momento en que se produce el hecho.

Artículo 14. Extensión en el tiempo de la violación de una obligación internacional

1. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no tenga carácter continuo tiene lugar en el momento en que se produce el hecho, aunque sus efectos perduren.

2. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional.

3. La violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento y se extiende durante todo el período en el cual ese acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación.

Artículo 15. Violación consistente en un hecho compuesto

1. La violación por el Estado de una obligación internacional mediante una serie de acciones u omisiones, definida en su conjunto como ilícita, tiene lugar cuando se produce la acción u omisión que, tomada con las demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito.

2. En tal caso, la violación se extiende durante todo el período que comienza con la primera de las acciones u omisiones de la serie y se prolonga mientras esas acciones u omisiones se repiten y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional.

CAPÍTULO IV

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN RELACIÓN CON EL HECHO DE OTRO ESTADO

Artículo 16. Ayuda o asistencia en la comisión del hecho internacionalmente ilícito

El Estado que presta ayuda o asistencia a otro Estado en la comisión por este último de un hecho internacionalmente ilícito es responsable internacionalmente por prestar esa ayuda o asistencia si:

- a) Lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y
- b) El hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que presta la ayuda o asistencia.

Artículo 17. Dirección y control ejercidos en la comisión del hecho internacionalmente ilícito

El Estado que dirige y controla a otro Estado en la comisión por este último de un hecho internacionalmente ilícito es internacionalmente responsable por este hecho si:

- a) Lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y
- b) El hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que dirige y controla.

Artículo 18. Coacción sobre otro Estado

El Estado que coacciona a otro para que cometa un hecho es internacionalmente responsable por este hecho si:

- a) El hecho, de no mediar coacción, constituiría un hecho internacionalmente ilícito del Estado coaccionado; y
- b) El Estado coaccionante actúa conociendo las circunstancias del hecho.

Artículo 19. Efecto del presente capítulo

El presente capítulo se entiende sin perjuicio de la responsabilidad internacional, en virtud de otras disposiciones de estos artículos, del Estado que cometa el hecho en cuestión o de cualquier otro Estado.

CAPÍTULO V

CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD

Artículo 20. Consentimiento

El consentimiento válido de un Estado a la comisión por otro Estado de un hecho determinado excluye la ilicitud de tal hecho en relación con el primer Estado en la medida en que el hecho permanece dentro de los límites de dicho consentimiento.

Artículo 21. Legítima defensa

La ilicitud del hecho de un Estado queda excluida si ese hecho constituye una medida lícita de legítima defensa tomada de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

Artículo 22. Contramedidas en razón de un hecho internacionalmente ilícito

La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional suya para con otro Estado queda excluida en el caso y en la medida en que ese hecho constituya una contramedida tomada contra ese otro Estado de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo II de la tercera parte.

Artículo 23. Fuerza mayor

1. La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado queda excluida si ese hecho se debe a una fuerza mayor, es decir, a una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto, ajenos al control del Estado, que hacen materialmente imposible, en las circunstancias del caso, cumplir con la obligación.

2. El párrafo 1 no es aplicable si:

a) La situación de fuerza mayor se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca; o

b) El Estado ha asumido el riesgo de que se produzca esa situación.

Artículo 24. Peligro extremo

1. La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado queda excluida si el autor de ese hecho no tiene razonablemente otro modo, en una situación de peligro extremo, de salvar su vida o la vida de otras personas confiadas a su cuidado.

2. El párrafo 1 no es aplicable si:

a) La situación de peligro extremo se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca; o

b) Es probable que el hecho en cuestión cree un peligro comparable o mayor.

Artículo 25. Estado de necesidad

1. Ningún Estado puede invocar el 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 ese hecho:

a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y

b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:

a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o

b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

Artículo 26. Cumplimiento de normas imperativas

Ninguna disposición del presente capítulo excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general.

Artículo 27. Consecuencias de la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud

La invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud en virtud del presente capítulo se entenderá sin perjuicio de:

a) El cumplimiento de la obligación de que se trate, en el caso y en la medida en que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir;

b) La cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión.

SEGUNDA PARTE

CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

CAPÍTULO I

PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 28. Consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito

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

Artículo 29. Continuidad del deber de cumplir la obligación

Las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito con arreglo a lo dispuesto en esta parte no afectan la continuidad del deber del Estado responsable de cumplir la obligación violada.

Artículo 30. Cesación y no repetición

El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado:

a) A ponerle fin si ese hecho continúa;

b) A ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen.

Artículo 31. Reparación

1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.

2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado.

Artículo 32. Irrelevancia del derecho interno

El Estado responsable no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de la presente parte.

Artículo 33. Alcance de las obligaciones internacionales enunciadas en la presente parte

1. Las obligaciones del Estado responsable enunciadas en la presente parte pueden existir con relación a otro Estado, a varios Estados o a la comunidad internacional en su conjunto, según sean, en particular, la naturaleza y el contenido de la obligación internacional violada y las circunstancias de la violación.

2. La presente parte se entiende sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado.

CAPÍTULO II

REPARACIÓN DEL PERJUICIO

Artículo 34. Formas de reparación

La reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada, de conformidad con las disposiciones del presente capítulo.

Artículo 35. Restitución

El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución:

- a) No sea materialmente imposible;
- b) No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización.

Artículo 36. Indemnización

1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución.

2. La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado.

Artículo 37. Satisfacción

1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho en la medida en que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización.

2. La satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada.

3. La satisfacción no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable.

Artículo 38. Intereses

1. Se debe pagar intereses sobre toda suma principal adeudada en virtud del presente capítulo, en la medida necesaria para asegurar la reparación íntegra. La tasa de interés y el modo de cálculo se fijarán de manera que se alcance ese resultado.

2. Los intereses se devengarán desde la fecha en que debería haberse pagado la suma principal hasta la fecha en que se haya cumplido la obligación de pago.

Artículo 39. Contribución al perjuicio

Para determinar la reparación se tendrá en cuenta la contribución al perjuicio resultante de la acción o la omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado o de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación.

CAPÍTULO III

VIOLACIONES GRAVES DE OBLIGACIONES EMANADAS
DE NORMAS IMPERATIVAS DE DERECHO
INTERNACIONAL GENERAL*Artículo 40. Aplicación de este capítulo*

1. El presente capítulo se aplicará a la responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general.

2. La violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable.

Artículo 41. Consecuencias particulares de la violación grave de una obligación en virtud del presente capítulo

1. Los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40.

2. Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación.

3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las demás consecuencias enunciadas en esta parte y de toda otra consecuencia que una violación a la que se aplique el presente capítulo pueda generar según el derecho internacional.

TERCERA PARTE

MODOS DE HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD
INTERNACIONAL DEL ESTADO

CAPÍTULO I

INVOCACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Artículo 42. Invocación de la responsabilidad por el Estado lesionado

Un Estado tendrá derecho como Estado lesionado a invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada existe:

- a) Con relación a ese Estado individualmente; o
- b) Con relación a un grupo de Estados del que ese Estado forme parte, o con relación a la comunidad internacional en su conjunto, y la violación de la obligación:
 - i) afecta especialmente a ese Estado; o
 - ii) es de tal índole que modifica radicalmente la situación de todos los demás Estados con los que existe esa obligación con respecto al ulterior cumplimiento de ésta.

Artículo 43. Notificación de la reclamación por el Estado lesionado

1. El Estado lesionado que invoque la responsabilidad de otro Estado notificará su reclamación a este Estado.

2. El Estado lesionado podrá especificar, en particular:

- a) El comportamiento que debería observar el Estado responsable para poner fin al hecho ilícito, si este hecho continúa;
- b) La forma que debería adoptar la reparación de conformidad con las disposiciones de la segunda parte.

Artículo 44. Admisibilidad de la reclamación

La responsabilidad del Estado no podrá ser invocada:

- a) Si la reclamación no se presenta de conformidad con las normas aplicables en materia de nacionalidad de las reclamaciones;
- b) Si la reclamación está sujeta a la norma del agotamiento de los recursos internos y no se han agotado todas las vías de recurso internas disponibles y efectivas.

Artículo 45. Renuncia al derecho a invocar la responsabilidad

La responsabilidad del Estado no podrá ser invocada:

- a) Si el Estado lesionado ha renunciado válidamente a la reclamación; o

b) Si, en razón del comportamiento del Estado lesionado, debe entenderse que éste ha dado válidamente aquiescencia a la extinción de la reclamación.

Artículo 46. Pluralidad de Estados lesionados

Cuando varios Estados sean lesionados por el mismo hecho internacionalmente ilícito, cada Estado lesionado podrá invocar separadamente la responsabilidad del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito.

Artículo 47. Pluralidad de Estados responsables

1. Cuando varios Estados sean responsables del mismo hecho internacionalmente ilícito, podrá invocarse la responsabilidad de cada Estado en relación con ese hecho.

2. El párrafo 1:

a) No autoriza a un Estado lesionado a recibir una indemnización superior al daño que ese Estado haya sufrido;

b) Se entenderá sin perjuicio de cualquier derecho a recurrir contra los otros Estados responsables.

Artículo 48. Invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado

1. Todo Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado de conformidad con el párrafo 2 si:

a) La obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo; o

b) La obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto.

2. Todo Estado con derecho a invocar la responsabilidad según el párrafo 1 podrá reclamar al Estado responsable:

a) La cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30; y

b) El cumplimiento de la obligación de reparación, de conformidad con lo dispuesto en los precedentes artículos, en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada.

3. Los requisitos para la invocación de la responsabilidad por parte de un Estado lesionado previstos en los artículos 43, 44 y 45 serán de aplicación en el caso de invocación de la responsabilidad por parte del Estado con derecho a hacerlo en virtud del párrafo 1.

CAPÍTULO II

CONTRAMEDIDAS

Artículo 49. Objeto y límites de las contramedidas

1. El Estado lesionado solamente podrá tomar contramedidas contra el Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito con el objeto de inducirlo a cumplir las obligaciones que le incumban en virtud de lo dispuesto en la segunda parte.

2. Las contramedidas se limitarán al incumplimiento temporario de obligaciones internacionales que el Estado que toma tales medidas tiene con el Estado responsable.

3. En lo posible, las contramedidas serán tomadas en forma que permitan la reanudación del cumplimiento de dichas obligaciones.

Artículo 50. Obligaciones que no pueden ser afectadas por las contramedidas

1. Las contramedidas no afectarán:

a) La obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, como está enunciada en la Carta de las Naciones Unidas;

b) Las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales;

c) Las obligaciones de carácter humanitario que prohíben las represalias;

d) Otras obligaciones que emanan de normas imperativas del derecho internacional general.

2. El Estado que tome contramedidas no quedará exento del cumplimiento de las obligaciones que le incumban:

a) En virtud de cualquier procedimiento de solución de controversias aplicable entre dicho Estado y el Estado responsable;

b) De respetar la inviolabilidad de los agentes, locales, archivos y documentos diplomáticos o consulares.

Artículo 51. Proporcionalidad

Las contramedidas deben ser proporcionales al perjuicio sufrido, teniendo en cuenta la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y los derechos en cuestión.

Artículo 52. Condiciones del recurso a las contramedidas

1. Antes de tomar contramedidas, el Estado lesionado:

a) Requerirá al Estado responsable, de conformidad con el artículo 43, que cumpla las obligaciones que le incumben en virtud de la segunda parte; y

b) Notificará al Estado responsable cualquier decisión de tomar contramedidas y ofrecerá negociar con ese Estado.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 1, el Estado lesionado podrá tomar las contramedidas urgentes que sean necesarias para preservar sus derechos.

3. Las contramedidas no podrán tomarse y, en caso de haberse tomado, deberán suspenderse sin retardo injustificado, si:

a) El hecho internacionalmente ilícito ha cesado; y

b) La controversia está sometida a una corte o un tribunal facultados para dictar decisiones vinculantes para las partes.

4. No se aplicará el párrafo 3 si el Estado responsable no aplica de buena fe los procedimientos de solución de controversias.

Artículo 53. Terminación de las contramedidas

Se pondrá fin a las contramedidas tan pronto como el Estado responsable haya cumplido sus obligaciones en relación con el hecho internacionalmente ilícito de conformidad con lo dispuesto en la segunda parte.

Artículo 54. Medidas tomadas por Estados distintos del Estado lesionado

Este capítulo no prejuzga acerca del derecho de cualquier Estado, facultado por el párrafo 1 del artículo 48 para invocar la responsabilidad de otro Estado, a tomar medidas lícitas contra este Estado para asegurar la cesación de la violación y la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada.

CUARTA PARTE

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 55. Lex specialis

Los presentes artículos no se aplicarán en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional.

Artículo 56. Cuestiones de responsabilidad del Estado no reguladas en los presentes artículos

Las normas de derecho internacional aplicables seguirán riendo las cuestiones relativas a la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito en la medida en que esas cuestiones no estén reguladas en los presentes artículos.

Artículo 57. Responsabilidad de una organización internacional

Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad, en virtud del derecho internacional, de una organización internacional o de un Estado por el comportamiento de una organización internacional.

Artículo 58. Responsabilidad individual

Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado.

Artículo 59. Carta de las Naciones Unidas

Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de la Carta de las Naciones Unidas.

2. TEXTO DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS
CON SUS COMENTARIOS

77. El texto del proyecto de artículos con sus comentarios, aprobado por la Comisión en su 53.º período de sesiones, se reproduce a continuación:

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR
HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS***Comentario general*

1) En los presentes artículos se formulan, por vía de codificación y desarrollo progresivo, las normas básicas de derecho internacional relativas a la responsabilidad de los Estados por sus hechos internacionalmente ilícitos. El análisis insiste sobre todo en las normas secundarias de la responsabilidad del Estado: es decir, en las condiciones generales que han de satisfacerse, en derecho internacional, para que el Estado sea considerado responsable de acciones u omisiones ilícitas, y en las consecuencias jurídicas que nacen de esas acciones u omisiones. No se intenta definir en ellos el contenido de la violación de obligaciones internacionales que da lugar a la responsabilidad. Ésta es la función de las normas primarias, cuya codificación entrañaría la reformulación de la mayor parte del derecho internacional sustantivo, tanto consuetudinario como convencional.

2) Roberto Ago, que se encargó de fijar la estructura y la orientación básicas del proyecto, consideraba que los artículos debían determinar:

los principios que regían la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos internacionales y en mantener una rigurosa distinción entre esa labor y la de definir las normas que imponían a los Estados obligaciones cuya violación podía entrañar responsabilidad. [...] [U]na cosa era definir una norma y el contenido de la obligación por ella impuesta y otra muy distinta determinar si se había infringido esa obligación y cuáles debían ser las consecuencias de tal infracción³².

3) Considerada la existencia de una norma primaria que impone a un Estado una obligación en derecho internacional y suponiendo que se trate de saber si ese Estado ha cumplido la obligación, se plantean varias otras cuestiones de carácter general. Entre ellas figuran:

a) La función del derecho internacional, en cuanto ordenamiento distinto del derecho interno del Estado interesado, en la calificación del comportamiento como ilícito;

b) La determinación de las circunstancias en que el comportamiento debe atribuirse al Estado como sujeto de derecho internacional;

c) La determinación del momento en que se produce o se ha producido una violación de la obligación internacional por un Estado y del tiempo durante el cual se produce o se ha producido;

d) La determinación de las circunstancias en que un Estado puede ser responsable del comportamiento de otro Estado incompatible con una obligación internacional de este último;

e) La definición de las circunstancias en que cabe excluir la ilicitud del comportamiento según el derecho internacional;

f) La determinación del contenido de la responsabilidad de los Estados, es decir, las nuevas relaciones jurídicas que nacen de la comisión, por un Estado, de un hecho internacionalmente ilícito, con respecto a la cesación del hecho ilícito y la reparación del perjuicio causado;

g) La determinación de los requisitos previos, de forma o de fondo, para que un Estado pueda invocar la responsabilidad de otro Estado y de las circunstancias en que puede perderse ese derecho a invocar tal responsabilidad;

h) La determinación de las condiciones en que un Estado tiene derecho a responder a la violación de una obligación internacional adoptando contramedidas destinadas a lograr el cumplimiento de las obligaciones del Estado responsable con arreglo a los presentes artículos.

Esta es la esfera de las normas secundarias de la responsabilidad de los Estados.

4) Hay varias materias que no pertenecen al ámbito de la responsabilidad de los Estados tal como se trata en los presentes artículos:

³² *Anuario...* 1970, vol. II, pág. 331, documento A/8010/Rev.1, párr. 66 c.

a) Como ya se ha señalado, los artículos no tienen por objeto especificar el contenido de las obligaciones establecidas por determinadas normas primarias, o su interpretación. Tampoco se refieren a la cuestión de saber si una obligación primaria determinada está en vigor respecto de un Estado y durante cuánto tiempo lo está. Es función del derecho de los tratados determinar si un Estado es parte en un tratado válido, si el tratado está en vigor respecto de ese Estado, qué disposiciones de ese tratado están en vigor respecto de ese Estado y cómo ha de interpretarse el tratado. Lo mismo se aplica, *mutatis mutandis*, a otras «fuentes» de obligaciones internacionales, como el derecho internacional consuetudinario. Los artículos parten de la existencia y el contenido de las normas primarias del derecho internacional tal como se hallan en el momento considerado; constituyen el marco que permite determinar si se han violado las obligaciones de cada Estado y qué consecuencias jurídicas tiene esa violación para otros Estados.

b) Las consecuencias que se regulan en los artículos son las que entraña un hecho internacionalmente ilícito como tal³³. En ningún momento se intenta analizar las consecuencias de una violación sobre la validez o el efecto vinculante de la norma primaria (por ejemplo, el derecho del Estado lesionado a dar por terminado un tratado o suspender su aplicación por violación grave, como se refleja en el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969). Tampoco se tratan en los artículos las consecuencias indirectas o adicionales que puede tener la reacción de las organizaciones internacionales a un comportamiento ilícito. En el desempeño de sus funciones, las organizaciones internacionales pueden verse en la necesidad de pronunciarse sobre si un Estado ha violado una obligación internacional. Ahora bien, cuando así ocurre, las consecuencias serán las determinadas por el instrumento constitutivo de la organización o en el marco de ese instrumento, y esa cuestión queda fuera del ámbito de los artículos. Tal es el caso, en particular, de las medidas adoptadas por las Naciones Unidas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, que quedan expresamente reservadas por el artículo 59.

c) Los artículos sólo tratan de la responsabilidad por un comportamiento internacionalmente ilícito. Pueden existir casos en que los Estados incurran en obligaciones de indemnizar por las consecuencias perjudiciales de un comportamiento que no está prohibido, y que incluso puede estar expresamente permitido, por el derecho internacional (por ejemplo, la indemnización por bienes debidamente expropiados con fines de utilidad pública). También puede haber casos en que un Estado esté obligado a restablecer el *statu quo ante* después de que se ha llevado a cabo alguna actividad lícita. Estos requisitos de indemnización o de restauración pueden entrañar obligaciones primarias: lo que entrañaría la responsabilidad internacional del Estado de que se trate sería no haber pagado la indemnización o no haber restablecido el *statu quo*. En consecuencia, a los efectos de los presentes artículos, la responsabilidad internacional resulta exclusi-

vamente de un hecho ilícito contrario al derecho internacional. Esto se refleja en el título de los artículos.

d) Los artículos se refieren sólo a la responsabilidad de los Estados por un comportamiento internacionalmente ilícito, dejando a un lado las cuestiones de responsabilidad de las organizaciones internacionales o de otras entidades distintas de los Estados (véanse los artículos 57 y 58).

5) En cambio, los presentes artículos tratan de toda la esfera de la responsabilidad de los Estados. En consecuencia, no se limitan a la violación de obligaciones de carácter bilateral, por ejemplo en virtud de un tratado bilateral con otro Estado. Los artículos se aplican a todas las obligaciones internacionales de los Estados, ya se trate de obligaciones para con uno o varios Estados, para con un particular o un grupo, o para con la comunidad internacional en conjunto. Al ser de carácter general, los artículos también son, en su mayor parte, de naturaleza subsidiaria. En principio, los Estados pueden especificar, al establecer una norma o al aceptar sujetarse a ella, que la violación de esa norma entrañará únicamente consecuencias particulares y, por consiguiente, excluir las normas ordinarias de la responsabilidad. Así se indica claramente en el artículo 55.

6) Los presentes artículos se dividen en cuatro partes. La primera se titula «El hecho internacionalmente ilícito del Estado» y trata de las condiciones que deben darse para que nazca la responsabilidad internacional del Estado. La segunda parte, «Contenido de la responsabilidad internacional del Estado», se refiere a las consecuencias jurídicas para el Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito, principalmente en lo referente a la cesación y a la reparación. La tercera parte se titula «Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado». En ella se determinan el Estado o los Estados que pueden reaccionar ante un hecho internacionalmente ilícito y se especifican las modalidades según las cuales puede manifestarse esa reacción, en particular, en determinadas circunstancias, la adopción de las contramedidas que resulten necesarias para que cese el hecho ilícito y se reparen sus consecuencias. La cuarta parte contiene ciertas disposiciones generales aplicables a todos los artículos.

PRIMERA PARTE

EL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO DEL ESTADO

En la primera parte se definen las condiciones generales que deben darse para que nazca la responsabilidad del Estado. En el capítulo I se sientan tres principios básicos de la responsabilidad, de los cuales parte todo el conjunto de artículos. En el capítulo II se definen las condiciones en que cabe atribuir un comportamiento al Estado. El capítulo III enuncia en términos generales las condiciones en que ese comportamiento constituye una violación de una obligación internacional del Estado. El capítulo IV se refiere a ciertos casos excepcionales en que un Estado puede ser responsable del comportamiento de otro Estado que no está en conformidad con una obligación internacional de este último. En el capítulo V se definen las circunstancias que excluyen la ilicitud de un comporta-

³³ A los efectos de los artículos, la expresión «hecho internacionalmente ilícito» comprende la omisión y abarca el comportamiento consistente en varias acciones u omisiones que juntas equivalen a un hecho internacionalmente ilícito. Véase el párrafo 1 del comentario al artículo 1.

miento que no es conforme a las obligaciones internacionales de un Estado.

CAPÍTULO I

PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 1. Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos

Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional.

Comentario

1) En el artículo 1 se enuncia el principio básico en que descansa todo el proyecto de artículos, a saber, que toda violación del derecho internacional por un Estado entraña la responsabilidad internacional de éste. El hecho internacionalmente ilícito de un Estado puede consistir en una o varias acciones u omisiones o en una combinación de ambas cosas. La existencia de un hecho internacionalmente ilícito depende, en primer lugar, de los requisitos de la obligación que presuntamente se ha violado y, en segundo lugar, de las condiciones en que se verifica ese hecho y que se exponen en la primera parte. La expresión «responsabilidad internacional» abarca las relaciones jurídicas nuevas que nacen, en derecho internacional, del hecho internacionalmente ilícito de un Estado. El contenido de esas nuevas relaciones jurídicas se especifica en la segunda parte.

2) La CPIJ aplicó en varios asuntos el principio enunciado en el artículo 1. Por ejemplo, en el asunto *Phosphates du Maroc*, la Corte afirmó que cuando un Estado comete un hecho internacionalmente ilícito contra otro, la responsabilidad internacional queda establecida «directamente entre los dos Estados»³⁴. La CIJ ha aplicado el principio en varias ocasiones, por ejemplo en el asunto *Détroit de Corfou*³⁵, en el asunto *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*³⁶ y en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*³⁷. La Corte también se refirió al principio en sus opiniones consultivas en el asunto *Réparation*³⁸, y sobre la *Interprétation des traités de paix*³⁹, en la que aclaró que la «negativa a cumplir una obligación de un tratado entraña responsabilidad internacional»⁴⁰. Los tribunales arbitrales han afirmado

repetidas veces este principio, por ejemplo en el asunto *Reclamations des sujets italiens résidant au Pérou*⁴¹, el asunto de la *Dickson Car Wheel Company*⁴², el asunto de la *International Fisheries Company*⁴³, el asunto *Biens britanniques au Maroc espagnol*⁴⁴, y en el asunto de la *Armstrong Cork Company*⁴⁵. En el asunto del *Rainbow Warrior*⁴⁶ el tribunal arbitral señaló que «toda violación, por un Estado, de cualquier obligación, sea cual fuere su origen, da lugar a la responsabilidad del Estado»⁴⁷.

3) Que todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado entraña la responsabilidad internacional de ese Estado y, por consiguiente, da lugar a nuevas relaciones jurídicas internacionales, además de las que existían antes que se produjera el hecho, es un principio que ha sido ampliamente reconocido tanto antes⁴⁸ como después⁴⁹ de que la Comisión formulara el artículo 1. Es cierto que al comienzo hubo divergencias de opinión sobre la definición de las relaciones jurídicas surgidas de un hecho internacionalmente ilícito. En uno de los enfoques, relacionado con los trabajos de Anzilotti, se describen las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito exclusivamente en función de una relación bilateral vinculante, que se establecía entonces entre el Estado infractor y el Estado lesionado y en la que la obligación

⁴¹ En siete de esos laudos, dictados en 1901, se reitera que «un principio de derecho internacional reconocido universalmente dice que el Estado es responsable por las violaciones del derecho de gentes cometidas por sus agentes...», Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV (n.º de venta: 66.V.3), págs. 399 (demanda Chiessa), 401 (demanda Sessarego), 404 (demanda Sanguinetti), 407 (demanda Vercelli), 408 (demanda Queirolo) 409 (demanda Roggero) y 411 (demanda Miglia).

⁴² *Dickson Car Wheel Company (U.S.A.) c. United Mexican States*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (n.º de venta: 1951.V.1), pág. 669, en la pág. 678 (1931).

⁴³ *International Fisheries Company (U.S.A.) c. United Mexican States*, ibíd., pág. 691, en la pág. 701 (1931).

⁴⁴ Según el árbitro, Max Huber, es un principio indiscutible el de que «la responsabilidad es corolario necesario de los derechos. Todos los derechos de orden internacional tienen como consecuencia una responsabilidad internacional», Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 615, en la pág. 641 (1925).

⁴⁵ Para la Comisión de Conciliación Ítalo-Americana, ningún Estado «puede escapar a la responsabilidad que nace del ejercicio de una acción ilícita desde el punto de vista de los principios generales del derecho internacional», Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV (n.º de venta: 1965.V.4), pág. 159, en la pág. 163 (1953).

⁴⁶ *Affaire concernant les problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France relatifs à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986, lesquels concernaient les problèmes découlant de l'affaire du Rainbow Warrior*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (n.º de venta: E/F.93.V.3), pág. 215 (1990).

⁴⁷ *Ibid.*, pág. 251, párr. 75.

⁴⁸ Véanse por ejemplo D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, 4.ª ed., Padua, CEDAM, 1955, vol. I, pág. 385; W. Wengler, *Völkerrecht*, Berlín, Springer, 1964, vol. I, pág. 499; G. I. Tunkin, *Teoria mezhdunarodnogo prava*, Moscú, Mezhdunarodnye otnosheniya, 1970, pág. 470 (trad. inglesa de W. E. Butler, *Theory of International Law*, Londres, George Allen and Unwin, 1974, pág. 415); y E. Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», en M. Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law*, Londres, Macmillan, 1968, pág. 533.

⁴⁹ Véanse por ejemplo I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5.ª ed., Oxford University Press, 1998, pág. 435; B. Conforti, *Diritto internazionale*, 4.ª ed., Milán, Editoriale Scientifica, 1995, pág. 332; P. Daillier y A. Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, 6.ª ed., París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1999, pág. 742; P.-M. Dupuy, *Droit international public*, 4.ª ed., París, Dalloz, 1998, pág. 414; y R. Wolfrum, «Internationally wrongful acts», en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 2, Amsterdam, North Holland, 1995, pág. 1398.

³⁴ *Phosphates du Maroc*, fallo, 1938, C.P.J.I., série A/B n.º 74, pág. 10, en la pág. 28. Véase también *Vapeur Wimbledon*, 1923, C.P.J.I., série A n.º 1, pág. 15, en la pág. 30; *Usine de Chorzów*, competencia, fallo n.º 8, 1927, C.P.J.I., série A n.º 9, pág. 21, y, fondo, fallo n.º 13, 1928, C.P.J.I., série A n.º 17, pág. 29.

³⁵ *Détroit de Corfou*, fondo, fallo, C.I.J. Recueil 1949, pág. 4, en la pág. 23.

³⁶ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Estados Unidos de América), fondo, fallo, C.I.J. Recueil 1986, pág. 14, en la pág. 142, párr. 283, y pág. 149, párr. 292.

³⁷ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (véase la nota 27 *supra*), pág. 38, párr. 47.

³⁸ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, opinión consultiva, C.I.J. Recueil 1949, pág. 174, en la pág. 184.

³⁹ *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, segunda fase, opinión consultiva, C.I.J. Recueil 1950, pág. 221.

⁴⁰ *Ibid.*, pág. 228.

del primer Estado de hacer una reparación se contraponía al derecho «subjetivo» del segundo a exigir esa reparación. Otra opinión, afín a las tesis de Kelsen, partía de la idea de que el orden jurídico es de naturaleza coactiva y consideraba la autorización dada al Estado lesionado de aplicar una sanción coactiva contra el Estado responsable como la consecuencia jurídica primaria que se desprendía directamente del hecho ilícito⁵⁰. Según esta opinión, el derecho internacional general permitía al Estado lesionado reaccionar ante un hecho ilícito; la obligación de reparación se trataba como subsidiaria, un medio por el cual el Estado responsable podía evitar la aplicación de medidas coactivas. Según una tercera opinión, que finalmente fue la que prevaleció, las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito no pueden limitarse ni a la reparación ni a una «sanción»⁵¹. En derecho internacional, como en cualquier ordenamiento jurídico, el hecho ilícito puede dar lugar a varios tipos de relaciones jurídicas, según las circunstancias.

4) También han diferido las opiniones sobre la cuestión de que las relaciones jurídicas que nacen de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito son esencialmente bilaterales, es decir, sólo tienen que ver con las relaciones entre el Estado responsable y el Estado lesionado. Se ha venido reconociendo cada vez más que algunos hechos ilícitos entrañan la responsabilidad del Estado que los realiza para con varios Estados o muchos Estados o incluso para con la comunidad internacional en conjunto. La CIJ dio un paso importante en esa dirección en el asunto de la *Barcelona Traction* cuando advirtió que:

Debe hacerse una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado respecto de la comunidad internacional en su conjunto y las obligaciones respecto de otro Estado en el ámbito de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras obligaciones mencionadas conciernen a todos los Estados. Habida cuenta de la importancia de los derechos en cuestión, cabe considerar que todos los Estados tienen un interés legítimo en su protección; se trata de obligaciones *erga omnes*⁵².

Todo Estado, en virtud de su condición de miembro de la comunidad internacional, tiene un interés jurídico en la protección de ciertos derechos básicos y en el cumplimiento de ciertas obligaciones esenciales. Entre ellas la Corte citó como ejemplo «el hecho de haber sido puestos fuera de la ley los actos de agresión y genocidio» y también señaló que «deben tenerse presentes los principios y normas que conciernen a los derechos fundamentales de la persona humana, en especial la represión de la práctica de la esclavitud y la discriminación racial»⁵³. En otros asuntos, la Corte ha vuelto a reafirmar esta idea⁵⁴. Las

⁵⁰ Véase H. Kelsen, *Principles of International Law*, 2.ª ed., publicación dirigida por R.W. Tucker, Nueva York, Holt, Rinehart and Winston, 1966, pág. 22.

⁵¹ Véanse, por ejemplo, R. Ago, «Le délit international», *Recueil des cours...*, 1939-II (París), Sirey (1947), vol. 68 (1939), pág. 417, en las págs. 430 a 440; y L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 8.ª ed., publicación dirigida por H. Lauterpacht, Londres, Longmans, Green, 1955, vol. I, *Peace*, págs. 352 a 354.

⁵² *Barcelona Traction* (véase la nota 25 *supra*), pág. 32, párr. 33.

⁵³ *Ibid.*, párr. 34.

⁵⁴ Véase *Timor oriental* (Portugal c. Australia), fallo, *C.I.J. Recueil 1995*, pág. 90, en la pág. 102, párr. 29; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1996*, pág. 226, en la pág. 258, párr. 83; *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, excepciones preliminares, *C.I.J. Recueil 1996*, pág. 595, en las págs. 615 y 616, párrs. 31 y 32.

consecuencias de un concepto más amplio de la responsabilidad internacional deben necesariamente reflejarse en los artículos, que abarcan las situaciones bilaterales normales de responsabilidad, pero no se limitan a ellas.

5) Así, pues, la expresión «responsabilidad internacional» del artículo 1 abarca las relaciones que nacen, en derecho internacional, del hecho internacionalmente ilícito de un Estado, ya se limiten dichas relaciones al Estado infractor y a un Estado lesionado o ya se extiendan también a otros Estados o incluso a otros sujetos de derecho internacional, e independientemente de que estén centradas en obligaciones de restitución o indemnización, o entrañen también para el Estado lesionado la posibilidad de contestar con la adopción de contramedidas.

6) El principio del artículo 1, según el cual todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado entraña la responsabilidad internacional de ese Estado, no significa que otros Estados no puedan también ser considerados responsables del comportamiento lesivo o del daño causado por ese comportamiento. A tenor del capítulo II, el mismo comportamiento puede ser atribuido a varios Estados al mismo tiempo. En el capítulo IV, un Estado puede ser responsable del hecho internacionalmente ilícito de otro, por ejemplo si el hecho se llevó a cabo bajo su dirección y control. Sea como fuere, el principio básico del derecho internacional es que cada Estado es responsable de su propia conducta respecto de sus propias obligaciones internacionales.

7) Los artículos sólo tratan de la responsabilidad de los Estados. Por supuesto, como ya afirmó la CIJ en el asunto *Réparation*, las Naciones Unidas «son un sujeto de derecho internacional y pueden tener derechos y deberes internacionales [...] y tienen la capacidad de sostener sus derechos presentando reclamaciones internacionales»⁵⁵. La Corte también ha subrayado la responsabilidad que asumen las Naciones Unidas por el comportamiento de sus órganos o agentes⁵⁶. Es posible que la noción de la responsabilidad por un comportamiento ilícito constituya un elemento básico de la personalidad jurídica internacional. Sea como fuere, se aplican consideraciones especiales a la responsabilidad de otras personas jurídicas internacionales, y éstas no quedan cubiertas en los artículos⁵⁷.

8) Por lo que hace a la terminología, la expresión francesa *fait internationalement illicite* es preferible a *délit* u otros términos similares que pueden tener un significado especial en el derecho interno. Por la misma razón, es mejor evitar en inglés términos como *tort*, *delict* o *delinquency*, o en español el término «delito». La expresión francesa *fait internationalement illicite* es mejor que *acte internationalement illicite*, ya que la ilicitud a menudo es consecuencia de omisiones que difícilmente pueden ser indicadas por la palabra *acte*. Además, esta última forma parece implicar que las consecuencias jurídicas son queridas por su autor. Por las mismas razones, se ha adoptado en el texto español la expresión «hecho internacionalmente ilícito». En el texto inglés es necesario mantener la expresión *internationally wrongful act*, porque la palabra

⁵⁵ *Réparation* (véase la nota 38 *supra*), pág. 179.

⁵⁶ *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1999*, pág. 62, en las págs. 88 y 89, párr. 66.

⁵⁷ Véase la posición de las organizaciones internacionales en el artículo 57 y su comentario.

francesa *fait* no tiene equivalente exacto; en todo caso, debe entenderse que la palabra *act* abarca las omisiones y esto se indica claramente en el artículo 2.

Artículo 2. Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado

Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y

b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

Comentario

1) En el artículo 1 se enuncia el principio básico de que todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado genera su responsabilidad internacional. En el artículo 2 se precisan las condiciones necesarias para determinar la existencia de un hecho internacionalmente ilícito del Estado, es decir los elementos constitutivos de ese hecho. Esos elementos son dos. En primer lugar, el comportamiento debe poder atribuirse al Estado en virtud del derecho internacional. En segundo, para poder atribuir la responsabilidad del hecho al Estado, el comportamiento debe constituir una violación de una obligación jurídica internacional que incumbe a ese Estado en ese momento.

2) La CPJI, por ejemplo, hizo referencia a estos dos elementos en el asunto *Phosphates du Maroc*. Vinculó expresamente el nacimiento de la responsabilidad internacional a la existencia de «un acto atribuible al Estado y calificado como contrario a los derechos convencionales de otro Estado»⁵⁸. La CIJ ha hecho referencia también a esos dos elementos en varias ocasiones. En el asunto *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* señaló que, para atribuir la responsabilidad a la República Islámica del Irán

[e]n primer lugar, debe determinar en qué medida los hechos de que se trata pueden considerarse jurídicamente imputables al Estado iraní. En segundo lugar, debe considerar si son compatibles o no con las obligaciones que incumben al Irán en virtud de los tratados vigentes o de cualquier otra norma de derecho internacional aplicable⁵⁹.

Asimismo, en el asunto *Dickson Car Wheel Company*, la Comisión general de reclamaciones México-Estados Unidos observó que la condición para que un Estado incurriera en responsabilidad internacional era «que un hecho ilícito internacional le sea imputado, es decir, que exista violación de una obligación impuesta por una norma jurídica internacional»⁶⁰.

3) El elemento de atribución se ha calificado a veces de «subjetivo» y el de violación de «objetivo», pero los

presentes artículos evitan esa terminología⁶¹. La determinación de si ha habido incumplimiento de una norma puede depender de la intención o del conocimiento de los órganos o agentes pertinentes del Estado, y en ese sentido puede ser «subjativa». Por ejemplo, en el artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio se dice: «En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal...». En otros casos, la base para la determinación del incumplimiento de una obligación puede ser «objetiva», en el sentido de que el conocimiento u otra circunstancia de los órganos o agentes pertinentes del Estado pueden no hacer al caso. Que la responsabilidad sea «objetiva» o «subjativa» en este sentido dependerá de las circunstancias, incluido el contenido de la obligación primaria. En los artículos no se establece ninguna norma general a este respecto. Lo mismo se aplica a otras normas que entrañan cierto grado de falta, culpabilidad, negligencia o ausencia de diligencia debida. Esas normas varían según el contexto, por razones que se refieren esencialmente al objeto y fin de la disposición del tratado o de otra regla que haga surgir la obligación primaria. Tampoco establecen los artículos ninguna presunción a este respecto entre las diferentes normas posibles. Determinarla corresponderá a la interpretación y aplicación de las reglas primarias de que se trate en cada caso.

4) El comportamiento atribuible al Estado puede consistir en acciones u omisiones. Los casos en que se ha invocado la responsabilidad internacional de un Estado por una omisión son por lo menos tan frecuentes como los que se basan en acciones, y en principio no existe ninguna diferencia entre unos y otros. Además, puede ser difícil aislar una «omisión» de las circunstancias concurrentes que sean pertinentes para determinar la responsabilidad. Por ejemplo, en el asunto *Détroit de Corfou* la CIJ estimó que era suficiente para atribuir la responsabilidad a Albania el hecho de que conociera, o debiera haber conocido, la presencia de las minas en sus aguas territoriales y no hiciera nada para advertir de ello a terceros Estados⁶². En el asunto *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, la Corte concluyó que la responsabilidad de la República Islámica de Irán era consecuencia de la «inacción» de sus autoridades, que «no adoptaron las medidas apropiadas», en circunstancias en que esas medidas eran evidentemente necesarias⁶³. En otros casos, la base

⁶¹ Cf. *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 182, documento A/9010/Rev.1, párrafo 1 del comentario al artículo 3.

⁶² *Détroit de Corfou*, fondo (véase la nota 35 *supra*), págs. 22 y 23.

⁶³ *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (véase la nota 59 *supra*), págs. 31 y 32, párrs. 63 y 67. Véanse también los asuntos *Velásquez Rodríguez c. Honduras*: «es un principio del derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos», Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, n.º 4, párr. 170 (1988); y *Acquisition de la nationalité polonaise*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. I (n.º de venta: 1948.V.2), pág. 401, en la pág. 425 (1924).

⁵⁸ Véase la nota 34 *supra*.

⁵⁹ *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, fallo, C.I.J. *Recueil* 1980, pág. 3, en la pág. 29, párr. 56. Cf. pág. 41, párr. 90. Véanse también los asuntos *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (nota 36 *supra*), págs. 117 y 118, párr. 226, y *Projet Gabckovo-Nagyymaros* (nota 27 *supra*), pág. 54, párr. 78.

⁶⁰ Véase la nota 42 *supra*.

de la responsabilidad puede ser la combinación de una acción y una omisión⁶⁴.

5) Para calificar un comportamiento determinado de hecho internacionalmente ilícito, en primer lugar debe ser atribuible al Estado. Este es una entidad organizada real, una persona jurídica con plena capacidad para actuar en derecho internacional. Pero reconocer esto no supone negar la realidad elemental de que el Estado no puede actuar por sí mismo. El «hecho del Estado» supone una acción u omisión de un ser humano o un grupo de seres humanos: «Los Estados sólo pueden actuar por medio y por conducto de la persona de sus agentes y representantes»⁶⁵. La cuestión es qué personas debe considerarse que actúan en nombre del Estado, es decir, qué es lo que constituye un «hecho del Estado» a los efectos de la responsabilidad de los Estados.

6) Cuando se habla de atribución al Estado se entiende el Estado como sujeto de derecho internacional. De conformidad con muchos ordenamientos los órganos del Estado consisten en distintas personas jurídicas (ministerios u otras entidades), que tienen derechos y obligaciones por los que sólo ellos pueden ser procesados y son responsables. A los efectos del derecho internacional de la responsabilidad de los Estados la posición es diferente. El Estado se trata como una unidad, pues es reconocido como una sola persona jurídica por el derecho internacional. Tanto en éste como en otros aspectos, la atribución de un comportamiento al Estado es necesariamente una operación normativa. Lo fundamental es que un hecho determinado esté suficientemente relacionado con un comportamiento (acción u omisión) atribuible al Estado con arreglo a alguna de las normas establecidas en el capítulo II.

7) La segunda condición para que haya un hecho internacionalmente ilícito del Estado es que el comportamiento que se le atribuye constituya una violación por ese Estado de una de sus obligaciones internacionales. La expresión «violación de una obligación internacional del Estado» está aceptada desde hace tiempo y abarca tanto las obligaciones convencionales como las que no dimanar de tratados. En su decisión relativa a la competencia en el asunto *Usine de Chorzów*, la CPJI utilizó la expresión «violación de una obligación»⁶⁶. Empleó idéntica expresión en su fallo subsiguiente sobre el fondo del mismo asunto⁶⁷. La CIJ mencionó expresamente los términos en el asunto *Réparation*⁶⁸. En el asunto *Rainbow Warrior*, el tribunal arbitral se refirió a «cualquier violación de una obligación por el Estado»⁶⁹. En la práctica se utilizan también expresiones como «no ejecución de obligaciones internacionales», «actos incompatibles con obligaciones internacionales», «violación de una obligación internacio-

nal» o «incumplimiento de una obligación»⁷⁰. Todas estas formulaciones tienen básicamente el mismo significado. La expresión «violación de una obligación internacional» es la preferida en los artículos, ya que corresponde a la terminología empleada en el apartado *c* del párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto de la CIJ.

8) En derecho internacional, la idea de violación de una obligación ha sido a menudo considerada como conducta contraria a los derechos ajenos. La CPJI habló de un acto «contrario a los derechos convencionales de otro Estado» en su fallo relativo al asunto *Phosphates du Maroc*⁷¹. Ese asunto se refería a un tratado multilateral limitado, en el que se enunciaban los derechos y obligaciones mutuos de las Partes, pero algunos han considerado que la correlación de las obligaciones y los derechos es una característica general de derecho internacional: no hay obligaciones internacionales de un sujeto de derecho internacional a las que no correspondan derechos internacionales de otro u otros sujetos, o incluso de la totalidad de los demás sujetos (la comunidad internacional en su conjunto). Sin embargo, diversas circunstancias pueden referirse a un derecho del que son titulares en común todos los demás sujetos de derecho internacional, a diferencia de lo que ocurre con un derecho concreto de uno o varios Estados determinados. Diferentes Estados pueden ser beneficiarios de una obligación de distintas maneras, o pueden tener intereses diferentes respecto de su cumplimiento. Por lo tanto, las obligaciones multilaterales pueden diferir de las bilaterales, en vista de la diversidad de las normas e instituciones jurídicas y de la gran variedad de intereses que tratan de proteger. Pero cuando una obligación ha sido violada, siguen planteándose las dos cuestiones básicas a que se hacía referencia en el artículo 2, independientemente del carácter u origen de la obligación incumplida. Otra cuestión es la de quién puede invocar la responsabilidad que dimana del incumplimiento de una obligación: esta cuestión se regula en la tercera parte⁷².

9) Por lo tanto, no hay excepción alguna al principio enunciado en el artículo 2 de que deben darse dos condiciones para que haya un hecho internacionalmente ilícito: un comportamiento atribuible al Estado según el derecho internacional y la violación de una obligación internacional del Estado mediante ese comportamiento. La cuestión es si esas dos condiciones necesarias son también suficientes. A veces se afirma que no hay responsabilidad internacional por el comportamiento de un Estado que incumple sus obligaciones mientras no se dé algún elemento adicional, en particular el «daño» a otro Estado. Ahora bien, la exigencia de elementos de ese tipo depende del contenido de la obligación primaria, y no existe ninguna regla general al respecto. Por ejemplo, la obligación que incumbe en virtud de un tratado de promulgar una legislación uniforme es violada por el hecho de no promulgar la ley, y no es necesario que otro Estado Parte indique que ha sufrido un daño concreto debido a ese incumplimiento. Que una obligación determinada no se cumpla por la

⁶⁴ Por ejemplo, en virtud del artículo 4 de la Convención relativa a la colocación de minas submarinas automáticas de contacto (Convención VIII de La Haya de 1907), toda Potencia neutral que coloque minas automáticas y de contacto frente a sus costas, pero omita notificarlo a otros Estados Partes, será responsable en consecuencia.

⁶⁵ *Colons allemands en Pologne*, opinión consultiva, 1923, C.P.J.I., *série B n.º 6*, pág. 22.

⁶⁶ *Usine de Chorzów*, competencia (véase la nota 34 *supra*), pág. 21.

⁶⁷ *Usine de Chorzów*, fondo (ibíd.).

⁶⁸ *Réparation* (véase la nota 38 *supra*), pág. 184.

⁶⁹ *Rainbow Warrior* (véase la nota 46 *supra*), pág. 251, párr. 75.

⁷⁰ En la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional, celebrada en La Haya en 1930, se adoptó la expresión «todo incumplimiento de las obligaciones internacionales de un Estado» (véase *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 221, documento A/CN.4/96, apéndice 3, art. 1).

⁷¹ Véase la nota 34 *supra*.

⁷² Véanse también el artículo 33, párrafo 2, y su comentario.

mera inacción del Estado responsable, o que se exija que se produzca alguna otra circunstancia dependerá del contenido y la interpretación de la obligación primaria y no puede determinarse en abstracto⁷³.

10) Una cuestión conexas es la de si la culpa constituye un elemento necesario del hecho internacionalmente ilícito de un Estado. Tal no es ciertamente el caso si por «culpa» se entiende la existencia, por ejemplo, de una intención de causar daño. A falta de toda exigencia específica de un elemento mental en lo que atañe a la obligación primaria, lo único que cuenta es el acto del Estado, con independencia de cualquier intención.

11) El artículo 2 introduce y sitúa en el necesario contexto jurídico las cuestiones que se tratan en los capítulos siguientes de la primera parte. El apartado *a* —en el que se afirma la necesidad de un comportamiento atribuible según el derecho internacional al Estado para que exista un hecho internacionalmente ilícito— corresponde al capítulo II, mientras que en el capítulo IV se contemplan casos específicos en que un Estado es responsable del hecho internacionalmente ilícito de otro Estado. El apartado *b* —en el que se afirma la necesidad de que ese comportamiento constituya una violación de una obligación internacional— corresponde a los principios generales enunciados en el capítulo III, mientras que el capítulo V se ocupa de casos en los que se excluye la ilicitud de un comportamiento que de otro modo habría constituido violación de una obligación.

12) En el apartado *a*, el término «atribución» se utiliza para designar la operación de relacionar el Estado con una acción u omisión determinada. En la práctica y la jurisprudencia internacionales se utiliza también el término «imputación»⁷⁴. Sin embargo, el término «atribución» no supone en modo alguno que el proceso jurídico de relacionar un comportamiento con el Estado sea una ficción, o que el comportamiento de que se trate «realmente» sea el de otro.

13) En el apartado *b* se hace referencia a la violación de una obligación internacional más que de una regla o una norma de derecho internacional. Lo que importa a estos efectos no es sólo la existencia de una norma, sino su aplicación en el caso concreto al Estado responsable. El término «obligación» se emplea corrientemente en la jurisprudencia y la práctica internacionales, y también en la doctrina, para abarcar todas las posibilidades. La referencia a una «obligación» se limita a una obligación de derecho internacional, cuestión que se aclara más en el artículo 3.

⁷³ Véanse ejemplos de análisis de distintas obligaciones en *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (nota 59 *supra*), págs. 30 a 33, párrs. 62 a 68; *Rainbow Warrior* (nota 46 *supra*), págs. 266 y 267, párrs. 107 a 110; y OMC, Estados Unidos – Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974, informe del Grupo Especial (WT/DS152/R), de 22 de diciembre de 1999, párrs. 7.41 y ss.

⁷⁴ Véanse, por ejemplo, *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (nota 59 *supra*), pág. 29, párrs. 56 y 58; y *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (nota 36 *supra*), pág. 51, párr. 86.

Artículo 3. Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito

La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno.

Comentario

1) El artículo 3 enuncia en forma expresa un principio que ya se desprende intrínsecamente del artículo 2, a saber, que la calificación de un hecho como internacionalmente ilícito es independiente de su calificación como lícito en el derecho interno del Estado. Están aquí presentes dos elementos. Primero, el hecho de un Estado no puede calificarse de internacionalmente ilícito mientras no constituya una violación de una obligación internacional, aunque haya una violación de una prescripción del propio derecho interno del Estado. Segundo y de máxima importancia, el Estado no puede alegar la conformidad de su comportamiento con las prescripciones de su derecho interno para impedir que se califique de ilícito ese comportamiento según el derecho internacional. El hecho de un Estado debe calificarse de internacionalmente ilícito si constituye una violación de una obligación internacional, aunque ese hecho no contravenga el derecho interno del Estado, ni siquiera en el caso en que, con arreglo a tal derecho, el Estado esté en realidad obligado a ese comportamiento.

2) En lo que se refiere al primero de estos elementos, la decisión judicial más clara es la que adoptó la CPJI en el asunto *Traitement des nationaux polonais*⁷⁵. La Corte negó al Gobierno de Polonia el derecho a someter a los órganos de la Sociedad de las Naciones cuestiones relativas a la aplicación a nacionales polacos de determinadas disposiciones de la Constitución de la Ciudad Libre de Danzig, porque:

...según los principios generalmente admitidos un Estado no puede, con respecto a otro Estado, valerse de las disposiciones constitucionales de éste, sino únicamente del derecho internacional y de las obligaciones internacionales debidamente aceptadas [...]. A la inversa, un Estado no puede alegar contra otro Estado su propia Constitución con el fin de eludir obligaciones que le incumben en virtud del derecho internacional o de tratados en vigencia. La aplicación de la Constitución de la Ciudad Libre puede traer como consecuencia el incumplimiento de una obligación jurídica internacional de Danzig para con Polonia, derivada de las estipulaciones convencionales o del derecho internacional común [...]. Con todo, en un caso de esa índole no es la Constitución, como tal, sino la obligación internacional la que hace surgir la responsabilidad de la Ciudad Libre⁷⁶.

3) También está perfectamente establecido que la conformidad con las disposiciones del derecho interno no excluye en absoluto que el comportamiento se califique de internacionalmente ilícito. Las decisiones judiciales internacionales no dejan ninguna duda a este respecto. En particular, la CPJI reconoció expresamente este principio en su primer fallo en el asunto *Wimbledon*. La Corte rechazó el argumento del Gobierno alemán de que el paso

⁷⁵ *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzic*, opinión consultiva, 1932, C.P.J.I., *serie A/B* n.º 44, pág. 4.

⁷⁶ *Ibid.*, págs. 24 y 25. Véase también *Lotus*, fallo n.º 9, 1927, C.P.J.I., *serie A* n.º 10, pág. 24.

del buque por el canal de Kiel hubiese constituido una violación de las ordenanzas de neutralidad alemanas, señalando que:

...una ordenanza de neutralidad, emitida por un Estado individual, no podía prevalecer sobre las disposiciones del Tratado de Paz [...]. En virtud del artículo 380 del Tratado de Versalles, Alemania tenía la obligación formal de permitirlo [el paso del *Wimbledon* por el canal]. A las obligaciones que había asumido en virtud de ese artículo no podía oponer sus ordenanzas de neutralidad⁷⁷.

Este principio se reiteró en muchas ocasiones:

...un principio generalmente reconocido del derecho de gentes es que, en las relaciones entre las Partes contratantes de un tratado, las disposiciones de una ley interna no pueden prevalecer sobre las de un tratado⁷⁸.

...es evidente que Francia no puede valerse de su propia legislación para limitar el alcance de sus obligaciones internacionales⁷⁹.

...un Estado no puede invocar frente a otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el derecho internacional o los tratados en vigor⁸⁰.

El mismo principio, examinado desde un ángulo diferente, fue afirmado también en las opiniones consultivas sobre *Echange des populations grecques et turques*⁸¹ y sobre *Compétence des tribunaux de Dantzig*⁸².

4) La CIJ ha mencionado y aplicado este principio a menudo⁸³. Por ejemplo, en el asunto *Réparation*, señaló que «[c]omo la reclamación se basa en el incumplimiento de una obligación internacional por un Miembro considerado responsable [...] ese Miembro no puede pretender que esa obligación se rija por su derecho nacional»⁸⁴. En el asunto *ELSI*, una Sala de la Corte hizo hincapié en esta norma, declarando que:

La conformidad con el derecho interno y la conformidad con las disposiciones de un tratado son cuestiones diferentes. Lo que constituye violación de un tratado puede ser lícito en derecho interno y lo que es ilícito en derecho interno puede no entrañar violación alguna de las disposiciones de un tratado. Aunque el Prefecto considerase que la requisición estaba totalmente justificada en el derecho italiano, esto no excluiría la posibilidad de que ella constituyera una violación del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación⁸⁵.

Por el contrario, tal como explicó la Sala:

⁷⁷ *Wimbledon* (véase la nota 34 *supra*), págs. 29 y 30.

⁷⁸ «*Communautés gréco-bulgares*, opinión consultiva, 1930, C.P.J.I., *serie B n.º 17*, pág. 32.

⁷⁹ *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, providencia de 6 de diciembre de 1930, C.P.J.I. *serie A n.º 24*, pág. 12; y fallo, 1932, C.P.J.I. *serie A/B n.º 46*, pág. 96, en la pág. 167.

⁸⁰ *Traitement des nationaux polonais* (véase la nota 75 *supra*), pág. 24.

⁸¹ *Echange des populations grecques et turques*, opinión consultiva, 1925, C.P.J.I., *serie B n.º 10*, pág. 20.

⁸² *Compétence des tribunaux de Dantzig*, opinión consultiva, 1928, C.P.J.I., *serie B n.º 15*, págs. 26 y 27. Véanse también las observaciones de Lord Finlay en *Acquisition de la nationalité polonaise*, opinión consultiva, 1923, C.P.J.I., *serie B, n.º 7*, pág. 26.

⁸³ Véase *Pêcheries*, fallo, C.I.J. *Recueil 1951*, pág. 116, en la pág. 132; *Nottebohm*, excepción preliminar, fallo, C.I.J. *Recueil 1953*, pág. 111, en la pág. 123; *Application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs*, fallo, C.I.J. *Recueil 1958*, pág. 55, en la pág. 67; y *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, opinión consultiva, C.I.J. *Recueil 1988*, pág. 12, en las págs. 34 y 35, párr. 57.

⁸⁴ *Réparation* (véase la nota 38 *supra*), pág. 180.

⁸⁵ *Elektronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, fallo, C.I.J. *Recueil 1989*, pág. 15, en la pág. 51, párr. 73.

...el que un hecho de una autoridad pública pueda haber sido ilícito en derecho interno no significa necesariamente que el hecho sea ilícito en derecho internacional, por violación de un tratado o de cualquier otra manera. La conclusión de los tribunales nacionales de que un hecho es ilícito puede ser pertinente para argumentar que ha sido también arbitrario. Sin embargo, en sí misma y sin nada más que la acompañe, la ilicitud no puede decirse que equivalga a arbitrariedad [...]. Tampoco de la conclusión de un tribunal interno de que un hecho es injustificado, irrazonable o arbitrario cabe deducir que ese hecho deba considerarse necesariamente como arbitrario en derecho internacional, aunque la calificación dada al hecho impugnado por una autoridad interna pueda constituir una indicación valiosa⁸⁶.

El principio ha sido aplicado también por muchos tribunales arbitrales⁸⁷.

5) El principio fue expresamente asumido en los trabajos emprendidos con los auspicios de la Sociedad de las Naciones para la codificación de la responsabilidad de los Estados⁸⁸, así como en los realizados con el patrocinio de las Naciones Unidas para la codificación de los derechos y deberes de los Estados y del derecho de los tratados. En el artículo 13 del proyecto de Declaración de Derechos y Deberes de los Estados de la Comisión se afirmó lo siguiente:

Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes de derecho internacional, y no puede invocar disposiciones de su propia constitución o de sus leyes como excusa para dejar de cumplir este deber⁸⁹.

6) De igual modo, este principio fue respaldado en la Convención de Viena de 1969, cuyo artículo 27 dice:

⁸⁶ *Ibid.*, pág. 74, párr. 124.

⁸⁷ Véase, por ejemplo, el arbitraje del *Alabama*, sentencia del Tribunal Arbitral de Ginebra, en Moore, *History and Digest*, vol. IV, pág. 4144, en las págs. 4156 y 4157 (1872); *Réclamation des armateurs norvégiens* (Noruega c. Estados Unidos de América), Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. I (n.º de venta: 1948.V.2), pág. 307, en la pág. 331 (1922); *Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada Claims* (asunto *Tinoco*) (Gran Bretaña c. Costa Rica), *ibid.*, pág. 369, en la pág. 386 (1923); *Shufeldt*, *ibid.*, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 1079, en la pág. 1098 («...es principio establecido de derecho internacional que no puede admitirse que un soberano oponga una de sus propias leyes internas frente a la acción de otro soberano sobre un perjuicio causado a un súbdito de este último») (1930); *Wollemborg*, *ibid.*, vol. XIV (n.º de venta: 65.V.4), pág. 283, en la pág. 289 (1956); y *Flegenheimer*, *ibid.*, pág. 327, en la pág. 360 (1958).

⁸⁸ En el punto I del cuestionario dirigido a los Estados por el Comité Preparatorio de la Conferencia de La Haya de 1930, relativo a la responsabilidad de los Estados, se puntualiza lo siguiente:

«En particular, ningún Estado puede eludir su responsabilidad según el derecho internacional, cuando ella existe, invocando las disposiciones de su derecho interno.»

En sus respuestas, los Estados se declararon expresa o implícitamente de acuerdo con este principio [véase Sociedad de las Naciones, Conferencia de Codificación del Derecho Internacional, *Bases de discusión établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, tomo III: *Responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (documento C.75.M.69.1929.V), pág. 16]. En las deliberaciones celebradas durante la Conferencia de La Haya de 1930, los Estados señalaron su adhesión general a la idea enunciada en el punto I, y el Comité III de la Conferencia aprobó el artículo 5, redactado así: «Un Estado no puede eludir la responsabilidad internacional invocando (el estado de) su derecho interno» [documento C.351(c)M.145(c).1930.V; reproducido en *Anuario... 1956*, vol. II (A/CN.4/96), apéndice 3, pág. 222].

⁸⁹ Véase la resolución 375 (IV) de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 1949, anexo. Los debates de la Comisión figuran en *Yearbook of the International Law Commission 1949*, págs. 105 y 106, 150 y 171. Los debates de la Asamblea figuran en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, sesiones 168.^a a 173.^a, 18 a 25 de octubre de 1949; y sesiones 175.^a a 183.^a, 27 de octubre a 3 de noviembre de 1949; e *ibid.*, *cuarto período de sesiones, Sesiones Plenarias*, 270.^a sesión, 6 de diciembre de 1949.

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46⁹⁰.

7) La regla según la cual la calificación de un comportamiento como ilícito en derecho internacional no queda afectada por la calificación del mismo hecho como lícito en el derecho interno no admite excepción en los casos en que las reglas del derecho internacional exigen al Estado que aplique las disposiciones de su derecho interno, por ejemplo dando a los extranjeros el mismo trato jurídico que a los nacionales. Ciertamente es que en tal caso la aplicación del derecho interno es pertinente para la cuestión de la responsabilidad internacional, pero ello se debe a que la regla de derecho internacional la hace pertinente, por ejemplo incorporando la norma de conformidad con el derecho interno como norma internacional aplicable, o como un aspecto de ésta. Particularmente en materia de perjuicios causados a los extranjeros y a sus bienes y en materia de derechos humanos, el contenido y la aplicación del derecho interno serán a menudo pertinentes para la cuestión de la responsabilidad internacional. En cada caso se deberá analizar si las disposiciones del derecho interno son pertinentes, como hechos, para aplicar la norma internacional que proceda, o si están efectivamente incorporadas de alguna forma, condicional o incondicionalmente, en dicha norma.

8) En cuanto al texto de la norma, una formulación en los siguientes términos: «No podrá alegarse el derecho interno de un Estado para evitar que un hecho de ese Estado sea calificado de ilícito con arreglo al derecho internacional», similar a la del artículo 5 del proyecto aprobado en primera lectura en la Conferencia de La Haya de 1930, y a la del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, tiene el mérito de decir claramente que los Estados no pueden escudarse en su derecho interno para eludir la responsabilidad internacional. Sin embargo, esta formulación parece más bien una regla de procedimiento y resulta inadecuada para una declaración de principio. Los aspectos relacionados con la invocación de la responsabilidad corresponden a la tercera parte, mientras que este principio se refiere a la cuestión esencial del origen de la responsabilidad. Además, en muchos casos los aspectos de derecho interno son pertinentes para que exista o no responsabilidad. Como ya se ha señalado, en esos casos corresponde al derecho internacional determinar el alcance y los límites de toda referencia al derecho interno. Este elemento se refleja mejor diciendo, en primer lugar, que la calificación del comportamiento de un Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional y, en segundo lugar, afirmando que cuando ese comportamiento es calificado de ilícito en virtud del derecho internacional, no puede excusarse haciendo referencia a la legalidad de dicho comportamiento con arreglo al derecho interno.

9) En lo que respecta a la terminología, en la versión inglesa se prefiere la expresión *internal law* («derecho interno») a la de *municipal law* porque esta última se emplea a veces en un sentido más estricto y porque en la Convención de Viena de 1969 se habla de *internal law*. Sería aún menos adecuado emplear la expresión *national law* («derecho na-

cional»), que en algunos sistemas jurídicos sólo se refiere a las leyes emanadas del poder legislativo central, distinguiéndolas de las emanadas de autoridades provinciales, cantonales o locales. El principio del artículo 3 se aplica a todas las leyes y reglamentos aprobados en el marco del Estado, por cualquier autoridad y a cualquier nivel⁹¹. En la versión francesa, la expresión *droit interne* («derecho interno») se prefiere a *législation interne* («legislación interna») y a *loi interne* («ley interna») porque abarca todas las disposiciones del ordenamiento jurídico interno, escritas o no escritas, ya sean en forma de normas constitucionales o legislativas, decretos administrativos o decisiones judiciales.

CAPÍTULO II

ATRIBUCIÓN DE UN COMPORTAMIENTO AL ESTADO

Comentario

1) Con arreglo al artículo 2, una de las dos condiciones esenciales para la responsabilidad internacional de un Estado es que el comportamiento de que se trate sea atribuible, según el derecho internacional, al Estado. El capítulo II define las circunstancias en que tal atribución está justificada, es decir, cuando el comportamiento consistente en una acción u omisión o en una serie de acciones u omisiones ha de considerarse como comportamiento del Estado.

2) En teoría, el comportamiento de todos los seres humanos, las sociedades o colectividades vinculados con el Estado por nacionalidad, residencia o lugar de constitución puede atribuirse al Estado, tengan o no relación con el gobierno. En derecho internacional se evita tal criterio, con miras a limitar la responsabilidad al comportamiento que compromete al Estado en cuanto organización, y también para reconocer la autonomía de las personas que actúan por cuenta propia y no a instigación de una autoridad pública. Por tanto, la norma general es que el único comportamiento atribuido al Estado en el plano internacional es el de sus órganos de gobierno, o de otros que hayan actuado bajo la dirección o control, o por instigación, de esos órganos, es decir, como agentes del Estado⁹².

3) Como corolario, el comportamiento de los particulares no es, en cuanto tal, atribuible al Estado. Esto quedó establecido, por ejemplo, en el asunto *Tellini* de 1923. El Consejo de la Sociedad de las Naciones sometió a un

⁹¹ Cf. *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos de América), medidas provisionales, providencia de 3 de marzo de 1999, *C.I.J. Recueil 1999*, pág. 9, en la pág. 16, párr. 28.

⁹² Véanse, por ejemplo, I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility, Part I*, Oxford, Clarendon Press, 1983, págs. 132 a 166; D. D. Caron, «The basis of responsibility: Attribution and other trans-substantive rules», en R. Lillich y D. Magraw (eds.), *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility*, Irvington-on-Hudson, Transnational, 1998, pág. 109; L. Condorelli, «L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances», *Recueil des cours... 1984-VI* (Dordrecht), Martinus Nijhoff, vol. 189 (1988), pág. 9; H. Dipla, *La responsabilité de l'État pour violation des droits de l'homme: problèmes d'imputation*, París, Pedone, 1994; A. V. Freeman, «Responsibility of States for unlawful acts of their armed forces», *Recueil des cours... 1955-II* (Leiden), Sijthoff, vol. 88 (1956), pág. 261; y F. Przetacznik, «The international responsibility of States for the unauthorized acts of their organs», *Sri Lanka Journal of International Law*, vol. 1 (junio de 1989), pág. 151.

⁹⁰ El artículo 46 de la Convención prevé la alegación de disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados, en determinadas circunstancias, por ejemplo cuando la violación de esas disposiciones «sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de [su] derecho interno».

Comité especial de juristas varias cuestiones suscitadas por un incidente entre Italia y Grecia⁹³. Se trataba del asesinato en territorio griego del presidente y de varios miembros de una comisión internacional encargada de delimitar la frontera greco-albanesa. En respuesta a la cuestión quinta, el Comité declaró:

Un Estado sólo incurre en responsabilidad por un delito político cometido en su territorio contra la persona de extranjeros si no ha adoptado las disposiciones pertinentes para prevenir el delito y para perseguir, detener y juzgar al delincuente⁹⁴.

4) La atribución de un comportamiento al Estado en cuanto sujeto de derecho internacional se basa en criterios determinados por el derecho internacional y no en el simple reconocimiento de una relación de causalidad natural. Como operación normativa, la atribución debe distinguirse claramente de la calificación del comportamiento como internacionalmente ilícito. Su finalidad es determinar que existe un hecho del Estado a efectos de la responsabilidad. Demostrar que ese comportamiento es atribuible al Estado no dice nada, en sí, acerca de la legalidad o ilegalidad de ese comportamiento, y las normas de atribución no deberían formularse en términos que impliquen otra cosa. Pero las diferentes normas de atribución enunciadas en el capítulo II tienen un efecto acumulativo, de modo que un Estado puede ser responsable por los efectos de la conducta de particulares si no ha adoptado las medidas necesarias para impedir esos efectos. Por ejemplo, el Estado receptor no responde, en cuanto tal, de los actos de particulares que se apoderan de una embajada, pero responderá si no toma todas las medidas necesarias para proteger la embajada frente a ese apoderamiento, o para recuperar el control de la misma⁹⁵. A este respecto suele haber una estrecha relación entre el fundamento de la atribución y la obligación concreta supuestamente infringida, aun cuando los dos elementos sean teóricamente distintos.

5) La cuestión de la atribución del comportamiento del Estado a los efectos de la responsabilidad debe distinguirse de otros aspectos del derecho internacional según los cuales determinados órganos están facultados para contraer compromisos en nombre del Estado. Así, por ejemplo, se considera que el jefe del Estado o de gobierno o el ministro de relaciones exteriores están facultados para representar al Estado sin tener que presentar plenos poderes⁹⁶. Estas normas no tienen nada que ver con la atribución para los fines de la responsabilidad del Estado. En principio, el Estado incurre en responsabilidad por cualquier comportamiento que sea incompatible con sus obligaciones internacionales, independientemente del nivel de administración o gobierno en que se produzca⁹⁷. Por tanto, las normas relativas a la atribución expuestas en este capítulo están formuladas con este fin concreto, y no

para otros fines, para los cuales puede resultar necesario definir el Estado o su gobierno.

6) Al determinar qué constituye un órgano del Estado a los efectos de la responsabilidad, el derecho interno y la práctica de cada Estado son de primordial importancia. En general, la estructura del Estado y las funciones de sus órganos no se rigen por el derecho internacional. Incumbe a cada Estado decidir cómo estructurar su administración y qué funciones ha de asumir el gobierno. Si bien el Estado sigue siendo libre de determinar su estructura y funciones internas con arreglo a sus leyes y su práctica, el derecho internacional tiene una función propia que desempeñar. Por ejemplo, el comportamiento de determinadas instituciones que desempeñan funciones públicas y que ejercen prerrogativas del poder público (por ejemplo, la policía) se atribuye al Estado aun cuando el derecho interno considere que esas instituciones son autónomas e independientes del poder ejecutivo⁹⁸. El comportamiento de los órganos del Estado que se exceden en el ejercicio de su competencia puede también atribuirse al Estado según el derecho internacional, cualquiera que sea la posición de esos órganos según el derecho interno⁹⁹.

7) Este capítulo tiene por objeto especificar las condiciones en que un comportamiento se atribuye al Estado como sujeto de derecho internacional a los efectos de determinar su responsabilidad internacional. Por lo tanto, el comportamiento se atribuye al Estado como sujeto de derecho internacional y no como sujeto de derecho interno. En derecho interno, es habitual que el «Estado» se subdivida en una serie de entidades jurídicas distintas. Por ejemplo, los ministerios, los departamentos, las unidades integrantes de todo tipo, las comisiones o sociedades estatales pueden tener una personalidad jurídica separada según el derecho interno, con cuentas separadas y responsabilidades separadas. Pero en derecho internacional, un Estado no puede eludir sus responsabilidades internacionales por un simple proceso de subdivisión interna. El Estado, como sujeto de derecho internacional, es considerado responsable del comportamiento de todos los órganos, servicios y funcionarios que forman parte de su organización y actúan en esa capacidad, independientemente de que tengan o no personalidad jurídica separada según el derecho interno.

8) El capítulo II consta de ocho artículos. El artículo 4 establece la norma básica por la que se atribuye al Estado el comportamiento de sus órganos. El artículo 5 trata del comportamiento de las entidades facultadas para ejercer atribuciones del poder público de un Estado, y el artículo 6, del caso especial en que un órgano de un Estado se pone a disposición de otro Estado y está facultado para ejercer el poder público de ese Estado. El artículo 7 deja claro que el comportamiento de los órganos o entidades facultados para ejercer atribuciones del poder público es atribuible al Estado incluso si se llevó a cabo fuera del ámbito de competencia del órgano o de la persona de que se trate o en contra de sus instrucciones. Los artículos 8 a 11 tratan de ciertos casos adicionales en los que un comportamiento, que no es de un órgano o entidad del Estado, se atribuye no obstante a éste en derecho internacional. El

⁹³ Sociedad de las Naciones, *Journal officiel*, 4.º año, n.º 11 (noviembre de 1923), pág. 1349.

⁹⁴ *Ibid.*, 5.º año, n.º 4 (abril de 1924), pág. 524. Véase también el asunto *Janes*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (n.º de venta: 1951.V.1), pág. 82 (1925).

⁹⁵ Véase *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (nota 59 *supra*).

⁹⁶ Véase la Convención de Viena de 1969, arts. 7, 8, 46 y 47.

⁹⁷ Este punto fue destacado, en el contexto de los Estados federales, en el asunto *LaGrand*, medidas provisionales (véase la nota 91 *supra*). Naturalmente no se limita a los Estados federales. Véanse también el artículo 5 y su comentario.

⁹⁸ Véase el párrafo 11 del comentario al artículo 4; véanse también el artículo 5 y su comentario.

⁹⁹ Véanse el artículo 7 y su comentario.

artículo 8 trata del comportamiento que se lleva a cabo siguiendo las instrucciones de un órgano del Estado o bajo su dirección o control. El artículo 9 se refiere a determinados comportamientos que implican el ejercicio de atribuciones del poder público y que se observan en ausencia de las autoridades oficiales. El artículo 10 trata del caso especial de responsabilidad en determinadas circunstancias por el comportamiento de movimientos insurreccionales. El artículo 11 trata del comportamiento no atribuible al Estado en virtud de uno de los artículos anteriores pero que es adoptado por el Estado, de palabra o de obra, como propio.

9) Estas normas son acumulativas pero también limitativas. A falta de un compromiso o de una garantía específicos (que sería una *lex specialis*¹⁰⁰), el Estado no es responsable del comportamiento de personas o entidades en circunstancias distintas de las previstas en el presente capítulo. Como afirmó el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán, «a fin de atribuir un hecho al Estado, es necesario identificar con certeza razonable a los protagonistas y su vinculación con el Estado»¹⁰¹. Esto se deduce ya de las disposiciones del artículo 2.

Artículo 4. Comportamiento de los órganos del Estado

1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.

2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.

Comentario

1) El párrafo 1 del artículo 4 enuncia el primer principio de atribución, a los efectos de la responsabilidad del Estado en derecho internacional, a saber: el principio de que el comportamiento de un órgano del Estado que actúe en calidad de tal es atribuible a dicho Estado. El término «órgano del Estado» comprende todas las entidades individuales o colectivas que integran la organización del Estado y actúan en su nombre. Incluye los órganos de toda entidad pública territorial comprendida en el Estado sobre la misma base que los órganos de la administración central de ese Estado: esto lo deja en claro la última frase.

2) Determinados actos de individuos o entidades que no tienen la condición de órganos del Estado pueden atribuirse al Estado en derecho internacional y esos casos se tratan en ulteriores artículos del presente capítulo. Pero la norma enunciada es, no obstante, un punto de partida. Define los casos básicos de atribución y sirve de punto de partida para los demás casos. Por ejemplo, según el artículo 8, el comportamiento que está autorizado por el Estado, para ser atribuible al mismo, debe haber sido autorizado por un órgano del Estado, directa o indirectamente.

¹⁰⁰ Véanse el artículo 55 y su comentario.

¹⁰¹ *Kenneth P. Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S. C.T.R., vol. 17, pág. 92, en las págs. 101 y 102 (1987).

3) Que el Estado responde del comportamiento de sus propios órganos que actúen en calidad de tales, se ha reconocido desde hace mucho tiempo en las decisiones judiciales internacionales. En el asunto *Moses*, por ejemplo, objeto de una decisión de la Comisión mixta de reclamaciones México-Estados Unidos, el árbitro Lieber declaró: «Un funcionario o persona investida de autoridad representa *pro tanto* a su gobierno, que, en el sentido internacional, es la suma de todos los funcionarios y personas investidas de autoridad»¹⁰². Desde entonces este principio se ha enunciado muchas veces¹⁰³.

4) En sus respuestas a la Comisión Preparatoria de la Conferencia de La Haya de 1930¹⁰⁴ los gobiernos opinaron unánimemente que las acciones u omisiones de los órganos del Estado deben atribuirse a éste. El Comité III de la Conferencia adoptó por unanimidad en primera lectura el artículo 1, que preveía que el Estado incurrirá en responsabilidad internacional como consecuencia de «todo incumplimiento de las obligaciones internacionales de un Estado por parte de sus órganos»¹⁰⁵.

5) El principio de la unidad del Estado significa que las acciones u omisiones de todos sus órganos deben considerarse acciones u omisiones del Estado a los efectos de la responsabilidad internacional. Huelga decir que no se designa especialmente ninguna categoría de órganos a los efectos de la comisión de hechos internacionalmente ilícitos, y virtualmente todo órgano del Estado puede ser la fuente de un hecho de esa naturaleza. La diversidad de obligaciones internacionales no permite hacer ninguna distinción general entre órganos que pueden cometer hechos internacionalmente ilícitos y los que no lo pueden. Esto se indica en las últimas palabras del párrafo 1, que reflejan claramente la norma de derecho internacional en la materia.

6) Por tanto, en el artículo 4 la referencia a un órgano del Estado tiene el sentido más general. No se limita a los órganos de la administración central, ni a los funcionarios de nivel superior ni a las personas encargadas de las relaciones exteriores del Estado. Se extiende a los órganos de gobierno de cualquier tipo o categoría que ejerzan cualesquiera funciones y a cualquier nivel de la jerarquía, inclusive a nivel provincial o incluso local. A tal efecto no se distingue entre órganos legislativos, ejecutivos o judiciales. Así, en el asunto *Salvador Commercial Company*, el Tribunal declaró que:

¹⁰² Moore, *History and Digest*, vol. III, pág. 3127, en la pág. 3129 (1871).

¹⁰³ Véase, por ejemplo, *Réclamations des sujets italiens résidant au Pérou* (nota 41 *supra*); *Salvador Commercial Company*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV (n.º de venta: 66.V.3), pág. 455, en la pág. 477 (1902); *Finnish Shipowners* (Gran Bretaña/Finlandia), *ibíd.*, vol. III (n.º de venta: 1949.V.2), pág. 1479, en la pág. 1501 (1934).

¹⁰⁴ Sociedad de las Naciones, Conferencia de Codificación del Derecho Internacional, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, tomo III: *Responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (documento C.75.M.69.1929.V), págs. 25, 41 y 52; *Supplément au Tome III-Réponses des gouvernements à la liste de points: réponses du Canada et des États-Unis d'Amérique* [documento C.75(a)M.69(a).1929.V], págs. 2, 3 y 6.

¹⁰⁵ Reproducido en *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 221, documento A/CN.4/96, apéndice 3.

el Estado responde de los actos de sus dirigentes, ya pertenezcan a la rama legislativa, ejecutiva o judicial, siempre que los actos sean realizados en calidad oficial¹⁰⁶.

La CIJ ha confirmado también la norma en términos categóricos. En el asunto *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, declaró:

Es una norma de derecho internacional comúnmente reconocida que el acto de los órganos del Estado debe considerarse como acto de ese Estado. Esta norma [es] de carácter consuetudinario¹⁰⁷.

En ese asunto la Corte se ocupaba principalmente de las decisiones de los tribunales estatales, pero el mismo principio se aplica a los actos de los poderes legislativo y ejecutivo¹⁰⁸. Como la CPJI declaró en el asunto *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (fondo):

Desde el punto de vista del derecho internacional y de la Corte que es su órgano, los derechos internos [...] expresan la voluntad de los Estados y constituyen actividades de éstos, de la misma manera que las decisiones legislativas o las medidas administrativas¹⁰⁹.

Por tanto, el artículo 4 abarca a los órganos, ya sea que ejerzan «funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole». Estas palabras tienen en cuenta el hecho de que el principio de separación de poderes no se sigue en absoluto o no se sigue de manera uniforme en los diferentes Estados, y que muchos órganos ejercen una combinación de poderes públicos de carácter legislativo, ejecutivo o judicial. Además, el término es extensivo, no limitativo, como lo aclaran las palabras «o [funciones] de otra índole»¹¹⁰. A los efectos de atribución no hace al caso que el comportamiento del órgano del Estado pueda clasificarse como «comercial» o como *acta iure gestionis*. Naturalmente, el incumplimiento de un contrato por un Estado no

entraña de por sí un quebrantamiento del derecho internacional¹¹¹. Se requiere algo más para que el derecho internacional se aplique, como por ejemplo la denegación de justicia por los tribunales del Estado en una acción entablada por la otra parte contratante. Pero la celebración o el incumplimiento de un contrato por un órgano del Estado constituye, no obstante, un hecho del Estado a los efectos del artículo 4¹¹², y en determinadas circunstancias puede constituir un hecho internacionalmente ilícito¹¹³.

7) En el principio tampoco se hace distinción alguna entre los hechos de funcionarios «superiores» y los hechos de funcionarios «subordinados», siempre que actúen en calidad oficial. Esto lo expresan las palabras del artículo 4 «cualquiera que sea su posición en la organización del Estado». Indudablemente los funcionarios de categoría inferior quizá tengan un ámbito de actividad más restringido: quizá no puedan adoptar decisiones definitivas. Pero un comportamiento suyo, realizado en calidad oficial, es atribuible al Estado a los efectos del artículo 4. Después de la segunda guerra mundial las comisiones mixtas frecuentemente tuvieron que examinar el comportamiento de órganos del Estado, tales como administradores de bienes del enemigo, alcaldes y oficiales de policía, y constantemente consideraron atribuibles al Estado los actos de esas personas¹¹⁴.

8) Análogamente, el principio del artículo 4 se aplica por igual a los órganos de la administración central y a los de la administración regional o local. Este principio se ha reconocido desde hace mucho tiempo. Por ejemplo, la Comisión Franco-Italiana de Conciliación en el asunto *Différend héritiers de S. A. R. M. le Duc de Guise*, declaró:

Poco importa, para decidir en el presente asunto, que el decreto de 29 de agosto de 1947 emane no del Estado italiano sino de la Región siciliana. El Estado italiano es, en efecto, responsable de la aplicación del Tratado de Paz, incluso en lo que se refiere a Sicilia, a pesar de la autonomía concedida a ésta en las relaciones internas por el derecho público de la República italiana¹¹⁵.

Este principio fue corroborado firmemente durante los trabajos preparatorios de la Conferencia de La Haya de

¹⁰⁶ Véase *Salvador Commercial Company* (nota 103 *supra*). Véanse también *Chattin*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (n.º de venta: 1951.V.1), pág. 282, en las págs. 285 y 286 (1927); y *Différend concernant l'interprétation de l'article 79 du Traité de paix*, *ibid.*, vol. XIII (n.º de venta: 64.V.3), pág. 389, en la pág. 438 (1955).

¹⁰⁷ *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme* (véase la nota 56 *supra*), pág. 87, párr. 62, referente al proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados, artículo 6, actualmente contenido en el artículo 4.

¹⁰⁸ En cuanto a los actos legislativos, véanse, por ejemplo, *Colons allemands en Pologne* (nota 65 *supra*), págs. 35 y 36; *Traitement des nationaux polonais* (nota 75 *supra*), págs. 24 y 25; *Phosphates du Maroc* (nota 34 *supra*), págs. 25 y 26; *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, fallo, *C.I.J. Recueil 1952*, pág. 176, en las págs. 193 y 194. En cuanto a los actos legislativos, véanse, por ejemplo *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (nota 36 *supra*); y *ELSI* (nota 85 *supra*). En cuanto a los actos judiciales, véanse, por ejemplo, *Lotus* (nota 76 *supra*), pág. 24; *Compétence des tribunaux de Dantzig* (nota 82 *supra*), pág. 24; y *Ambatielos*, fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1953*, pág. 10, en las págs. 21 y 22. En algunos casos, el comportamiento en cuestión puede estar relacionado tanto con actos ejecutivos como judiciales; véase, por ejemplo, *Application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs* (nota 83 *supra*), pág. 65.

¹⁰⁹ *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, fondo, fallo n.º 7, 1926, *C.P.J.I., série A n.º 7*, pág. 19.

¹¹⁰ Estas funciones pueden incluir, por ejemplo, la formulación de directrices administrativas para el sector privado. Si estas directrices suponen una violación de una obligación internacional puede ser discutible, pero como «directrices» claramente son atribuibles al Estado. Véanse, por ejemplo, GATT, Japón-Comercio de semiconductores, informe del Grupo Especial, de 24 de marzo de 1988, párrs. 110 y 111; y OMC, Japón-Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo, informe del Grupo Especial (WT/DS44/R), de 31 de marzo de 1998, párrs. 10.12 a 10.16.

¹¹¹ Véanse el artículo 3 y su comentario.

¹¹² Véanse, por ejemplo, las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède, Série A n.º 20*, pág. 14 (1976) y en el asunto *Schmidt et Dahlström c. Suède, ibid., n.º 21*, pág. 15 (1976).

¹¹³ Muchos miembros de la Sexta Comisión, en respuesta a una pregunta específica de la CDI, dijeron que no hacía al caso la clasificación de los actos de los órganos del Estado como actos *iure imperii* o actos *iure gestionis* [véase *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), pág. 17, párr. 35].

¹¹⁴ Véanse, por ejemplo, los asuntos siguientes: *Currie*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV (n.º de venta: 65.V.4), pág. 21, en la pág. 24 (1954); *Différend concernant l'interprétation de l'article 79* (nota 106 *supra*), págs. 431 y 432 (1955); y *Mossé*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIII (n.º de venta: 64.V.3), pág. 486, en las págs. 492 y 493 (1953). En cuanto a decisiones anteriores, véanse: *Roper*, *ibid.*, vol. IV (n.º de venta: 1951.V.1), pág. 145 (1927); *Massey*, *ibid.*, pág. 155 (1927); *Way*, *ibid.*, pág. 391, en la pág. 400 (1928); y *Baldwin*, *ibid.*, vol. VI (n.º de venta: 1955.V.3), pág. 328 (1933). Cf. el examen de la incautación de una central eléctrica por el alcalde de Palermo en *ELSI* (nota 85 *supra*), por ejemplo en la pág. 50, párr. 70.

¹¹⁵ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIII (n.º de venta: 64.V.3), pág. 150, en la pág. 161 (1951). En cuanto a decisiones anteriores, véase, por ejemplo *Pieri Dominique and Co.*, *ibid.*, vol. X (n.º de venta: 60.V.4), pág. 139, en la pág. 156 (1905).

1930. Se preguntó expresamente a los gobiernos si el Estado respondía de las «acciones u omisiones de los órganos que ejercen funciones públicas de carácter legislativo o ejecutivo (municipios, provincias, etc.)». Todos respondieron afirmativamente¹¹⁶.

9) A estos efectos no importa que la división territorial forme parte de un Estado federal o sea una región autónoma específica, y tampoco importa que el derecho interno del Estado confiera o no al parlamento federal la facultad de obligar a la división territorial a atenerse a las obligaciones internacionales del Estado. El laudo dictado en el asunto del *Montijo* es el punto de partida de una serie constante de decisiones en ese sentido¹¹⁷. La Comisión de reclamaciones Francia-México reafirmó en el asunto *Pellat* «el principio de la responsabilidad internacional [...] de un Estado federal respecto de todos los actos de los Estados que lo integran que den lugar a demandas de Estados extranjeros» y señaló especialmente que tal responsabilidad «...no puede negarse, ni siquiera en los casos en que la Constitución federal deniegue al Gobierno central el derecho de control sobre los Estados integrantes o el derecho de requerirles que, en su conducta, se ajusten a las normas de derecho internacional»¹¹⁸. Esta norma se ha venido aplicando constantemente desde entonces. Así, por ejemplo, en el asunto *LaGrand*, la CIJ declaró:

Considerando que el Estado incurre en responsabilidad internacional por los actos de sus órganos y autoridades competentes, cualesquiera que sean; considerando que los Estados Unidos deben adoptar todas las medidas a su alcance para garantizar que Walter LaGrand no sea ejecutado mientras no se haya dictado la resolución definitiva en este proceso; considerando que, según la información de que dispone la Corte, la aplicación de las medidas indicadas en la presente providencia cae dentro de la esfera de competencia del Gobernador de Arizona; considerando que el Gobierno de los Estados Unidos tiene, por consiguiente, la obligación de transmitir la presente providencia a dicho Gobernador; considerando que el Gobernador de Arizona está obligado a actuar de conformidad con los compromisos internacionales de los Estados Unidos¹¹⁹.

10) Las razones de esta posición vienen reforzadas por el hecho de que los Estados federales tienen una estructura y distribución de poderes muy variadas y que, en la mayoría de los casos, las entidades constitutivas no tienen personalidad distinta propia (por limitada que sea), ni capacidad para celebrar tratados. En los casos en que la entidad constitutiva de una federación pueda celebrar

acuerdos internacionales por cuenta propia¹²⁰, la otra parte puede perfectamente haber convenido en limitarse a recurrir contra ella en caso de incumplimiento, en cuyo caso la cuestión no dará lugar a la responsabilidad del Estado federal y quedará fuera del ámbito de aplicación de los presentes artículos. Otra posibilidad es que la responsabilidad del Estado federal en virtud de un tratado pueda limitarse mediante una cláusula federal incluida en el tratado¹²¹. Esto es claramente una excepción a la regla general, aplicable de modo exclusivo a las relaciones entre los Estados partes en el tratado y a las cuestiones a las que éste se aplica. Surte efecto en virtud del principio de la *lex specialis*: véase el artículo 55.

11) El párrafo 2 define el papel del derecho interno a los efectos de determinar la condición jurídica de un órgano del Estado. Cuando el derecho de un Estado caracteriza una entidad como órgano, no se plantean dificultades. En cambio, no basta con remitirse al derecho interno en lo que respecta a la condición jurídica de los órganos del Estado. En algunos sistemas la condición jurídica y las funciones de diversas entidades están determinadas no sólo por la ley, sino también por la práctica, y referirse exclusivamente al derecho interno puede inducir a error. Además, es posible que el derecho interno de un Estado no determine, de forma exhaustiva o no, qué entidades tienen la condición de «órganos». En tales casos, en tanto que los poderes de una entidad y su relación con los demás órganos, según el derecho interno, pueden ser pertinentes para clasificarla como «órgano», el propio derecho interno no realizará la labor de clasificación. Incluso si lo hace, el término «órgano» utilizado en derecho interno puede tener un significado especializado y no el amplio sentido que tiene en el artículo 4. Por ejemplo, en algunos sistemas jurídicos el término «gobierno» se refiere solamente a los órganos de la máxima categoría, como el jefe del Estado y el consejo de ministros. En otros, la policía goza de una posición jurídica especial, independiente del ejecutivo, lo que no significa que, a efectos del derecho internacional, no sea un órgano del Estado¹²². En consecuencia, un Estado no puede eludir su responsabilidad por el comportamiento de una entidad que actúa en realidad como uno de sus órganos negando simplemente que tenga tal condición en su propio derecho. Para tener esto en cuenta, se emplea la palabra «incluye» en el párrafo 2.

12) Los términos «persona o entidad» se utilizan en el párrafo 2 del artículo 4, así como en los artículos 5 y 7. Esos términos se emplean en un sentido amplio que abarca a cualquier persona natural o jurídica, en particular un funcionario público, un departamento, una comisión u otro organismo que ejerce atribuciones del poder público, etc. El término «entidad» se utiliza en un sentido análogo al del proyecto de artículos sobre las inmunidades juris-

¹¹⁶ Sociedad de las Naciones, Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional, *Bases de discusión...* (véase la nota 104 *supra*), pág. 90; *Supplément au Tome III...* (ibíd.), págs. 3 y 18.

¹¹⁷ Véase Moore, *History and Digest*, vol. II, pág. 1421, en la pág. 1440 (1874). Véanse también los asuntos *De Brissot and others*, Moore, ibíd., vol. III, págs. 2967, en las págs. 2970 y 2971 (1855); *Pieri Dominique and Co.* (nota 115 *supra*) en las págs. 156 y 157; *Davy*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (n.º de venta: 59.V.5), pág. 467, en la pág. 468 (1903); *Janes* (nota 94 *supra*), en la pág. 86; *Swinney*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (n.º de venta: 1951.V.1), pág. 101 (1925); *Quintanilla*, ibíd., pág. 101, en la pág. 103 (1925); *Youmans*, ibíd., pág. 110, en la pág. 116 (1925); *Mallén*, ibíd., pág. 173, en la pág. 177 (1925); *Venable*, ibíd., pág. 218, en la pág. 230 (1925); y *Tribolet*, ibíd., pág. 598, en la pág. 601 (1925).

¹¹⁸ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (n.º de venta: 1952.V.3), pág. 534, en la pág. 536 (1929).

¹¹⁹ *LaGrand*, medidas provisionales (véase la nota 91 *supra*), pág. 16, párr. 28. Véase también *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos de América), fallo, *C.I.J. Recueil 2001*, pág. 466, en la pág. 495, párr. 81.

¹²⁰ Véanse, por ejemplo, el párrafo 3 del artículo 56 y el párrafo 3 del artículo 172 de la Constitución de la Confederación Suiza, de 18 de abril de 1999.

¹²¹ Véase, por ejemplo, el artículo 34 de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural.

¹²² Véanse, por ejemplo, el asunto *Church of Scientology*, Tribunal Constitucional Federal de Alemania, fallo de 26 de septiembre de 1978, caso n.º VI ZR 267/76, *Neue Juristische Wochenschrift*, n.º 21 (mayo de 1979), pág. 1101; ILR, vol. 65, pág. 193; y *Propend Finance Pty Ltd. v. Sing*, Inglaterra, Tribunal de Apelación, ILR, vol. 111, pág. 611 (1997). Estos eran casos de inmunidad del Estado, pero el mismo principio se aplica en el análisis de la responsabilidad de los Estados.

dicionales de los Estados y de sus bienes, aprobado en 1991¹²³.

13) Aunque el principio enunciado en el artículo 4 es claro e indubitable, su aplicación puede plantear dificultades. Un problema particular es el de determinar si una persona que sea un órgano del Estado actúa en calidad de tal. A este efecto es indiferente que la persona tenga motivos ulteriores o impropios o abuse del poder público. Cuando tal persona actúe aparentemente en calidad oficial, o bajo las apariencias de autoridad, sus acciones serán atribuibles al Estado. En decisiones arbitrales internacionales se ha trazado claramente la distinción entre conducta no autorizada de un órgano del Estado y conducta puramente privada. Por ejemplo, el laudo de la Comisión general de reclamaciones México-Estados Unidos en el asunto *Mallén* se refería, en primer lugar, al acto de un funcionario a título privado y, en segundo lugar, a otro acto realizado por el mismo funcionario a título oficial, aunque de forma abusiva¹²⁴. Este último acto se declaró atribuible al Estado pero el primero no. La Comisión de reclamaciones Francia-México en el asunto *Caire* excluyó la responsabilidad en los casos en que «el acto no tuviera relación con la función oficial y fuera, de hecho, simplemente el de un particular»¹²⁵. El caso del comportamiento puramente privado no debe confundirse con el de un órgano que actúa como tal pero excediéndose en sus atribuciones (*ultra vires*) o infringiendo las normas que rigen su actividad. En este último caso el órgano actúa, no obstante, en nombre del Estado: este principio queda afirmado en el artículo 7¹²⁶. Al aplicar este criterio, naturalmente, cada caso tendrá que tratarse a la luz de sus propios hechos y circunstancias.

Artículo 5. Comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4 pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad.

Comentario

1) El artículo 5 versa sobre la atribución al Estado del comportamiento de organismos que no son órganos estatales en el sentido del artículo 4, pero que están facultados para ejercer atribuciones del poder público. La finalidad de este artículo es tener en cuenta el fenómeno cada vez más frecuente de las entidades paraestatales, que ejercen atribuciones del poder público en lugar de los órganos del

Estado, y el caso de antiguas empresas estatales que han sido privatizadas pero conservan ciertas funciones públicas o normativas.

2) El término genérico «entidad» engloba la gran variedad de organismos que, aunque no sean órganos, pueden estar facultados por el derecho interno de un Estado para ejercer atribuciones del poder público y comprenden las empresas públicas, las entidades semipúblicas, los organismos públicos de diversa clase e incluso, en casos especiales, empresas privadas, a condición de que en cada caso la entidad esté facultada por el derecho interno para cumplir funciones de carácter público que normalmente desempeñan órganos del Estado y siempre y cuando el comportamiento de la entidad guarde relación con el ejercicio de las atribuciones del poder público que le corresponden. Por ejemplo, en algunos países, es posible contratar a empresas de seguridad privadas para que se encarguen de la vigilancia en las prisiones y, en esa calidad, pueden ejercer facultades públicas como las de detención y disciplina tras una condena judicial o en cumplimiento de la reglamentación penitenciaria. Pueden delegarse en compañías aéreas privadas o estatales ciertas facultades en relación con el control de la inmigración o la cuarentena. En un asunto sometido al Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán, una fundación autónoma establecida por el Estado tenía en su poder bienes para fines caritativos sobre los que ejercía un estricto control; sus facultades comprendían la identificación de bienes a efectos de incautación. Se sostuvo que era una empresa pública y no privada y que por lo tanto el Tribunal tenía competencia en el asunto; el artículo 5 se le habría aplicado en todo caso por la administración de los bienes presuntamente expropiados¹²⁷.

3) El hecho de que una entidad esté clasificada como pública o privada en un ordenamiento jurídico, la existencia de una participación mayor o menor del Estado en su capital o, más generalmente, en la propiedad de su activo y el hecho de que no esté sujeta al control del poder ejecutivo: ninguno de estos criterios es decisivo para atribuir al Estado el comportamiento de la entidad. En cambio, el artículo 5 recoge la característica que verdaderamente define todas estas entidades, a saber, que están facultadas, aunque sólo sea en una medida limitada o en un contexto preciso, para ejercer ciertas atribuciones del poder público.

4) Se puede considerar que las entidades paraestatales son un fenómeno relativamente moderno, pero el principio enunciado en el artículo 5 está reconocido desde hace tiempo. Por ejemplo, las respuestas a la solicitud de información del Comité Preparatorio de la Conferencia de La Haya de 1930 indicaban que algunos gobiernos eran firmes partidarios de la atribución al Estado del comportamiento de organismos autónomos que ejercían funciones públicas de carácter administrativo o legislativo. El Gobierno alemán, por ejemplo, afirmó que:

cuando, en virtud de una delegación de poderes, las entidades ejercen funciones públicas como, por ejemplo, funciones de policía [...] los principios que rigen la responsabilidad del Estado por sus órganos se aplican de manera análoga. Desde el punto de vista del derecho interna-

¹²³ *Anuario...* 1991, vol. II (segunda parte), pág. 13.

¹²⁴ *Mallén* (véase la nota 117 *supra*), pág. 175.

¹²⁵ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (n.º de venta: 1952.V.3), pág. 516, en la pág. 531 (1929). Véanse también el asunto *Bensley* en Moore, *History and Digest*, vol. III, pág. 3018 (1850) («una infracción brutal [...] sin apariencia alguna de procedimiento oficial y sin ninguna relación con sus deberes oficiales»); y el asunto *Castelain*, *ibid.*, pág. 2999 (1880). Véanse asimismo el artículo 7 y su comentario.

¹²⁶ Véase también el párrafo 7 del comentario al artículo 7.

¹²⁷ *Hyatt International Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S. C.T.R., vol. 9, pág. 72, en las págs. 88 a 94 (1985).

cional, es indiferente que un Estado cumpla íntegramente la función de policía mediante sus propios agentes o que encargue de ella, en mayor o menor medida, a corporaciones autónomas¹²⁸.

El Comité Preparatorio elaboró, por consiguiente, la siguiente Base de discusión, aunque el Comité III de la Conferencia no pudo examinarla por falta de tiempo:

El Estado es responsable del daño sufrido por un extranjero a consecuencia de actos u omisiones [...] de instituciones autónomas que ejercen funciones públicas de carácter legislativo o administrativo, cuando esos actos u omisiones son contrarios a las obligaciones internacionales del Estado¹²⁹.

5) La razón que justifica en derecho internacional la atribución al Estado del comportamiento de una entidad «paraestatal» es que el derecho interno del Estado ha conferido a esa entidad el ejercicio de ciertas atribuciones del poder público. Para que se considere un hecho del Estado a efectos de la responsabilidad internacional, el comportamiento de una entidad de esta clase debe, pues, corresponder a la actividad pública prevista y no a otra actividad privada o comercial que la entidad despliegue. Así, por ejemplo, el comportamiento de una empresa de ferrocarriles a la que se han conferido ciertas funciones de policía se considerará un hecho del Estado en derecho internacional si corresponde al ejercicio de esas funciones, pero no si corresponde a otras actividades (por ejemplo, la venta de billetes o la compra de material rodante).

6) Con el artículo 5 no se pretende determinar exactamente el alcance del «poder público» a efectos de atribuir el comportamiento de una entidad al Estado. Más allá de cierto límite, lo que se considera «poder público» dependerá de la sociedad y de su historia y tradiciones. Tendrá particular importancia, no sólo el contenido de las atribuciones, sino la manera en que se confieren a una entidad, para qué fines se ejercen y en qué medida la entidad es responsable de su ejercicio ante el Estado. Estas son esencialmente cuestiones de la aplicación de una norma general a diferentes tipos de circunstancias.

7) La formulación del artículo 5 lo limita claramente a las entidades facultadas por el derecho interno para ejercer atribuciones del poder público. Hay que distinguir este caso de aquel en que una entidad actúa bajo la dirección o el control del Estado, al que se aplica el artículo 8, y de aquel en que una entidad o un grupo toma el poder en ausencia de órganos del Estado pero en circunstancias tales que requieren el ejercicio del poder público, al que se aplica el artículo 9. A efectos del artículo 5, la entidad queda abarcada incluso cuando el ejercicio de la autoridad entraña facultades o poderes discrecionales; no es necesario demostrar que el comportamiento se verificó efectivamente bajo el control del Estado. Por otra parte, el artículo 5 no se extiende a la situación en que el derecho interno simplemente autoriza o justifica cierto comportamiento de auxilio propio o legítima defensa, facultad de que dispone toda la población del Estado. El derecho in-

terno debe autorizar específicamente el comportamiento en ejercicio de la autoridad pública; no basta que autorice la actividad como parte de la regulación general de los asuntos públicos. Se trata, pues, de una categoría restringida.

Artículo 6. Comportamiento de un órgano puesto a disposición de un Estado por otro Estado

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano puesto a su disposición por otro Estado, siempre que ese órgano actúe en el ejercicio de atribuciones del poder público del Estado a cuya disposición se encuentra.

Comentario

1) El artículo 6 trata de una situación limitada y precisa en que un órgano de un Estado se pone efectivamente a disposición de otro Estado de modo que el órgano puede actuar temporalmente en su provecho y bajo su autoridad. En tal caso, el órgano, inicialmente perteneciente a un Estado, actúa exclusivamente para los fines de otro Estado y en su nombre, y su comportamiento se atribuye solamente a este Estado.

2) Con las palabras «puesto a su disposición», del artículo 6, se enuncia la condición esencial para que el comportamiento del órgano pueda considerarse, en derecho internacional, como un acto del Estado receptor y no del Estado que envía. La noción de órgano «puesto a [...] disposición» del Estado receptor es un concepto especializado, que implica que el órgano actúa con el consentimiento, bajo la autoridad y para los fines del Estado receptor. No se trata únicamente de que el órgano haya sido designado para realizar funciones correspondientes al Estado a cuya disposición se ha puesto. Al desempeñar las funciones que le confía el Estado receptor, el órgano también debe actuar juntamente con los mecanismos de ese Estado y bajo su exclusiva dirección y control, más bien que en cumplimiento de instrucciones del Estado que envía. Así, pues, el artículo 6 no trata de las situaciones corrientes de cooperación o colaboración entre Estados, en cumplimiento de un tratado o por otros motivos¹³⁰.

3) Las situaciones que podrían corresponder a esta noción limitada del órgano de un Estado «puesto a [...] disposición» de otro Estado incluirían, por ejemplo, la de una sección del servicio sanitario o alguna otra dependencia puesta a las órdenes de otro país para ayudar en la lucha contra una epidemia o un desastre natural, o la de los jueces nombrados en casos particulares para actuar como órganos judiciales de otro Estado. En cambio, la simple ayuda o asistencia ofrecida por los órganos de un Estado a otro en el territorio de este último no queda compren-

¹²⁸ Sociedad de las Naciones, Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional, *Bases de discusión...* (véase la nota 88 *supra*), pág. 90. El Gobierno alemán señaló que estas observaciones se aplican también cuando «el Estado, excepcionalmente, encomienda funciones públicas y obligaciones o autoridad (*sic*) a organizaciones privadas o autoriza a estas organizaciones a ejercer derechos de soberanía, como ocurre, por ejemplo, cuando se confieren a una compañía de ferrocarril privada funciones de policía», *ibid.*

¹²⁹ *Ibid.*, pág. 92.

¹³⁰ Así pues, el comportamiento de Italia en la vigilancia policial de la inmigración ilegal en el mar, en cumplimiento de un acuerdo con Albania, no era atribuible a Albania: *Xhavara et autres c. Italie et Albanie*, demanda n.º 39473/98, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, decisión de 11 de enero de 2001. En cambio, el comportamiento de Turquía visto en el contexto de la unión aduanera entre la Comunidad Europea y Turquía seguía siendo atribuible a Turquía: véase OMC, *Turquía-Restricciones a las importaciones de productos textiles y de vestido*, informe del Grupo Especial (WT/DS34/R), de 31 de mayo de 1999, párrs. 9.33 a 9.44.

didada en el ámbito del artículo 6. Por ejemplo, se pueden enviar fuerzas armadas para ayudar a otro Estado en el ejercicio de legítima defensa colectiva o para otros fines. Esas fuerzas, cuando siguen bajo la autoridad del Estado que envía, ejercen parcelas de la autoridad de ese Estado y no del Estado receptor. Puede ocurrir que el órgano de un Estado actúe siguiendo instrucciones conjuntas de su propio Estado y de otro, o puede existir una entidad única que es un órgano conjunto de varios Estados. En esos casos, el comportamiento en cuestión es atribuible a ambos Estados en virtud de otros artículos de este capítulo¹³¹.

4) Por consiguiente, el elemento decisivo a efectos del artículo 6 es el establecimiento de un vínculo funcional entre el órgano y la estructura o la autoridad del Estado receptor. La noción de órgano «puesto a [...] disposición» de otro Estado excluye el caso de las entidades estatales que son enviadas a otro Estado para atender a intereses del primer Estado o incluso a intereses comunes y que conservan su autonomía y su estatuto propios: por ejemplo, las misiones culturales, las misiones diplomáticas o consulares, las organizaciones de socorro o ayuda al extranjero. También se excluyen del alcance del artículo 6 las situaciones en que se desempeñan funciones del Estado «beneficiario» sin el consentimiento de éste, como cuando un Estado que se halla en una situación de dependencia, ocupación territorial o similar tiene que consentir a la fuerza que los actos de sus propios órganos sean descartados y sustituidos en mayor o menor medida por los del otro Estado¹³².

5) Otros dos criterios deben cumplirse para que pueda aplicarse el artículo 6. En primer lugar, el órgano debe poseer el estatuto jurídico de órgano del Estado que envía; en segundo lugar, su comportamiento debe enmarcarse en el ejercicio de atribuciones del poder público del Estado receptor. La primera de esas condiciones excluye del ámbito del artículo 8 el comportamiento de las entidades privadas o los particulares que nunca han ostentado la condición de órgano del Estado que envía. Por ejemplo, los expertos o asesores puestos a disposición de un Estado en virtud de programas de asistencia técnica no suelen tener la condición de órganos del Estado que envía. La segunda condición consiste en que el órgano puesto a disposición de un Estado por otro Estado debe actuar «en el ejercicio de atribuciones del poder público» del Estado receptor. Sólo habrá hecho atribuible a este último cuando el comportamiento del órgano prestado implique el ejercicio de atribuciones del poder público de ese Estado. En relación con el número de casos de acción cooperativa por los Estados en esferas tales como la defensa mutua, la ayuda y el desarrollo, el artículo 8 abarca únicamente una noción concreta y limitada de «responsabilidad transferida». Ahora bien, esa situación no es nada desconocida en la práctica de los Estados.

6) En el asunto *Chevreau* un cónsul británico en Persia, que se ocupaba temporalmente del consulado francés, perdió ciertos papeles que se le habían confiado. A raíz de una reclamación de Francia, el árbitro Beichmann sostuvo que «no puede considerarse responsable al Gobierno

británico de una negligencia cometida por su Cónsul en calidad de gerente del consulado de otra Potencia»¹³³. De la conclusión del árbitro se deduce que el acuerdo en que se basaba la actuación del Cónsul británico no contenía ninguna disposición que atribuyera la responsabilidad de sus actos. Si un tercer Estado hubiese presentado una denuncia, el demandado debía ser, de conformidad con el artículo 6, el Estado en cuyo nombre se realizaba el comportamiento en cuestión.

7) Cuestiones análogas han sido examinadas por la Comisión Europea de Derechos Humanos en dos asuntos relativos al ejercicio en Liechtenstein, por la policía suiza, de competencias «delegadas»¹³⁴. En ese momento Liechtenstein no era parte en el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio europeo de derechos humanos), de modo que si el comportamiento hubiera sido atribuible solamente a Liechtenstein, no podría haber habido ninguna violación del Convenio. La Comisión halló admisible el asunto, en razón de que con arreglo al tratado de 1923 entre Suiza y Liechtenstein, Suiza ejercía su propia competencia en materia de aduana y de inmigración en Liechtenstein aunque con su consentimiento y en beneficio de ambas partes. Los correspondientes funcionarios se regían exclusivamente por la ley suiza y se consideraba que ejercían atribuciones del poder público de Suiza. En ese sentido no habían sido «puestos a [...] disposición» del Estado beneficiario¹³⁵.

8) Otro ejemplo histórico de una situación a la que se aplica el artículo 6 es el Comité Judicial del Privy Council del Reino Unido, que ha actuado como tribunal de apelación de última instancia para varios Estados independientes que forman parte del Commonwealth. Las resoluciones dictadas por el Privy Council en apelaciones interpuestas por Estados del Commonwealth son atribuibles a esos Estados y no al Reino Unido. El papel del Privy Council es análogo al de ciertos tribunales de apelación de última instancia que actúan en cumplimiento de disposiciones convencionales¹³⁶. Hay muchos ejemplos de jueces prestados temporalmente por un Estado a otro: en cuanto jueces del Estado receptor, sus resoluciones no son atribuibles al Estado que envía, aunque éste siga pagando sus emolumentos.

9) Pueden plantearse cuestiones análogas en el caso de los órganos de organizaciones internacionales puestos a disposición de un Estado y que ejercen prerrogativas del poder público de ese Estado. Esto es aún más excepcional

¹³³ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 1113, en la pág. 1141 (1931).

¹³⁴ *X et Y c. Suisse*, demandas n.ºs 7289/75 y 7349/76, decisión de 14 de julio de 1977, Consejo de Europa, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Décisions et rapports*, vol. 9, pág. 57; y *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1977*, vol. 20 (1978), pág. 373, en las págs. 403 a 407.

¹³⁵ Véase también *Drozd et Janousek c. France et Espagne*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Série A n.º 240*, párrs. 96 y 110 (1992). Véase también *Controllor and Auditor-General v. Davison* (Tribunal de Apelación de Nueva Zelanda), ILR, vol. 104, pág. 526, en las págs. 536 y 537 (Cooke, P.), y en las págs. 574 a 576 (Richardson, J.) (1996). Se denegó una apelación al Privy Council basada en otros argumentos, *Brannigan v. Davison*, *ibíd.*, vol. 108, pág. 622.

¹³⁶ Por ejemplo, el Acuerdo entre Nauru y Australia relativo a los recursos interpuestos ante el Alto Tribunal de Australia por el Tribunal Supremo de Nauru (Nauru, 6 de septiembre de 1976), Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1216, n.º 19617, pág. 151.

¹³¹ Véanse también el artículo 47 y su comentario.

¹³² Sobre la responsabilidad de un Estado por la dirección, el control o la coacción ejercidos en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, véanse los artículos 17 y 18 y sus comentarios.

que los casos de préstamo entre Estados a los que se limita el artículo 6. También plantea las difíciles cuestiones de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales, cuestiones que quedan fuera del ámbito de aplicación de estos artículos. En consecuencia, el artículo 57 excluye del ámbito de aplicación de los presentes artículos todas las cuestiones relativas a la responsabilidad de las organizaciones internacionales o de un Estado por los hechos de una organización internacional. De la misma manera, el artículo 6 no se refiere a los casos en que, por ejemplo, un Estado da traslado de un procedimiento judicial a una institución internacional en aplicación de un tratado¹³⁷. Al cooperar con las instituciones internacionales en tales casos, el Estado interesado no asume ninguna responsabilidad por el comportamiento ulterior de aquéllas.

Artículo 7. Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones

El comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones.

Comentario

1) El artículo 7 trata de la importante cuestión de los actos no autorizados o *ultra vires* de órganos o entidades del Estado. Establece claramente que el comportamiento de un órgano del Estado o de una entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público, que actúe en su calidad oficial, es atribuible al Estado mismo si el órgano o la entidad se ha excedido en sus atribuciones o ha contravenido las instrucciones recibidas.

2) El Estado no puede acogerse a la idea de que, según las disposiciones de su derecho interno o las instrucciones que se han cursado a sus órganos o agentes, las acciones u omisiones de éstos no deberían haberse producido o deberían haber adoptado una forma diferente. Así ocurre incluso cuando el órgano o la entidad ha cometido abiertamente hechos ilícitos al amparo de su calidad oficial o se ha excedido manifiestamente en el ejercicio de su competencia. Tal es el caso aunque otros órganos del Estado hayan desautorizado ese comportamiento¹³⁸. Cualquier otra norma sería contraria al principio fundamental enunciado en el artículo 3, puesto que el Estado podría invocar entonces su derecho interno para alegar que tal comportamiento, que es de hecho el de sus órganos, no le es atribuible.

3) La norma ha evolucionado atendiendo a la necesidad de claridad y seguridad de las relaciones internacionales. A pesar de unas primeras manifestaciones equívocas en la práctica diplomática y en laudos arbitrales¹³⁹, la práctica

de los Estados ha venido a corroborar la idea, expresada por el Gobierno británico en respuesta a una petición de Italia, de que «todos los gobiernos deben siempre ser considerados responsables de todos los actos cometidos por sus agentes en virtud de su calidad oficial»¹⁴⁰. Como señaló el Gobierno de España: «De lo contrario, se terminaría por autorizar los abusos, pues en la mayoría de los casos no habría forma práctica de probar si el agente actuó o no con arreglo a órdenes recibidas»¹⁴¹. En esa época los Estados Unidos sostenían que había una «una regla de derecho internacional según la cual los soberanos no pueden considerarse responsables, en procedimientos diplomáticos, de los daños causados a extranjeros por la conducta ilegal de funcionarios que actúan fuera del ámbito de su competencia no sólo real sino también aparente»¹⁴². Es probable que las diferentes formulaciones tuvieran esencialmente el mismo efecto, ya que los actos no comprendidos en el ámbito de la competencia tanto real como aparente no serían cometidos por los agentes «en virtud de su calidad oficial». De cualquier modo, cuando se celebró la Conferencia de La Haya de 1930, la mayoría de los Estados que contestaron a la petición de información del Comité Preparatorio eran claramente partidarios de la formulación más amplia posible de esa norma, de manera que se atribuyese al Estado la responsabilidad en el caso de «actos realizados por funcionarios en el territorio nacional al amparo de su carácter oficial (*actes de fonction*) pero excediéndose en sus atribuciones»¹⁴³. Las Bases de discusión preparadas por el Comité recogían esta opinión. El Comité III de la Conferencia aprobó en primera lectura un artículo redactado de la siguiente manera:

El Estado incurre [...] en responsabilidad internacional si el daño sufrido por un extranjero resulta de actos contrarios a las obligaciones internacionales del Estado ejecutados por sus funcionarios excediéndose en sus atribuciones pero al amparo de su carácter oficial¹⁴⁴.

4) La norma moderna ha quedado ahora firmemente establecida en ese sentido por la jurisprudencia interna-

to «*Only Son*», Moore, *History and Digest*, vol. IV, págs. 3404 y 3405; el asunto «*William Lee*», *ibíd.*, pág. 3405; y el asunto *Donougho*, *ibíd.*, vol. III, pág. 3012. En los casos en que se examinó expresamente la cuestión, los tribunales no aplicaron sistemáticamente un solo principio: véanse, por ejemplo, el asunto *Lewis*, *ibíd.*, pág. 3019; el asunto *Gadino*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV (n.º de venta: 66.V.3), pág. 414 (1901); el asunto *Lacaze*, A. de Lapradelle y N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, París, Pedone, 1923, vol. II, págs. 297 y 298; y el asunto «*William Yeaton*», Moore, *History and Digest*, vol. III, pág. 2944, en la pág. 2946.

¹⁴⁰ En cuanto a las opiniones del Gobierno de Gran Bretaña y del Gobierno de España formuladas en 1898 a petición de Italia con respecto a un litigio con el Perú, véase *Archivio del Ministero degli Affari esteri italiano*, serie política P, n.º 43.

¹⁴¹ Nota verbal del duque de Almodóvar del Río, 4 de julio de 1898, *ibíd.*

¹⁴² Incidente de la «*American Bible Society*», declaración del Secretario de Estado de los Estados Unidos, 17 de agosto de 1885, Moore, *Digest*, vol. VI, pág. 743; «*Shine and Milligen*», G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1943, pág. 575; y «*Miller*», *ibíd.*, págs. 570 y 571.

¹⁴³ Sociedad de las Naciones, Conferencia de Codificación del Derecho Internacional, *Bases de discusión...* (véase la nota 88 *supra*), punto V, n.º 2 b, pág. 74, y *Supplément au Tome III...* (véase la nota 104 *supra*), págs. 3 y 17.

¹⁴⁴ Sociedad de las Naciones, Conferencia de Codificación del Derecho Internacional, *Bases de discusión...*, documento C.351(c)M.145(c).1930.V (véase la nota 88 *supra*), pág. 238. Se hallará una reseña más detallada de la evolución de la norma actual en *Anuario... 1975*, vol. II, págs. 66 a 76.

¹³⁷ Véase, por ejemplo, el artículo 89 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

¹³⁸ Véase, por ejemplo, la controversia del «*Star and Herald*», Moore, *Digest*, vol. VI, pág. 775.

¹³⁹ En varios asuntos antiguos se atribuyó al Estado la responsabilidad internacional por el comportamiento de sus agentes sin aclarar si éstos se habían excedido en sus atribuciones: véanse, por ejemplo, el asun-

cional, la práctica de los Estados y la doctrina¹⁴⁵. Ha sido confirmada, por ejemplo, en el artículo 91 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, que dispone que: «La Parte en conflicto [...] será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas»; esta fórmula abarca claramente los actos cometidos en contra de las órdenes o instrucciones. En el comentario se señala que el artículo 91 fue aprobado por consenso y «corresponde a los principios generales del derecho sobre la responsabilidad internacional»¹⁴⁶.

5) En el asunto *Caire* se halla la formulación definitiva de la norma moderna. El asunto se refería al asesinato de un nacional francés por dos oficiales mexicanos que, ante la negativa de la víctima a entregarles la suma de dinero exigida, la condujeron al cuartel de la localidad y la fusilaron. La Comisión estimó

que los dos oficiales, aunque deba presumirse que actuaron fuera de su competencia [...] y aunque sus superiores dieron una contraorden, comprometieron la responsabilidad del Estado, puesto que se ampararon en su condición de oficiales y se sirvieron de los medios puestos a su disposición por tal concepto¹⁴⁷.

6) Los tribunales internacionales de derechos humanos también han aplicado la misma norma. Por ejemplo en el asunto *Velásquez Rodríguez*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo:

Esa conclusión [relativa a una violación de la Convención] es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno¹⁴⁸.

7) La cuestión esencial que hay que examinar para determinar la aplicabilidad del artículo 7 al comportamiento no autorizado de órganos oficiales es la de saber si el comportamiento fue observado por ese órgano en su calidad oficial o no. Es preciso distinguir, por una parte, los casos en que los funcionarios han actuado en su capacidad como tales, aunque ilegalmente o contraviniendo instrucciones, y, por otra, los casos en que su comportamiento está tan alejado del ámbito de sus funciones oficiales que debería ser asimilado al de particulares, no atribuible al Estado. En palabras del Tribunal de Reclamaciones

Estados Unidos-Irán, se trata de saber si el comportamiento ha sido «realizado por particulares envueltos en el manto del poder público»¹⁴⁹.

8) El problema de la divisoria entre un comportamiento no autorizado pero aún «público», por una parte, y un comportamiento «privado», por otra, puede evitarse si el comportamiento objeto de la reclamación es sistemático o reiterado, de modo que el Estado tenía o debería haber tenido conocimiento de él y debería haber tomado medidas para impedirlo. Con todo, sigue siendo necesario distinguir entre las dos situaciones en algunos supuestos, por ejemplo al examinar determinados casos de comportamiento escandaloso de personas que son funcionarios. Esa distinción se refleja en la expresión «si tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición» que figura en el artículo 7. Ello significa que el comportamiento al que se alude sólo comprende las acciones u omisiones de órganos que supuesta o aparentemente actúan en el ejercicio de sus funciones oficiales, y no las acciones u omisiones realizadas a título privado por personas que resultan ser órganos o agentes del Estado¹⁵⁰. En resumen, la cuestión es si actúan aparentemente dentro de los límites de sus atribuciones.

9) Tal como está formulado, el artículo 7 se aplica únicamente al comportamiento del órgano de un Estado o de una entidad facultados para ejercer atribuciones del poder público, es decir, sólo a los supuestos de atribución a que se refieren los artículos 4, 5 y 6. El comportamiento no autorizado de otras personas, grupos o entidades plantea problemas distintos que se tratan separadamente en los artículos 8, 9 y 10.

10) En cuanto norma de atribución, el artículo 7 no se refiere a la cuestión de si el comportamiento equivale a la violación de una obligación internacional. El hecho de que un órgano o una entidad haya hecho caso omiso de las instrucciones que se le han dado, o de que sus acciones fueran ejecutadas *ultra vires*, puede ser pertinente para determinar si la obligación ha sido violada o no, pero eso es otra cuestión¹⁵¹. De igual modo, el artículo 7 no trata de la admisibilidad de las reclamaciones dimanantes de hechos internacionalmente ilícitos cometidos por órganos o agentes que actúan *ultra vires* o contraviniendo a sus instrucciones. Cuando se ha cometido un hecho no autorizado o inválido según el derecho interno y, por lo tanto, existe una vía de recurso interna, habrá que recurrir a ella, de conformidad con el principio del agotamiento de

¹⁴⁵ Por ejemplo, el proyecto revisado de 1961 del Relator Especial García Amador disponía que «también habrá lugar a la imputación cuando el órgano o funcionario haya actuado excediendo su competencia, pero al amparo de su posición oficial», *Anuario... 1961*, vol. II, pág. 53.

¹⁴⁶ CICR, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Ginebra, Martinus Nijhoff, 1987, págs. 1053 y 1054.

¹⁴⁷ *Caire* (véase la nota 125 *supra*). Otras opiniones sobre la norma se hallarán en *Maal*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (n.º de venta: 60.V.4), págs. 732 y 733 (1903); *La Masica*, *ibíd.*, vol. XI (n.º de venta: 61.V.4), pág. 560 (1916); *Youmans* (nota 117 *supra*); *Mallén* (*ibíd.*); *Stephens*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (n.º de venta: 1951.V.1), págs. 267 y 268 (1927); y *Way* (nota 114 *supra*), págs. 400 y 401. La decisión del Tribunal de reclamaciones de los Estados Unidos en *Royal Holland Lloyd v. United States*, 73 Ct. Cl. 722 (1931) (*Annual Digest of Public International Law Cases*, vol. 6, Londres, Butterworth, 1938, pág. 442) también suele citarse a este respecto.

¹⁴⁸ *Velásquez Rodríguez* (véase la nota 63 *supra*); véase también ILR, vol. 95, pág. 232, en la pág. 296.

¹⁴⁹ *Petrolane, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S. C.T.R., vol. 27, pág. 64, en la pág. 92 (1991). Véase asimismo el párrafo 13 del comentario al artículo 4.

¹⁵⁰ Una forma de comportamiento *ultra vires* al que se aplicaría el artículo 7 sería el del funcionario de un Estado que aceptase un soborno para realizar un acto o celebrar un negocio jurídico. Los presentes artículos no se ocupan de las cuestiones que se plantearían en ese caso con respecto a la validez del negocio (cf. Convención de Viena de 1969, art. 50). En lo que concierne a la responsabilidad por el comportamiento corrupto, podrían darse varias situaciones que no es necesario tratar expresamente en los presentes artículos. Si un Estado corrompe al órgano de otro Estado para que realice determinado acto oficial, el Estado corruptor será responsable a tenor del artículo 8 o del artículo 17. La cuestión de la responsabilidad del Estado cuyo funcionario ha sido sobornado respecto del Estado corruptor no se plantearía casi nunca, pero podría plantearse la de su responsabilidad respecto de un tercero, que se resolvería debidamente con arreglo al artículo 7.

¹⁵¹ Véase el asunto *ELSI* (nota 85 *supra*), en especial págs. 52, 62 y 74.

los recursos internos, antes de presentar una reclamación internacional¹⁵².

Artículo 8. Comportamiento bajo la dirección o control del Estado

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento.

Comentario

1) Como principio general, el comportamiento de particulares o entidades no es atribuible al Estado en derecho internacional. Sin embargo, puede haber circunstancias en que ese comportamiento es atribuible al Estado porque existe una relación de hecho específica entre la persona o la entidad que observa el comportamiento y el Estado. El artículo 8 versa sobre dos de esos supuestos. El primero se refiere a particulares que actúan por instrucciones del Estado al realizar el comportamiento ilícito. El segundo corresponde a una situación más general: el particular actúa bajo la dirección o el control del Estado¹⁵³. En consideración a la importante función que desempeña el principio de efectividad en derecho internacional, es necesario tener en cuenta en ambos casos la existencia de un vínculo real entre la persona o el grupo que realiza el acto y el aparato del Estado.

2) La atribución al Estado de un comportamiento autorizado efectivamente por él tiene una amplia aceptación en la jurisprudencia internacional¹⁵⁴. En estos casos no importa que la persona o las personas que han intervenido sean particulares ni que su comportamiento corresponda a una «actividad pública». Casi siempre se trata de situaciones en las que los órganos del Estado complementan su propia acción contratando o instigando a personas privadas o a grupos que actúen como «auxiliares», pero sin pertenecer a la estructura oficial del Estado. Cabe citar, por ejemplo, el caso de personas o grupos de personas que, sin haber sido nombrados expresamente por el Estado ni formar parte de sus fuerzas de policía ni de sus fuerzas armadas, son empleados como auxiliares o enviados como «voluntarios» a países vecinos, o que realizan determinadas misiones en el extranjero por instrucciones del Estado.

3) La determinación de si el comportamiento ha tenido lugar «bajo la dirección o el control» del Estado plantea problemas más complejos. Este comportamiento sólo será atribuible al Estado si éste dirigió o controló la operación

¹⁵² Véanse más adelante el artículo 44, apartado *b*, y su comentario.

¹⁵³ Se plantean problemas diferentes cuando un Estado tiene un comportamiento internacionalmente ilícito bajo la dirección o el control de otro Estado: véanse el artículo 17 y su comentario, y en particular el párrafo 7 en lo que atañe al significado de «dirección» y «control» en diversos idiomas.

¹⁵⁴ Véanse, por ejemplo, los asuntos *Zafiro*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (n.º de venta: 1955.V.3), pág. 160 (1925); *Stephens* (nota 147 *supra*), pág. 267; y *Lehigh Valley Railroad Company and others (United States) v. Germany (Sabotage)*: incidentes «*Black Tom*» y «*Kingsland*», *ibíd.*, vol. VIII (n.º de venta: 58.V.2), pág. 84 (1930) y pág. 458 (1939).

y si el comportamiento denunciado era una parte integrante de esa operación. Este principio no es extensivo al comportamiento relacionado sólo incidental o periféricamente con la operación y que haya escapado a la dirección o al control del Estado.

4) El grado de control que ha de ejercer el Estado para que el comportamiento le sea atribuible fue una de las cuestiones principales en el asunto *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. Se trataba de saber si el comportamiento de los *contras* era atribuible a los Estados Unidos de América, de modo que pudiese considerarse que este país era en general responsable de violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por los *contras*. La CIJ analizó la cuestión basándose en la noción de «control». Por un lado, sostuvo que los Estados Unidos eran responsables de la «planificación, dirección y apoyo» que los Estados Unidos habían proporcionado a los operativos nicaragüenses¹⁵⁵. Rechazó, en cambio, la acusación más amplia de Nicaragua de que todo el comportamiento de los *contras* era atribuible a los Estados Unidos en razón de su control sobre ellos y llegó a la siguiente conclusión:

[P]ese a los considerables subsidios y otras formas de asistencia que les proporcionaban los Estados Unidos, no hay pruebas claras de que los Estados Unidos ejercieran realmente en todos los ámbitos un grado de control suficiente para justificar que se considerara que los *contras* actuaban por cuenta de los Estados Unidos.

[...]

Todas las formas de participación de los Estados Unidos antes mencionadas, e incluso el control general por el Estado demandado sobre una fuerza que depende en gran medida de ese Estado, no implicarían por sí solas, sin pruebas adicionales, que los Estados Unidos dirigieron u ordenaron la perpetración de los actos contrarios a los derechos humanos y el derecho humanitario que denuncia el Estado demandante. Es muy posible que esos actos hayan sido cometidos por miembros de los *contras* sin el control de los Estados Unidos. Para que ese comportamiento dé lugar a la responsabilidad jurídica de los Estados Unidos, debería en principio probarse que ese Estado ejercía un control efectivo de las operaciones militares o paramilitares en el curso de las cuales se cometieron las presuntas violaciones¹⁵⁶.

Así, pues, aunque se consideró responsables a los Estados Unidos por su apoyo a los *contras*, sólo en algunos casos particulares se les atribuyeron los propios actos de los *contras* sobre la base de la participación efectiva y de las instrucciones dadas por ese Estado. La Corte confirmó que una situación general de dependencia y apoyo no bastaría para justificar la atribución del comportamiento al Estado.

5) La Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia también ha abordado estas cuestiones. En el asunto *Tadic*, el Tribunal destacó que:

En derecho internacional, la condición para que se atribuyan al Estado actos realizados por particulares es que el Estado ejerza un control sobre esos particulares. El *grado de control* puede, sin embargo, variar en cada caso según las circunstancias. La Sala de Apelaciones no ve por

¹⁵⁵ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (véase la nota 36 *supra*), pág. 51, párr. 86.

¹⁵⁶ *Ibid.*, págs. 62, 64 y 65, párrs. 109 y 115. Véase también la opinión individual del magistrado Ago, *ibíd.*, pág. 189, párr. 17.

qué en derecho internacional se debería fijar un límite alto al evaluar el criterio de control cualesquiera que sean las circunstancias¹⁵⁷.

La Sala de Apelaciones sostuvo que el grado necesario de control por las autoridades yugoslavas de esas fuerzas armadas que el derecho internacional requiere para considerar internacional el conflicto armado es «un *control general* que vaya más allá de la simple financiación y armamento de esas fuerzas y que entrañe además una participación en la planificación y la supervisión de las operaciones militares»¹⁵⁸. En su razonamiento, la mayoría consideró necesario disentir del planteamiento adoptado por la CIJ en el asunto *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. Pero las cuestiones jurídicas y la situación práctica eran en este caso distintas de las que examinó la CIJ en ese asunto. El mandato del Tribunal versa sobre la responsabilidad penal individual, y no la responsabilidad de los Estados, y la cuestión planteada en el asunto del que se trata no concernía a la responsabilidad sino a las normas aplicables de derecho internacional humanitario¹⁵⁹. Sea como fuere, hay que apreciar en cada caso si el comportamiento ha sido controlado por el Estado en tal medida que deba atribuirse a éste¹⁶⁰.

6) Se plantean cuestiones en relación con el comportamiento de sociedades o empresas de propiedad estatal o bajo control estatal. Si esas sociedades actuaban de manera incompatible con las obligaciones internacionales del Estado interesado, cabe preguntarse si este comportamiento es atribuible al Estado. Al examinar esta cuestión es necesario recordar que el derecho internacional reconoce la identidad separada de las personas morales en el ámbito nacional, excepto en los casos en que el «velo societario» es un simple recurso o instrumento para el fraude o la evasión¹⁶¹. El hecho de que originalmente el Estado haya creado una sociedad, ya sea por ley especial o de otro modo, no constituye base suficiente para atribuir al Estado el comportamiento ulterior de esa entidad¹⁶². Dado que las sociedades, aunque sean de propiedad del Estado y en ese sentido estén sujetas a su control, se consideran entidades separadas, a primera vista su comportamiento en el curso de sus actividades no es atribuible al Estado,

¹⁵⁷ *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, caso n.º IT-94-1-A (1999), ILM, vol. 38, n.º 6 (noviembre de 1999), pág. 1518, en la pág. 1541, párr. 117. En cuanto a la sentencia de la Sala de Primera Instancia, caso IT-94-1-T (1997), véase ILR, vol. 112, pág. 1.

¹⁵⁸ ILM, vol. 38, pág. 1546, párr. 145.

¹⁵⁹ Véase la explicación del magistrado Shahabuddeen, *ibíd.*, págs. 1614 y 1615.

¹⁶⁰ El problema del grado de control que debe ejercer el Estado para que el comportamiento le sea atribuible también fue examinado, por ejemplo, por el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: véase *Yeager* (nota 101 *supra*), pág. 103; véase también *Starrett Housing Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S. C.T.R., vol. 4, pág. 122, en la pág. 143 (1983); y *Loizidou c. Turquía*, fondo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI, pág. 2216, en págs. 2235 y 2236, párr. 56. Véanse asimismo pág. 2234, párr. 52, y el fallo dictado sobre las excepciones preliminares: *Série A n.º 310*, pág. 23, párr. 62 (1995).

¹⁶¹ *Barcelona Traction* (véase la nota 25 *supra*), pág. 39, párrs. 56 a 58.

¹⁶² Por ejemplo, los consejos de trabajadores examinados en *Schering Corporation v. The Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S. C.T.R., vol. 5, pág. 361 (1984); *Otis Elevator Company v. The Islamic Republic of Iran*, *ibíd.*, vol. 14, pág. 283 (1987); y *Eastman Kodak Company v. The Islamic Republic of Iran*, *ibíd.*, vol. 17, pág. 153 (1987).

a menos que ejerzan atribuciones del poder público en el sentido del artículo 5. Esta fue la posición adoptada, por ejemplo, en relación con la expropiación *de facto* de bienes por una compañía petrolera de propiedad estatal en un caso en que no había pruebas de que el Estado se hubiera valido de su calidad de propietario para encomendar a la compañía que efectuara esa expropiación¹⁶³. Por otra parte, cuando ha habido pruebas de que la sociedad ejercía atribuciones del poder público¹⁶⁴ o de que el Estado utilizaba su propiedad o su control de la sociedad con el fin específico de obtener un resultado determinado¹⁶⁵, se ha atribuido al Estado el comportamiento¹⁶⁶.

7) Es evidente que el Estado puede, dando instrucciones concretas o ejerciendo el control sobre un grupo, asumir de hecho la responsabilidad del comportamiento de éste. En cada caso habrán de considerarse los hechos, en particular los concernientes a la relación entre las instrucciones que se han dado o la dirección o el control ejercidos y el comportamiento específico denunciado. En el texto del artículo 8, los tres términos «instrucciones», «dirección» y «control» son disyuntivos; basta con que se pruebe cualquiera de ellos. Al mismo tiempo, se especifica que ha de existir una relación entre las instrucciones, la dirección o el control y el comportamiento que presuntamente constituye un hecho internacionalmente ilícito.

8) Cuando un Estado ha autorizado un acto, o éste ha sido ejecutado bajo su dirección o control, pueden surgir dudas acerca de la responsabilidad del Estado en caso de que las acciones realizadas excedan de los límites de la autorización. Esto puede ocurrir, por ejemplo, si el agente, al ejecutar unas instrucciones o directrices lícitas, realiza alguna actividad que contravenga tanto a las instrucciones o directrices recibidas como a las obligaciones internacionales del Estado que las ha dado. En esos supuestos el problema se puede resolver preguntándose si el comportamiento ilícito o no autorizado fue realmente incidental con respecto al cometido realizado o si representó claramente una extralimitación. En general los Estados, al dar lícitamente instrucciones a personas que no son sus órganos, no asumen el riesgo de que las instrucciones se ejecuten de modo internacionalmente ilícito. En cambio, cuando personas o grupos han cometido actos bajo el control efectivo de un Estado, las condiciones de atribución estarán reunidas aun cuando se haya hecho caso omiso de determinadas instrucciones. El comportamiento habrá

¹⁶³ *SEDCO, Inc. v. National Iranian Oil Company*, *ibíd.*, vol. 15, pág. 23 (1987). Véanse también *International Technical Products Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, *ibíd.*, vol. 9, pág. 206 (1985); *Flexi-Van Leasing, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, *ibíd.*, vol. 12, pág. 335, en la pág. 349 (1986).

¹⁶⁴ *Phillips Petroleum Company Iran v. The Islamic Republic of Iran*, *ibíd.*, vol. 21, pág. 79 (1989); *Petrolane* (véase la nota 149 *supra*).

¹⁶⁵ *Foremost Tehran, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S. C.T.R., vol. 10, pág. 228 (1986); *American Bell International Inc. v. The Islamic Republic of Iran*, *ibíd.*, vol. 12, pág. 170 (1986).

¹⁶⁶ Véase *Hertzberg y otros c. Finlandia, Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo séptimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/37/40)*, anexo XIV, comunicación n.º R.14/61, pág. 172, párr. 9.1 (1982). Véase también *X c. Irlanda*, demanda n.º 4125/69, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme* 1971, vol. 14 (1973), pág. 199; y *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Série A n.º 44* (1981).

sido observado bajo el control del Estado y será atribuible a éste de conformidad con el artículo 8.

9) En el artículo 8 se emplean las palabras «persona o [...] grupo de personas» para indicar que el comportamiento a que se refiere el artículo puede ser el de un grupo carente de personalidad jurídica separada que *de facto* actúa colectivamente. Así, un Estado puede autorizar el comportamiento de una entidad jurídica como una sociedad, pero también puede tratar con conjuntos de individuos o grupos que no poseen personalidad jurídica propia pero que, no obstante, actúan colectivamente.

Artículo 9. Comportamiento en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas ejerce de hecho atribuciones del poder público en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias tales que requieren el ejercicio de esas atribuciones.

Comentario

1) El artículo 9 versa sobre el supuesto excepcional en que una persona o un grupo de personas ejercen atribuciones del poder público en ausencia de las autoridades oficiales y sin potestad real para ello. El carácter excepcional de las circunstancias previstas en este artículo queda puesto de manifiesto en las palabras «en circunstancias tales que requieren». Tales supuestos se dan muy rara vez, por ejemplo, en caso de revolución, conflicto armado u ocupación extranjera, cuando la autoridad legítima se disuelve, se desagrega, ha sido aniquilada o es por el momento inoperante. También abarcan los casos en que la autoridad legítima está siendo restablecida gradualmente, por ejemplo, después de una ocupación extranjera.

2) El principio en que se funda el artículo 9 obedece en parte a la antigua idea de la insurrección popular, la legítima defensa de los ciudadanos en ausencia de fuerzas regulares¹⁶⁷: es en realidad una forma de representación por necesidad. En materia de responsabilidad del Estado siguen surgiendo de cuando en cuando casos de esta clase. Así, el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán consideró que la posición de los «komitehs» o guardias revolucionarios inmediatamente después de la revolución en la República Islámica del Irán se regía por el principio enunciado en el artículo 9. El asunto *Yeager* se refería, entre otras cosas, al hecho de que habían desempeñado funciones de inmigración, aduanas y otras semejantes en el aeropuerto de Teherán inmediatamente después de la revolución. El Tribunal entendió que el comportamiento era atribuible a la República Islámica del Irán porque, si no estaban realmente autorizados por el Gobierno, los guardias...

¹⁶⁷ La legitimidad de este principio se reconoce en el artículo 2 del Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre (anexo a la Convención IV de La Haya de 1907); y en el artículo 4, párr. A.6, del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, de 12 de agosto de 1949.

por lo menos ejercían atribuciones del poder público en ausencia de las autoridades oficiales, en operaciones de las que el nuevo Gobierno debía haber tenido conocimiento y a las que no se opuso expresamente¹⁶⁸.

3) En el artículo 9 se establecen tres condiciones para que el comportamiento sea atribuible al Estado: en primer lugar, el comportamiento debe estar relacionado efectivamente con el ejercicio de atribuciones del poder público; en segundo lugar, el comportamiento debe haber sido observado en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales; y en tercer lugar, las circunstancias deben ser tales que requieran el ejercicio de esas atribuciones.

4) En lo que respecta a la primera condición, la persona o el grupo de personas deben estar desempeñando funciones públicas, aunque lo hagan por propia iniciativa. A este respecto, el carácter de la actividad desplegada tiene más importancia que la existencia de un vínculo formal entre los autores y la organización del Estado. Es preciso destacar que los particulares a que se refiere el artículo 9 no son el equivalente de un gobierno *de facto*. Los casos previstos en el artículo 9 presuponen la existencia de un gobierno constituido y un aparato estatal cuyo lugar pasan a ocupar milicias o cuya acción se complementa en ciertos casos. Ello puede suceder en una parte del territorio de un Estado que esté por el momento fuera del control de éste o en otras circunstancias. Un gobierno *de facto*, por otra parte, es realmente un aparato del Estado que ha sustituido al que antes existía. El comportamiento de los órganos de un gobierno de esta índole se rige más bien por el artículo 4 que por el artículo 9¹⁶⁹.

5) En cuanto a la segunda condición, las palabras «en ausencia o en defecto de» tienen por objeto abarcar a la vez la situación de un colapso total del aparato del Estado y los casos en que las autoridades oficiales no ejercen una parte concreta de sus funciones, por ejemplo, en caso de colapso parcial del Estado o cuando éste ha perdido el control de una localidad. Las palabras «ausencia» y «defecto» tratan de cubrir ambos supuestos.

6) La tercera condición de atribución a tenor del artículo 9 es que las circunstancias hayan sido tales que requieran el ejercicio de atribuciones del poder público por los particulares. El verbo «requieren» transmite la idea de que era indispensable cierto ejercicio de las funciones públicas, aunque no necesariamente el comportamiento observado. En otras palabras, las circunstancias que rodean el ejercicio por los particulares de atribuciones del poder público tienen que justificar el intento de desempeñar funciones de policía o de otra índole en ausencia de toda autoridad constituida. Hay, pues, un elemento normativo en la forma de representación que implica el artículo 9, que distingue estas situaciones del principio normal según el cual el comportamiento de entidades privadas, incluidas las fuerzas insurrectas, no es atribuible al Estado¹⁷⁰.

¹⁶⁸ *Yeager* (véase la nota 101 *supra*), párr. 104, párr. 43.

¹⁶⁹ Véase, por ejemplo, el laudo dictado el 18 de octubre de 1923 por el árbitro Taft en el asunto *Tinoco* (nota 87 *supra*), págs. 381 y 382. En lo que atañe a la responsabilidad del Estado por el comportamiento de gobiernos *de facto*, véase también J. A. Frowein, *Das de facto-Regime im Völkerrecht*, Colonia, Heymanns, 1968, págs. 70 y 71. El comportamiento de un gobierno en el exilio podría regirse por el artículo 9, según las circunstancias.

¹⁷⁰ Véase, por ejemplo, el asunto *Sambiaggio*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (n.º de venta: 60.V.4), párr. 499,

Artículo 10. Comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole

1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un movimiento insurreccional que se convierta en el nuevo gobierno del Estado.

2. El comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole que logre establecer un nuevo Estado en parte del territorio del Estado preexistente o en un territorio sujeto a su administración se considerará hecho del nuevo Estado según el derecho internacional.

3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de la atribución al Estado de todo comportamiento, cualquiera que sea su relación con el del movimiento de que se trate, que deba considerarse hecho de ese Estado en virtud de los artículos 4 a 9.

Comentario

1) El artículo 10 se refiere al caso especial de atribución al Estado del comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole que posteriormente se convierte en el nuevo gobierno del Estado o que logra crear un nuevo Estado.

2) Al principio, el comportamiento de los miembros del movimiento se presenta únicamente como el de unos particulares. Cabe considerarlo en pie de igualdad con el de las personas o grupos que participen en un motín o una manifestación de masas, y al igual que en esos casos no es atribuible al Estado. Cuando un movimiento organizado llega a existir de hecho, será aún menos posible atribuir su comportamiento al Estado, el cual no estará en condiciones de ejercer un control efectivo de sus actividades. El principio general con respecto al comportamiento de esos movimientos, mientras dura su lucha contra la autoridad constituida, es que no es atribuible al Estado según el derecho internacional. En otras palabras, los hechos de los movimientos insurreccionales fracasados no son atribuibles al Estado, a no ser en virtud de algún otro artículo del capítulo II como, por ejemplo, en las circunstancias especiales previstas en el artículo 9.

3) En la jurisprudencia arbitral se halla amplia confirmación de este principio general. Los órganos arbitrales internacionales, incluidas las comisiones mixtas de reclamaciones¹⁷¹ y los tribunales arbitrales¹⁷², han afirmado de manera uniforme lo que el comisionado Nielsen, en el asunto *Solis*, calificó de «principio bien arraigado de derecho internacional», a saber, que no puede considerarse

se responsable a un gobierno por los actos cometidos en violación de su autoridad por grupos rebeldes, cuando no es en sí culpable de falta de buena fe o de negligencia en la represión de la insurrección¹⁷³. La práctica diplomática es notablemente concordante en reconocer que el comportamiento de un movimiento insurreccional no puede atribuirse al Estado. Así puede verse, por ejemplo, en los trabajos preparatorios de la Conferencia de La Haya de 1930. De las respuestas dadas por los gobiernos al punto IX del cuestionario enviado por el Comité Preparatorio se desprendía claramente que estaban fundamentalmente de acuerdo en reconocer: *a*) que el comportamiento de órganos de un movimiento insurreccional no puede atribuirse como tal al Estado ni dar lugar a su responsabilidad internacional; y *b*) que sólo el comportamiento observado por órganos del Estado en relación con los actos lesivos de los insurgentes podía ser atribuido al Estado y comprometer su responsabilidad internacional en caso de que este mismo comportamiento constituyera la violación de una obligación internacional de ese Estado¹⁷⁴.

4) El principio general de que el comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole no es atribuible al Estado se basa en el supuesto de que las estructuras y organización del movimiento son y se mantienen independientes de las del Estado. Así ocurrirá cuando el Estado sofoca con éxito la revuelta. En cambio, cuando el movimiento alcanza sus objetivos y se instala como nuevo gobierno del Estado, o forma un nuevo Estado en parte del territorio del Estado preexistente o en un territorio bajo la administración de éste, sería anómalo que el nuevo régimen o el nuevo Estado pudiera eludir la responsabilidad por su anterior comportamiento. En esas circunstancias excepcionales el artículo 10 dispone que se atribuya al Estado el comportamiento del movimiento insurreccional o de otra índole que acaba con éxito. El fundamento para atribuir al Estado, en derecho internacional, el comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole que acaba con éxito reside en la continuidad existente entre el movimiento y el gobierno final. Por consiguiente, la palabra «comportamiento» sólo se refiere al del movimiento como tal y no a los hechos individuales de miembros del movimiento que actúan a título personal.

5) Cuando el movimiento insurreccional sustituye como nuevo gobierno al anterior gobierno del Estado, la organización dirigente del movimiento insurreccional se convierte en la organización dirigente de ese Estado. Esa continuidad entre la nueva organización del Estado y la del movimiento insurreccional lleva naturalmente a atribuir al Estado el comportamiento que el movimiento insurreccional haya tenido durante la lucha. En tales casos el Estado no deja de existir como sujeto de derecho internacional. Sigue siendo el mismo Estado a pesar de los cambios, reorganizaciones y adaptaciones que registren sus instituciones. Además, es el único sujeto de derecho internacional al que cabe atribuir responsabilidad. La si-

(Continuación de la nota 170.)

en la pág. 512 (1904); véanse también el artículo 10 y el comentario correspondiente.

¹⁷¹ Por lo que respecta a las decisiones de las distintas comisiones mixtas, véanse *Zuloaga and Miramon Governments*, Moore, *History and Digest*, vol. III, pág. 2873; *McKenny*, *ibid.*, pág. 2881; *Confederate States*, *ibid.*, pág. 2886; *Confederate Debt*, *ibid.*, pág. 2900; y *Maximilian Government*, *ibid.*, pág. 2902, en las págs. 2928 y 2929.

¹⁷² Véanse, por ejemplo, *Biens britanniques au Maroc espagnol* (nota 44 *supra*), pág. 642; e *Iloilo*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (n.º de venta: 1955.V.3), pág. 158, en las págs. 159 y 160 (1925).

¹⁷³ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (n.º de venta: 1951.V.1), pág. 358, en pág. 361 (1928) [que remite al *Home Frontier and Foreign Missionary Society*, *ibid.*, vol. VI (n.º de venta: 1955.V.3), pág. 42 (1920)]. Cf. el asunto *Sambiaggio* (nota 170 *supra*), pág. 524.

¹⁷⁴ Sociedad de las Naciones, Conferencia de Codificación del Derecho Internacional, *Bases de discussion...* (véase la nota 88 *supra*), pág. 108; y *Supplément au Tome III...* (véase la nota 104 *supra*), págs. 3 y 20.

tuación requiere que los actos cometidos durante la lucha por el poder por el aparato del movimiento insurreccional se atribuyan al Estado, junto con los del entonces gobierno establecido.

6) Cuando el movimiento insurreccional o de otra índole consigue establecer un nuevo Estado, ya sea en parte del territorio del Estado preexistente o en un territorio que antes se hallaba bajo la administración de éste, la atribución al nuevo Estado del comportamiento del movimiento insurreccional o de otra índole también está justificada en virtud de la continuidad entre la organización del movimiento y la organización del Estado a que ha dado origen. De hecho, la misma entidad que antes tenía las características de un movimiento insurreccional o de otra índole se ha convertido en el gobierno del Estado por cuyo establecimiento luchaba. El Estado predecesor no será responsable de esos hechos. La única posibilidad es que se pida al nuevo Estado que asuma la responsabilidad de su comportamiento mientras intentaba establecerse, lo que constituye la norma aceptada.

7) El párrafo 1 del artículo 10 abarca la hipótesis de que el movimiento insurreccional haya triunfado y sus estructuras hayan sustituido las del gobierno anterior del Estado. Las palabras «que se convierta en el nuevo gobierno» se emplean para describir esta consecuencia. Sin embargo, no debería insistirse demasiado en la norma del párrafo 1 en el caso de gobiernos de reconciliación nacional constituidos a raíz de un acuerdo entre las autoridades existentes y los dirigentes de un movimiento insurreccional. No debería hacerse responsable al Estado del comportamiento de un movimiento de oposición violento simplemente porque, en interés de un arreglo de paz general, elementos de la oposición se incorporen a un gobierno reconstituido. Por consiguiente, el criterio para aplicar el párrafo 1 es que se trate de una continuidad real y sustancial entre el antiguo movimiento insurreccional y el nuevo gobierno que ha conseguido formar.

8) El párrafo 2 del artículo 10 se refiere a la segunda hipótesis, es decir, el supuesto en que las estructuras del movimiento insurreccional u otro movimiento revolucionario se conviertan en las de un nuevo Estado, constituido por secesión o descolonización de parte del territorio que antes estaba sujeto a la soberanía o a la administración del Estado predecesor. La expresión «o en un territorio sujeto a su administración» se incluye para tener en cuenta la diferente condición jurídica de diferentes territorios dependientes.

9) Una definición general de los tipos de grupos que abarca la expresión «movimiento insurreccional», tal como se emplea en el artículo 10, resulta difícil en vista de la gran variedad de formas que pueden tomar en la práctica los movimientos insurreccionales, ya sea que exista una conflictividad interna relativamente limitada, una verdadera situación de guerra civil, una lucha anticolonial, la actuación de un frente de liberación nacional, movimientos revolucionarios o contrarrevolucionarios, etc. Los movimientos insurreccionales pueden tener su base en el territorio del Estado contra el cual se dirigen las actividades del movimiento, o en el territorio de un tercer Estado. Pese a esta diversidad, el límite señalado para la aplicación del derecho de los conflictos armados en el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de

agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) puede servir de pauta. El párrafo 1 del artículo 1 se refiere a «fuerzas armadas disidentes o grupos armados u organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte [del territorio del Estado de que se trate] un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo», y opone esos grupos a «las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos» (párrafo 2 del artículo 1). Esta definición de «fuerzas armadas disidentes» refleja, en el contexto de los Protocolos, la idea fundamental de un «movimiento insurreccional».

10) En comparación con el párrafo 1, el alcance de la norma sobre atribución que se articula en el párrafo 2 se amplía hasta incluir los movimientos «insurreccional[es] o de otra índole». Esta terminología refleja la existencia de una mayor variedad de movimientos cuyas actividades pueden dar por resultado la formación de un nuevo Estado. Sin embargo, estas palabras no llegan a abarcar las actividades de grupos de ciudadanos que aboguen por la secesión o la revolución, cuando se llevan a cabo en el marco del Estado predecesor. Ni tampoco abarca el supuesto en que un movimiento insurreccional en un territorio logra con su revuelta que éste pase a formar parte de otro Estado. Esto es fundamentalmente un caso de sucesión, no comprendido en el ámbito de aplicación de los presentes artículos, mientras que el artículo 10 se centra en la continuidad del movimiento de que se trate y en el nuevo gobierno o Estado, según el caso, que finalmente se constituye.

11) A efectos del artículo 10 no debe distinguirse entre diferentes categorías de movimientos sobre la base de una «legitimidad» internacional o una ilegalidad con respecto a su establecimiento como gobierno, a pesar de la posible importancia de tales distinciones en otros contextos¹⁷⁵. Desde el punto de vista de la formulación de normas jurídicas que rijan la responsabilidad de los Estados, no es necesario ni conveniente eximir a un nuevo gobierno o a un nuevo Estado de la responsabilidad dimanante del comportamiento de su personal recurriendo a consideraciones de legitimidad o ilegitimidad de origen¹⁷⁶. Antes bien, es preciso centrarse en el comportamiento concreto de que se trate y en su licitud o ilicitud en virtud de las normas aplicables de derecho internacional.

12) Los laudos arbitrales, junto con la práctica de los Estados y la doctrina, indican que se aceptan en general las dos normas sobre atribución positiva que figuran en el artículo 10. Los laudos arbitrales internacionales, por ejemplo los de las comisiones mixtas establecidas con

¹⁷⁵ Véase H. Atlam, «National liberation movements and international responsibility» en B. Simma y M. Spinedi (eds.), *United Nations Codification of State Responsibility*, Nueva York, Oceana, 1987, pág. 35.

¹⁷⁶ Como señaló la CIJ en la opinión consultiva emitida en el asunto *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*, «[l]a autoridad efectiva sobre un territorio, y no la soberanía o la legitimidad del título, es lo que constituye el fundamento de la responsabilidad del Estado por actos concernientes a otros Estados», *C.I.J. Recueil 1971*, pág. 16, en la pág. 54, párr. 118.

respecto de Venezuela (1903) y México (1920-1930), apoyan la atribución del comportamiento de los insurgentes cuando el movimiento tiene éxito y logra sus objetivos revolucionarios. En el asunto de la reclamación de la *Bolívar Railway Company* este principio se afirma en los siguientes términos:

El Estado es responsable de las obligaciones de una revolución victoriosa, y ello desde sus comienzos, pues, en teoría, la revolución representa *ab initio* un cambio de la voluntad nacional cristalizado en el resultado final favorable¹⁷⁷.

La Comisión mixta de reclamaciones Francia-Venezuela, en el laudo dictado en el asunto de la *French Company of Venezuelan Railroads* destacó que el Estado no puede ser considerado responsable de los actos de revolucionarios «a menos que la revolución haya triunfado», pues tales actos dan lugar entonces a la responsabilidad del Estado «de conformidad con las normas reconocidas del derecho público»¹⁷⁸. En el asunto *Pinson*, la Comisión de reclamaciones Francia-México resolvió que:

...si los daños emanan, por ejemplo, de requisas o contribuciones forzosas exigidas [...] por los revolucionarios antes de su triunfo definitivo, o si han sido ocasionados [...] por delitos cometidos por las fuerzas revolucionarias triunfantes, no cabe [...] negar la responsabilidad del Estado¹⁷⁹.

13) La posibilidad de considerar que el Estado es responsable del comportamiento de un movimiento insurreccional triunfante se planteó en la solicitud de información enviada a los gobiernos por el Comité Preparatorio de la Conferencia de La Haya de 1930. Basándose en las respuestas recibidas de varios gobiernos, el Comité Preparatorio redactó la siguiente Base de discusión: «El Estado es responsable del daño causado a los extranjeros por un partido insurrecto que ha triunfado y ha pasado a ser el gobierno, en las mismas condiciones en que respondería del daño causado por los actos del gobierno *de jure*, de sus funcionarios o de sus tropas»¹⁸⁰. Aunque nunca se debatió esta propuesta, cabe considerar que refleja la norma de atribución tal como se enuncia en el párrafo 2.

14) Las resoluciones y la práctica más recientes no aportan, en conjunto, ninguna razón que permita dudar de las proposiciones enunciadas en el artículo 10. En un caso la Corte Suprema de Namibia fue incluso más lejos al aceptar la responsabilidad por «todo lo que hubiera hecho» el Gobierno sudafricano anterior¹⁸¹.

¹⁷⁷ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (n.º de venta: 59.V.5), pág. 445, en la pág. 453 (1903). Véase también *Puerto Cabello and Valencia Railway Company*, *ibíd.*, pág. 510, en la pág. 513 (1903).

¹⁷⁸ *Ibíd.*, vol. X (n.º de venta: 60.V.4), pág. 285, en la pág. 354 (1902). Véase también el asunto *Dix*, *ibíd.*, vol. IX (n.º de venta: 59.V.5), pág. 119 (1902).

¹⁷⁹ *Ibíd.*, vol. V (n.º de venta: 1952.V.3), pág. 327, en la pág. 353 (1928).

¹⁸⁰ Sociedad de las Naciones, Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional, *Bases de discusión...* (véase la nota 88 *supra*), págs. 108 y 116; Base de discusión N.º 22 *c.*, *ibíd.*, pág. 118; reproducidas en *Anuario...* 1956, vol. II, documento A/CN.4/96, pág. 219.

¹⁸¹ Guiada en particular por una disposición de la Constitución, la Corte Suprema de Namibia afirmó que «el nuevo gobierno hereda la responsabilidad de los hechos cometidos por los antiguos órganos del Estado», *Minister of Defence, Namibia v. Mwandighi, South African Law Reports*, 1992 (2), pág. 355, en la pág. 360; e ILR, vol. 91, pág. 341, en la pág. 361. Véanse, por otra parte, *44123 Ontario Ltd. v. Crispus Kiyonga and Others*, 11 *Kampala Law Reports* 14, págs. 20

15) Pueden ocurrir casos excepcionales en que el Estado se encuentre en situación de tomar medidas de vigilancia, prevención o castigo con respecto al comportamiento del movimiento pero que en contra de lo debido no las haya tomado. Esta posibilidad se prevé en el párrafo 3 del artículo 10, que dispone que las normas de atribución de los párrafos 1 y 2 se entenderán sin perjuicio de la atribución al Estado de todo comportamiento, cualquiera que sea su relación con el del movimiento de que se trate, que deba considerarse un hecho de ese Estado en virtud de otras disposiciones del capítulo II. Las palabras «cualquiera que sea su relación con el del movimiento de que se trate» deben entenderse en un sentido amplio. De este modo, el hecho de que un Estado se abstenga de adoptar las medidas a su alcance para proteger los locales de misiones diplomáticas amenazadas de ataque por un movimiento insurreccional resulta claramente atribuible al Estado y esta posibilidad está prevista en el párrafo 3.

16) Otra posibilidad es que el movimiento insurreccional en sí pueda ser tenido por responsable de su propio comportamiento con arreglo al derecho internacional, por ejemplo por una violación del derecho humanitario internacional cometida por sus fuerzas. Sin embargo, el tema de la responsabilidad internacional de los movimientos insurreccionales o de otra índole que fracasan queda fuera del ámbito de aplicación de los presentes artículos, que sólo se ocupan de la responsabilidad de los Estados.

Artículo 11. Comportamiento que el Estado reconoce y adopta como propio

El comportamiento que no sea atribuible al Estado en virtud de los artículos precedentes se considerará, no obstante, hecho de ese Estado según el derecho internacional en el caso y en la medida en que el Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio.

Comentario

1) Todas las causas de atribución objeto del capítulo II, con excepción del comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole a que se refiere el artículo 10, parten del principio de que la condición de órgano del Estado de la persona o la entidad, o su mandato para actuar en nombre del Estado, existía ya en el momento del supuesto hecho ilícito. El artículo 11, en cambio, prevé la atribución al Estado de un comportamiento que no le era atribuible, o podía no haberlo sido, en el momento de la comisión del hecho, pero que ulteriormente el Estado reconoce y adopta como propio.

2) En muchos casos el comportamiento que el Estado reconoce y adopta será el de personas o entidades privadas. El principio general, basado en la práctica estatal y en las resoluciones judiciales internacionales, es que el comportamiento de una persona o de un grupo de personas que no actúan en nombre del Estado no se considera un hecho de ese Estado según el derecho internacional. Esta conclusión sigue siendo válida independientemente

y 21 (1992); e ILR, vol. 103, pág. 259, en la pág. 266 (High Court, Uganda).

de las circunstancias en que actúe la persona privada y de los intereses a que afecta su comportamiento.

3) Así, al igual que el artículo 10, el artículo 11 se funda en el principio de que el comportamiento puramente privado no se puede como tal atribuir a un Estado, si bien reconoce, «no obstante», que el comportamiento se considerará hecho de ese Estado «en el caso y en la medida en que el Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio». Existen ejemplos de la aplicación de este principio en las resoluciones judiciales y en la práctica de los Estados. Así, en el asunto de los *Phares*, el tribunal arbitral declaró en su laudo que Grecia era responsable de la violación de un acuerdo de concesión celebrado por Creta en una época en que ésta era un territorio autónomo del Imperio Otomano, en parte porque Grecia «la había asumido como si se tratara de un acto ajustado a derecho y [...] finalmente la había mantenido, incluso después de adquirir la soberanía territorial sobre la isla»¹⁸². En el contexto de la sucesión de Estados, no está claro si el nuevo Estado sucede en la responsabilidad del Estado predecesor con respecto a su territorio¹⁸³. Sin embargo, si el Estado sucesor, frente a un hecho ilícito continuo en su territorio, acepta y mantiene la situación, se podrá fácilmente deducir que asume la responsabilidad de ese hecho.

4) Fuera del contexto de la sucesión de los Estados, el asunto *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* es un ejemplo más de la adopción ulterior por el Estado de un comportamiento determinado. En ese asunto, la CIJ trazó claramente una distinción entre la situación jurídica existente inmediatamente después de que los militantes se apoderasen de la Embajada de los Estados Unidos y de su personal y la creada por un decreto del Estado iraní en que se aprobaba expresamente y se mantenía esa situación. Según la Corte:

La política, anunciada por el Ayatollah Jomeini, de mantener la ocupación de la Embajada y la detención de su personal como rehenes con el propósito de ejercer presión sobre el Gobierno de los Estados Unidos fue aplicada por otras autoridades iraníes y apoyada por ellas repetidamente en declaraciones formuladas en diversas ocasiones. Esa política tuvo por efecto la transformación radical del carácter jurídico de la situación creada por la ocupación de la Embajada y la detención de sus funcionarios diplomáticos y consulares como rehenes. El hecho de que el Ayatollah Jomeini y otros órganos del Estado iraní aprobaran estos hechos y decidieran perpetuarlos convirtió la ocupación de la Embajada y la detención de los rehenes en hechos de ese Estado¹⁸⁴.

En este caso no tenía importancia si la «aprobación» del comportamiento de los militantes tenía simplemente un efecto prospectivo o si hacía que la República Islámica del Irán fuera responsable de todo el proceso de ocupación de la Embajada y detención de su personal *ab initio*. La República Islámica del Irán ya había sido declarada responsable en relación con el período anterior con un fundamento jurídico diferente, a saber, su incapacidad de adoptar medidas suficientes para impedir la ocupación o

ponerle fin de inmediato¹⁸⁵. En otros casos no existe esa responsabilidad anterior. Cuando el reconocimiento y la adopción del comportamiento como propio se hacen de manera inequívoca e incondicional, hay buenas razones para darle efecto retroactivo, cosa que la Corte hizo en el arbitraje de los *Phares*¹⁸⁶. Ello es compatible con la posición definida por el artículo 10 en el caso de los movimientos insurreccionales y permite evitar lagunas en el alcance de la responsabilidad por lo que es, en realidad, un mismo hecho que continúa.

5) En lo que respecta a la práctica de los Estados, la captura y el ulterior enjuiciamiento en Israel de Adolf Eichmann sirve de ejemplo de la subsiguiente adopción por el Estado de un comportamiento privado. El 10 de mayo de 1960, un grupo de israelíes capturó a Eichmann en Buenos Aires donde se le guardó cautivo varias semanas en una vivienda particular antes de llevarlo por avión a Israel. La Argentina acusó luego al Gobierno de Israel de complicidad en la captura de Eichmann, acusación que la Sra. Golda Meir, Ministra de Relaciones Exteriores de Israel, ni confirmó ni desmintió durante el debate habido en el Consejo de Seguridad a este respecto. La Sra. Meir dijo que los autores de la captura de Eichmann eran un «grupo de voluntarios»¹⁸⁷. En la resolución 138 (1960) del Consejo de Seguridad, de 23 de junio de 1960, estaba implícita la conclusión de que el Gobierno de Israel había tenido por lo menos conocimiento del plan, ejecutado con éxito, de capturar a Eichmann en la Argentina y lo había aceptado. Es posible que quienes capturaron a Eichmann hubiesen actuado «de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control» de Israel, y en tal caso era más adecuado atribuir su comportamiento a dicho Estado a tenor del artículo 8. Pero si existen dudas acerca de si cierto comportamiento corresponde al artículo 8, la adopción ulterior por el Estado de dicho comportamiento las disipa.

6) Las palabras «reconozca y adopte ese comportamiento como propio» tienen por objeto distinguir entre los casos de reconocimiento y adopción y los casos de mero apoyo o aprobación¹⁸⁸. En el asunto del *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, la CIJ utilizó expresiones como «aprobación», «apoyo», «la aprobación oficial del Gobierno» y «la decisión de perpetuar [la situación]»¹⁸⁹. Esas expresiones eran suficientes en ese contexto pero, por regla general, el comportamiento no será atribuible a un Estado en virtud del artículo 11 si éste se limita a reconocer la existencia de hecho del comportamiento o expresa verbalmente su aprobación del mismo. En los litigios internacionales, los Estados a menudo adoptan posiciones que equivalen a «aprobación» o «apoyo» del comportamiento en un sentido general, pero ello no significa que se asuma la responsabilidad. El término «adopción» lleva en sí, por otra parte, la idea de que el Estado reconoce el comportamiento como propio. En efecto, siempre que esté clara la intención del Estado de aceptar la responsabilidad por un comportamiento que de

¹⁸² *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (n.º de venta: 63.V.3), pág. 155, en la pág. 198 (1956).

¹⁸³ La cuestión está comprendida en la cláusula de salvaguardia del artículo 39 de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados (en adelante «Convención de Viena de 1978»).

¹⁸⁴ *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (véase la nota 59 *supra*), pág. 35, párr. 74.

¹⁸⁵ *Ibid.*, págs. 31 a 33, párrs. 63 a 68.

¹⁸⁶ *Phares* (véase la nota 182 *supra*), págs. 197 y 198.

¹⁸⁷ *Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, decimoquinto año*, 866.ª sesión, 22 de junio de 1960, párr. 18.

¹⁸⁸ La cuestión distinta de la ayuda o asistencia prestada por un Estado al comportamiento internacionalmente ilícito de otro Estado se aborda en el artículo 16.

¹⁸⁹ Véase la nota 59 *supra*.

otro modo no le sería atribuible, el artículo 11 puede aplicarse a los casos en que un Estado ha aceptado la responsabilidad por un comportamiento que no aprueba, que ha tratado de impedir y que deplora profundamente. Sea cual fuere la forma que revista tal aceptación en el caso de que se trate, las palabras «reconozca y adopte» del artículo 11 dejan bien sentado que es necesario algo más que un reconocimiento general de una situación de hecho, que es preciso más bien que el Estado reconozca ese comportamiento y lo haga suyo.

7) El principio establecido en el artículo 11 rige únicamente la cuestión de la atribución. Cuando un Estado reconoce y adopta un comportamiento, sigue siendo necesario determinar si el comportamiento es internacionalmente ilícito. A los efectos del artículo 11, las obligaciones internacionales del Estado que adopta el comportamiento son el criterio para determinar la ilicitud. El comportamiento puede haber sido lícito en lo que respecta a su autor, o éste puede haber sido un particular cuyo comportamiento en ese caso no se regía por el derecho internacional. De igual modo, el Estado que adopta o reconoce un comportamiento que es lícito en el ámbito de sus propias obligaciones internacionales no asume con ello la responsabilidad de los hechos ilícitos de cualquier otra persona o entidad. Esa asunción de responsabilidad tendría que llegar más lejos y equivaler a una aceptación de reparar por el hecho ilícito de otro.

8) La expresión «en el caso y en la medida en que» tiene por objeto expresar diversas ideas. En primer lugar, el comportamiento, en particular, de personas, grupos o entidades privados, no es atribuible al Estado a menos que tenga cabida en algún otro artículo del capítulo II o a menos que haya sido reconocido y adoptado como propio por el Estado. En segundo lugar, el Estado puede reconocer y adoptar un comportamiento sólo en cierta medida. Dicho de otro modo, el Estado puede optar por reconocer y adoptar sólo en parte el comportamiento de que se trata. En tercer lugar, el acto de reconocimiento y adopción, manifestado de palabra o de obra, ha de ser claro e inequívoco.

9) Las condiciones del reconocimiento y la adopción son acumulativas, como indica la conjunción «y». El orden en que figuran las dos condiciones indica la secuencia normal de los acontecimientos en los casos en que se invoca el artículo 11. El reconocimiento y la adopción del comportamiento por un Estado pueden ser expresos (por ejemplo, en el asunto *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*), o se pueden deducir del comportamiento del Estado.

CAPÍTULO III

VIOLACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL

Comentario

1) Hay violación de una obligación internacional cuando el comportamiento atribuido a un Estado, sujeto de derecho internacional, constituye un incumplimiento por ese Estado de una obligación internacional que tiene a su

cargo, es decir, para utilizar los términos del apartado *b* del artículo 2, cuando tal comportamiento constituye «una violación de una obligación internacional del Estado». En el presente capítulo se desarrolla el concepto de violación de una obligación internacional, en la medida en que es posible hacerlo de una manera general.

2) Hay que insistir una vez más en que los artículos no tienen por objeto enunciar el contenido de las normas primarias de derecho internacional, ni el de las obligaciones creadas por ellas respecto de determinados Estados¹⁹⁰. Para determinar si un comportamiento dado atribuible a un Estado constituye una violación de sus obligaciones internacionales, habrá que centrarse principalmente en la obligación primaria correspondiente. Es esa obligación la que tiene que ser interpretada y aplicada a la situación, determinándose así la naturaleza del comportamiento exigido, la norma que tiene que ser observada, el resultado que tiene que ser alcanzado, etc. La violación de una obligación internacional no es algo que se dé en abstracto, por lo que el capítulo III sólo puede desempeñar una función accesoria en la determinación de si ha habido o no violación, del momento en que ésta se ha producido o de su duración. Con todo, se pueden enunciar algunos principios básicos.

3) La esencia de un hecho internacionalmente ilícito viene dada por la falta de conformidad entre el comportamiento efectivo del Estado y el que debería haber seguido para atenerse a una obligación internacional determinada. Ese comportamiento da lugar a las relaciones jurídicas nuevas que se engloban en la denominación común de responsabilidad internacional. El capítulo III comienza, pues, con una disposición que determina en general cuándo puede considerarse que hay violación de una obligación internacional (art. 12). Una vez definido así el concepto básico, las restantes disposiciones del capítulo están destinadas a determinar cómo se plasma este concepto en las diferentes situaciones. En particular, el capítulo se refiere a la cuestión del derecho intertemporal tal como se aplica a la responsabilidad de los Estados, es decir, el principio según el cual un Estado sólo es responsable de una violación de una obligación internacional si la obligación está en vigor respecto del Estado en el momento de la violación (art. 13), así como a la cuestión igualmente importante de las violaciones que tienen carácter continuo (art. 14) y al problema especial de determinar si y cuándo ha habido violación de una obligación que no consiste en hechos únicos sino compuestos, es decir, el supuesto en que la esencia de la violación estriba en una serie de actos calificados en conjunto de ilícitos (art. 15).

4) Por los motivos mencionados en el precedente párrafo 2, no es posible ni deseable abordar en el marco de la presente parte todas las cuestiones que pueden surgir al determinar si ha habido violación de una obligación internacional. Las cuestiones relacionadas con la prueba de esa violación quedan totalmente fuera del ámbito de aplicación de los artículos. Otras cuestiones versan más bien sobre la clasificación o tipología de las obligaciones internacionales y se han incluido en el texto sólo cuando se ha estimado que tienen consecuencias particulares en

¹⁹⁰ Véanse los párrafos 2 a 4 del comentario general.

el marco de las normas secundarias de la responsabilidad de los Estados¹⁹¹.

Artículo 12. Existencia de violación de una obligación internacional

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, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación.

Comentario

1) Como establece el artículo 2, la violación por un Estado de una obligación internacional que le incumbe da lugar a su responsabilidad internacional. Ante todo es necesario precisar lo que debe entenderse por violación de una obligación internacional. Ese es el objeto del artículo 12, que define en los términos más generales lo que constituye una violación de una obligación internacional por un Estado. Para concluir que hay violación de una obligación internacional en un determinado caso, será necesario tener en cuenta las restantes disposiciones del capítulo III que especifican otras condiciones para que haya violación de una obligación internacional, así como las disposiciones del capítulo V referentes a las circunstancias que excluyen la ilicitud de un hecho de un Estado. Pero a fin de cuentas, la determinación de si y cuándo se ha producido la violación de una obligación depende de los términos precisos de la obligación, su interpretación y aplicación, teniendo en cuenta su objeto y finalidad y la realidad de los hechos.

2) Al introducir el concepto de violación de una obligación internacional, es necesario poner de relieve otra vez la autonomía del derecho internacional, de conformidad con el principio enunciado en el artículo 3. A tenor del artículo 12, la violación de una obligación internacional consiste en la falta de conformidad entre el comportamiento que esa obligación exige del Estado y el comportamiento que el Estado observa de hecho, es decir, entre las exigencias del derecho internacional y la realidad de los hechos. Esto se puede expresar de distintas maneras. La CIJ, por ejemplo, ha utilizado expresiones como «incompatibilidad con las obligaciones»¹⁹² actos «contrarios» a una norma determinada o «no conformes con» ella¹⁹³ e «incumplimiento de [...] obligaciones convencionales»¹⁹⁴. En el asunto *ELSI*, una Sala de la Corte señaló que «se plantea la cuestión de si la requisita estaba en conformidad con las exigencias [...] del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación»¹⁹⁵. La expresión «no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación» es la más apropiada para indicar lo que representa la esencia de la violación

por un Estado de una obligación internacional. Admite la posibilidad de que pueda 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. En algunos casos se espera que el Estado interesado observe un comportamiento exactamente definido; en otros, la obligación sólo establece un estándar mínimo por encima del cual el Estado tiene libertad para actuar. El comportamiento prohibido por una obligación internacional puede consistir en una acción o una omisión o en una combinación de acciones u omisiones; puede consistir en la aprobación de una ley, o en una medida administrativa o de otro tipo concreta en un caso determinado, o incluso en la amenaza de adoptar esa medida, independientemente de que la amenaza sea ejecutada, o en una decisión judicial definitiva. Puede representar la prestación de unos servicios, la adopción de medidas de prevención o la observancia de una prohibición. En todos los casos, la comparación entre el comportamiento observado de hecho por el Estado y el comportamiento jurídicamente prescrito por la obligación internacional es lo que permite determinar si hay o no violación de esa obligación. Las palabras «no está en conformidad con» son lo bastante flexibles para abarcar las muy diferentes maneras en que se puede manifestar una obligación y las diversas formas que puede adoptar una violación.

3) El artículo 12 establece que hay violación de una obligación internacional cuando el hecho de que se trata no está en conformidad con lo que exige esa obligación «sea cual fuere el origen [...] de esa obligación». Como se desprende de esas palabras, los artículos son de aplicación general. Se aplican a todas las obligaciones internacionales de los Estados, sea cual fuere su origen. Las obligaciones internacionales pueden ser establecidas por una norma consuetudinaria de derecho internacional, por un tratado o por un principio general aplicable en el marco del ordenamiento jurídico internacional. Los Estados pueden contraer obligaciones internacionales mediante un acto unilateral¹⁹⁶. Una obligación internacional puede emanar de las disposiciones previstas en un tratado (una decisión de un órgano de una organización internacional competente en la materia, la sentencia dictada por la CIJ u otro tribunal para resolver un litigio entre dos Estados, etc.). No es necesario enumerar esas posibilidades en el artículo 12, ya que un Estado incurre en responsabilidad por la violación de una obligación internacional, sea cual fuere el origen concreto de la obligación de que se trate. La expresión «sea cual fuere el origen» de la obligación se refiere a todas las fuentes posibles de obligaciones internacionales, es decir, a todos los procesos de creación de obligaciones jurídicas reconocidos por el derecho internacional. A este respecto se utiliza a veces el término «fuente», como en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas que subraya la necesidad de respetar «las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional». La palabra «origen», que tiene el mismo significado, no

¹⁹¹ Véase, por ejemplo, la clasificación de las obligaciones de comportamiento y de resultado, párrafos 11 y 12 del comentario al artículo 12.

¹⁹² *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (véase la nota 59 *supra*), pág. 29, párr. 56.

¹⁹³ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (véase la nota 36 *supra*), pág. 64, párr. 115, y pág. 98, párr. 186, respectivamente.

¹⁹⁴ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (véase la nota 27 *supra*), pág. 46, párr. 57.

¹⁹⁵ *ELSI* (véase la nota 85 *supra*), pág. 50, párr. 70.

¹⁹⁶ Por ejemplo, Francia se comprometió por un acto unilateral a no realizar nuevos ensayos nucleares en la atmósfera: *Essais nucléaires* (Australia c. Francia), fallo, *C.I.J. Recueil 1974*, pág. 253; (Nueva Zelandia c. Francia), *ibíd.*, pág. 457. El alcance de la obligación asumida mediante ese acto fue precisado en *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des Essais nucléaires* (Nouvelle-Zélande c. France), providencia de 22 de septiembre de 1995, *C.I.J. Recueil 1995*, pág. 288.

comporta las dudas y debates doctrinales que ha provocado el término «fuente».

4) Con arreglo al artículo 12, el origen o procedencia de una obligación no modifica de por sí la conclusión de que su violación por un Estado da lugar a la responsabilidad de éste, ni en sí misma afecta al régimen de responsabilidad del Estado que de ella nace. Pueden nacer obligaciones para un Estado de un tratado y de una norma de derecho internacional consuetudinario, o de un tratado y un acto unilateral¹⁹⁷. Además, como se desprende claramente de la práctica, esos distintos fundamentos de obligaciones se influyen mutuamente. Los tratados, en especial los tratados multilaterales, pueden contribuir a la formación del derecho internacional general; el derecho consuetudinario puede ayudar a la interpretación de los tratados; una obligación enunciada en un tratado puede ser aplicable a un Estado en virtud de un acto unilateral de éste, etc. Por lo tanto, los tribunales judiciales y arbitrales internacionales han considerado que la responsabilidad nace para un Estado en virtud de cualquier «violación de una obligación impuesta por una norma jurídica internacional»¹⁹⁸. En el arbitraje relativo al *Rainbow Warrior*, el tribunal dijo 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»¹⁹⁹. En el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la CIJ se remitió al artículo correspondiente del proyecto aprobado provisionalmente por la Comisión en 1976 para fundamentar su afirmación de que había un principio establecido en el sentido de que «cuando un Estado cometía un hecho internacionalmente ilícito, es probable que tenga responsabilidad internacional cualquiera que sea la índole de la obligación que no cumplió»²⁰⁰.

5) Así, pues, en derecho internacional no tiene cabida una distinción, como la trazada en algunos sistemas jurídicos, entre el régimen de responsabilidad por violación de un tratado y por violación de alguna otra norma, es decir, entre la responsabilidad *ex contractu* o la responsabilidad *ex delicto*. En el arbitraje relativo al *Rainbow Warrior*, el tribunal afirmó que, «en derecho internacional, no se distingue entre la responsabilidad contractual y la extracontractual»²⁰¹. En lo que concierne al origen de la obligación violada, existe un régimen general único de responsabilidad de los Estados. Tampoco hay una distin-

¹⁹⁷ La CIJ ha reconocido en varias ocasiones «[l]a existencia de normas idénticas en derecho internacional convencional y consuetudinario», *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (véase la nota 36 *supra*), pág. 95, párr. 177; véase también *Plateau continental de la mer du Nord*, fallo, *C.I.J. Recueil 1969*, pág. 3, en las págs. 38 y 39, párr. 63.

¹⁹⁸ *Dickson Car Wheel Company* (véase la nota 42 *supra*); compárese con *Goldenberg*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 901, en las págs. 908 y 909 (1928); *International Fisheries Company* (nota 43 *supra*), pág. 701 («algún principio de derecho internacional»); *Armstrong Cork Company* (nota 45 *supra*), pág. 163 («cualquier norma de derecho internacional»).

¹⁹⁹ *Rainbow Warrior* (véase la nota 46 *supra*), pág. 251, párr. 75. Véase asimismo *Barcelona Traction* (nota 25 *supra*), pág. 46, párr. 86 («violación de una obligación internacional nacida de un tratado o de una norma general de derecho»).

²⁰⁰ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (véase la nota 27 *supra*), pág. 38, párr. 47. La expresión «es probable que tenga» puede haberse introducido ante la posibilidad de que algunas circunstancias excluyesen la ilicitud en ese caso.

²⁰¹ *Rainbow Warrior* (véase la nota 46 *supra*), pág. 251, párr. 75.

ción entre responsabilidad «civil» y «penal», como ocurre en los sistemas jurídicos internos.

6) La responsabilidad de los Estados puede nacer de la violación de obligaciones de carácter bilateral o de obligaciones para con algunos Estados o para con la comunidad internacional en su conjunto. Puede tratarse de infracciones relativamente poco importantes o de violaciones gravísimas de obligaciones derivadas de normas imperativas del derecho internacional general. Cuestiones relativas a la gravedad de la violación y al carácter imperativo de la obligación violada pueden influir en las consecuencias que se derivan para el Estado responsable y, en algunos casos, también para otros Estados. Por consiguiente, en las partes segunda y tercera de estos artículos²⁰² se establecen ciertas distinciones entre las consecuencias de determinadas violaciones. Pero el régimen de responsabilidad de los Estados por la violación de obligaciones internacionales expuesto en la primera parte es de amplio alcance, de carácter general y de aplicación flexible: la primera parte puede así abarcar toda la variedad de situaciones posibles sin necesidad de establecer nuevas distinciones entre categorías de obligaciones ni entre categorías de violaciones.

7) Incluso los principios fundamentales del ordenamiento jurídico no se basan en ninguna fuente especial de derecho o procedimiento legislativo específico, a diferencia de las normas de carácter constitucional en los sistemas jurídicos internos. De conformidad con artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, 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». El artículo 53 reconoce tanto que se pueden crear normas de carácter imperativo como que los Estados desempeñan una función especial a este respecto como titulares por excelencia de la potestad normativa en nombre de la comunidad internacional. Además, las obligaciones que las normas imperativas imponen a los Estados afectan necesariamente a los intereses vitales de la comunidad internacional en su conjunto y pueden tener que estar sujetas a un régimen de responsabilidad más estricto que el aplicado a otros hechos internacionalmente ilícitos. Sin embargo, esa cuestión corresponde al contenido de la responsabilidad de los Estados²⁰³. Por lo menos en lo que concierne a la primera parte de los artículos, existe un régimen unitario de la responsabilidad de los Estados que tiene carácter general.

8) Cabe hacer consideraciones bastante semejantes en lo que respecta a las obligaciones dimanantes de la Carta de las Naciones Unidas. Como la Carta es un tratado, las obligaciones que enuncia son, desde el punto de vista de su origen, obligaciones convencionales. La importancia especial de la Carta, tal como se desprende de su Artículo 103²⁰⁴, deriva de sus disposiciones expresas y del

²⁰² Véanse en la tercera parte el capítulo II y su comentario; véanse también el artículo 48 y el comentario correspondiente.

²⁰³ Véanse los artículos 40 y 41 y los comentarios correspondientes.

²⁰⁴ Según el cual «[e]n caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro

número de Estados Miembros de las Naciones Unidas, organización de composición casi universal.

9) El ámbito general de los artículos abarca no sólo el origen convencional o de otro tipo de la obligación violada sino también su objeto. Las resoluciones judiciales y laudos arbitrales internacionales que especifican las condiciones de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito se refieren a la violación de una obligación internacional sin imponer ninguna restricción al objeto de la obligación violada²⁰⁵. Los tribunales judiciales y arbitrales han afirmado invariablemente el principio de que no existe *a priori* ningún límite al objeto de las obligaciones internacionales que pueden contraer los Estados. Así, la CPJI afirmó en su primera sentencia dictada en el asunto *Wimbledon*, que «el derecho a concertar acuerdos internacionales es atributo de la soberanía del Estado»²⁰⁶. Esa afirmación ha sido reiterada a menudo²⁰⁷.

10) Desde una perspectiva similar, se ha argumentado a veces que una obligación con un determinado objeto sólo podía haberse violado mediante un comportamiento de la misma descripción. Esta proposición constituye la base de la impugnación de la competencia de la CIJ en el asunto *Plates-formes pétrolières*. Se adujo que un tratado de amistad, comercio y navegación no podía haberse violado en principio mediante un comportamiento que entrañara el uso de la fuerza armada. 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 1955²⁰⁸.

Así pues, la violación de una obligación internacional por un Estado constituye un hecho internacionalmente ilícito, cualquiera que sea el objeto o contenido de la obligación violada, y cualquiera que sea la descripción que pueda darse del comportamiento que la incumple.

11) El artículo 12 dice también que 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, «sea cual fuere [...] la naturaleza de esa obligación». En la práctica se han adoptado varias clasificaciones de las obligaciones internacionales.

convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta».

²⁰⁵ Véanse, por ejemplo, *Usine de Chorzów*, competencia (nota 34 *supra*); fondo (ibíd.); y *Réparation* (nota 38 *supra*). En esas resoluciones se afirma que «toda violación de una obligación internacional» da lugar a responsabilidad internacional. Véase asimismo *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie* (nota 39 *supra*), pág. 228.

²⁰⁶ *Wimbledon* (véase la nota 34 *supra*), pág. 25.

²⁰⁷ Véanse, por ejemplo, *Nottebohm*, segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1955*, pág. 4, en las págs. 20 y 21; *Droit de passage sur territoire indien*, fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1960*, pág. 6, en la pág. 33; y *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (nota 36 *supra*), pág. 131, párr. 259.

²⁰⁸ *Plates-formes pétrolières* (República Islámica del Irán c. Estados Unidos de América), excepción preliminar, fallo, *C.I.J. Recueil 1996*, pág. 803, en las págs. 811 y 812, párr. 21.

Por ejemplo, generalmente se hace una distinción entre las obligaciones de comportamiento y las obligaciones de resultado. Esta distinción puede ayudar a determinar cuándo se ha producido una violación. Sin embargo, no es exclusiva²⁰⁹, y no parece tener consecuencias concretas ni directas en lo que respecta a los presentes artículos. En el asunto *Colozza*, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ocupó del juicio *in absentia* de una persona que, sin haber recibido notificación de su proceso, fue condenada a una pena de reclusión de seis años y no le fue permitido más adelante recurrir contra 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 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 debe recaer sobre el acusado de un delito [...] la carga de probar que su propósito no era escapar de la justicia o que su ausencia se debía a fuerza mayor²¹⁰.

El Tribunal consideró, por tanto, que el párrafo 1 del artículo 6 imponía una obligación de resultado²¹¹. Sin embargo, para decidir si había habido una violación del Convenio en las circunstancias del caso, no comparó meramente entre el resultado exigido (que el acusado tuviera 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»²¹². La decisión del Tribunal de que hubo una violación del párrafo 1 del artículo 6 no se basó en la distinción entre obligaciones de comportamiento y de resultado²¹³.

12) Con frecuencia se plantea la cuestión de si se produce una violación de una obligación mediante la pro-

²⁰⁹ Cf. *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (nota 27 *supra*), en que la Corte se refirió a las partes diciendo que aceptaron «obligaciones de comportamiento, obligaciones de cumplimiento y obligaciones de resultado», pág. 77, párr. 135.

²¹⁰ *Colozza c. Italie* (1985), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Série A n.º 89*, págs. 15 y 16, párr. 30, donde se cita el asunto *De Cubber c. Belgique*, ibíd., n.º 86, pág. 20, párr. 35 (1984).

²¹¹ Compárese con el asunto *Plattform «Ärzte für das Leben» c. Autriche*, en el 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 absolutamente y tienen amplia discreción en la elección de los medios que deben emplear [...] La 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» [Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Série A n.º 139*, pág. 12, párr. 34 (1988)].

En el asunto *Colozza* (véase la nota 210 *supra*), en cambio, el Tribunal empleó términos parecidos pero concluyó que la obligación era de resultado. Cf. C. Tomuschat, «What is a “Breach” of the European Convention on Human Rights?», Lawson y de Blois (eds.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe: Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol. 3, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, pág. 315, en la pág. 328.

²¹² *Colozza* (véase la nota 210 *supra*), párr. 28.

²¹³ Véase también *The Islamic Republic of Iran v. The United States of America*, asuntos n.ºs A15 (IV) y A24, Iran-U.S. C.T.R., vol. 32, pág. 115 (1996).

mulgación de una ley por un Estado, en los casos en que el contenido de la ley entra *prima facie* en conflicto con aquello que requiere la obligación internacional, o si debe aplicarse la ley en el caso concreto antes de que se pueda decir que se ha producido una violación. Una vez más, no se puede establecer una regla general aplicable a todos los casos²¹⁴. Algunas obligaciones pueden ser violadas por la mera aprobación de leyes incompatibles²¹⁵. En ese caso, la aprobación de una ley sin más entraña la responsabilidad internacional del Estado que la promulga, siendo la asamblea legislativa de por sí un órgano del Estado para los fines de la atribución de la responsabilidad²¹⁶. En otras circunstancias, la promulgación de una ley puede no equivaler de por sí a una violación²¹⁷, en particular si ese Estado tiene la posibilidad de aplicarla de manera que no viole la obligación internacional de que se trate. En tales casos, la existencia de una violación dependerá de si se aplica la ley y de qué manera²¹⁸.

Artículo 13. Obligación internacional en vigencia respecto del Estado

Un hecho del Estado no constituye violación de una obligación internacional a menos que el Estado se halle vinculado por dicha obligación en el momento en que se produce el hecho.

Comentario

1) El artículo 13 enuncia el principio básico de que, para que haya responsabilidad, el incumplimiento debe tener lugar en un momento en que el Estado se halle vinculado por la obligación. 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 magistrado Huber en el asunto relativo a la *Île de Palmas*:

²¹⁴ Compárese *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies* (nota 83 *supra*), pág. 30, párr. 42.

²¹⁵ Por lo general se interpretará que un tratado de ley uniforme lleva aparejada la aplicación inmediata, es decir, dado que encarna una obligación de hacer que las disposiciones de la ley uniforme formen parte de la legislación de cada Estado parte: véase, por ejemplo, B. Conforti, «Obblighi di mezzi e obblighi di risultato nelle convenzioni di diritto uniforme», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 24 (1988), pág. 233.

²¹⁶ Véanse el artículo 4 y su comentario. Para ilustraciones, véanse, por ejemplo, las conclusiones del Tribunal en *Norris c. Irlanda*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Série A n.º 142*, párr. 31 (1988), en que se cita *Klass et autres c. Allemagne*, *ibíd.* n.º 28, párr. 33 (1978); *Marckx c. Belgique*, *ibíd.* n.º 31, párr. 27 (1979); *Johnston et autres c. Irlanda*, *ibíd.* n.º 112, párr. 42 (1986); *Dudgeon c. Royaume-Uni*, *ibíd.* n.º 45, párr. 41 (1981); y *Modinos c. Chypre*, *ibíd.* n.º 259, párr. 24 (1993). Véase también *Responsabilidad internacional por la promulgación y aplicación de leyes en violación de la Convención (arts. 1 y 2 de la Convención americana sobre derechos humanos)*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-14/94, Serie A, n.º 14 (1994). La Corte Interamericana también consideró posible determinar si el proyecto de legislación era compatible con las disposiciones de los tratados de derechos humanos: *Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 de la Convención americana sobre derechos humanos)*, opinión consultiva OC-3/83, Serie A, n.º 3 (1983).

²¹⁷ Como sostuvo la CIJ en el asunto *LaGrand*, fallo (véase la nota 119 *supra*), párrs. 90 y 91.

²¹⁸ Véase, por ejemplo, OMC, Estados Unidos – Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 (nota 73 *supra*), párrs. 7.34 a 7.57.

Un hecho jurídico 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 hecho²¹⁹.

El artículo 13 ofrece una importante garantía a los Estados desde el punto de vista de las demandas de responsabilidad. Su redacción («no constituye [...] a menos que...») concuerda con la idea de una garantía contra la aplicación retrospectiva del derecho internacional en materia de responsabilidad del Estado.

2) El principio enunciado en el artículo 13 se ha aplicado por los tribunales internacionales en muchos asuntos. Un ejemplo instructivo es el de la decisión del superárbitro Bates de la Comisión mixta Estados Unidos-Gran Bretaña, en relación con el comportamiento de las autoridades británicas que habían secuestrado buques estadounidenses que se dedicaban a la trata de esclavos y liberado a esclavos que pertenecían a nacionales estadounidenses. Los incidentes sometidos a la Comisión se habían producido en diferentes épocas y, por ello, el superárbitro tenía que determinar si, en el momento en que se había producido cada uno de los incidentes, la esclavitud era o no «contraria al derecho de gentes». Incidentes anteriores, que se remontaban a la época en que la trata de esclavos se consideraba lícita, suponían una violación por las autoridades británicas de la obligación internacional de respetar y proteger los bienes de los nacionales extranjeros²²⁰. Los incidentes más recientes, en cambio, se habían producido en una época en que la trata de esclavos había sido «prohibida por todas las naciones civilizadas» y no implicaban la responsabilidad de Gran Bretaña²²¹.

3) El árbitro Asser aplicó principios análogos al decidir si la captura y la confiscación por las autoridades rusas, fuera de los límites del mar territorial de Rusia, de buques estadounidenses dedicados a la caza de focas debían considerarse internacionalmente ilícitas. En su laudo relativo al asunto *James Hamilton Lewis*, observó que la cuestión debía dirimirse «con arreglo a los principios generales del derecho de gentes y al espíritu de los acuerdos internacionales en vigor y obligatorios para las dos Altas Partes en el momento de la captura del buque»²²². Puesto que, según los principios en vigor en la época, Rusia no tenía derecho a capturar el buque estadounidense, la captura y la confiscación de éste eran actos ilegales por los que Ru-

²¹⁹ *Île de Palmas* (Países Bajos/Estados Unidos de América), Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 829, en la pág. 845 (1928). Sobre el derecho intertemporal en general véase la resolución I del Instituto de Derecho Internacional en su período de sesiones de Wiesbaden, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 56 (1975), págs. 537 a 541; sobre el debate, véase *ibíd.*, págs. 339 a 374; sobre los informes de Sørensen, véase *ibíd.*, vol. 55 (1973), págs. 1 a 116. Véase además W. Karl, «The time factor in the law of State responsibility», en B. Simma y M. Spinedi (eds.), *op. cit.* (nota 175 *supra*), pág. 95.

²²⁰ Véanse el asunto *Enterprize*, A. de Lapradelle y N. Politis, *op. cit.* (nota 139 *supra*), vol. I, pág. 703 (1855); y Moore, *History and Digest*, vol. IV, pág. 4349, en la pág. 4373. Véanse asimismo los asuntos *Hermosa y Créole*, A. de Lapradelle y N. Politis, *op. cit.*, vol. I, págs. 703 y 704 (1855); Moore, *History and Digest*, vol. IV, págs. 4374 y 4375.

²²¹ Véase el laudo emitido en el asunto *Lawrence*, A. de Lapradelle y N. Politis, *op. cit.*, vol. I, pág. 740, en la pág. 741 (1855); y Moore *History and Digest*, vol. III, pág. 2824. Véase asimismo el asunto *Volusia*, A. de Lapradelle y N. Politis, *op. cit.*, vol. I (1855), pág. 741.

²²² *Affaire des navires Cape Horn Pigeon, James Hamilton Lewis, C. H. White y Kate and Anna*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (n.º de venta: 59.V.5), pág. 66, en la pág. 69 (1902).

sia debía pagar una indemnización²²³. El mismo principio ha sido aplicado por la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para desestimar demandas relativas a períodos en que el Convenio europeo de derechos humanos no estaba en vigor para los Estados interesados²²⁴.

4) La práctica de los Estados apoya también este principio. El requisito de que los árbitros apliquen las normas de derecho internacional en vigor en la época en que se produjeron los hechos supuestamente ilícitos es una cláusula corriente en los acuerdos de arbitraje²²⁵, e indudablemente constituye una confirmación explícita de un principio generalmente reconocido. Los autores de derecho internacional que se han ocupado de la cuestión reconocen que la ilicitud de un hecho debe determinarse atendiendo a las obligaciones en vigor en el momento de su realización²²⁶.

5) La responsabilidad de los Estados puede extenderse a actos de la mayor gravedad, y el régimen de responsabilidad en tales casos será, por tanto, estricto. Pero incluso en el caso de que aparezca una nueva norma imperativa de derecho internacional general, según se prevé en el artículo 64 de la Convención de Viena de 1969, ello no acarrea una asunción retroactiva de responsabilidad. El párrafo 2 del artículo 71 dispone que una nueva norma imperativa de derecho internacional general «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».

6) Por tanto, resulta apropiado aplicar el principio intertemporal a todas las obligaciones internacionales, y el artículo 13 es de aplicación general. Ello no prejuzga la

posibilidad de que un Estado pueda convenir, por ejemplo, en indemnizar los daños causados a consecuencia de un comportamiento que no constituía en la época una violación de una obligación internacional en vigor para ese Estado. De hecho, los casos de asunción retrospectiva de la responsabilidad son muy raros. El principio de la *lex specialis* (art. 55) basta para tratar los casos en que pueda convenirse o decidirse que se asumirá retrospectivamente la responsabilidad por un comportamiento que no constituía una violación de una obligación internacional en la época en que ocurrió²²⁷.

7) En derecho internacional, el principio enunciado en el artículo 13 no sólo es base necesaria para la responsabilidad sino también base suficiente. En otras palabras, una vez que surge la responsabilidad como consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito, no se ve afectada por la terminación ulterior de la obligación, ya sea por haber quedado sin efecto el tratado infringido, o por un cambio del derecho internacional. Así, dijo la CIJ en el asunto del *Cameroun septentrional*:

...si, durante el período de validez del Acuerdo de Administración Fiduciaria, la Autoridad Administradora hubiera sido responsable de un acto contrario a las disposiciones de ese Acuerdo y que hubiera ocasionado un perjuicio a otro Miembro de las Naciones Unidas o a uno de sus nacionales, la extinción del fideicomiso no hubiese puesto término a la acción de reparación²²⁸.

De igual modo, en el arbitraje del *Rainbow Warrior*, el tribunal arbitral sostuvo que, si bien la obligación convencional correspondiente había caducado por el paso del tiempo, la responsabilidad de Francia por la transgresión anterior subsistía²²⁹.

8) En el fallo dictado por la CIJ en el asunto *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 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 indebida²³⁰. 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 aplicable²³¹.

Evidentemente, la Corte 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 transgresión del Acuerdo de Administración Fiduciaria, que había quedado sin efec-

²²³ Véase asimismo el asunto de *C. H. White* (ibíd.), pág. 74. En estos asuntos, con arreglo a lo dispuesto por el compromiso mismo, el árbitro estaba obligado a aplicar el derecho en vigor en la época de los hechos. Ahora bien, la intención de las partes era claramente confirmar la aplicación del principio general en el contexto del acuerdo de arbitraje y no establecer una excepción. Véase también el asunto *Lisman*, ibíd., vol. III (n.º de venta: 1949.V.2), pág. 1767, en la pág. 1771 (1937).

²²⁴ Véanse, por ejemplo, *X c. Allemagne*, demanda n.º 1151/61, Consejo de Europa, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Recueil des décisions*, n.º 7 (marzo de 1962), pág. 119 (1961), y muchas decisiones posteriores.

²²⁵ Véanse, por ejemplo, las declaraciones canjeadas entre los Estados Unidos y Rusia para someter a arbitraje determinadas controversias en que se discutía la responsabilidad internacional de Rusia por el apresamiento de buques estadounidenses [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (n.º de venta: 59.V.5), pág. 57 (1900)].

²²⁶ Véanse, por ejemplo, P. Tavernier, *Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public: problèmes de droit intertemporel ou de droit transitoire*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970, págs. 119, 135 y 292; D. Bindschedler-Robert, «De la rétroactivité en droit international public», *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra/Institut universitaire de hautes études internationales, 1968, pág. 184; M. Sørensen, «Le problème intertemporel dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme», *Mélanges offerts à Polys Modinos*, París, Pedone, 1968, pág. 304; T. O. Elias, «The doctrine of intertemporal law», *AJIL*, vol. 74, n.º 2 (abril de 1980), pág. 285; y R. Higgins, «Time and the law: international perspectives on an old problem», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 46 (julio de 1997), pág. 501.

²²⁷ En cuanto al efecto retroactivo del reconocimiento y aprobación de un comportamiento por un Estado, véanse el artículo 11 y su comentario, especialmente el párrafo 4. Ese reconocimiento y aprobación no bastarían para dar efecto retroactivo a las obligaciones del Estado de que se tratara.

²²⁸ *Cameroun septentrional*, C.I.J. *Recueil* 1963, excepciones preliminares, fallo, pág. 15, en la pág. 35.

²²⁹ *Rainbow Warrior* (véase la nota 46 *supra*), págs. 265 y 266.

²³⁰ *Certaines terres à phosphates à Nauru* (Nauru c. Australia), excepciones preliminares, fallo, C.I.J. *Recueil* 1992, pág. 240, en las págs. 253 a 255, párrs. 31 a 36. Véanse el artículo 45, apartado b, y su comentario.

²³¹ *Certaines terres à phosphates à Nauru* (ibíd.), pág. 255, párr. 36.

to 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 primaria²³².

9) Por tanto, el principio básico enunciado en el artículo 13 está bien establecido. Una salvedad posible se refiere a la interpretación progresiva de las obligaciones por una mayoría de la Corte en la opinión consultiva relativa al asunto *Namibia*²³³. En cualquier caso, el principio intertemporal no implica que las disposiciones del tratado deban interpretarse como si hubieran quedado congeladas en aquella época. En algunos casos²³⁴, es permisible la interpretación evolutiva de las disposiciones del tratado, pero ello no tiene nada que ver con el principio de que sólo puede considerarse responsable a un Estado por infringir una obligación que estaba en vigor para ese Estado en el momento de su comportamiento. El principio del derecho intertemporal tampoco significa que no se puedan tener en cuenta hechos ocurridos antes de la entrada en vigor de una obligación determinada, cuando esos hechos sean pertinentes por otro concepto. Por ejemplo, al tratar de la obligación de garantizar que las personas acusadas sean juzgadas sin demora indebida, los períodos de detención anteriores a la entrada en vigor de esa obligación pueden ser pertinentes como hechos, aunque no podría concederse una indemnización por el período anterior a la entrada en vigor de la obligación²³⁵.

Artículo 14. Extensión en el tiempo de la violación de una obligación internacional

1. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no tenga carácter continuo tiene lugar en el momento en que se produce el hecho, aunque sus efectos perduren.

2. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional.

3. La violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento y se extiende durante todo el período en el cual ese acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación.

²³² Las partes llegaron a una transacción antes de que la Corte tuviese ocasión de examinar el fondo: *Certaines terres à phosphates à Nauru*, providencia de 13 de septiembre de 1993, *C.I.J. Recueil 1993*, pág. 322; véase Acuerdo relativo a la resolución en la Corte Internacional de Justicia del asunto sobre ciertas tierras fosfáticas en Nauru (Nauru, 10 de agosto de 1993), Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1770, n.º 30807, pág. 380.

²³³ *Namibia* (véase la nota 176 *supra*), págs. 31 y 32, párr. 53.

²³⁴ Véase, por ejemplo, *Tyrer c. Royaume-Uni*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fallo, *Série A n.º 26*, págs. 15 y 16 (1978).

²³⁵ Véanse, por ejemplo, *Zana c. Turquie*, fallo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Recueil des arrêts et décisions 1997-VII*, pág. 2533 (1997); y J. Pauwelyn, «The concept of a “continuing violation” of an international obligation: selected problems», *BYBIL 1995*, vol. 66, pág. 415, en las págs. 443 a 445.

Comentario

1) El problema de determinar cuándo comienza y cuánto dura un hecho ilícito se plantea frecuentemente²³⁶ y tiene consecuencias en el ámbito de la responsabilidad de los Estados, en particular la importante cuestión de la cesación de los hechos ilícitos de carácter continuo de que se ocupa el artículo 30. Aunque la existencia y la duración de una violación de una obligación internacional dependen en su mayor parte de la existencia y el contenido de la obligación y de los hechos que rodean a la violación de que se trate, hay ciertos conceptos básicos establecidos. Esos conceptos se exponen en el artículo 14. Sin ánimo de exhaustividad en su tratamiento del problema, el artículo 14 se ocupa de varias cuestiones conexas. En particular, hace una distinción entre las violaciones que no tienen carácter continuo y los hechos ilícitos que tienen carácter continuo (véanse los párrafos 1 y 2, respectivamente), y también se ocupa de la aplicación de esa distinción al importante caso de la obligación de prevenir. En cada uno de esos casos tiene en cuenta la cuestión de la vigencia continua de la obligación violada.

2) Por lo general se requiere cierto período de tiempo para que se produzcan los hechos internacionalmente ilícitos. La distinción fundamental a los efectos del artículo 14 se establece entre una violación continua y una violación que ya ha sido consumada. De conformidad con el *párrafo 1*, un hecho consumado tiene lugar «en el momento en que se produce el hecho», aunque sus efectos o consecuencias puedan perdurar. La expresión «en el momento» está examinada a proporcionar una descripción más exacta del período en que se consuma el hecho ilícito, sin que sea necesario que el hecho se realice necesariamente de modo instantáneo.

3) Por otra parte, de conformidad con el *párrafo 2*, un hecho ilícito continuado sigue ocurriendo durante todo el período en el que continúa el hecho y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional, siempre que el Estado se halle vinculado por la obligación internacional durante ese período²³⁷. Ejemplos de hechos ilícitos continuados son mantener en vigor disposiciones legislativas incompatibles con las obligaciones contraídas en virtud de tratados del Estado que las ha promulgado, detener ilegalmente a un funcionario extranjero u ocupar ilegalmente locales de embajadas, mantener por la fuerza un dominio colonial, ocupar ilegalmente parte del terri-

²³⁶ Véanse, por ejemplo, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, fallo n.º 2, 1924, *C.P.J.I., série A n.º 2*, pág. 35; *Phosphates du Maroc* (nota 34 *supra*), págs. 23 a 29; *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, fallo, 1939, *C.P.J.I., série A/B, n.º 77*, pág. 64, en las págs. 80 a 82; y *Droit de passage sur territoire indien* (nota 207 *supra*), págs. 33 a 36. La cuestión se ha planteado con frecuencia ante los órganos del Convenio europeo de derechos humanos. Véase, por ejemplo, la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el asunto *De Becker c. Belgique*, demanda n.º 214/56, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1958-1959*, pág. 214, en las págs. 234 y 244, y los fallos del Tribunal sobre los asuntos *Irlande c. Royaume-Uni*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Série A n.º 25*, pág. 64 (1978); *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, *ibíd.*, n.º 260-B, párr. 40 (1993); y *Agrotexim et autres c. Grèce*, *ibíd.*, n.º 330-A, pág. 22, párr. 58 (1995). Véase también E. Wyler, «Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite», *RGDIP*, vol. 95 (1991), pág. 881.

²³⁷ Véanse el artículo 13 y su comentario, especialmente el párrafo 2.

torio de otro Estado o desplegar fuerzas armadas en otro Estado sin su consentimiento.

4) El hecho de si un acto ilícito se ha consumado o tiene un carácter continuo dependerá tanto de la obligación primaria como de las circunstancias del caso. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado la desaparición forzada o involuntaria como un hecho ilícito continuado, que persiste mientras el interesado se encuentre en paradero desconocido²³⁸. La cuestión de si una incautación ilícita de bienes es un acto consumado o continuado depende también en cierta medida del contenido de la norma primaria cuya violación se denuncia. Cuando una expropiación se lleva a cabo mediante un procedimiento conforme a derecho, con la consecuencia de que se transfiere el título de la propiedad de que se trate, la expropiación en sí misma será un acto consumado. Sin embargo, la posición puede muy bien ser diferente en el caso de una ocupación *de facto* «gradual» o encubierta²³⁹. En casos excepcionales, un tribunal puede considerar justificado negarse a reconocer una ley o decreto, con la consecuencia de que la denegación resultante de condición, propiedad o posesión puede dar lugar a un hecho ilícito continuado²⁴⁰.

5) Además, la distinción entre hechos consumados y continuados es relativa. Un hecho ilícito continuado puede cesar: por ejemplo, un rehén puede ser puesto en libertad o el cadáver de una persona desaparecida puede ser entregado a sus familiares. Fundamentalmente, un hecho ilícito continuado es un hecho que ha sido comenzado pero que no ha sido consumado en un determinado momento. Cuando ha cesado un hecho ilícito continuado, por ejemplo, con la liberación de rehenes o la retirada de fuerzas de un territorio ocupado ilícitamente, se considera que el acto no tiene ya en el futuro carácter continuado, incluso si persisten algunos efectos del acto. Esta cuestión queda comprendida en el párrafo 1 del artículo 14.

6) Un hecho no tiene un carácter continuado únicamente porque sus efectos o consecuencias se extiendan en el tiempo. Debe ser el hecho ilícito como tal el que continúa. En muchos casos, las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos pueden ser prolongadas. El dolor y el sufrimiento causados por anteriores actos de tortura o los efectos económicos de una expropiación de bienes persisten aunque la tortura haya cesado o el título de los bienes haya sido restituido. Esas consecuencias constituyen el objeto de las obligaciones secundarias de reparación, incluida la restitución, que se enuncian en la segunda parte de los artículos. La prolongación de esos efectos será pertinente, por ejemplo, en la determinación del monto de la indemnización que debe pagarse. Sin embargo, dicha prolongación no supone que la violación en sí misma tenga carácter continuado.

7) El concepto de actos ilícitos continuados es común a muchos ordenamientos jurídicos nacionales y debe su origen en el derecho internacional a Triepel²⁴¹. La CIJ

y otros tribunales internacionales han hecho referencia repetidamente a ese concepto. Por ejemplo, en el asunto *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, la Corte hizo referencia a «violaciones sucesivas y todavía existentes por el Irán de sus obligaciones frente a los Estados Unidos en virtud de las Convenciones de Viena de 1961 y 1963»²⁴².

8) Las consecuencias de un hecho ilícito continuado dependerán del contexto, así como de la duración de la obligación incumplida. Por ejemplo, el arbitraje de la controversia relativa al *Rainbow Warrior* se refería al hecho de que Francia no hubiese mantenido en detención durante un período de tres años a dos agentes en la isla de Hao situada en el océano Pacífico, conforme a lo dispuesto en el acuerdo concertado entre Francia y Nueva Zelanda. El tribunal de arbitraje se refirió con aprobación a los proyectos de artículo de la Comisión, que en la actualidad han quedado refundidos en el artículo 14 y a la distinción entre hechos ilícitos instantáneos y continuados, y señaló lo siguiente:

Aplicando esta clasificación a la causa de autos, resulta evidente que el incumplimiento de la obligación de devolver a Hao a los dos agentes constituye no sólo una grave infracción del acuerdo sino también una infracción de carácter continuado. La clasificación no es meramente teórica y, por el contrario, tiene consecuencias prácticas ya que la gravedad de la infracción y su prolongación en el tiempo tienen gran importancia en la determinación de la indemnización por una infracción que presente esas dos características²⁴³.

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 acuerdo²⁴⁴.

9) El concepto de hechos ilícitos continuados también ha sido aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para declararse competente *ratione temporis* respecto de una serie de asuntos. 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*, la confiscación de bienes sin un procedimiento oficial de expropiación se produjo unos ocho años antes de que Grecia reconociera la competencia del Tribunal. El Tribunal determinó que había una infracción continuada del derecho al disfrute pacífico de los bienes previsto en el artículo 1 del Protocolo adicional al Convenio europeo de derechos humanos (Protocolo n.º 1), que seguía ocurriendo después de que el Protocolo hubiera entrado en vigor, por lo que se declaró competente para conocer de la demanda²⁴⁵.

10) En el asunto *Loizidou*²⁴⁶, el Tribunal aplicó un razonamiento análogo con respecto a las consecuencias de

dedicadas a la interpretación de la fórmula «situaciones o hechos anteriores a una fecha determinada», utilizada en algunas declaraciones de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la CIJ.

²⁴² *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (véase la nota 59 *supra*), pág. 37, párr. 80. Véanse también págs. 36 y 37, párrs. 78 y 79.

²⁴³ *Rainbow Warrior* (véase la nota 46 *supra*), pág. 264, párr. 101.

²⁴⁴ *Ibid.*, págs. 265 y 266, párrs. 105 y 106. Véase sin embargo la opinión separada de Sir Kenneth Keith, *ibid.*, págs. 279 a 284.

²⁴⁵ Véase la nota 236 *supra*.

²⁴⁶ *Loizidou*, fondo (véase la nota 160 *supra*), pág. 2216.

²³⁸ *Blake*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, n.º 36, párr. 67 (1998).

²³⁹ *Papamichalopoulos* (véase la nota 236 *supra*).

²⁴⁰ *Loizidou*, fondo (véase la nota 160 *supra*), pág. 2216.

²⁴¹ H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, Hirschfeld, 1899, pág. 289. Ese concepto se ha recogido en diversos estudios generales sobre la responsabilidad de los Estados, así como en obras

la invasión turca de Chipre en 1974, a raíz de la cual se negó a la demandante el acceso a sus bienes en Chipre septentrional. Turquía adujo que, según el artículo 159 de la Constitución de la República Turca de Chipre Septentrional de 1985, esos bienes habían sido expropiados y ello había ocurrido antes de que Turquía aceptara la competencia del Tribunal en 1990. El Tribunal sostuvo 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 modo que la expropiación no se había producido en ese momento y los bienes seguían perteneciendo a la demandante. La negativa de la República Turca de Chipre Septentrional y de las tropas turcas a dar a la demandante acceso a sus bienes continuó después de que Turquía aceptara la competencia del Tribunal, y constituyó desde ese momento una infracción del artículo 1 del Protocolo adicional al Convenio europeo de derechos humanos²⁴⁷.

11) El Comité de Derechos Humanos también ha dado su aprobación al concepto de hechos ilícitos continuados. Por ejemplo, en el asunto *Lovelace*, determinó que tenía competencia para examinar los efectos continuados que entrañaba para la solicitante la pérdida de su condición de miembro de un grupo indígena, aunque ello hubiera ocurrido en el momento de contraer matrimonio en 1970 y el Canadá sólo 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 violaciones²⁴⁸.

El Comité determinó que los efectos continuados de la legislación canadiense, al impedir a Lovelace ejercer sus derechos como miembro de un grupo minoritario, bastaban para constituir una infracción del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos después de esa fecha. En esa ocasión, el concepto de infracción continuada era pertinente no sólo con respecto a la competencia del Comité sino también para determinar que el artículo 27 era la disposición del Pacto más directamente aplicable al caso.

12) Esos ejemplos indican que el comportamiento que haya comenzado en determinado momento en el pasado, y haya constituido (o, si la norma primaria pertinente

²⁴⁷ *Ibid.*, págs. 2230 a 2232, 2237 y 2238, párrs. 41 a 47, 63 y 64. Véase sin embargo la opinión discrepante del magistrado Bernhardt, pág. 2242, párr. 2 (con quien se manifestaron sustancialmente de acuerdo los magistrados Lopes Rocha, Jambrek, Pettiti, Baka y Gölciükli). Véanse también *Loizidou*, excepciones preliminares (nota 160 *supra*), págs. 33 y 34, párrs. 102 a 105; y *Chypre c. Turquía*, demanda n.º 25781/94, fallo de 10 de mayo de 2001, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-IV.

²⁴⁸ *Lovelace c. Canadá*, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/36/40)*, anexo XVIII, comunicación n.º R.6/24, pág. 174, párrs. 10 y 11 (1981).

hubiera estado vigente para el Estado en ese momento, hubiese constituido) una infracción en ese momento, puede continuar y dar lugar a un hecho ilícito continuado en el presente. Además, este carácter continuado puede tener importancia jurídica para diversos fines, incluso con respecto a la responsabilidad del Estado. Por ejemplo, la obligación de cesar el comportamiento, prevista en el artículo 30, se aplica a los hechos ilícitos continuados.

13) Una cuestión que es común a los hechos ilícitos, tanto consumados como continuados, es la determinación del momento en que se produce una infracción del derecho internacional, a diferencia de la simple percepción del incumplimiento de la obligación de su inminencia. Como se ha señalado en el contexto del artículo 12, esa cuestión sólo puede resolverse haciendo referencia a la norma primaria de que se trate. Algunas normas prohíben expresamente las amenazas de adoptar determinado comportamiento²⁴⁹, la instigación o la tentativa²⁵⁰, en cuyo caso la amenaza, la instigación o la tentativa en sí constituyen un hecho ilícito. Por otra parte, cuando el hecho internacionalmente ilícito consiste en que se produzca una acción —por ejemplo, la desviación de una cuenca fluvial internacional— el simple comportamiento preparatorio no es necesariamente ilícito²⁵¹. En el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagyymaros*, el problema planteado era cuándo se había puesto realmente en práctica el plan de desviación («Variante C»). La CIJ determinó que la violación no había ocurrido hasta la desviación efectiva de las aguas del Danubio. 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 predeterminaban la decisión final que había de adoptarse. Si no se hubiese construido unilateralmente la represa del Danubio, la Variante C en realidad no se habría puesto en práctica.

²⁴⁹ 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 amenaza de uso de la fuerza en *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (nota 54 *supra*), págs. 246 y 247, párrs. 47 y 48; véase también R. Sadurska, «Threats of force», *AJIL*, vol. 82, n.º 2 (abril de 1988), pág. 239.

²⁵⁰ 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. Véanse también el artículo 2 del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas y el artículo 2 del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo.

²⁵¹ 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. Véase K. Zweigert y H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, 3.ª ed. (trad. T. Weir), Oxford, Clarendon Press, 1998, pág. 508. Otros ordenamientos llegan a conclusiones análogas 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», *ibid.*, pág. 494 (derecho alemán). No parece haber un concepto equivalente en el derecho internacional, pero según el apartado a del párrafo 3 del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969, la definición de una violación grave de un tratado incluye «un rechazo [...] no admitido por la presente Convención». Ese rechazo puede ocurrir antes de la fecha establecida para el cumplimiento de la obligación.

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 continuado) y la conducta previa al hecho, que es de carácter preparatorio y «no puede considerarse hecho ilícito»²⁵².

Así pues, la Corte hizo una distinción entre la comisión efectiva del hecho ilícito y los actos preparatorios. Esos actos en sí no constituyen una infracción si no «predeterminan la decisión final que ha de adoptarse». Sin embargo, el que esto suceda en una situación determinada dependerá de los hechos del caso y del contenido de la obligación primaria. Se plantearán cuestiones de valoración y grado que no es posible determinar por adelantado recurriendo a una fórmula. Se ha tratado de abarcar las diversas posibilidades mediante la utilización de la palabra *occurs* («tiene lugar») en los párrafos 1 y 3 del artículo 14.

14) El párrafo 3 del artículo 14 se ocupa de las dimensiones temporales de una categoría especial de violaciones de las obligaciones internacionales, a saber, la violación de las obligaciones de prevenir que se produzca un acontecimiento determinado. Las obligaciones de prevención se conciben por lo general como obligaciones de realizar los máximos esfuerzos, es decir, que obligan a los Estados a adoptar todas las medidas razonables o necesarias para evitar que se produzca un acontecimiento determinado, aunque sin garantizar que el acontecimiento no vaya a producirse. La violación de una obligación de prevención puede muy bien ser un hecho ilícito de carácter continuo, aunque, como en el caso de otros hechos ilícitos continuos, el efecto del artículo 13 es que la violación únicamente continúa si el Estado se halla vinculado por la obligación durante el período en que el acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación. Por ejemplo, la obligación de prevenir que se produzca un daño transfronterizo a causa de la contaminación atmosférica, en que se basó el arbitraje relativo a la *Fonderie de Trail*²⁵³ fue violada en tanto continuó la emisión de contaminantes. De hecho, en esos casos la violación puede verse agravada progresivamente al no ponerle fin. Sin embargo, no todas las obligaciones de prevenir que se produzca un hecho serán de esa índole. Si la obligación de que se trata se refiere únicamente a prevenir que se produzca el acontecimiento en un sentido estricto (a diferencia de que continúe), no existirá un hecho ilícito continuado²⁵⁴. Si la obligación de que se trata ha cesado, cualquier comportamiento continuado cesa por definición en ese momento de ser ilícito²⁵⁵. Las palabras del párrafo 3, «y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación», están encaminadas a precisar esas dos cosas.

²⁵² *Projet Gabcikovo-Nagymaros* (véase la nota 27 *supra*), pág. 54, párr. 79, en que se cita el proyecto de comentario actual al artículo 30.

²⁵³ *Fonderie de Trail*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (n.º de venta: 1949.V.2), pág. 1905 (1938, 1941).

²⁵⁴ 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, ya que puede darse el caso de que, una vez que ya haya sido publicada la información pierda su validez la razón de ser de la obligación.

²⁵⁵ Véase el arbitraje *Rainbow Warrior* (véase la nota 46 *supra*), pág. 266.

Artículo 15. Violación consistente en un hecho compuesto

1. La violación por el Estado de una obligación internacional mediante una serie de acciones u omisiones, definida en su conjunto como ilícita, tiene lugar cuando se produce la acción u omisión que, tomada con las demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito.

2. En tal caso, la violación se extiende durante todo el período que comienza con la primera de las acciones u omisiones de la serie y se prolonga mientras esas acciones u omisiones se repiten y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional.

Comentario

1) Dentro del marco básico establecido por la distinción entre hechos consumados y continuados que se enuncia en el artículo 14, el artículo 15 se ocupa de un elemento complejo más, a saber, la noción de hecho ilícito compuesto. Los hechos compuestos producen violaciones continuadas, que se extienden a lo largo de un período a partir de la primera de las acciones u omisiones de una serie de actos que conforman el hecho ilícito.

2) Los hechos compuestos abarcados en el artículo 15 se limitan a las violaciones de obligaciones concernientes a un conjunto de comportamientos y no a hechos concretos en sí. En otras palabras, se trata de obligaciones centradas en «una serie de acciones u omisiones, definida en su conjunto como ilícita». Ejemplos de esas obligaciones son las obligaciones en materia de genocidio, el *apartheid* o los crímenes de lesa humanidad, los actos sistemáticos de discriminación racial, los actos sistemáticos de discriminación prohibida por un acuerdo comercial, etc. Algunos de los hechos ilícitos más graves tipificados en el derecho internacional se definen en función de su carácter compuesto. La importancia de esas obligaciones en el derecho internacional justifica su tratamiento especial en el artículo 15²⁵⁶.

3) Aun cuando posee características especiales, la prohibición del genocidio, enunciada en idénticos términos en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y en instrumentos posteriores²⁵⁷, puede considerarse como ilustrativa de una obligación «compuesta». Implica que la entidad responsable (incluso un Estado) ha adoptado una política o práctica sistemática. De conformidad con el apartado a del artículo II de la Convención, se entiende básicamente por genocidio la «matanza de miembros [de un grupo nacional, étnico, racial o religioso]» perpetrada con la intención de destruir,

²⁵⁶ Véase en especial J. J. A. Salmon, «Le fait étatique complexe: une notion contestable», *Annuaire français de droit international*, vol. 28 (1982), pág. 709.

²⁵⁷ Véanse, por ejemplo, el artículo 4 del estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, publicado inicialmente como anexo al documento S/25704 y Add.1, aprobado por el Consejo de Seguridad por su resolución 827 (1993), de 25 de mayo de 1993, y modificado el 13 de mayo de 1998 por la resolución 1166 (1998) y el 30 de noviembre de 2000 por la resolución 1329 (2000); el artículo 2 del estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda, aprobado por el Consejo de Seguridad por su resolución 955 (1994), de 8 de noviembre de 1994; y el artículo 6 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

total o parcialmente, a ese grupo. Las dos partes de la definición contienen elementos sistemáticos. El genocidio también tiene que llevarse a cabo con el propósito pertinente de eliminar físicamente al grupo «como tal». El genocidio no se comete en tanto no se haya producido una acumulación de actos causantes de muertes, daños, etc., perpetrados con el propósito pertinente enunciado en la definición del artículo II. Una vez que se ha atravesado ese umbral, el momento de la comisión abarca la totalidad del período durante el cual se cometió cualquiera de los actos, y toda persona responsable de cualquiera de esos actos que haya tenido el propósito pertinente habrá cometido genocidio²⁵⁸.

4) Es preciso distinguir entre las obligaciones compuestas y las obligaciones simples infringidas por un hecho «compuesto». Es más probable que los hechos compuestos den lugar a infracciones continuadas, si bien los hechos simples también pueden causarlas. Sin embargo, la situación es diferente cuando la propia obligación se define en función del carácter acumulativo del comportamiento, es decir, cuando el comportamiento acumulativo constituye la esencia del hecho ilícito. De ese modo, el *apartheid* tiene una índole distinta de los hechos aislados de discriminación racial, y el genocidio es diferente de los casos aislados de homicidio aun cuando éstos se hayan producido por motivos étnicos o raciales.

5) En el asunto *Irlande c. Royaume-Uni*, Irlanda denunció una práctica de trato ilícito de los reclusos en Irlanda del Norte que, según afirmaba, equivalía a tortura o a tratos inhumanos o degradantes, y sobre esas bases el caso se consideró admisible. Esto produjo diversas consecuencias por lo que respecta al procedimiento y a los recursos. En particular, no hubo que cumplir la norma del agotamiento de los recursos internos en relación con cada uno de los casos que, según se afirmó, formaban parte de la práctica denunciada. 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 europeo de derechos humanos y para pedir que se pusiera fin a ella. El Tribunal sostuvo 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 práctica²⁵⁹.

En los crímenes de lesa humanidad, el hecho compuesto constituye una violación independiente de las violaciones individuales de los derechos humanos que lo integran.

6) Es necesario establecer otra distinción entre los elementos necesarios de un hecho ilícito y los elementos de que sería necesario disponer como prueba o demostración de que se ha producido ese hecho. Por ejemplo, un acto individual de discriminación racial cometido por un Estado es un hecho internacionalmente ilícito²⁶⁰, aunque sea necesario presentar pruebas de una serie de actos cometidos por funcionarios estatales (contra una misma persona o contra otras personas de condición análoga) a fin de demostrar que cualquiera de esos actos era discriminatorio y no realizado por motivos legítimos. Básicamente, esa discriminación no es un hecho compuesto, pero puede ser necesario a los efectos de demostrar la violación presentar pruebas de una práctica que equivale a un hecho compuesto.

7) Una consecuencia del carácter de un hecho compuesto es que el momento en que tiene lugar el hecho no puede ser el momento en que se produjo la primera acción u omisión de la serie. Es únicamente *a posteriori* cuando se hará evidente que con la primera acción u omisión «se inició», por así decirlo, la serie. Únicamente después de que tenga lugar una serie de acciones u omisiones se manifestará el hecho compuesto, no meramente como una sucesión de hechos aislados, sino como un hecho complejo, es decir, un hecho definido en su conjunto como ilícito.

8) El párrafo 1 del artículo 15 define el momento en que «tiene lugar» el hecho compuesto como el momento en que se produce la última acción u omisión que, tomada con las demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito sin que sea necesario que se trate de la última acción u omisión de la serie. Son aplicables consideraciones análogas a las relativas a los hechos ilícitos consumados o continuados en la determinación de cuándo se produce una violación del derecho internacional; la cuestión depende de los hechos precisos y del contenido de la obligación primaria. El número de acciones u omisiones que deben tener lugar para que se produzca la violación de la obligación también está determinado por la formulación y el propósito de la norma primaria. Las acciones u omisiones deben ser parte de una serie, pero en el artículo no se exige que se deba cometer la serie completa de hechos ilícitos para alcanzar la categoría de hecho compuesto ilícito, siempre que se haya producido un número suficiente de hechos para que tenga lugar una violación. En el momento en que se produce el hecho suficiente para que tenga lugar la violación quizá no esté claro que se producirán otros hechos y que la serie todavía no se ha completado. Por otra parte, que la serie de acciones

²⁵⁹ *Irlande c. Royaume-Uni* (véase la nota 236 *supra*), pág. 64, párr. 159; véase también pág. 63, párr. 157. Véase asimismo la reconvencción de los Estados Unidos en el asunto *Plates-formes pétrolières* (República Islámica del Irán c. Estados Unidos de América), reconvencción, providencia de 10 marzo 1998, *C.I.J. Recueil 1998*, pág. 190, que también se centra en la situación general más que en los casos particulares.

²⁶⁰ Véanse, por ejemplo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, art. 2, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 26.

²⁵⁸ El principio intertemporal no es aplicable a la Convención, que, conforme a lo enunciado en su artículo I, es declaratoria. Por consiguiente, la obligación de incoar procedimientos judiciales se refiere al crimen de genocidio, independientemente del momento en que se haya cometido. Véase *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, excepciones preliminares (nota 54 *supra*), párr. 617, párr. 34.

u omisiones se haya interrumpido, con lo que nunca haya llegado a completarse, no evitará necesariamente que las acciones u omisiones que se hayan producido sean clasificadas como un hecho compuesto ilícito si, en su conjunto, son suficientes para constituir una violación.

9) Aunque los hechos compuestos están constituidos por una serie de acciones u omisiones definidas en su conjunto como ilícitas, esto no excluye la posibilidad de que cada hecho separado de la serie pueda ser ilícito con respecto a otra obligación. Por ejemplo, el hecho ilícito de genocidio está constituido generalmente por una serie de hechos que son en sí mismos internacionalmente ilícitos. Tampoco afecta al elemento temporal de la comisión de los hechos: una serie de acciones u omisiones puede producirse en un mismo momento o en una secuencia, en momentos diferentes.

10) El párrafo 2 del artículo 15 se ocupa de la extensión en el tiempo de un hecho compuesto. Una vez que ha habido un número suficiente de acciones u omisiones que han dado el resultado del hecho compuesto como tal, se considera que el momento de la violación es el momento en que se produjo el primer hecho de la serie. La condición de la primera acción u omisión es equívoca hasta que se hayan producido suficientes acciones u omisiones de la serie para que constituyan el hecho ilícito; pero en ese momento se debe considerar que el hecho se ha producido durante todo el período que comienza con la primera de las acciones u omisiones de la serie. Si ello no fuera así, quedaría socavada la eficacia de la prohibición.

11) La expresión «se mantiene» en el párrafo 2 se ha incluido para tratar el principio intertemporal establecido en el artículo 13. De conformidad con ese principio, el Estado debe hallarse vinculado por la obligación internacional durante el período en que se comete la serie de hechos que constituye la violación. En los casos en que no existía la obligación pertinente al inicio del comportamiento de que se trate, sino que nació posteriormente, la «primera» de las acciones u omisiones de la serie será, a los efectos de la responsabilidad de los Estados, la primera que se haya producido con posterioridad al nacimiento de la obligación. Esto no debe impedir necesariamente a un tribunal que tenga presente, a otros efectos, acciones u omisiones anteriores (por ejemplo, con objeto de establecer una base fáctica respecto de las violaciones posteriores o como demostración de un propósito pertinente).

CAPÍTULO IV

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN RELACIÓN CON EL HECHO DE OTRO ESTADO

Comentario

1) De conformidad con los principios básicos enunciados en el capítulo I, cada Estado es responsable de su propio comportamiento internacionalmente ilícito, es decir, un comportamiento atribuible a dicho Estado de acuerdo con el capítulo II, que constituye un incumplimiento de una obligación internacional de ese Estado de acuerdo con el capítulo III²⁶¹. El principio de que la responsabi-

lidad del Estado es específica del Estado de que se trate subyace los presentes artículos en su conjunto. Se le denominará el principio de la responsabilidad independiente. Esto es apropiado considerando que cada Estado tiene sus propias obligaciones internacionales y las responsabilidades correspondientes.

2) Sin embargo, un comportamiento internacionalmente ilícito resulta a menudo de la colaboración de varios Estados y no de un solo Estado que actúa aisladamente²⁶². Esto puede implicar el comportamiento independiente de varios Estados, cuando cada uno de ellos desempeña su propio papel en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. O puede haber diversos Estados que actúen a través de un órgano común para cometer un hecho ilícito²⁶³. También puede darse un comportamiento internacionalmente ilícito en situaciones en que un Estado actúa en nombre de otro Estado en la comisión del hecho de que se trate.

3) En un mismo caso pueden darse simultáneamente diversas formas de colaboración. Por ejemplo, tres Estados, Australia, Nueva Zelandia y el Reino Unido, formaban juntos la Autoridad Administradora del Territorio en Fideicomiso de Nauru. En el asunto *Certaines terres à phosphates à Nauru* se inició un procedimiento solamente contra Australia por hechos cometidos «en nombre» de los tres Estados²⁶⁴. Los hechos cometidos por Australia implicaban tanto la acción «conjunta» de varios Estados como la función habitual de administración de un territorio por un Estado que actúa en nombre de otros Estados y en su propio nombre. En cambio, si el órgano competente del Estado que actúa se pone simplemente «a disposición» del Estado solicitante, en el sentido del artículo 6, sólo será responsable del hecho de que se trate el Estado solicitante.

4) En ciertas circunstancias la ilicitud del comportamiento de un Estado puede depender del comportamiento independiente de otro Estado. Un Estado puede actuar en una situación en la que esté implicado otro Estado y el comportamiento del otro Estado puede ser importante e incluso decisivo para determinar si el primer Estado ha violado sus propias obligaciones internacionales. Por ejemplo, en el caso *Soering* el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que la propuesta extradición de una persona a un Estado no Parte en el Convenio europeo de derechos humanos, donde era probable que sufriera tratos o penas inhumanos o degradantes, suponía una violación del artículo 3 del Convenio por el Estado que concediera

²⁶² Véanse M. L. Padelletti, *Pluralità di Stati nel Fatto Illecito Internazionale*, Milán, Giuffrè, 1990; I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility* (nota 92 *supra*), págs. 189 a 192; J. Quigley, «Complicity in international law: a new direction in the law of State responsibility», *BYBIL* 1986, vol. 57, pág. 77; J. E. Noyes y B. D. Smith, «State responsibility and the principle of joint and several liability», *Yale Journal of International Law*, vol. 13 (1988), pág. 225; y B. Graefrath, «Complicity in the law of international responsibility», *Revue belge de droit international*, vol. 29 (1996), pág. 370.

²⁶³ En algunos casos ese hecho puede ser cometido por los órganos de una organización internacional. Esto plantea problemas relativos a la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales que quedan fuera del ámbito de los presentes artículos. Véanse el artículo 57 y su comentario.

²⁶⁴ *Certaines terres à phosphates à Nauru*, excepciones preliminares (véase la nota 230 *supra*), pág. 258, párr. 47; véase también la opinión separada del juez Shahabuddeen (*ibid.*), pág. 284.

²⁶¹ Véanse especialmente el artículo 2 y su comentario.

la extradición²⁶⁵. También es posible que un Estado, en razón de sus obligaciones internacionales, deba impedir que otro Estado actúe de determinada manera, o por lo menos prevenir el daño que podría derivarse de ese comportamiento. Así, la base de la responsabilidad en el caso *Détroit de Corfou*²⁶⁶ era el hecho de que Albania no advirtiera al Reino Unido de la presencia en aguas albanesas de minas colocadas por un tercer Estado. La responsabilidad de Albania en ese caso era una responsabilidad original y no se derivaba de la ilicitud del comportamiento de ningún otro Estado.

5) En la mayoría de los casos de colaboración entre Estados, la responsabilidad por el hecho ilícito se determinará conforme al principio de la responsabilidad independiente al que se hace referencia en el párrafo 1 *supra*. Pero puede haber casos en que el comportamiento del órgano de un Estado, que no actúe como órgano o agente de otro Estado, sea no obstante atribuible a este último Estado y ello incluso si la ilicitud del comportamiento se deriva, o en cualquier caso se deriva principalmente, de una violación de las obligaciones internacionales del primero. En el capítulo IV de la primera parte se definen esos casos excepcionales en que es apropiado que un Estado asuma la responsabilidad de un hecho internacionalmente ilícito cometido por otro Estado.

6) En el capítulo IV se contemplan tres situaciones. El artículo 16 trata de los casos en que un Estado presta ayuda o asistencia a otro Estado en la comisión por este último de un hecho internacionalmente ilícito. El artículo 17 se refiere a los casos en que un Estado es responsable de un hecho internacionalmente ilícito cometido por otro Estado si ha ejercitado poderes de dirección y control sobre ese otro Estado en la comisión de tal hecho. El artículo 18 se refiere al caso extremo en que un Estado coacciona deliberadamente a otro para que cometa un hecho que constituye o que, de no mediar coacción²⁶⁷, constituiría un hecho internacionalmente ilícito del Estado coaccionado. En los tres casos, el hecho de que se trata es cometido, voluntariamente o no, por órganos o agentes del Estado que actúa, y constituye o, de no mediar coacción, constituiría un incumplimiento de las obligaciones internacionales de ese Estado. La implicación del segundo Estado en ese incumplimiento se deriva de la circunstancia especial de su asistencia voluntaria en la perpetración del hecho, su dirección o control sobre el Estado que actúa o su coacción sobre este Estado. Pero hay importantes diferencias entre los tres casos. Según el artículo 16, el Estado primariamente responsable del hecho ilícito es el Estado que actúa y el Estado que presta asistencia tiene un papel meramente de apoyo. Del mismo modo, según el artículo 17, el Estado que actúa comete el hecho internacionalmente ilícito, aunque bajo la dirección y control de otro Estado. En cambio, en el caso de coacción previsto en el artículo 18, el Estado que coacciona es el principal responsable

del comportamiento ilícito y el Estado coaccionado es puramente un instrumento.

7) Una característica de este capítulo es que especifica que ciertos comportamientos son internacionalmente ilícitos. Puede parecer que esto hace desvanecer la distinción que se mantiene en los artículos entre las obligaciones primarias o sustantivas del Estado y sus obligaciones secundarias de responsabilidad²⁶⁸. Esto se justifica porque la responsabilidad conforme al capítulo IV es, en cierto modo, derivada²⁶⁹. En los ordenamientos jurídicos nacionales, las normas que se refieren, por ejemplo, a la asociación delictiva, la complicidad y la instigación a violar un contrato pueden clasificarse en la «parte general» del derecho de las obligaciones. Además, la idea de implicación de un Estado en el comportamiento de otro es análoga a los problemas de atribución que se tratan en el capítulo II.

8) Por otra parte, las situaciones contempladas en el capítulo IV tienen un carácter especial. Constituyen excepciones al principio de la responsabilidad independiente y sólo cubren ciertos casos. Al formular esos casos excepcionales en que un Estado es responsable por los hechos internacionalmente ilícitos de otro es necesario tener presentes ciertas características del sistema internacional. En primer lugar, existe la posibilidad de que el mismo comportamiento pueda ser internacionalmente ilícito en lo que se refiere a un Estado pero no ilícito para otro Estado, teniendo en cuenta sus propias obligaciones internacionales. No puede permitirse que las normas de la responsabilidad derivada contravengan el principio, enunciado en el artículo 34 de la Convención de Viena de 1969, según el cual un tratado «no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento»; se plantean cuestiones análogas en lo que respecta a las obligaciones unilaterales e incluso, en ciertos casos, a las normas del derecho internacional general. De aquí que solamente en el caso extremo de la coacción puede un Estado ser responsable en virtud de este capítulo por un comportamiento que no hubiera sido internacionalmente ilícito si lo hubiera realizado dicho Estado. En segundo lugar, los Estados desarrollan una gran variedad de actividades a través de una plétora de órganos y organismos. Por ejemplo, no debe exigirse a un Estado que proporciona ayuda financiera o de otra índole a otro Estado que asuma el riesgo de que la ayuda se utilice para cometer un hecho internacionalmente ilícito. Es, pues, necesario establecer una relación estrecha entre el comportamiento del Estado que presta asistencia, dirige o coacciona, por una parte, y el del Estado que comete el hecho internacionalmente ilícito, por la otra. Así, los artículos comprendidos en este capítulo requieren que el primer Estado tenga conocimiento de las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito de que se trate y que se establezca una relación causal específica entre ese hecho y el comportamiento del Estado que presta asistencia, dirige o coacciona. Esto se hace sin perjuicio de la cuestión general de la «intención dolosa» en

²⁶⁵ *Soering c. Royaume-Uni*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Série A n.º 161*, págs. 33 a 36, párrs. 85 a 91 (1989). Véanse también *Cruz Varas et autres c. Suède*, *ibíd.* n.º 201, pág. 28, párrs. 69 a 70 (1991); y *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, *ibíd.* n.º 215, pág. 37, párrs. 115 a 116 (1991).

²⁶⁶ *Détroit de Corfou*, fondo (véase la nota 35 *supra*), pág. 22.

²⁶⁷ Si un Estado ha sido objeto de coacción, la ilicitud del hecho que haya cometido puede quedar excluida si se debe a fuerza mayor: véanse el artículo 23 y su comentario.

²⁶⁸ Véase *supra*, en el comentario general a los artículos, párrafos 1, 2 y 4, una explicación de la distinción.

²⁶⁹ Cf. el término *responsabilité dérivée* empleado por el árbitro Huber en *Biens britanniques au Maroc espagnol* (nota 44 *supra*), pág. 648.

cuestiones de responsabilidad del Estado, sobre la que los artículos son neutrales²⁷⁰.

9) A consideraciones análogas obedece la exclusión de ciertas situaciones de «responsabilidad derivada» del capítulo IV. Una de ellas es la instigación. En general no se considera que la instigación a un comportamiento ilícito sea suficiente para dar lugar a la responsabilidad de parte del Estado instigador, si no va acompañada de un apoyo concreto o no supone la dirección y control por parte del Estado instigador²⁷¹. Sin embargo, puede haber obligaciones específicas asumidas en virtud de un tratado que prohíban la instigación en determinadas circunstancias²⁷². Otra situación es la que en algunos ordenamientos de derecho interno se describe como «complicidad por ayuda o asistencia posterior a la comisión del hecho ilícito». Parece que no existe una obligación general por parte de los terceros Estados de cooperar en la supresión de un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado que puede haber sido cometido ya. También en este caso tiene que haber obligaciones concretas asumidas en virtud de un tratado para que exista una obligación de supresión después de cometido el hecho. Sin embargo, en este caso hay dos consideraciones importantes. En primer lugar, en algunas circunstancias la asistencia prestada por un Estado a otro una vez que éste ha cometido un hecho internacionalmente ilícito puede equivaler a la aprobación del hecho por el primer Estado. En tales casos puede darse la responsabilidad por ese hecho en virtud de lo dispuesto en el artículo 11. En segundo lugar, existen obligaciones especiales de cooperar para poner término a una situación ilícita en caso de incumplimiento grave de obligaciones que emanan de normas imperativas de derecho internacional general. Por definición, en tales casos los Estados habrán convenido en no permitir ninguna derogación de esas obligaciones y ante un grave incumplimiento de tal obligación, surgen ciertas obligaciones de cooperación. Éstas se tratan en el artículo 41.

Artículo 16. Ayuda o asistencia en la comisión del hecho internacionalmente ilícito

El Estado que presta ayuda o asistencia a otro Estado en la comisión por este último de un hecho internacionalmente ilícito es responsable internacionalmente por prestar esa ayuda o asistencia si:

a) Lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y

b) El hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que presta la ayuda o asistencia.

²⁷⁰ Véanse los párrafos 3 y 10 del comentario al artículo 2.

²⁷¹ Véase la declaración de los Comisionados Estados Unidos-Francia en relación con el asunto *French Indemnity of 1831* en Moore, *History and Digest*, vol. V, pág. 4447, en las págs. 4473 y 4476. Véase también *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (nota 36 *supra*), pág. 129, párr. 255, y la opinión disidente del juez Schwebel, pág. 389, párr. 259.

²⁷² Véanse, por ejemplo, el artículo III c de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; y el artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

Comentario

1) El artículo 16 trata del caso en que un Estado presta ayuda o asistencia a otro Estado a fin de facilitar la comisión por este último de un hecho internacionalmente ilícito. Estos casos se dan cuando un Estado presta voluntariamente asistencia o ayuda a otro Estado en la comisión de un hecho que viola las obligaciones internacionales del último Estado, por ejemplo, proporcionándole a sabiendas un elemento esencial o financiando la actividad de que se trate. Otros ejemplos serían proporcionar los medios de cerrar una vía navegable internacional, facilitar el secuestro de personas en territorio extranjero o ayudar en la destrucción de bienes pertenecientes a nacionales de un tercer país. En cada caso el Estado primariamente responsable es el Estado que lo comete y el Estado que presta asistencia sólo tiene una función de apoyo. De ahí que en el artículo 16 se emplee la expresión «por este último», que hace una distinción entre el caso del Estado que presta ayuda o asistencia y el de los Estados que son coautores o copartícipes en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. Según el artículo 16, no debe confundirse la ayuda o asistencia que presta un Estado con la responsabilidad del Estado que comete el hecho. En tales casos el Estado que presta asistencia sólo será responsable en la medida en que su propio comportamiento haya causado el hecho internacionalmente ilícito o contribuido a su comisión. Así, cuando el hecho internacionalmente ilícito habría ocurrido manifiestamente en cualquier caso, la responsabilidad del Estado que presta asistencia no incluirá la obligación de indemnización por el hecho en sí.

2) Existen varias normas sustanciales específicas que prohíben a un Estado prestar asistencia para la comisión por otros Estados de hechos internacionalmente ilícitos o que incluso requieren a terceros Estados que prevengan o repriman tales hechos²⁷³. Esas normas no se basan en ningún principio general de responsabilidad derivada ni deniegan la existencia de tal principio, y sería erróneo inferir de ellas la inexistencia de toda norma general. En cuanto a disposiciones convencionales, como el párrafo 5 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, tienen también una razón de ser específica que va mucho más allá del alcance y propósito del artículo 16.

3) El artículo 16 limita de tres maneras el alcance de la responsabilidad por la prestación de ayuda o asistencia. En primer lugar, el órgano u organismo pertinente del Estado que presta ayuda o asistencia debe conocer las circunstancias en virtud de las cuales el comportamiento del Estado que recibe la asistencia es internacionalmente ilícito; en segundo lugar, la ayuda o asistencia se deben prestar para facilitar la comisión de ese hecho y han de facilitarla efectivamente; y, en tercer lugar, el hecho cometido debe ser tal que hubiera sido ilícito si lo hubiera cometido el propio Estado que presta la asistencia.

4) El requisito de que el Estado que presta la asistencia debe conocer las circunstancias por las cuales el hecho

²⁷³ Véanse, por ejemplo, el primer principio de la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas [resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo] y el apartado f del artículo 3 de la Definición de agresión [resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974, anexo].

del Estado que recibe la asistencia es internacionalmente ilícito se recoge en la frase «conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito». Un Estado que presta asistencia o ayuda material o financiera a otro Estado no asume normalmente el riesgo de que su asistencia o ayuda pueda ser utilizada para cometer un hecho internacionalmente ilícito. Si el Estado que presta la asistencia o la ayuda no está al corriente de las circunstancias en que el otro Estado se propone utilizar su ayuda o asistencia, no incurre en responsabilidad internacional.

5) El segundo requisito es que la ayuda o asistencia se debe prestar con miras a facilitar la perpetración del hecho ilícito y facilitarla efectivamente. Esto limita la aplicación del artículo 16 a los casos en que la ayuda o asistencia prestadas guardan una relación clara con el hecho ilícito subsiguiente. Según el artículo 16, un Estado no es responsable por la ayuda o asistencia prestada a menos que el órgano competente del Estado tuviere intención, mediante la ayuda o asistencia prestada, de facilitar la comisión del hecho ilícito y si el hecho internacionalmente ilícito es efectivamente cometido por el Estado que recibe la ayuda o asistencia. No se exige que la ayuda o asistencia hayan sido esenciales para la comisión del hecho internacionalmente ilícito; es suficiente que hayan contribuido significativamente a ese hecho.

6) La tercera condición limita el ámbito del artículo 16 a la ayuda o asistencia para violar obligaciones que también son vinculantes para el Estado que presta la ayuda o asistencia. Un Estado que presta ayuda o asistencia no puede a sabiendas favorecer que otro Estado viole una obligación que existe entre ambos Estados. Un Estado no puede hacer a través de otro lo que no puede hacer por sí mismo. Por otra parte, un Estado no está vinculado por las obligaciones de otro Estado respecto de terceros Estados. Este principio básico se recoge también en los artículos 34 y 35 de la Convención de Viena de 1969. En consecuencia, un Estado es libre de actuar por sí mismo de manera incompatible con las obligaciones de otro Estado respecto de terceros Estados. Cualquier cuestión relativa a la responsabilidad en tales casos se planteará entre el Estado que recibe la asistencia y el Estado lesionado. Para la existencia de responsabilidad por parte de un Estado que preste asistencia es, pues, un requisito necesario que el hecho de que se trate, de ser atribuible al Estado que presta asistencia, habría constituido violación de sus propias obligaciones internacionales.

7) La práctica de los Estados corrobora la asignación de responsabilidad internacional a un Estado que participe a sabiendas en el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado mediante la prestación de ayuda o asistencia, en circunstancias en que la obligación violada es también vinculante para el Estado que presta la asistencia. Por ejemplo, en 1984 la República Islámica del Irán protestó contra la prestación al Iraq por el Reino Unido de ayuda financiera y militar, que supuestamente incluía armas químicas utilizadas en ataques contra las tropas iraníes, aduciendo que esa asistencia facilitaba los actos de agresión cometidos por el Iraq²⁷⁴. El Gobierno británico negó tanto la acusación de que poseía armas químicas como de que las hubiesen suministrado al Iraq²⁷⁵. En 1998 se

acusó análogamente al Sudán de haber prestado asistencia al Iraq para fabricar armas químicas, permitiendo que los técnicos iraquíes utilizaran las instalaciones sudanesas en el proceso de producción de gas neurotóxico. El representante del Iraq ante las Naciones Unidas rechazó la acusación²⁷⁶.

8) El Estado que presta asistencia también puede violar la obligación de no recurrir al uso de la fuerza si permite que otro Estado use su territorio para realizar un ataque armado contra un tercer Estado. Como ejemplo cabe citar una declaración formulada por el Gobierno de la República Federal de Alemania en respuesta a la acusación de que Alemania había participado en un ataque armado permitiendo que las aeronaves militares de los Estados Unidos utilizaran aeródromos en su territorio en el contexto de la intervención de los Estados Unidos en el Líbano. Aunque negó que las medidas tomadas por los Estados Unidos y el Reino Unido en el Cercano Oriente constituyeran una intervención, la República Federal de Alemania parece haber reconocido no obstante que el hecho de un Estado que pone su propio territorio a disposición de otro Estado para facilitar la comisión de una utilización ilícita de la fuerza por este último Estado constituye en sí mismo un hecho internacionalmente ilícito²⁷⁷. Otro ejemplo es el del bombardeo de Trípoli en abril de 1986. La Jamahiriya Árabe Libia acusó al Reino Unido de ser responsable de ese hecho, considerando que el Reino Unido había permitido que varias de sus bases aéreas fueran utilizadas por los aviones de combate de los Estados Unidos para atacar objetivos libios²⁷⁸. La Jamahiriya Árabe Libia afirmaba que el Reino Unido sería considerado parcialmente responsable por haber apoyado el ataque y contribuido a él de manera directa²⁷⁹. El Reino Unido negó su responsabilidad aduciendo que el bombardeo llevado a cabo por los Estados Unidos era lícito por constituir un acto de legítima defensa ante los ataques terroristas libios contra objetivos estadounidenses²⁸⁰. En el Consejo de Seguridad fue vetado un proyecto de resolución sobre ese ataque, pero la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una resolución en la que condenaba el «ataque militar» por constituir «una violación de la Carta de las Naciones Unidas y del derecho internacional», y exhortaba a todos los Estados «a abstenerse de proporcionar asistencia o instalaciones de ningún tipo para la perpetración de actos de agresión dirigidos contra la Jamahiriya Árabe Libia»²⁸¹.

9) La obligación de no prestar ayuda o asistencia para facilitar la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por otro Estado no se limita a la prohibición del empleo de la fuerza. Por ejemplo, un Estado puede incurrir en responsabilidad si ayuda a otro Estado a eludir las sanciones

²⁷⁶ *Ibíd.*, 26 de agosto de 1998, pág. A8.

²⁷⁷ Véase el texto de la nota del Gobierno Federal en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 20 (agosto de 1960), págs. 663 y 664.

²⁷⁸ Véase Estados Unidos de América, *Department of State Bulletin*, n.º 2111 (junio de 1986), pág. 8.

²⁷⁹ Véase la declaración del Embajador Hamed Houdeiry, Oficina Popular Libia, París, *The Times*, 16 de abril de 1986, pág. 6.

²⁸⁰ Declaración de la Sra. Margaret Thatcher, Primera Ministra, *House of Commons Debates*, sexta serie, vol. 95, col. 737 (15 de abril de 1986), reproducida en BYBIL 1986, vol. 57, págs. 637 y 638.

²⁸¹ Resolución 41/38 de la Asamblea General, 20 de noviembre de 1986, párrs. 1 y 3.

²⁷⁴ *The New York Times*, 6 de marzo de 1984, pág. A1.

²⁷⁵ *Ibíd.*, 5 de marzo de 1984, pág. A3.

impuestas por el Consejo de Seguridad²⁸² o proporciona ayuda material a un Estado que utilice esa ayuda para cometer violaciones de los derechos humanos. A ese respecto, la Asamblea General ha instado en diversas ocasiones a los Estados Miembros a abstenerse de suministrar armas y otra asistencia militar a países que se considera que cometen graves violaciones de los derechos humanos²⁸³. Cuando se afirma que la asistencia prestada por un Estado ha facilitado la violación de los derechos humanos por otro Estado, deben examinarse cuidadosamente las circunstancias concretas de cada caso para determinar si el Estado que presta la asistencia sabía que su ayuda sería utilizada para facilitar la comisión del hecho internacionalmente ilícito.

10) De conformidad con el artículo 16, el Estado que presta la asistencia es responsable de su propio comportamiento al ayudar a sabiendas a otro Estado a violar una obligación internacional que existe para los dos Estados. No es responsable como tal del comportamiento del Estado que recibe la asistencia. En algunos casos esta distinción puede no establecer una diferencia: cuando la asistencia es un elemento necesario del hecho ilícito en ausencia del cual no podría haber ocurrido, el perjuicio sufrido puede ser atribuido concurrentemente al Estado que presta la asistencia y al Estado que comete el hecho ilícito²⁸⁴. En otros casos, no obstante, la diferencia puede ser muy importante: la asistencia puede haber sido solamente un factor secundario en la comisión del acto primario y no haber contribuido más que en proporción mínima o nula al perjuicio sufrido. El Estado que ayuda a otro a cometer un hecho internacionalmente ilícito no debería ser obligado a indemnizar a la víctima por todas las consecuencias de ese hecho, sino sólo por aquellas que, conforme a los principios establecidos en la segunda parte de los presentes artículos, emanen de su propia conducta.

11) El artículo 16 no aborda la cuestión de la admisibilidad de los procedimientos judiciales para establecer la responsabilidad del Estado que presta ayuda o asistencia en ausencia del Estado que recibe la ayuda o asistencia o sin el consentimiento de éste. La CIJ ha afirmado repetidas veces que no puede pronunciarse sobre la responsabilidad internacional de un Estado cuando para ello «tendría que pronunciarse previamente sobre la licitud»²⁸⁵ del comportamiento de otro Estado, en ausencia de éste y sin su consentimiento. Este es el denominado principio del caso relativo al *Or monétaire*²⁸⁶. Ese principio bien puede aplicarse a los casos contemplados en el artículo 16, ya que un aspecto esencial de la responsabilidad del Estado que presta ayuda o asistencia consiste en que el Estado que la recibe haya cometido un hecho internacionalmente ilícito. La ilicitud de la ayuda o asistencia prestada por el primero depende, entre otras cosas, de la ilicitud del comportamiento del segundo. Aunque en algunos casos esto puede

presentar dificultades prácticas para la determinación de la responsabilidad del Estado que presta la ayuda o asistencia, no invalida el objeto del artículo 16. El principio del caso relativo al *Or monétaire* se refiere a la admisibilidad de la acción en un procedimiento judicial internacional, y no a cuestiones de responsabilidad propiamente dicha. Además, ese principio no es de aplicación general y no puede constituir una barrera a los procedimientos judiciales en cada asunto. En cualquier caso, la asistencia ilícita prestada a otro Estado ha suscitado frecuentemente protestas a nivel diplomático. Los Estados tienen derecho a denunciar la complicidad en el comportamiento ilícito de otro Estado aunque ningún tribunal internacional tenga competencia para pronunciarse sobre la acusación, ya sea en absoluto como en ausencia del otro Estado.

Artículo 17. Dirección y control ejercidos en la comisión del hecho internacionalmente ilícito

El Estado que dirige y controla a otro Estado en la comisión por este último de un hecho internacionalmente ilícito es internacionalmente responsable por este hecho si:

- a) **Lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y**
- b) **El hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que dirige y controla.**

Comentario

1) El artículo 17 se refiere al segundo caso de responsabilidad derivada, el ejercicio de dirección y control por un Estado en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por otro. Conforme al artículo 16, un Estado que presta ayuda o asistencia con miras a la comisión de un hecho internacionalmente ilícito es responsable internacionalmente tan sólo en la medida de la ayuda o asistencia prestada. Por el contrario, un Estado que dirige y controla a otro en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito es responsable por el hecho en sí mismo, puesto que ha controlado y dirigido el hecho en su totalidad.

2) Algunos ejemplos de responsabilidad internacional dimanante del ejercicio de la dirección y control en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por otro Estado son ahora, en gran medida, de importancia histórica. Las relaciones de dependencia internacional tales como la «soberanía» o el «protectorado» permitían tratar al Estado dominante como responsable internacionalmente por la conducta atribuible formalmente al Estado dependiente. Por ejemplo, en el caso *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*²⁸⁷, Francia interpuso una denuncia con arreglo a la Cláusula Facultativa respecto de una controversia relativa a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos en Marruecos bajo protectorado francés. Los Estados Unidos objetaron que cualquier posible fallo podría no considerarse vinculante para Marruecos, que no era parte en los procedimientos. Francia confirmó que actuaba tanto en nombre propio como en carácter de Potencia protectora de Marruecos,

²⁸² Véase, por ejemplo, informe del Presidente Clinton, AJIL, vol. 91, n.º 4 (octubre de 1997), pág. 709.

²⁸³ Informe del Consejo Económico y Social, Informe de la Tercera Comisión de la Asamblea General, proyecto de resolución XVII (A/37/745), pág. 51.

²⁸⁴ Para la cuestión de la responsabilidad concurrente de varios Estados por el mismo daño véanse el artículo 47 y su comentario.

²⁸⁵ *Timor oriental* (véase la nota 54 *supra*), pág. 105, párr. 35.

²⁸⁶ *Or monétaire pris à Rome en 1943*, fallo, C.I.J. *Recueil* 1954, pág. 19, en la pág. 32; *Certaines terres à phosphates à Nauru*, excepciones preliminares (véase la nota 230 *supra*), pág. 261, párr. 55.

²⁸⁷ *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc* (véase la nota 108 *supra*).

con lo cual el fallo de la Corte sería vinculante tanto para Francia como para Marruecos²⁸⁸ y el caso se juzgó sobre esta base²⁸⁹. El fallo de la Corte se refirió a cuestiones relativas a la responsabilidad de Francia con respecto al comportamiento de Marruecos, que fueron planteadas tanto en la demanda como en la reconvención de los Estados Unidos.

3) Con la evolución registrada en las relaciones internacionales desde 1945, y en particular el proceso de descolonización, se ha puesto fin a las antiguas relaciones de dependencia. Los nuevos vínculos no entrañan ningún derecho válido a la dirección o el control por parte del Estado representante. En los casos de representación, la entidad representada sigue siendo responsable por sus propias obligaciones internacionales, aunque las comunicaciones diplomáticas puedan dirigirse por intermedio de otro Estado. En tales casos, el Estado representante no asume ninguna responsabilidad por el contenido de las comunicaciones porque tan sólo es el canal por el cual se transmiten. Esto no contradice lo expresado por el laudo en el caso *Biens britanniques au Maroc espagnol*, en que se afirmó que «la responsabilidad del Estado protector [...] parte [...] del hecho de que sólo el Estado protector representa al territorio protegido en sus relaciones internacionales»²⁹⁰, y que el Estado protector es responsable «en lugar del Estado protegido»²⁹¹. La principal preocupación en el arbitraje fue asegurar que, en el caso de un protectorado que pusiera fin a las relaciones internacionales directas del Estado protegido, la responsabilidad internacional por los hechos ilícitos cometidos por el Estado protegido no quedaba eliminada en detrimento de terceros Estados lesionados por el comportamiento ilícito. La aceptación por el Estado protector de la obligación de responder en lugar del Estado protegido se consideró como un medio apropiado de evitar ese peligro²⁹². La justificación de dicha aceptación no estaba basada en la relación de «representación» como tal, sino en el hecho de que el Estado protector tenía un control prácticamente total sobre el Estado protegido. Su función no se limitaba a actuar sólo como vía de comunicación.

4) Otras relaciones de dependencia, tales como los territorios no autónomos, quedan completamente fuera del ámbito del artículo 17, que se refiere sólo a la responsabilidad de un Estado por el comportamiento de otro Estado. En la mayoría de las relaciones de dependencia entre un territorio y otro, el territorio dependiente, aun si tiene cierta personalidad internacional, no es un Estado. Aun en los casos en que una unidad integrante de un Estado federal concluya tratados o tenga otras relaciones jurídicas internacionales por derecho propio, y no por delegación del Estado federal, la unidad integrante no es en sí misma un Estado en derecho internacional. En lo que respecta a la responsabilidad del Estado, la posición de los Estados federales no es diferente a la de cualesquiera otros Estados: se aplican los principios normales prescritos en los

artículos 4 a 9 del proyecto de artículos y el Estado federal es responsable internacionalmente del comportamiento de sus unidades integrantes aunque dicho comportamiento se halle, con arreglo a la constitución federal²⁹³, bajo el control local de dichas unidades.

5) Sin embargo, existen o pueden preverse casos en que un Estado ejerza potestades de dirección y control sobre las actividades de otro Estado, ya sea con arreglo a un tratado o como resultado de una ocupación militar o por cualquier otra razón. Por ejemplo, durante la ocupación bélica de Italia por Alemania en la segunda guerra mundial, se reconoció en general que la policía italiana de Roma actuaba bajo el control de la Potencia ocupante. En consecuencia, en la protesta presentada por la Santa Sede con respecto a los hechos ilícitos cometidos por la policía italiana, que entró por la fuerza en la basílica de San Pablo en Roma en febrero de 1944, se afirmaba la responsabilidad de las autoridades alemanas²⁹⁴. En tales casos el Estado ocupante es responsable de los hechos del Estado ocupado que dirige y controla.

6) El artículo 17 se limita a los casos en que un Estado dominante ejercita su dirección y control sobre un comportamiento que constituye un incumplimiento de una obligación internacional del Estado dependiente. Los tribunales internacionales se han negado siempre a deducir la responsabilidad del Estado dominante tan sólo porque este último estuviera facultado para injerirse en cuestiones de administración interna de un Estado dependiente, si dicho poder no había sido ejercido en el caso particular. Por ejemplo, en el caso *Brown*, el tribunal arbitral falló que la autoridad de Gran Bretaña como Estado protector de la República Sudafricana antes de la guerra anglo-boer, «no alcanzaba el grado que sería necesario para hacerla responsable del perjuicio causado a Brown»²⁹⁵. El tribunal arbitral negó además que Gran Bretaña tuviera la facultad para injerirse en los asuntos de la administración interna y dijo que no había pruebas de que «Gran Bretaña se hubiera comprometido en ningún momento a injerirse en esos asuntos»²⁹⁶. En consecuencia la relación de protección «no surtía el efecto de convertir a Gran Bretaña en responsable del acto impugnado»²⁹⁷. En el caso *Différend héritiers de S. A. R. M. le Duc de Guise*, la Comisión de Conciliación franco-italiana falló que Italia era responsable de la requisita hecha por sus autoridades en Sicilia cuando estaba ocupada por las fuerzas aliadas. Su decisión no estuvo basada en que las fuerzas aliadas no tuvieron la facultad de requisar bienes o de impedir que Italia lo hiciera. La mayoría de la Comisión señaló por el contrario la ausencia de hecho de «injerencia alguna del Comandante de las Fuerzas de Ocupación y que ninguna autoridad aliada había pedido los decretos de requisita»²⁹⁸.

²⁹³ Véase, por ejemplo, *LaGrand*, medidas provisionales (nota 91 *supra*).

²⁹⁴ Véase R. Ago, «L'occupazione bellica di Roma e il Trattato lateranense», *Comunicazioni e Studi*, Milán, Giuffrè, 1945, vol. II, págs. 167 y 168.

²⁹⁵ *Robert E. Brown (United States) v. Great Britain*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (n.º de venta: 1955.V.3), pág. 120, en la pág. 130 (1923).

²⁹⁶ *Ibid.*, pág. 131.

²⁹⁷ *Ibid.*

²⁹⁸ *Différend héritiers de S. A. R. M. le Duc de Guise* (véase la nota 115 *supra*). Véase también, en otro contexto, *Drozdz et Janousek* (nota 135 *supra*); véase asimismo *Iribarne Pérez c. France*, Tribunal

²⁸⁸ *Ibid.*, *C.I.J. Mémoires*, vol. I, pág. 235; y vol. II, págs. 431 a 433. Los Estados Unidos retiraron más adelante esa objeción preliminar: *ibid.*, pág. 434.

²⁸⁹ Véase *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, fallo (nota 108 *supra*), pág. 179.

²⁹⁰ *Biens britanniques au Maroc espagnol* (véase la nota 44 *supra*), pág. 649.

²⁹¹ *Ibid.*, pág. 648.

²⁹² *Ibid.*

El simple hecho de que un Estado pueda estar facultado para ejercer la dirección y control sobre otro Estado en alguna esfera no es una base suficiente para atribuirle cualesquiera hechos ilícitos cometidos por este último Estado en dicha esfera²⁹⁹.

7) En la formulación del artículo 17, el término «controla» se refiere a los casos de dominación sobre la comisión de un hecho ilícito y no simplemente al ejercicio de supervisión, ni mucho menos a la simple influencia o interés. De manera semejante, el término «dirige» no abarca la simple instigación o sugerencia sino connota más bien una dirección real de tipo efectivo. Para que un Estado dominante incurra en responsabilidad tanto la dirección como el control deben ejercerse sobre el comportamiento ilícito. La elección de la expresión «dirección y control», habitual en el idioma inglés (*direction and control*), planteaba problemas en otros idiomas, debido en particular a la ambigüedad de la palabra *direction*, que puede implicar, como es el caso en francés, un poder absoluto, mientras que no tiene esta connotación en inglés.

8) Hay otras dos condiciones para que exista responsabilidad con arreglo al artículo 17. En primer lugar, el Estado dominante sólo es responsable si conoce las circunstancias que hacen ilícito el comportamiento del Estado dependiente. En segundo lugar, debe demostrarse que el hecho hubiera sido ilícito en caso de ser cometido por el Estado que ejerce la dirección y el control. Esta condición es importante en el contexto de las obligaciones bilaterales, que no pueden oponerse al Estado que dirige. En el caso de las obligaciones multilaterales, y en particular de las obligaciones con la comunidad internacional, la condición es mucho menos importante. El principio fundamental es que un Estado no debe poder hacer por intermedio de otro lo que no podría hacer por sí mismo.

9) En cuanto a la responsabilidad del Estado sobre el cual se ejerce la dirección y control, el simple hecho de que haya sido dirigido para cometer un hecho internacionalmente ilícito no constituye una excusa con arreglo al capítulo V de la primera parte. Si el comportamiento entrañara una violación de sus obligaciones internacionales, dicho Estado estaría obligado a negarse a aceptar la dirección. Los Estados no disponen en derecho internacional de la defensa que consiste en alegar «órdenes superiores». Esto no significa que la ilicitud del comportamiento del Estado que ha sido dirigido y controlado no pueda excluirse con arreglo al capítulo V, pero esto sólo ocurrirá si se puede demostrar la existencia de una circunstancia que excluye la ilicitud, por ejemplo la fuerza mayor. En tal caso, el Estado perjudicado sólo debe tratar con el Estado que ejerció la dirección. Pero, como ocurre entre Estados, los casos auténticos de fuerza mayor o coacción son excepcionales. Por otra parte no es una excusa para el Estado que ejerce la dirección demostrar que el Estado que aceptó la dirección participaba voluntariamente o incluso

con entusiasmo en el comportamiento internacionalmente ilícito, si se cumplieron de hecho las condiciones enunciadas en el artículo 17.

Artículo 18. Coacción sobre otro Estado

El Estado que coacciona a otro para que cometa un hecho es internacionalmente responsable por este hecho si:

a) El hecho, de no mediar coacción, constituiría un hecho internacionalmente ilícito del Estado coaccionado; y

b) El Estado coaccionante actúa conociendo las circunstancias del hecho.

Comentario

1) El tercer caso de responsabilidad derivada que se trata en el capítulo IV es la coacción de un Estado sobre otro. El artículo 18 se refiere al problema específico de la coacción ejercida deliberadamente a fin de causar la violación de la obligación de un Estado respecto de un tercer Estado. En dichos casos, la responsabilidad del Estado coaccionante con respecto al tercer Estado no deriva de su acto de coacción, sino más bien del comportamiento ilícito que ha sido resultado de la acción del Estado coaccionado. La responsabilidad por la propia coacción es la del Estado coaccionante en relación con el Estado coaccionado, mientras que la responsabilidad con arreglo al artículo 18 es la responsabilidad del Estado coaccionante en relación con la víctima del hecho suscitado por la coacción, en particular un tercer Estado que haya resultado lesionado.

2) La coacción a los efectos del artículo 18 tiene los mismos caracteres básicos que la fuerza mayor con arreglo al artículo 23. Sólo bastará un comportamiento que se imponga a la voluntad del Estado coaccionado, sin darle ninguna opción efectiva que no sea cumplir los deseos del Estado coaccionante. No es suficiente que el cumplimiento de la obligación se haga más difícil u oneroso, o que el Estado que actúa reciba asistencia o dirección en su comportamiento. Estas cuestiones se han tratado en los artículos anteriores. Más aún, el Estado coaccionante debe imponer el hecho mismo que es internacionalmente ilícito. No es suficiente que las consecuencias del hecho suscitado por la coacción hagan más difícil para el Estado coaccionado cumplir la obligación.

3) Aunque la coacción a efectos del artículo 18 se define estrictamente, no está limitada a la coacción ilícita³⁰⁰. En la práctica, la mayoría de los casos de coacción que reúnen los requisitos del artículo serán ilícitos, por ejemplo, porque entrañan la amenaza o el uso de la fuerza en violación de la Carta de las Naciones Unidas, o porque suponen la intervención, es decir la injerencia coactiva, en los asuntos de otro Estado. Este es también el caso de las contramedidas. Las contramedidas pueden tener un carácter coactivo pero, como se dice claramente en el artículo 49, su función es inducir al Estado que ha cometido un hecho ilícito a que cumpla las obligaciones

Europeo de Derechos Humanos, *Série A n.º 325-C*, págs. 62 y 63, párrs. 29 a 31 (1995).

²⁹⁹ Puede ser que la dependencia de un Estado respecto de otro sea pertinente en lo que respecta a la carga de la prueba, puesto que la simple existencia de un aparato estatal formal no excluye la posibilidad de que la Potencia ocupante ejerza de hecho el control. Cf. *Restitution of Household Effects Belonging to Jews Deported from Hungary (Germany)*, Kammergericht de Berlín, ILR, vol. 44, pág. 301, en las págs. 340 a 342 (1965).

³⁰⁰ P. Reuter, *Introduction au droit des traités*, 3.ª ed., París, Presses Universitaires de France, 1995, págs. 159 a 161, párrs. 271 a 274.

de cesación y reparación en relación con el Estado que adopta las contramedidas, no coaccionar a dicho Estado para que viole sus obligaciones con terceros Estados³⁰¹. Sin embargo, la coacción puede asumir otras formas, por ejemplo una fuerte presión económica, siempre que prive al Estado coaccionado de toda posibilidad de cumplir la obligación violada.

4) El hecho de igualar la coacción con la fuerza mayor significa que, en la mayoría de los casos en que es aplicable el artículo 18, la responsabilidad del Estado coaccionado quedará excluida en relación con el tercer Estado lesionado. Esto se refleja en la expresión «de no mediar coacción» que figura en el apartado *a* del artículo 18. El hecho de que la coacción equivalga a la fuerza mayor puede ser la razón por la cual se excluye la ilicitud de un hecho respecto del Estado coaccionado. Por consiguiente, el hecho no se describe como un hecho internacionalmente ilícito en la primera cláusula del artículo, como se hace en los artículos 16 y 17, en los cuales ninguna circunstancia comparable excluiría la ilicitud del hecho cometido por el Estado que recibe la asistencia o es objeto de control. Pero no hay ninguna razón por la cual la ilicitud del hecho deba necesariamente excluirse en relación con el Estado coaccionante. Por el contrario, si el Estado coaccionante no puede ser considerado responsable del hecho en cuestión, el Estado lesionado puede no tener ninguna posibilidad de reparación.

5) Otro requisito de la responsabilidad con arreglo al artículo 18 es que el Estado coaccionante tenga conocimiento de las circunstancias que, de no mediar coacción, habrían entrañado la ilicitud del comportamiento del Estado coaccionado. La referencia a las «circunstancias» en el apartado *b* se entiende como una referencia a la situación de hecho más que al juicio del Estado coaccionante sobre la licitud del acto. La cuestión queda aclarada por la expresión «circunstancias del hecho». En consecuencia, si bien la ignorancia de la ley no es una excusa, la ignorancia de los hechos es importante para determinar la responsabilidad del Estado coaccionante.

6) Un Estado que busca mediante coacción la violación de las obligaciones de otro Estado en relación con un tercer Estado será responsable ante ese tercer Estado de sus consecuencias, independientemente de que el Estado coaccionante también esté vinculado por la obligación de que se trate. De no ser así, el Estado perjudicado podría quedar privado de toda reparación, debido a que el Estado que actúa puede ser capaz de aducir la fuerza mayor como una circunstancia que excluye la ilicitud. El artículo 18 difiere de los artículos 16 y 17 en el sentido de que no permite una exención de la responsabilidad por el acto del Estado coaccionado en circunstancias en que la obligación de que se trate no es vinculante para el propio Estado coaccionante.

7) La práctica de los Estados sustenta el principio de que un Estado es responsable del comportamiento internacionalmente ilícito de otro Estado al cual coacciona. En el caso *Romano-Americana*, la reclamación del Gobierno de los Estados Unidos respecto de la destrucción de ciertos depósitos de petróleo y otras instalaciones de propiedad de una empresa norteamericana efectuada por orden del

Gobierno de Rumania durante la primera guerra mundial se dirigió en primer lugar al Gobierno británico. Cuando se destruyeron las instalaciones, Rumania se encontraba en guerra con Alemania, que se preparaba a invadir el país, y los Estados Unidos alegaron que las autoridades rumanas habían sido «compelidas» por Gran Bretaña a tomar las medidas en cuestión. En apoyo de su reclamación, el Gobierno de los Estados Unidos sostuvo que las circunstancias del caso revelaban «una situación en que un beligerante fuerte, con fines primordialmente propios que se debían a las necesidades de su defensa marítima, obligó a un aliado más débil a acceder a una operación que llevó a cabo en el territorio de dicho aliado»³⁰². El Gobierno británico negó su responsabilidad, afirmando que su influencia sobre el comportamiento de las autoridades rumanas «no pasó en absoluto de los límites de la persuasión y el consejo entre gobiernos asociados en una causa común»³⁰³. El desacuerdo entre los Gobiernos de los Estados Unidos y de Gran Bretaña no era relativo a la responsabilidad de un Estado por el comportamiento de otro Estado que había coaccionado, sino más bien a la existencia de «compulsión» en las circunstancias particulares del caso³⁰⁴.

Artículo 19. Efecto del presente capítulo

El presente capítulo se entiende sin perjuicio de la responsabilidad internacional, en virtud de otras disposiciones de estos artículos, del Estado que cometa el hecho en cuestión o de cualquier otro Estado.

Comentario

1) El artículo 19 tiene tres propósitos. En primer lugar, preserva la responsabilidad del Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito, inclusive con ayuda o asistencia, bajo la dirección y el control de otro Estado o sometido a su coacción. En él se reconoce que la atribución de la responsabilidad internacional a un Estado que presta asistencia, dirige o coacciona no excluye la responsabilidad del Estado que ha recibido la asistencia o ha sido dirigido o coaccionado.

2) En segundo lugar, el artículo deja en claro que las disposiciones del capítulo IV se entienden sin perjuicio de ninguna otra base para establecer la responsabilidad del Estado que preste asistencia, dirija o coaccione, en virtud de cualquier norma del derecho internacional que defina un determinado comportamiento como ilícito. La expresión «en virtud de otras disposiciones de estos artículos» es una referencia, entre otras cosas, al artículo 23 (Fuerza mayor) que puede afectar la cuestión de la responsabilidad. La expresión también señala el hecho de que otras disposiciones del proyecto de artículos pueden ser pertinentes para el Estado que cometa el hecho de que se

³⁰² Nota de la Embajada de Estados Unidos en Londres, de 16 de febrero de 1925, en Hackworth, *op. cit.* (nota 142 *supra*), pág. 702.

³⁰³ Nota del Ministerio de Relaciones Exteriores Británico, de 5 de julio de 1928, *ibíd.*, pág. 704.

³⁰⁴ Para un ejemplo distinto que entraña la coacción en una ruptura de contrato en circunstancias que equivalen a una denegación de justicia, véase C. L. Bouvé, «Russia's liability in tort for Persia's breach of contract», *AJIL*, vol. 6, n.º 2 (abril de 1912), pág. 389.

³⁰¹ Véanse el artículo 49, párrafo 2, y su comentario.

trate, y que el capítulo IV no prejuzga en modo alguno la cuestión de su responsabilidad en tal sentido.

3) En tercer lugar, el artículo 19 mantiene la responsabilidad «de cualquier otro Estado» al cual pueda atribuirse también el comportamiento internacionalmente ilícito con arreglo a otras disposiciones de los artículos.

4) En consecuencia, el artículo 19 tiene por objeto evitar toda inferencia en contrario con respecto a la responsabilidad que pueda dimanar de normas primarias que excluyan algunas formas de asistencia o de actos que de otra manera puedan atribuirse a cualquier Estado con arreglo al capítulo II. Este artículo abarca tanto al Estado implicado como al Estado que actúa. Deja en claro que el capítulo IV se refiere sólo a situaciones en las cuales lo que determina la ilicitud es un hecho cometido por uno de los Estados y no por el otro. Si ambos Estados cometen el hecho, la situación corresponde a la esfera de los coautores, que se trata en el capítulo II.

CAPÍTULO V

CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD

Comentario

1) En el capítulo V se enuncian seis circunstancias que excluyen la ilicitud de un comportamiento que, de otro modo, no sería de conformidad con las obligaciones internacionales del Estado de que se trate. La existencia en un caso determinado de una circunstancia que excluye la ilicitud de acuerdo con el presente capítulo constituye una defensa contra una reclamación por el incumplimiento de una obligación internacional, que, de mediar esa defensa, estaría bien fundada. Esas seis circunstancias son: el consentimiento (art. 20), la legítima defensa (art. 21), las contramedidas (art. 22), la fuerza mayor (art. 23), el peligro extremo (art. 24) y el estado de necesidad (art. 25). En el artículo 26 se deja en claro que no puede invocarse ninguna de esas circunstancias si ello contradice una norma imperativa de derecho internacional general. El artículo 27 se ocupa de algunas consecuencias de la invocación de una de esas circunstancias.

2) En consonancia con la filosofía en que se inspiran los presentes artículos, las circunstancias excluyentes de la ilicitud que se enuncian en el capítulo V son de aplicación general. Salvo que se disponga otra cosa³⁰⁵, se aplican a cualquier hecho internacionalmente ilícito, ya se trate del incumplimiento por un Estado de una obligación nacida de una norma de derecho internacional general, de un tratado, de un acto unilateral o de cualquier otra fuente. Esas circunstancias no anulan ni dan por terminada la obligación, sino que sirven de justificación o excusa del incumplimiento mientras subsisten. Así lo destacó la CIJ en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. Hungría trató de sostener que el estado de necesidad excluía la ilicitud de su comportamiento al cesar los trabajos en el proyecto en violación de las obligaciones que había contraído en virtud del Tratado relativo a la construcción y funcionamiento del sistema de la presa de Gabčíkovo-Nagymaros

³⁰⁵ Por ejemplo, por un tratado que disponga lo contrario y que constituiría una *lex specialis* en virtud del artículo 55.

de 1977. En relación con el alegato de Hungría, la Corte dijo:

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 había 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 hizo³⁰⁶.

De este modo, debe establecerse una distinción entre el efecto de las circunstancias que excluyen la ilicitud y la terminación de la obligación en sí. Las circunstancias enunciadas en el capítulo V sirven de escudo y no de espada. Como hizo observar Fitzmaurice, en su cuarto informe sobre el derecho de los tratados, cuando se aplica una de las circunstancias que excluyen la ilicitud, «el incumplimiento no sólo está justificado sino que “va encaminado” a que se reanude el cumplimiento tan pronto como desaparezcan [...] los factores que causaban y justificaban el incumplimiento»³⁰⁷.

3) Esta distinción se desprende claramente de las decisiones de tribunales internacionales. En el arbitraje del *Rainbow Warrior*, el tribunal sostuvo que eran aplicables tanto el derecho de los tratados como 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 éste estaba en vigor, incluida la cuestión de si se había excluido la ilicitud del comportamiento en cuestión³⁰⁸. En el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte hizo observar que:

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 no surtir 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 tratado³⁰⁹.

4) Aunque los mismos hechos puedan constituir, por ejemplo, fuerza mayor con arreglo al artículo 23 y una imposibilidad subsiguiente de cumplimiento con arreglo al artículo 61 de la Convención de Viena de 1969, ambas circunstancias son distintas. La fuerza mayor justifica el incumplimiento de la obligación en tanto subsista la circunstancia; la imposibilidad subsiguiente justifica la terminación del tratado o su suspensión de conformidad con las condiciones establecidas en el artículo 61. La primera surte efecto respecto de la obligación concreta, la segunda respecto del tratado, que es la fuente de esa obligación. Del mismo modo que el ámbito de aplicación de ambas doctrinas es diferente, así lo es su modo de aplicación. La fuerza mayor excusa el incumplimiento por el momento, pero un tratado no queda terminado automáticamente por la imposibilidad subsiguiente: al menos una de las partes debe decidir darlo por terminado.

³⁰⁶ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (véase la nota 27 *supra*), pág. 39, párr. 48.

³⁰⁷ *Anuario... 1959*, vol. II, documento A/CN.4/120, pág. 44.

³⁰⁸ *Rainbow Warrior* (véase la nota 46 *supra*), págs. 251 y 252, párr. 75.

³⁰⁹ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (véase la nota 27 *supra*), pág. 63, párr. 101; véase también pág. 38, párr. 47.

5) Cabe localizar el nacimiento del concepto de circunstancias que excluyen la ilicitud en los trabajos del Comité Preparatorio de la Conferencia de La Haya de 1930. Entre sus Bases de discusión³¹⁰, enumeró dos «[c]ircunstancias en que el Estado puede declinar su responsabilidad», a saber, la legítima defensa y las represalias³¹¹. El Comité 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 era responsable del daño causado a la persona o bienes de un extranjero por sus fuerzas armadas «al reprimir una insurrección como un motín u otro disturbio» (Base de discusión N.º 21). Sin embargo, estas cuestiones no se llevaron a ninguna conclusión.

6) La categoría de circunstancias que excluyen la ilicitud fue desarrollada por la CDI en su labor sobre la responsabilidad internacional por daños a extranjeros³¹² y el cumplimiento de los tratados³¹³. En definitiva, la cuestión de las excusas por el incumplimiento de tratados no quedó incluida en el ámbito de la Convención de Viena de 1969³¹⁴. Se trata de una materia correspondiente al derecho de la responsabilidad de los Estados.

7) Deben distinguirse las circunstancias que excluyen la ilicitud de otros medios que puedan tener por efecto el que un Estado eluda su responsabilidad. Nada tienen que ver con cuestiones acerca de la competencia de una corte o un tribunal sobre una controversia o de la admisibilidad de una reclamación. Han de distinguirse de los requisitos constitutivos de la obligación, es decir, los elementos que tienen que existir para que se plantee 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 funcionan como defensas o excusas en los sistemas jurídicos internos, y las circunstancias determinadas en el capítulo V son reconocidas por muchos sistemas jurídicos, a menudo con la misma designación³¹⁵. Por otra parte, no hay en el derecho interno un enfoque común de esas circunstancias, y las condiciones y limitaciones que figuran en el capítulo V se han elaborado de manera independiente.

8) De la misma manera que los artículos no se ocupan de cuestiones sobre la competencia de cortes o tribunales, tampoco tratan de cuestiones de prueba o de la carga de la prueba. En una controversia bilateral sobre la responsabilidad de un Estado, la carga de demostrar la responsabilidad incumbe en principio al Estado reclaman-

te. Sin embargo, cuando el comportamiento contrario a una obligación internacional es atribuible a un Estado y ese Estado trata de eludir su responsabilidad invocando una circunstancia enunciada en el capítulo V, la situación cambia e incumbe a ese Estado la carga de justificar o excusar su comportamiento. De hecho, ocurre a menudo que solamente ese Estado tiene pleno conocimiento de los hechos que podrían excusar su incumplimiento.

9) El capítulo V enuncia las circunstancias que excluyen la ilicitud reconocidas actualmente en el derecho internacional general³¹⁶. Se han omitido otras circunstancias propuestas. Por ejemplo, se considera que la excepción de inejecución (*exceptio inadimpleti contractus*) constituye más bien una característica específica de determinadas obligaciones recíprocas o sinalagmáticas pero no una circunstancia excluyente de la ilicitud³¹⁷. El principio de que un Estado no puede beneficiarse de su propio acto ilícito puede tener consecuencias en el campo de la responsabilidad del Estado, pero se trata de un principio general y no de una circunstancia concreta que excluya la ilicitud³¹⁸. La llamada doctrina de las «manos limpias» se ha invocado sobre todo en el contexto de la admisibilidad de reclamaciones ante cortes y tribunales internacionales, aunque rara vez se ha aplicado. Tampoco tiene por qué incluirse aquí³¹⁹.

Artículo 20. Consentimiento

El consentimiento válido de un Estado a la comisión por otro Estado de un hecho determinado excluye la ilicitud de tal hecho en relación con el primer Estado en la medida en que el hecho permanece dentro de los límites de dicho consentimiento.

Comentario

1) El artículo 20 refleja el principio básico de derecho internacional del consentimiento en el contexto especial de la primera parte. De conformidad con este principio, el consentimiento de un Estado a un determinado comporta-

³¹⁶ En lo que respecta a los efectos de la contribución al daño por el Estado lesionado u otra persona o entidad, véanse el artículo 39 y su comentario. Esto no excluye la ilicitud, pero es pertinente para determinar el alcance y forma de la indemnización.

³¹⁷ Cf. *Prises d'eau à la Meuse*, fallo, 1937, C.P.J.I., *série A/B*, n.º 70, pág. 4, en las págs. 50 y 77. Véase también el cuarto informe sobre el derecho de los tratados del Relator Especial Fitzmaurice (nota 307 *supra*), págs. 46 a 51; D. W. Greig «Reciprocity, proportionality and the law of treaties», *Virginia Journal of International Law*, vol. 34 (1994), pág. 295; y para un examen comparado G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*, Oxford, Clarendon Press, 1988, págs. 245 a 317. En lo que respecta a la relación entre la excepción de incumplimiento y las convalidaciones, véase *infra* el comentario a la tercera parte, cap. II, párr. 5.

³¹⁸ Véase, por ejemplo, *Usine de Chorzów*, competencia (nota 34 *supra*), pág. 31; cf. *Projet Gabčíkovo-Nagyymaros* (nota 27 *supra*), pág. 67, párr. 110.

³¹⁹ Véanse J. J. A. Salmon, «Des “mains propres” comme condition de recevabilité des réclamations internationales», *Annuaire français de droit international*, vol. 10 (1964), pág. 225; A. Miaja de la Muela, «Le rôle de la condition des mains propres de la personne lésée dans les réclamations devant les tribunaux internationaux», en *Mélanges offerts à Juraj Andrassy*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1968, pág. 189, y la opinión disidente del juez Schwebel en *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (nota 36 *supra*), págs. 392 a 394.

³¹⁰ *Anuario... 1956*, vol. II, documento A/CN.4/96, págs. 219 a 221.

³¹¹ *Ibid.*, pág. 221. Bajo el mismo título se abordan cuestiones planteadas por la cláusula Calvo y el agotamiento de los recursos internos.

³¹² *Anuario... 1958*, vol. II, pág. 78. En cuanto a la discusión de las circunstancias realizada por el Relator Especial García Amador, véase su primer informe sobre la responsabilidad de los Estados, *Anuario... 1956*, vol. II, documento A/CN.4/96, págs. 200 a 206, y su tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados, *Anuario... 1958*, vol. II, documento A/CN.4/111, págs. 55 a 59.

³¹³ Véase el cuarto informe sobre el derecho de los tratados del Relator Especial Fitzmaurice (nota 307 *supra*), págs. 48 a 52, y, en cuanto a su comentario, *ibid.*, págs. 69 a 79.

³¹⁴ Véase el artículo 73 de la Convención.

³¹⁵ Véase el examen comparado de C. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 2, Oxford University Press, 2000, págs. 499 a 592.

miento de otro excluye la ilicitud de ese acto en relación con el Estado que lo consiente, siempre que ese consentimiento sea válido y en la medida en que el comportamiento permanezca dentro de los límites del consentimiento otorgado.

2) Ocurre todos los días que los Estados consienten a otros Estados un comportamiento que, de otro modo, constituiría una violación de una obligación internacional. Como ejemplos sencillos cabe citar el tránsito por el espacio aéreo o las aguas internas de un Estado, el establecimiento de instalaciones en su territorio o la realización de investigaciones o encuestas oficiales en él. Pero debe trazarse una distinción entre el consentimiento en relación con una determinada situación o un comportamiento determinado y el consentimiento en relación con la obligación subyacente en sí. En el caso de un tratado bilateral, los Estados partes pueden en cualquier momento convenir en dar por terminado o dejar en suspenso el tratado, en cuyo caso las obligaciones derivadas de éste quedarán terminadas o suspendidas en la forma correspondiente³²⁰. Pero, aparte por completo de esa posibilidad, los Estados tienen el derecho de eximir del cumplimiento de una obligación contraída individualmente con ellos o, en general, de autorizar un comportamiento que (a falta de tal autorización) sería ilícito en lo que a ellos respecta. En esos casos, la obligación primaria continúa rigiendo las relaciones entre ambos Estados, pero resulta desplazada en esa ocasión o para los efectos del comportamiento determinado, en virtud del consentimiento otorgado.

3) Un Estado puede dar su consentimiento a un comportamiento que de otro modo sería ilícito, por adelantado o incluso en el momento en que está ocurriendo. En cambio, los casos de consentimiento dado después de ocurrir el comportamiento son una forma de renuncia o aquiescencia, conducente a la pérdida del derecho a invocar la responsabilidad. De ello se trata en el artículo 45.

4) Para excluir la ilicitud, el consentimiento en eximir del cumplimiento de una obligación en un caso determinado debe ser «válido». De la cuestión de si se ha prestado válidamente el consentimiento se ocupan normas de derecho internacional ajenas al marco de la responsabilidad de los Estados. Entre las cuestiones que deben examinarse figuran la de si el agente o persona que dio el consentimiento estaba autorizado a hacerlo en nombre del Estado (y, en caso contrario, si el Estado que actuó estaba enterado o debería haberlo estado de esa falta de autoridad), o si el consentimiento estaba viciado por coacción o algún otro factor³²¹. Incluso, cabe preguntarse si el Estado puede en absoluto dar válidamente su consentimiento en ciertos casos. La referencia a un «consentimiento válido» en el artículo 20 pone de relieve la necesidad de examinar estas cuestiones en algunos casos.

³²⁰ Convención de Viena de 1969, art. 54 b.

³²¹ Véase, por ejemplo, la cuestión del consentimiento de Austria al *Anschluss* de 1938, de que se ocupó el Tribunal de Nuremberg. El Tribunal negó que Austria hubiera dado su consentimiento; incluso si lo hubiera dado, habría actuado bajo coacción y no excusaba la anexión. Véase la sentencia del Tribunal Militar Internacional para el juicio de los principales criminales de guerra alemanes, de 1.º de octubre de 1946, reimpresa en AJIL, vol. 41, n.º 1 (enero de 1947), pág. 172, en las págs. 192 a 194.

5) El que una determinada persona o entidad tenga autoridad para dar su consentimiento en un caso concreto es cuestión distinta de si el comportamiento de esa persona o entidad es atribuible al Estado a los efectos del capítulo II. Por ejemplo, se ha planteado la cuestión de si el consentimiento expresado por una autoridad regional podría legitimar el envío de tropas extranjeras al territorio de un Estado, o si es sólo el gobierno central el que puede otorgar tal consentimiento, y esas cuestiones no se resuelven diciendo que los actos de la autoridad regional son atribuibles al Estado con arreglo al artículo 4³²². En otros casos se ha puesto en duda la «legitimidad» del gobierno que ha dado el consentimiento. En ocasiones se ha impugnado la validez del consentimiento al haberse expresado éste en violación de disposiciones pertinentes del derecho interno del Estado. Estas cuestiones dependen de las normas de derecho internacional relativas a la expresión de la voluntad del Estado, así como de las normas de derecho interno a las que, en algunos casos, se remite el derecho internacional.

6) La determinación de quién tiene autoridad para consentir el incumplimiento de una norma determinada puede depender de la norma de que se trate. Una cosa es consentir en que se registren los locales de una embajada y otra en el establecimiento de una base militar en el territorio de un Estado. Diferentes funcionarios u organismos pueden tener autoridad en diferentes contextos, de conformidad con los arreglos efectuados por cada Estado y los principios generales de la autoridad efectiva o aparente. Pero, en todo caso, deben respetarse ciertas modalidades para que se considere válido el consentimiento. El consentimiento debe ser libre y haberse manifestado claramente. Debe ser expresado efectivamente por el Estado y no sólo presumido sobre la base de que el Estado habría dado su consentimiento si se le hubiera pedido. El consentimiento puede estar viciado por error, fraude, corrupción o coacción. A este respecto, los principios relativos a la validez del consentimiento a los tratados ofrecen orientación pertinente.

7) Además de señalar a la atención los requisitos para que el consentimiento sea válido, incluida las cuestiones de la autoridad que puede darlo, la exigencia de que el consentimiento sea válido cumple otra función. Indica la existencia de casos en los que no puede en absoluto darse un consentimiento válido. Esta cuestión se examina en relación con el artículo 26 (cumplimiento de normas imperativas) que se aplica al capítulo V en su conjunto³²³.

8) Como ejemplos del consentimiento dado por un Estado que tiene el efecto de hacer lícito un comportamiento determinado figuran las comisiones de encuesta que actúan en el territorio de otro Estado, el ejercicio de jurisdicción sobre fuerzas visitantes, las operaciones de socorro y rescate humanitarios y la detención o encarcelamiento de personas en territorio extranjero. En el asunto *Savarkar*, el tribunal arbitral consideró que la detención de Savarkar no constituía una violación de la soberanía francesa, ya que Francia había consentido implícitamente en ella

³²² Esta cuestión se planteó en relación con el envío de tropas belgas a la República del Congo en 1960. Véase *Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, decimoquinto año*, 873.ª sesión, 13 y 14 de julio de 1960, en particular la declaración del representante de Bélgica, párrs. 186 a 188, y párr. 209.

³²³ Véase el párrafo 6 del comentario al artículo 26.

mediante la actuación de su gendarme, que ayudó a las autoridades británicas a practicar la detención³²⁴. Al examinar la aplicación del artículo 20 a esos casos puede ser necesario tener en cuenta la norma primaria pertinente. Por ejemplo, solamente el jefe de una misión diplomática puede consentir en que el Estado receptor penetre en los locales de la misión³²⁵.

9) El artículo 20 trata de las relaciones entre los dos Estados del caso. Cuando se requiere el consentimiento de varios Estados, el consentimiento de uno no excluye la ilicitud en relación con otro³²⁶. Además, cuando se cuenta con el consentimiento para excluir la ilicitud, será necesario mostrar que el comportamiento está comprendido dentro de los límites del consentimiento. El consentimiento al sobrevuelo de aeronaves comerciales de otro Estado no excluiría la ilicitud del sobrevuelo de aeronaves que transportaran tropas y equipo militar. El consentimiento al estacionamiento de tropas extranjeras por un período concreto no excluiría la ilicitud del estacionamiento de esas tropas pasado ese período³²⁷. Estas limitaciones están indicadas por las palabras «hecho determinado» en el artículo 20, así como por la expresión «dentro de los límites de dicho consentimiento».

10) El artículo 20 sólo prevé el consentimiento de los Estados a un comportamiento que de otro modo constituiría una violación de una obligación internacional. El derecho internacional puede también tener en cuenta el consentimiento de entidades no estatales, como empresas o particulares. Hace mucho tiempo que se discute la medida en que los inversores pueden renunciar a las normas de protección diplomática por acuerdo previo, pero según el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (art. 27 1) el consentimiento dado por un inversor a un arbitraje en el marco del Convenio tiene el efecto de suspender el derecho a la protección diplomática del Estado nacional del inversor. Los beneficiarios no pueden renunciar a los derechos que les confieren los tratados internacionales de derechos humanos, pero el libre consentimiento de la persona puede ser pertinente en relación con la aplicación de esos tratados³²⁸. En esos casos, la propia norma de derecho internacional permite ese consentimiento y trata de su efecto. Por el contrario, el artículo 20 enuncia un princi-

pio general aplicable al disfrute de derechos y el cumplimiento de las obligaciones de los Estados.

Artículo 21. Legítima defensa

La ilicitud del hecho de un Estado queda excluida si ese hecho constituye una medida lícita de legítima defensa tomada de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

Comentario

1) No se discute la existencia de un principio general por el que se reconoce la legítima defensa como excepción a la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales. El Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas preserva el «derecho inmanente» de un Estado a la legítima defensa frente a un ataque armado y forma parte de la definición de la obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de fuerza establecida en el párrafo 4 del Artículo 2. De este modo, un Estado que ejerce su derecho inmanente de legítima defensa conforme a lo dispuesto en el Artículo 51 de la Carta no puede violar en ningún modo el párrafo 4 del Artículo 2³²⁹.

2) La legítima defensa puede justificar la inejecución de algunas obligaciones que no sean las previstas en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, siempre que esa inejecución esté relacionada con la violación de esa disposición. El derecho internacional clásico trataba estos problemas estableciendo un régimen jurídico separado para la guerra, definiendo el ámbito de los derechos de los beligerantes y dejando en suspenso la mayoría de los tratados vigentes entre los beligerantes al estallar la guerra³³⁰. A partir de la Carta, las declaraciones de guerra son excepcionales y las acciones militares calificadas por una o ambas partes como legítima defensa ocurren entre Estados que oficialmente están en «paz» entre sí³³¹. La Convención de Viena de 1969 deja de lado estas cuestiones al disponer en el artículo 73 que la Convención no prejuzga «ninguna cuestión que con relación a un tratado pueda surgir como consecuencia [...] de la ruptura de hostilidades entre Estados».

3) Esto no quiere decir que la legítima defensa excluya la ilicitud de un comportamiento en todos los casos o respecto de todas las obligaciones. Hay ejemplos al respecto en el derecho humanitario internacional y las obligaciones en materia de derechos humanos. Los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra de 1949 y el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales se

³²⁴ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (n.º de venta: 61.V.4), pág. 243, en las págs. 252 a 255 (1911).

³²⁵ Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, art. 22 1.

³²⁶ El consentimiento de Austria a la unión aduanera propuesta en 1931 no habría excluido su ilicitud en relación con la obligación de respetar la independencia de Austria contraída por Alemania con todas las Partes en el Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania (Tratado de Versalles). Asimismo, el consentimiento de Alemania no habría excluido la ilicitud de la unión aduanera con respecto a la obligación del mantenimiento de su completa independencia impuesta a Austria por el Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Austria (Tratado de Paz de St. Germain-en-Laye). Véase *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, opinión consultiva, 1931, C.P.J.I., *serie A/B*, n.º 41, pág. 37, en las págs. 46 y 49.

³²⁷ La inobservancia de una condición impuesta al consentimiento no hará necesariamente que el comportamiento quede fuera de los límites del consentimiento. Por ejemplo, el consentimiento a una fuerza visitante en el territorio de un Estado puede estar supeditado a la obligación de pagar alquiler por la utilización de instalaciones. Si bien la falta de pago del alquiler constituiría sin duda un hecho ilícito, no transformaría a la fuerza visitante en un ejército de ocupación.

³²⁸ Véase, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 7, 8.3, 14.3 g, y 23.3.

³²⁹ Véase *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (nota 54 *supra*), pág. 244, párr. 38, y pág. 263, párr. 96, en que se destaca la licitud del uso de la fuerza en legítima defensa.

³³⁰ Véase también A. D. McNair y A. D. Watts, *The Legal Effects of War*, 4.ª ed., Cambridge University Press, 1966.

³³¹ En el asunto *Plates-formes pétrolières*, excepción preliminar (véase la nota 208 *supra*) no se negó que el Tratado de amistad, relaciones económicas y derechos consulares de 1955 seguía vigente, pese a las repetidas acciones de las fuerzas navales de los Estados Unidos contra la República Islámica del Irán. En ese caso, ambas Partes convinieron en que en la medida en que esas acciones estaban justificadas por la legítima defensa serían lícitas.

aplican por igual a todas las partes en un conflicto armado internacional, y lo mismo ocurre con el derecho humanitario internacional consuetudinario³³². Los tratados de derechos humanos contienen disposiciones derogatorias aplicables en momentos de emergencia pública, incluidas las medidas tomadas en legítima defensa. En cuanto a las obligaciones impuestas por el derecho humanitario internacional y en relación con disposiciones no derogables sobre derechos humanos, la legítima defensa no excluye la ilicitud del comportamiento.

4) La CIJ en su opinión consultiva sobre *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* proporcionó alguna orientación sobre esta materia. Una cuestión planteada ante la Corte era la de si el empleo de armas nucleares constituiría necesariamente una violación de las obligaciones con respecto al medio ambiente, habida cuenta de los daños masivos y a largo plazo que esas armas pueden causar. La Corte dijo:

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 restricción 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 proporcionalidad³³³.

Un Estado que actúa en legítima defensa está «totalmente limitado» por una obligación internacional si se ha hecho constar expresamente que esa obligación constituye una restricción absoluta, incluso para los Estados en conflicto armado, y se tiene el propósito de aplicarla como tal³³⁴.

5) El efecto básico del artículo 21 es el de excluir la ilicitud del comportamiento de un Estado que actúa en legítima defensa contra un Estado atacante. Pero puede haber efectos con respecto a terceros Estados en algunas circunstancias. En su opinión consultiva sobre *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Corte observó que:

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 la Carta de las Naciones Unidas) a todos los conflictos armados internacionales, sea cual fuere el tipo de armas que pueda utilizarse³³⁵.

³³² Como dijo la CIJ en su opinión consultiva sobre *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, las normas de derecho humanitario internacional constituyen principios inquebrantables del derecho consuetudinario internacional (véase la nota 54 *supra*), pág. 257, párr. 79. Respecto de las relaciones entre derechos humanos y derecho humanitario en tiempo de conflicto armado, pág. 240, párr. 25.

³³³ *Ibid.*, pág. 242, párr. 30.

³³⁴ Véase, por ejemplo, la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles.

³³⁵ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (véase la nota 54 *supra*), pág. 261, párr. 89.

El derecho de la neutralidad distingue entre el comportamiento contra un beligerante y el comportamiento contra un neutral. Pero los Estados neutrales no dejan de verse afectados por la existencia de un estado de guerra. El artículo 21 no prejuzga acerca del efecto de una acción en legítima defensa con respecto a terceros Estados.

6) De este modo, el artículo 21 refleja la posición generalmente aceptada de que la legítima defensa excluye la ilicitud del comportamiento seguido dentro de los límites establecidos por el derecho internacional. La referencia es a la medida «tomada de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas». Además, la palabra «lícita» implica que la medida adoptada debe respetar las obligaciones de limitación total aplicables en un conflicto armado de carácter internacional, y cumple los requisitos de proporcionalidad y de necesidad que lleva intrínseca la noción de defensa propia. El artículo 21 refleja simplemente el principio básico a los efectos del capítulo V, dejando las cuestiones del alcance y aplicación de la legítima defensa a las normas primarias pertinentes enunciadas en la Carta de las Naciones Unidas.

Artículo 22. Contramedidas en razón de un hecho internacionalmente ilícito

La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional suya para con otro Estado queda excluida en el caso y en la medida en que ese hecho constituya una contramedida tomada contra ese otro Estado de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo II de la tercera parte.

Comentario

1) En algunas circunstancias, la comisión por un Estado de un hecho internacionalmente ilícito puede justificar que otro Estado lesionado por ese hecho adopte contramedidas que no entrañen el uso de la fuerza a fin de lograr su cesación y obtener reparación por el daño sufrido. El artículo 22 trata esa situación desde la perspectiva de las circunstancias que excluyen la ilicitud. El capítulo II de la tercera parte reglamenta con mayor precisión el recurso a contramedidas.

2) Las decisiones judiciales, la práctica de los Estados y la doctrina confirman que las contramedidas que cumplan ciertas condiciones sustantivas y de procedimiento pueden ser legítimas. En el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la CIJ aceptó que las contramedidas pueden justificar un comportamiento que en otro caso sería ilícito, pero que para ello «deben adoptarse en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito cometido anteriormente por otro Estado y estar dirigidas contra ese Estado»³³⁶, siempre que se cumplan ciertas condiciones. Un reconocimiento semejante del carácter legítimo que tienen las medidas de esta naturaleza en algunos casos puede encontrarse en decisiones arbitrales, en particular los laudos relativos a los

³³⁶ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (véase la nota 27 *supra*), pág. 55, párr. 83.

asuntos *Naulilaa*³³⁷, *Cysne*³³⁸, y *Accord relatif aux services aériens*³³⁹.

3) En la literatura relativa a las contramedidas, a veces se hace referencia a la aplicación de una «sanción», o a una «reacción» ante un hecho internacionalmente ilícito cometido anteriormente; históricamente, los términos más usuales eran «represalias legítimas» o, de manera más general, «medidas de autodefensa» o «autoayuda». El término «sanciones» se ha utilizado para las medidas adoptadas de conformidad con el instrumento constitutivo de algunas organizaciones internacionales, en particular con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, a pesar de que en la Carta se usa el término «medidas» y no «sanciones». El término «represalias» ya no se usa mucho en este contexto, debido a su asociación con el derecho de las represalias bélicas que entrañan el uso de la fuerza. Por lo menos desde el arbitraje en el asunto *Accord relatif aux services aériens*³⁴⁰, se ha preferido el término «contramedidas», que se ha adoptado a efectos de los presentes artículos.

4) Cuando las contramedidas se toman de conformidad con el artículo 22, no se suspende ni mucho menos se pone fin a la obligación subyacente; la ilicitud del comportamiento en cuestión queda excluida por el momento debido a su carácter de contramedida, pero sólo a condición de que se cumplan las condiciones necesarias para adoptar las contramedidas y mientras se cumplan dichas condiciones. Esas condiciones figuran en el capítulo II de la tercera parte, a la cual se refiere el artículo 22. En tanto que respuesta a un comportamiento internacionalmente ilícito de otro Estado, las contramedidas pueden justificarse sólo en relación con dicho Estado. Esto se pone de relieve en las expresiones «en el caso y en la medida en que» y «contramedida tomada contra» el Estado responsable. Un hecho dirigido contra un tercer Estado no sería conforme a esta definición y no podría justificarse en tanto que contramedida. Por otra parte, las consecuencias indirectas o secundarias de las contramedidas sobre terceras partes, que no entrañen ninguna violación independiente de cualquier obligación para con esas terceras partes, no tendrán por resultado excluir esa contramedida del alcance del artículo 22.

5) Las contramedidas pueden sólo excluir la ilicitud en las relaciones entre el Estado lesionado y el Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito. El principio se expresó claramente en el asunto *Cysne* en el cual el Tribunal subrayó que:

las represalias, consistentes en un acto que, en principio, es contrario al derecho de gentes, no son defendibles sino en la medida en que han sido *provocadas* por otro acto igualmente contrario a ese derecho. *Las represalias sólo son admisibles contra el Estado provocador*. Es posible, ciertamente, que unas represalias legítimas ejercidas contra el Estado ofensor afecten a nacionales de un Estado inocente. Pero en este caso se tratará de una consecuencia indirecta, involuntaria, que el Estado

ofendido se esforzará siempre, en la práctica, por evitar o limitar en todo lo posible³⁴¹.

En consecuencia, no quedó excluida la ilicitud del comportamiento de Alemania en relación con Portugal. Puesto que entrañaba el uso de la fuerza armada, esta decisión se refería a represalias bélicas más que a contramedidas en el sentido del artículo 22. Pero los mismos principios se aplican a las contramedidas, como lo confirmó la Corte en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagyymaros*, cuando puso de relieve que la medida en cuestión debía «estar dirigida» contra el Estado responsable³⁴².

6) Si el artículo 22 fuese la única disposición sobre esta materia, hubiese sido necesario enunciar en él otras condiciones requeridas para la legitimidad de las contramedidas, en particular el requisito de proporcionalidad, el carácter provisional o reversible de las contramedidas y la existencia de ciertas obligaciones fundamentales que no pueden ser objeto de contramedidas. Puesto que estas condiciones se tratan en la tercera parte, capítulo II, baste ahora hacer una referencia a las mismas. El artículo 22 abarca todo hecho que pueda considerarse como contramedida de conformidad con estas condiciones. Se plantea la cuestión de saber si las contramedidas pueden ser adoptadas por terceros Estados que no hayan sido lesionados por el acto internacionalmente ilícito de que se trate, aunque estén vinculados por la obligación que ha sido violada³⁴³. Por ejemplo, en el caso de una obligación para con la comunidad internacional en su conjunto, la CIJ ha afirmado que todos los Estados tienen un interés jurídico en su cumplimiento³⁴⁴. El artículo 54 deja abierta la cuestión de saber si cualquier Estado puede adoptar medidas para asegurar el cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales de acuerdo con el interés general, en cuanto sea distinto de su propio interés individual como Estado lesionado. Si bien el artículo 22 no abarca las medidas adoptadas en dicho caso, cuando éstas no se consideran contramedidas, tampoco excluye esa posibilidad.

Artículo 23. Fuerza mayor

1. La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con la obligación internacional de ese Estado queda excluida si ese hecho se debe a una fuerza mayor, es decir, a una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto, ajenos al control del Estado, que hacen materialmente imposible, en las circunstancias del caso, cumplir con la obligación.

2. El párrafo 1 no es aplicable si:

a) La situación de fuerza mayor se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca; o

b) El Estado ha asumido el riesgo de que se produzca esa situación.

³³⁷ *Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique (Naulilaa)*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (n.º de venta: 1949. V.1), pág. 1011, en las págs. 1025 y 1026 (1928).

³³⁸ *Ibid.*, pág. 1035, en la pág. 1052 (1930).

³³⁹ *Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens* (véase la nota 28 *supra*).

³⁴⁰ *Ibid.*, en especial págs. 443 a 446, párrs. 80 a 98.

³⁴¹ *Cysne* (véase la nota 338 *supra*), pág. 1057.

³⁴² *Projet Gabčíkovo-Nagyymaros* (véase la nota 27 *supra*), pág. 55, párr. 83.

³⁴³ Para la diferencia entre Estados lesionados y otros Estados con derecho a invocar la responsabilidad del Estado, véanse los artículos 42 y 48 y sus comentarios.

³⁴⁴ *Barcelona Traction* (véase la nota 25 *supra*), pág. 32, párr. 33.

Comentario

1) La fuerza mayor se invoca muchas veces como motivo para excluir la ilicitud de un hecho del Estado³⁴⁵. Esto entraña una situación en que el Estado de que se trate se ve obligado en la práctica a actuar de una manera contraria a las exigencias de una obligación internacional que le incumbe. La fuerza mayor se distingue de una situación de peligro extremo (art. 24) o del estado de necesidad (art. 25) porque el comportamiento del Estado, que de otra manera sería internamente ilícito, es involuntario o por lo menos no entraña ningún elemento de libre elección.

2) Una situación de fuerza mayor que excluye la ilicitud ocurre sólo si se reúnen tres elementos: *a)* el hecho en cuestión debe ser suscitado por una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto, *b)* la situación es ajena al control del Estado interesado, y *c)* en esas circunstancias es materialmente imposible cumplir la obligación. El adjetivo «irresistible» que califica la palabra «fuerza» pone de relieve que debe existir una coacción que el Estado no ha podido evitar, o a la cual no ha podido oponerse, por sus propios medios. Para que sea «imprevisto» el acontecimiento no debe haber sido previsto ni ser fácilmente previsible. Además la «fuerza irresistible» o el «acontecimiento imprevisto» deben tener una relación de causalidad con la situación de imposibilidad material, como se indica en las palabras «se debe a una fuerza mayor [...] que hacen materialmente imposible». Con la salvedad del párrafo 2, cuando se reúnen estos elementos queda excluida la ilicitud del comportamiento del Estado mientras subsista la situación de fuerza mayor.

3) La imposibilidad material de cumplimiento que da lugar a la fuerza mayor puede deberse a un acontecimiento natural o físico (por ejemplo un fenómeno de mal tiempo que desvíe aeronaves de un Estado al territorio de otro Estado, terremotos, inundaciones o sequías) o a una intervención humana (por ejemplo la pérdida de control sobre una parte del territorio de un Estado como resultado de una insurrección o de la devastación de una región por operaciones militares llevadas a cabo por un tercer Estado) o por una combinación de ambos. Algunas situaciones de presión o coacción que entrañan la fuerza impuesta sobre el Estado pueden equivaler también a la fuerza mayor si cumplen las diversas condiciones del artículo 23. En particular, la situación debe ser irresistible, de modo que el Estado de que se trate no tenga ninguna posibilidad real de eludir sus efectos. La fuerza mayor no comprende circunstancias en las que el cumplimiento de una obligación se haya vuelto más difícil, por ejemplo debido a una crisis política o económica. Tampoco abarca situaciones provocadas por el descuido o la ineficiencia del Estado

interesado³⁴⁶, aun si en sí mismo el perjuicio resultante fue accidental y no intencional³⁴⁷.

4) Al redactar lo que después sería el artículo 61 de la Convención de Viena de 1969, 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 tratados, así como la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento era motivo para la terminación de un tratado³⁴⁸. El mismo punto de vista fue adoptado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados³⁴⁹. Pero, atendiendo al interés de dar estabilidad a los tratados, la Conferencia insistió en una formulación estricta del artículo 61 en lo que respecta a la terminación de los tratados. El grado de dificultad asociado a la fuerza mayor como circunstancia que excluye la ilicitud, si bien considerable, es menor al exigido por el artículo 61 para la extinción de un tratado debido a la imposibilidad subsiguiente, tal como lo señaló la CIJ en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*:

El párrafo 1 del artículo 61 exige «la desaparición o destrucción definitivas de un objeto indispensable para el cumplimiento» 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 estricto³⁵⁰.

5) En la práctica, en muchos de los casos en que se invocó la «imposibilidad» no se trataba de una imposibili-

³⁴⁶ Por ejemplo, en relación con hechos como los bombardeos de La Chaux-de-Fonds por aviadores alemanes, el 17 de octubre de 1915, y de Porrentruy por aviadores franceses, el 26 de abril de 1917, en los que se reconoció que esos acontecimientos se debían a negligencia de sus autores, los beligerantes se comprometieron a castigar a los culpables y a reparar los daños causados; Estudio preparado por la Secretaría (ibíd.), párrs. 255 y 256.

³⁴⁷ Por ejemplo, en 1906 un oficial norteamericano a bordo del buque de los Estados Unidos *Chattanooga* fue mortalmente herido cuando su buque entraba al puerto chino de Chefoo por una bala disparada desde un barco de guerra francés. El Gobierno de los Estados Unidos obtuvo reparación, alegando que:

«Si bien el homicidio del teniente England sólo puede considerarse como un accidente, no cabe estimar que pertenece a la categoría de hechos inevitables que no entrañan responsabilidad alguna. En efecto, no se concibe que hubiese ocurrido sin el elemento coadyuvante de falta de la debida precaución por parte de aquellos oficiales del *Dupetit Thouars* encargados del ejercicio de tiro con fusil, que no hicieron cesar el fuego cuando el *Chattanooga*, en su paso normal por el canal público, penetró en la línea de impacto.» M. M. Whiteman, *Damages in International Law*, vol. I, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1937, pág. 221. Véase también el Estudio preparado por la Secretaría (nota 345 *supra*), párr. 130.

³⁴⁸ *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 279.

³⁴⁹ Véase, por ejemplo, la propuesta del representante de México [*Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo-24 de mayo de 1968 y 9 de abril-22 de mayo de 1969, Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.70.V.5), Informe sobre la labor realizada por la Comisión Plenaria en el primer período de sesiones de la Conferencia, documento A/CONF.39/14, pág. 196, párr. 531 a].

³⁵⁰ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (véase la nota 27 *supra*), pág. 63, párr. 102.

³⁴⁵ Véase el Estudio preparado por la Secretaría «La “fuerza mayor” y el “caso fortuito” como circunstancias que excluyen la ilicitud: práctica de los Estados, jurisprudencia internacional y doctrina», *Anuario... 1978*, vol. II (primera parte), pág. 65, documento A/CN.4/315.

dad real, sino de casos de dificultad cada vez mayor 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 de un Estado, debido a los daños sufridos o a la pérdida del control como consecuencia de una tormenta, se introduce en el espacio aéreo de otro Estado sin la autorización de este último. En tales casos se ha aceptado el principio de exclusión de la ilicitud³⁵¹.

6) Además de los incidentes aéreos, también se reconoce el principio del artículo 23 en relación con los buques, en el caso del paso inocente previsto en el párrafo 3 del artículo 14 de la Convención sobre el mar territorial y la zona contigua (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 sobre el Comercio de Tránsito en los Estados sin Litoral. En esas disposiciones, se admite que la fuerza mayor es un elemento constitutivo de las normas primarias allí establecidas, pero su aceptación en esos casos contribuye a confirmar la existencia de un principio general del derecho internacional con efectos semejantes.

7) El principio también ha sido aceptado por los tribunales internacionales. Las comisiones mixtas de reclamaciones han citado muchas veces el carácter imprevisible de ataques por rebeldes al denegar la responsabilidad del Estado territorial por el daño resultante sufrido por personas extranjeras³⁵². En el arbitraje en el caso *Phares*, un faro de propiedad de una empresa francesa había sido incautado en 1915 por el Gobierno griego y posteriormente destruido por acto del enemigo. El tribunal arbitral rechazó, por razones de fuerza mayor, la reclamación francesa en la que se solicitaba la restauración del faro³⁵³. En el caso *Indemnité russe*, se aceptó el principio pero se rechazó la excepción de fuerza mayor porque el pago de la deuda no era materialmente imposible³⁵⁴. La CPJI, en los casos relativos a los *Emprunts serbes* y los *Emprunts*

brésiliens, reconoció que la fuerza mayor era un principio general de derecho (aunque una vez más se rechazó la excepción sobre la base de los hechos del caso)³⁵⁵. Más recientemente, en el arbitraje del caso *Rainbow Warrior*, Francia invocó la fuerza mayor como circunstancia que excluía la ilicitud de su conducta después de haber retirado a los oficiales de Hao y no haberlos hecho regresar (o devueltos) una vez efectuado el 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 mayor³⁵⁶.

8) Además de su aplicación en casos entre Estados como cuestión de derecho internacional público, la fuerza mayor es moneda corriente en la esfera del arbitraje comercial internacional y se la puede calificar de principio general del derecho³⁵⁷.

9) Un Estado no puede invocar la fuerza mayor si ha causado o inducido la situación de que se trate. En el caso *Libyan Arab Foreign Investment Company and The Republic of 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»³⁵⁸. Tratándose del motivo equivalente para la terminación del tratado que figura en el artículo 61 de la Convención de Viena de 1969, no es posible 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». Por analogía a esta disposición, en el apartado a del párrafo 2 se excluye la excepción en circunstancias en que la fuerza mayor se debe, por sí sola o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca. Para que se aplique el apartado a del párrafo 2 no es suficiente que el Estado que invoca la fuerza mayor haya contribuido a la situación de imposibilidad material. La situación de fuerza mayor debe ser «debida» al comportamiento del Estado que la invoca. Esto permite invocar la fuerza mayor en situaciones en que el Estado puede haber contribuido involuntariamente a crear una situación de imposibilidad

³⁵¹ Véanse, por ejemplo, los casos de intrusión accidental en el espacio aéreo atribuibles al estado del tiempo y también los casos de bombardeo accidental del territorio neutral debido a errores de navegación en la primera guerra mundial, citados en el Estudio preparado por la Secretaría (nota 345 *supra*), párrs. 250 a 256. Véase asimismo el intercambio de correspondencia entre los Estados interesados en los incidentes de penetración de aeronaves militares de los Estados Unidos en el espacio aéreo de Yugoslavia en 1946, Estados Unidos de América, *Department of State Bulletin*, Washington D.C., vol. XV, n.º 376 (15 de septiembre de 1946), pág. 502, reproducido en el Estudio preparado por la Secretaría, párr. 144, y el incidente que suscitó la solicitud presentada a la CIJ en 1954, *C.I.J. Mémoires, Traitement en Hongrie d'un avion des Etats-Unis d'Amérique et de son équipage*, pág. 14 (nota del Gobierno húngaro de 17 de marzo de 1953). No resulta siempre claro si estos casos se basan en una situación de peligro extremo o en la fuerza mayor.

³⁵² Véanse, por ejemplo, la decisión de la Comisión de reclamaciones norteamericano-británica en el caso *Saint Albans Raid*, Moore, *History and Digest*, vol. IV, pág. 4042 (1873) y Estudio preparado por la Secretaría (nota 345 *supra*), párr. 339; las decisiones de la Comisión de reclamaciones Estados Unidos-Venezuela en el caso *Wipperman*, Moore, *History and Digest*, vol. III, pág. 3039, y Estudio preparado por la Secretaría, párrs. 349 y 350; asunto *De Brissot and others* (nota 117 *supra*) y Estudio preparado por la Secretaría, párr. 352; y la decisión de la Comisión de reclamaciones británico-mexicana en el caso *Gill*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (n.º de venta: 1952.V.3), pág. 157 (1931) y Estudio preparado por la Secretaría, párr. 463.

³⁵³ *Phares* (véase la nota 182 *supra*), págs. 219 y 220.

³⁵⁴ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (n.º de venta: 61.V.4), pág. 421, en la pág. 443 (1912).

³⁵⁵ *Emprunts serbes*, fallo n.º 14, 1929, *C.P.J.I., série A, n.º 20*, págs. 39 y 40; *Emprunts brésiliens*, fallo n.º 15, *ibíd.*, n.º 21, pág. 120.

³⁵⁶ *Rainbow Warrior* (véase la nota 46 *supra*), pág. 253.

³⁵⁷ Para la fuerza mayor en la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán, véase G. H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, Oxford, Clarendon Press, 1996, págs. 306 a 320. El Tribunal Europeo de Justicia ha reconocido también la fuerza mayor como principio general de derecho: véanse por ejemplo el asunto 145/85, *Denkavit België NV c. Estado Belga, Recopilación de jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, 1987-2, pág. 565; y el asunto 101/84, *Comisión de las Comunidades Europeas c. República Italiana*, *ibíd.*, 1985-6, pág. 2629. Véanse también el artículo 79 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías; P. Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 2.ª ed. (trad. de G. Thomas), Oxford, Clarendon Press, 1998, págs. 600 a 626; y el artículo 7.1.7 de los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, *Compraventa comercial internacional de productos perecederos: modelo de contrato y guía del usuario*, Ginebra, Centro de Comercio Internacional UNCTAD/OMC, 1999, pág. 68.

³⁵⁸ ILR, vol. 96 (1994), pág. 318, párr. 55.

material mediante una conducta que, examinada posteriormente, podría haber sido diferente, pero que fue de buena fe y no tuvo en sí por consecuencia que el acontecimiento fuese menos imprevisible. El apartado *a* del párrafo 2 requiere que el papel del Estado al crear la situación de fuerza mayor sea considerable.

10) El apartado *b* del párrafo 2 se refiere a situaciones en que el Estado ha asumido el riesgo de que se presente una situación de fuerza mayor, ya sea que lo haya hecho en términos de la propia obligación o mediante su comportamiento o en virtud de un acto unilateral. Esto refleja el principio de que la fuerza mayor no excusa del cumplimiento si el Estado se ha comprometido a evitar que se produjera esa situación en particular o de alguna otra manera ha asumido dicho riesgo³⁵⁹. Una vez que un Estado ha aceptado la responsabilidad de un determinado riesgo no puede alegar la fuerza mayor para eludir la responsabilidad. Pero la asunción del riesgo debe ser inequívoca y estar dirigida a los Estados para con los cuales se tiene la obligación.

Artículo 24. Peligro extremo

1. La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado queda excluida si el autor de ese hecho no tiene razonablemente otro modo, en una situación de peligro extremo, de salvar su vida o la vida de otras personas confiadas a su cuidado.

2. El párrafo 1 no es aplicable si:

a) La situación de peligro extremo se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca; o

b) Es probable que el hecho en cuestión cree un peligro comparable o mayor.

Comentario

1) El artículo 24 se refiere al caso concreto en que una persona, cuyos actos son atribuibles al Estado, se encuentre en situación de peligro extremo, ya sea personalmente o en relación con personas que se encuentran a su cuidado. El artículo excluye la ilicitud del comportamiento adoptado por el agente del Estado en circunstancias en que no tenía razonablemente otro modo de salvar vidas. A diferencia de las situaciones de fuerza mayor tratadas en el artículo 23, una persona que actúa en condiciones de peligro extremo no lo hace involuntariamente, aunque la elección queda efectivamente anulada por la situación de extremo peligro³⁶⁰. No se trata de elegir entre el cumplimiento del derecho internacional y de otros legítimos intereses del Estado, como se plantea en el estado de ne-

cesidad en virtud del artículo 25. El interés de que trata es inmediato, salvar vidas, sin que importe la nacionalidad de las personas.

2) 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 mal tiempo o de una falla mecánica o de navegación³⁶¹. Un ejemplo es el de la penetración en 1946 en el espacio aéreo de Yugoslavia por aviones militares de los Estados Unidos. En dos ocasiones, los aviones militares de los Estados Unidos entraron en el espacio aéreo yugoslavo sin autorización y fueron atacados por la defensa aérea yugoslava. El Gobierno de los Estados Unidos protestó ante la acción yugoslava aduciendo que los aviones habían entrado en el espacio aéreo yugoslavo tan sólo para eludir un peligro extremo. El Gobierno de Yugoslavia contestó denunciando las violaciones sistemáticas de su espacio aéreo, que, habida cuenta de su frecuencia, no podían ser, a su juicio, sino intencionales. En una nota presentada posteriormente por el Encargado de Negocios yugoslavo se informó al Departamento de Estado norteamericano de que el Mariscal Tito había prohibido disparar contra los aviones que sobrevolaran sin autorización el territorio yugoslavo, basándose en la presunción de que, por su parte, el Gobierno de los Estados Unidos de América «tomaría las medidas necesarias para impedir esos vuelos, excepto en caso de emergencia o mal tiempo, para lo que pueden tomarse disposiciones de común acuerdo entre las autoridades norteamericanas y yugoslavas»³⁶². En la respuesta del Secretario de Estado interino norteamericano se reiteró la afirmación de que ningún avión norteamericano había volado intencionalmente sobre Yugoslavia sin autorización previa de las autoridades yugoslavas «a menos que se haya visto forzado a hacerlo en una emergencia». Sin embargo, el Secretario de Estado interino añadió que:

Entiendo que el Gobierno de Yugoslavia reconoce que, *en caso de que un avión y sus ocupantes se encuentren en peligro, la aeronave puede cambiar su ruta para ponerse a seguro, incluso aunque dicha acción pueda resultar en el sobrevuelo del territorio yugoslavo sin autorización previa*³⁶³.

3) También se ha alegado el peligro extremo en casos de violación de límites marítimos. Por ejemplo, en diciembre de 1975, después que unos buques de la marina británica penetraron en aguas territoriales islandesas, el Gobierno del Reino Unido sostuvo que los buques habían penetrado en esas aguas buscando «abrigo del tiempo inclemente, como están autorizados a hacerlo con arreglo al derecho internacional consuetudinario»³⁶⁴. Islandia sostuvo por su parte que la presencia en sus aguas de los buques británicos no tenía otra finalidad que la de provocar un incidente, pero no puso en tela de juicio la cuestión de

³⁶¹ Véase el Estudio preparado por la Secretaría (nota 345 *supra*), párrs. 141, 142 y 252.

³⁶² Estados Unidos de América, *Department of State Bulletin* (véase la nota 351 *supra*), reproducido en el Estudio preparado por la Secretaría (nota 345 *supra*), párr. 144.

³⁶³ Estudio preparado por la Secretaría (véase la nota 345 *supra*), párr. 145. La misma tesis se halla en la Memoria sometida el 2 de diciembre de 1958 por el Gobierno de los Estados Unidos a la CIJ en relación con otro incidente aéreo (*C.I.J. Mémoires, Incident aérien du 27 juillet 1955*, págs. 255 y ss.).

³⁶⁴ *Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, trigésimo año*, 1866.ª sesión, 16 de diciembre de 1975, párr. 24; véase el Estudio preparado por la Secretaría (nota 345 *supra*), párr. 136.

³⁵⁹ Como se señala en el Estudio preparado por la Secretaría (nota 345 *supra*), párr. 31, los Estados pueden renunciar, mediante acuerdo, al derecho de alegar la fuerza mayor. 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.

³⁶⁰ Por esta razón, los autores que han examinado esta situación la han definido muchas veces como una de «imposibilidad relativa» de cumplir con la obligación internacional. Véase, por ejemplo, O. J. Lissitzyn, «The treatment of aerial intruders in recent practice and international law», *AJIL*, vol. 47, n.º 4 (octubre de 1953), pág. 588.

derecho según la cual, si los buques británicos se hubieran encontrado en situación de peligro extremo, podían entrar en aguas territoriales islandesas.

4) Aunque históricamente la práctica se ha centrado en casos relativos a buques y aeronaves, el artículo 24 no se limita a dichos casos³⁶⁵. En el arbitraje del caso *Rainbow Warrior* se alegó peligro extremo como circunstancia de exclusión de la ilicitud fuera del contexto de buques o aeronaves. Francia trató de justificar su conducta de remover a los dos oficiales de la isla de Hao con fundamento de «circunstancias de peligro en un caso de extrema urgencia que entrañaban consideraciones humanitarias que afectaban a los órganos del Estado autores del hecho»³⁶⁶. 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 requirió 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 para justificar la repatriación;

3. La existencia de un esfuerzo de buena fe para tratar de obtener el consentimiento de Nueva Zelandia en los términos del acuerdo de 1986³⁶⁷.

De hecho, el peligro para uno de los oficiales, aunque quizás no amenazaba su vida, era real y tal vez haya sido inminente, lo que no fue negado por el médico de Nueva Zelandia que lo examinó posteriormente. En cambio, en el caso del segundo oficial, las justificaciones brindadas (la necesidad de un examen médico por razones de embarazo y el deseo de ver a su padre moribundo) no justificaron las medidas de emergencia. Las vidas del agente y de la criatura no estuvieron amenazadas en el momento y en las proximidades se contaba con instalaciones médicas excelentes. El tribunal sostuvo que:

Es 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 del retiro). Hubo aquí un claro incumplimiento de sus obligaciones.³⁶⁸

5) La excepción de peligro extremo se acepta también en muchos tratados como circunstancia que justifica comportamientos que en otro caso serían ilícitos. El párrafo 3 del artículo 14 de la Convención sobre el mar territorial y la zona contigua permite la detención o el fondeo de buques durante su paso por aguas territoriales extranjeras a condición de que este comportamiento se imponga por un peligro extremo. Una disposición análoga figura en el párrafo 2 del artículo 18 de la Convención de las Naciones

Unidas sobre el Derecho del Mar³⁶⁹. Otras disposiciones semejantes figuran en los convenios internacionales para la prevención de la contaminación del mar³⁷⁰.

6) El artículo 24 se limita a casos en que está en juego la vida humana. En el caso del *Rainbow Warrior*, el tribunal adoptó aparentemente la perspectiva más amplia de las circunstancias que justifican una excepción de peligro extremo, y aceptó al parecer que bastaba un riesgo grave para la salud. El problema cuando se amplía la aplicación del artículo 24 a situaciones en que no se encuentra en peligro la vida es 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 una amplia gama de posibilidades. Habida cuenta del contexto del capítulo V y de la probabilidad de que existan otras soluciones en casos en que aparentemente no estuviera amenazada la vida, no parece necesario ampliar el alcance del peligro extremo más allá de las propias amenazas a la vida. En situaciones en que un agente del Estado se encuentre en peligro extremo y deba actuar para salvar vidas, debe existir un cierto grado de flexibilidad al evaluar las condiciones del peligro extremo. El criterio de «no tiene razonablemente otro modo» del artículo 24 tiene por objeto lograr un equilibrio entre el deseo de disponer de cierta flexibilidad en cuanto a las posibilidades de acción del agente que trata de salvar las vidas y la necesidad de limitar el alcance de la excepción habida cuenta de su carácter excepcional.

7) El peligro extremo sólo puede invocarse como circunstancia que excluye la ilicitud en los casos en que el agente del Estado ha actuado para salvar su propia vida o en que existe una relación especial entre el órgano o agente del Estado y las personas en peligro. No abarca los casos más generales de emergencia, que son más una cuestión de estado de necesidad que de peligro extremo.

8) El artículo 24 sólo excluye 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 su agente de cumplir otras obligaciones (nacionales o internacionales), por ejemplo, la obligación de notificar la llegada a las autoridades pertinentes o de

³⁶⁹ Véanse también el apartado *c* del párrafo 1 del artículo 39 y los artículos 98 y 109 de la Convención.

³⁷⁰ Véase por ejemplo el Convenio internacional para prevenir la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, art. IV.1 *a*, que establece que la prohibición de verter hidrocarburos en el mar no se aplica si ese vertido ha sido efectuado «por un buque para salvar su propia seguridad o la de otro buque, para evitar daños al buque o a la carga o para salvar vidas humanas en el mar». Véase asimismo el Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias, art. V.1, que establece que la prohibición de verter en el mar tales materias no se aplica «cuando sea necesario salvaguardar la seguridad de la vida humana o de buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar, [...] en cualquier otro caso que constituya un peligro para la vida humana o una amenaza real para buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar, si el vertimiento parece ser el único medio para evitar la amenaza». Véanse también el Convenio para la Prevención de la Contaminación Marina Provocada por Vertidos desde Buques y Aeronaves, art. 8.1; y el Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973 (Convenio MARPOL), anexo I, art. 11 *a*.

³⁶⁵ También han ocurrido casos de violación de una frontera terrestre cometida con el fin de salvar la vida de una persona en peligro. Véase, por ejemplo, el caso de la violación de la frontera austríaca por soldados italianos en 1862, Estudio preparado por la Secretaría (nota 345 *supra*), párr. 121.

³⁶⁶ *Rainbow Warrior* (véase la nota 46 *supra*), págs. 254 y 255, párr. 78.

³⁶⁷ *Ibid.*, pág. 255, párr. 79.

³⁶⁸ *Ibid.*, pág. 263, párr. 99.

dar la información pertinente sobre el viaje, los pasajeros o la carga³⁷¹.

9) Al igual que en el caso de fuerza mayor, una situación que ha sido causada o inducida por el Estado que invoca la excepción no es una situación de peligro extremo. En muchos casos, el Estado que invoca el peligro extremo puede haber contribuido, aunque sea indirectamente, a suscitar la situación. Deberá darse prioridad, sin embargo, a las medidas que son necesarias para salvar vidas, y con arreglo al apartado a del párrafo 2, el peligro extremo sólo queda excluido si la situación de peligro extremo se debe, ya sea por sí sola o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que lo invoca. Esta es la misma fórmula que se ha adoptado con respecto al apartado a del párrafo 2 del artículo 23³⁷².

10) El peligro extremo sólo puede excluir la ilicitud cuando los intereses que se trata de proteger (por ejemplo, la vida de los pasajeros o de la tripulación) son claramente superiores a los demás intereses en juego en esas circunstancias. Si el comportamiento que se trata de excusar pone en peligro más vidas de las que puede salvar, o crea de otra manera un peligro mayor, no estará comprendido por la excepción de peligro extremo. Por ejemplo, un avión militar que lleve explosivos puede causar un desastre si hace un aterrizaje de emergencia, o un submarino nuclear con serios desperfectos puede causar una reacción radiactiva en el puerto en que busca refugio. En el apartado b del párrafo 2 se prescribe que la excepción de peligro extremo no se aplica al hecho en cuestión si es probable que ese hecho cree un peligro comparable o mayor. Esto es conforme al párrafo 1, que al exigir que el autor del hecho no tenga «razonablemente otro modo» de salvar vidas establece un criterio objetivo. Las palabras «peligro comparable o mayor» deben valorarse en el contexto del propósito general de salvar vidas.

Artículo 25. Estado de necesidad

1. Ningún Estado puede invocar el 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 ese hecho:

a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y

b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe

³⁷¹ Véase *Cashin and Lewis v. The King, Canada Law Reports* 1935, pág. 103 (aun cuando el buque entrase al puerto en situación de peligro extremo no está exceptuado de la exigencia de presentar un informe sobre el viaje). Véase también «*Rebecca*», Comisión de reclamaciones México-Estados Unidos, AJIL, vol. 23, n.º 4 (octubre de 1929), pág. 860 (el buque entró al puerto en situación de peligro extremo; la mercadería fue secuestrada por infracción 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); «*May*» v. *The King, Canada Law Reports* 1931, pág. 374; «*Queen City*» v. *The King*, ibíd., pág. 387; *Rex v. Flahaut, Dominion Law Reports* 1935, pág. 685 (se aplicó el criterio de «peligro extremo real e irresistible»).

³⁷² Véase el párrafo 9 del comentario al artículo 23.

la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:

a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o

b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

Comentario

1) Por la expresión «estado de necesidad» (*état de nécessité*) se designan los casos excepcionales en que la única forma que tiene un Estado de salvaguardar un interés esencial amenazado por un peligro grave e inminente es, de momento, no cumplir otra obligación internacional de menor importancia o urgencia. En las condiciones estrictamente definidas en el artículo 25, esa excusa se reconoce como circunstancia que excluye la ilicitud.

2) La excusa del estado de necesidad es excepcional en varios aspectos. A diferencia del consentimiento (art. 20), la legítima defensa (art. 21) o las contramedidas (art. 22), no depende de un comportamiento anterior del Estado lesionado. A diferencia de la fuerza mayor (art. 23), no supone un comportamiento involuntario o impuesto. A diferencia del peligro extremo (art. 24), el estado de necesidad no consiste en un peligro para las vidas de las personas a cargo del funcionario de un Estado, sino en un grave peligro para los intereses esenciales del propio Estado o de la comunidad internacional en su conjunto. Surge cuando existe un conflicto, de momento irreconciliable, entre un interés esencial, por una parte, y una obligación del Estado que invoca la necesidad, por la otra. Esas características especiales significan que el estado de necesidad sólo podrá alegarse raras veces para excusar el incumplimiento de una obligación y que está sometido a limitaciones estrictas para prevenir cualquier posible abuso³⁷³.

3) Hay una doctrina considerable que apoya la existencia del estado de necesidad como circunstancia que excluye la ilicitud. El estado de necesidad ha sido invocado por los Estados y se han ocupado de él algunos tribunales internacionales. En esos casos, se ha aceptado en principio o, al menos, no se ha rechazado.

4) En una controversia anglo-portuguesa de 1832, el Gobierno portugués invocó que la necesidad urgente de atender a la subsistencia de determinados contingentes

³⁷³ Quizá el caso clásico de ese abuso es la ocupación de Luxemburgo y Bélgica por Alemania en 1914, que Alemania intentó justificar por un estado de necesidad. Véanse especialmente la nota presentada el 2 de agosto de 1914 por el Ministro alemán en Bruselas al Ministro belga de Relaciones Exteriores, en J. B. Scott (ed.), *Diplomatic Documents relating to the Outbreak of the European War*, Nueva York, Oxford University Press, 1916, parte I, págs. 749 y 750, y el discurso pronunciado en el Reichstag por el Canciller alemán, von Bethmann-Hollweg, el 4 de agosto de 1914, que contenía la conocida frase: *wir sind jetzt in der Notwehr; und Not kennt kein Gebot!* («ahora estamos en un estado de legítima defensa, y la necesidad no conoce leyes»), *Jahrbuch des Völkerrechts*, vol. III (1916), pág. 728.

utilizados para reprimir disturbios internos había justificado la confiscación de bienes pertenecientes a nacionales británicos, a pesar de las estipulaciones de un tratado. El Gobierno británico estimó que:

los tratados concertados entre este país y Portugal [no] son tan rígidos ni inflexibles que no puedan modificarse en circunstancia alguna o que sus cláusulas deban ser acatadas tan estrictamente que se prive al Gobierno de Portugal del derecho a utilizar medios que puedan ser absoluta e indispensablemente necesarios para la seguridad, e incluso, la existencia misma del Estado.

El alcance de la necesidad que justifique una confiscación de esa índole de los bienes de súbditos británicos dependerá de las circunstancias particulares del caso, pero la necesidad debe ser inminente y urgente³⁷⁴.

5) El incidente del *Caroline* de 1837, aunque se menciona con frecuencia como ejemplo de legítima defensa, suponía en realidad una alegación de estado de necesidad, en una época en que el derecho relativo al uso de la fuerza tenía una base muy distinta de la actual. En aquel caso, fuerzas armadas británicas penetraron en territorio norteamericano y atacaron y destruyeron un navío perteneciente a ciudadanos norteamericanos, cargado de reclutas y materiales militares y de otra índole, destinados a los insurgentes canadienses. Como respuesta a las protestas norteamericanas, el Ministro de Gran Bretaña en Washington, Fox, habló de la «necesidad de legítima defensa y de autoconservación»; esta idea fue recogida luego por los asesores jurídicos consultados por el Gobierno británico, quienes señalaron que «la conducta de las autoridades británicas» estaba justificada porque había sido «absolutamente necesaria como medida de precaución»³⁷⁵. El Secretario de Estado Webster replicó al Ministro Fox que «nada que no sea una necesidad clara y absoluta puede justificar» la comisión «de actos hostiles dentro del territorio de una Potencia en paz», y destacó que el Gobierno británico debía probar que la acción de sus fuerzas había sido verdaderamente provocada por «una necesidad de legítima defensa instantánea, abrumadora, que no dejaba ninguna elección posible de medios y ningún tiempo para deliberar»³⁷⁶. En su mensaje al Congreso del 7 de diciembre de 1841, el Presidente Tyler reiteró que:

Este Gobierno no puede conceder a ningún gobierno extranjero la facultad, excepto en el caso de la necesidad más urgente y extrema, de invadir su territorio, ya sea para detener a las personas o para destruir los bienes de quienes puedan haber violado las leyes internas de ese gobierno extranjero³⁷⁷.

El incidente no quedó concluido hasta 1842, después de un canje de cartas en las que los dos Gobiernos estuvieron de acuerdo en que podía surgir «una necesidad fuerte e insuperable en cuya oportunidad este gran principio pueda y deba suspenderse». «Esto debe hacerse» —añadió Lord Ashburton, enviado especial del Gobierno británico a Washington— «por el período más breve posible durante la existencia de una necesidad imperiosa y reconocida

como tal, y estar estrictamente limitado a los límites más estrechos impuestos por esa necesidad»³⁷⁸.

6) En la controversia «Focas de peletería rusas» de 1893, el «interés esencial» que debía salvaguardarse contra un peligro «grave e inminente» era el medio ambiente natural en una zona no sujeta a la jurisdicción de ningún Estado ni a ninguna reglamentación internacional. Ante el peligro de exterminio de las focas por su caza sin limitaciones, el Gobierno ruso dictó un decreto que prohibía su caza en una zona de la alta mar. En una carta de fecha 12 de febrero (24 de febrero) de 1893, el Ministro ruso de Relaciones Exteriores, explicó que esa medida se había adoptado a causa de la «necesidad absoluta de tomar medidas provisionales inmediatas» en vista de la inminencia de la estación de caza. Subrayó «el carácter esencialmente provisional de las medidas anteriormente mencionadas, impuestas por las presentes circunstancias excepcionales»³⁷⁹ y se declaró dispuesto a concertar un acuerdo con el Gobierno británico para resolver a plazo más largo la cuestión de la caza de focas en la región.

7) En el asunto *Indemnité russe*, el Gobierno otomano, para justificar su tardanza en el pago de la deuda contraída con el Gobierno ruso, invocó, entre otras cosas, haberse encontrado en una situación financiera sumamente difícil, que describió como «fuerza mayor» pero que tenía más bien los caracteres de un estado de necesidad. El tribunal de arbitraje aceptó en principio la excusa:

La excepción de la fuerza mayor invocada en primer lugar es oponible tanto en derecho internacional público como en derecho privado: el derecho internacional debe adaptarse a las necesidades políticas. El Gobierno Imperial ruso admite expresamente [...] que la obligación que tiene un Estado de ejecutar los tratados puede debilitarse «si la existencia misma del Estado peligrá, si el cumplimiento de la obligación internacional es [...] autodestructivo»³⁸⁰.

No obstante, a su juicio:

Sería manifiestamente exagerado admitir que el pago o la contratación de un empréstito para el pago de la suma relativamente mínima de cerca de seis millones de francos aproximadamente debida a los titulares rusos de indemnizaciones habría puesto en peligro la existencia del Imperio otomano o comprometido gravemente su situación interna o externa³⁸¹.

En su opinión, el cumplimiento de la obligación internacional debía ser *self-destructive* (autodestructivo) para que pudiera excluirse la ilicitud del comportamiento no conforme con la obligación³⁸².

³⁷⁴ A. D. McNair (ed.), *International Law Opinions*, Cambridge University Press, 1956, vol. II, *Peace*, pág. 232.

³⁷⁵ Véanse respectivamente W. R. Manning (ed.), *Diplomatic Correspondence of the United States: Canadian Relations, 1784-1860*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1943, vol. III, pág. 422; y A. D. McNair (ed.), *International Law Opinions* (nota 374 *supra*), pág. 221.

³⁷⁶ *British and Foreign State Papers, 1840-1841*, vol. 29, Londres, H. K. Lewis, 1857, pág. 1129.

³⁷⁷ *Ibid.*, 1841-1842, vol. 30, pág. 194.

³⁷⁸ *Ibid.*, pág. 195. Véase la respuesta del Secretario de Estado Webster, pág. 201.

³⁷⁹ *Ibid.*, 1893-1894, Londres, H. M. Stationery Office, 1899, vol. 86, pág. 220.; y Estudio preparado por la Secretaría (véase la nota 345 *supra*), párr. 155.

³⁸⁰ Véase la nota 354 *supra*; véase también el Estudio preparado por la Secretaría (nota 345 *supra*), párr. 394.

³⁸¹ *Ibid.*

³⁸² Un caso en que las partes en una controversia estuvieron de acuerdo en que dificultades financieras muy graves podían justificar un modo de cumplir la obligación distinto del previsto originalmente es el relativo a la ejecución del laudo dictado en el asunto *Forêts du Rhodope central*, fondo, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (n.º de venta: 1949.V.2), pág. 1405 (1933); véase Sociedad de las Naciones, *Journal officiel*, 15.º año, n.º 11 (primera parte) (noviembre de 1934), pág. 1432.

8) En el asunto de la *Société commerciale de Belgique*³⁸³, el Gobierno griego debía abonar una suma de dinero a una sociedad belga, en virtud de dos laudos arbitrales. Bélgica pidió a la CPJI que declarara que el Gobierno griego, al negarse a ejecutar los laudos arbitrales, había violado sus obligaciones internacionales. El Gobierno griego adujo la grave situación presupuestaria y monetaria del país³⁸⁴. La Corte observó que no entraba en su mandato declarar si el Gobierno griego tenía justificación para no ejecutar los laudos arbitrales. Sin embargo, aceptó implícitamente el principio básico, sobre el que ambas partes estaban de acuerdo³⁸⁵.

9) En marzo de 1967, el petrolero liberiano *Torrey Canyon* encalló en unas rocas sumergidas frente a la costa de Cornualles, fuera de las aguas territoriales británicas, vertiendo en el mar grandes cantidades de petróleo que amenazaron las costas inglesas. Tras varios intentos fracasados de poner remedio, el Gobierno británico decidió bombardear el buque a fin de inflamar el petróleo restante. La operación tuvo éxito. El Gobierno británico no dio una justificación jurídica de su conducta, pero insistió en la existencia de una situación de peligro extremo y en que la decisión de bombardear el buque sólo se había adoptado después de haber fracasado todos los demás medios³⁸⁶. No hubo protestas internacionales. Posteriormente se elaboró una convención para prever futuros casos en que la intervención pudiera ser necesaria para evitar una grave contaminación causada por hidrocarburos³⁸⁷.

10) En el arbitraje del asunto *Rainbow Warrior*, el tribunal arbitral expresó dudas sobre la existencia de una justificación por estado de necesidad. Señaló que el proyecto de artículo de la Comisión (ahora artículo 25) «presuntamente autoriza al Estado a adoptar medidas ilícitas mediante la invocación del estado de necesidad» y calificó esa propuesta de la Comisión de «controvertida»³⁸⁸.

11) Por el contrario, en el asunto *Projet Gabcikovo-Nagymaros* la CIJ examinó cuidadosamente un argumento fundado en el proyecto de artículo de la Comisión

³⁸³ *Société commerciale de Belgique*, fallo, 1939, C.P.J.I., série A/B, n.º 78, pág. 160.

³⁸⁴ C.P.J.I., série C, n.º 87, págs. 141 y 190; Estudio preparado por la Secretaría (nota 345 *supra*), párr. 278. Véanse en general los párrafos 276 a 287, en relación con los argumentos griegos relativos al estado de necesidad.

³⁸⁵ Véase la nota 383 *supra*; véase también el Estudio preparado por la Secretaría (nota 345 *supra*), párr. 288. Véanse además el asunto *Emprunts serbes*, en el que las posiciones de las partes y de la Corte sobre ese punto eran muy similares (nota 355 *supra*) y el asunto de la *French Company of Venezuelan Railroads* (nota 178 *supra*), pág. 353; y Estudio preparado por la Secretaría (nota 345 *supra*), párrs. 263 a 268 y 385 y 386. En su opinión individual en el asunto *Oscar Chinn*, el juez Anzilotti aceptó el principio de que «la necesidad puede excusar el incumplimiento de las obligaciones internacionales», pero negó su aplicabilidad a los hechos (fallo, 1934, C.P.J.I., série A/B, n.º 63, pág. 65, en la pág. 113).

³⁸⁶ *The «Torrey Canyon»*, Cmnd. 3246, Londres, H. M. Stationery Office, 1967.

³⁸⁷ Convenio internacional relativo a la intervención en alta mar en casos de accidentes que causen una contaminación por hidrocarburos.

³⁸⁸ *Rainbow Warrior* (véase la nota 46 *supra*), pág. 254. En el asunto *Libyan Arab Foreign Investment Company and The Republic of Burundi*, 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 no habían constituido aparentemente el único medio de salvaguardar un interés esencial frente a un peligro grave e inminente (véase la nota 358 *supra*), pág. 319.

(ahora artículo 25), aceptando expresamente el principio, mientras rechazaba su invocación en las circunstancias del caso. En cuanto al principio mismo, la Corte observó que ambas partes habían considerado el proyecto de artículo de la Comisión como formulación adecuada, y continuó diciendo:

La Corte considera [...] que el estado de necesidad es un fundamento reconocido por el derecho internacional consuetudinario para excluir la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con 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 una redacción negativa [...]

En consecuencia, según la Comisión, el estado de necesidad sólo se puede invocar en ciertas condiciones estrictamente definidas que deben satisfacerse acumulativamente; y 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 [...] debe haber sido ocasionado por un «interés esencial» del Estado autor del hecho en conflicto con una de sus obligaciones internacionales; ese interés debe haber sido amenazado por un «peligro grave e inminente»; el hecho impugnado debe haber sido el «único medio» de salvaguardar ese interés; el hecho no debe haber «afecta[do] gravemente un interés esencial» del Estado hacia el cual existe la obligación; y el Estado autor de ese hecho no debe haber «contribuido a que se produzca el estado de necesidad». Esas condiciones son un reflejo del derecho internacional consuetudinario³⁸⁹.

12) Aparentemente, el estado de necesidad se planteó también en el asunto *Compétence en matière de pêcheries*³⁹⁰. 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 medio 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 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». Posteriormente, funcionarios del Canadá abordaron y secuestraron en alta mar un buque de pesca español, el *Estai*, lo que provocó un conflicto con la Unión Europea y con España. El Gobierno de España negó que el secuestro se pudiera justificar por la preocupación causada por la conservación de las especies «ya que viola las disposiciones establecidas del Convenio sobre la futura cooperación multilateral en los caladeros del Atlántico Noroccidental, del que el Canadá es Parte»³⁹¹. El Canadá no estuvo de acuerdo y dijo que «el secuestro del *Estai* fue necesario para poner fin a la sobrepesca del fletán negro por pescadores español-

³⁸⁹ *Projet Gabcikovo-Nagymaros* (véase la nota 27 *supra*), págs. 40 y 41, párrs. 51 y 52.

³⁹⁰ *Compétence en matière de pêcheries* (España c. Canadá), competencia de la Corte, fallo, C.I.J. Recueil 1998, pág. 432.

³⁹¹ *Ibid.*, pág. 443, párr. 20. Sobre la protesta de la Comunidad Europea de 10 de marzo de 1995, en la que ésta dijo que el secuestro «no se podía justificar de ninguna manera», véase la Memoria del Reino de España (septiembre de 1995), C.I.J. Mémoires, *Compétence en matière de pêcheries* (España c. Canadá), párr. 15.

les»³⁹². La Corte estimó que no tenía jurisdicción en el asunto³⁹³.

13) La existencia y los límites de la excusa de estado de necesidad han dado lugar a una prolongada controversia en la doctrina. Los primeros autores la aceptaban en su mayoría expresamente, con sujeción a condiciones estrictas³⁹⁴. En el siglo XIX, los abusos del estado de necesidad que acompañaron a la idea de los «derechos fundamentales de los Estados» produjeron una reacción contra esa doctrina. Durante el siglo XX aumentó el número de autores opuestos al concepto de estado de necesidad en derecho internacional, pero en general la doctrina ha seguido siendo favorable a la posibilidad de esa excusa³⁹⁵.

14) En resumidas cuentas, la práctica de los Estados y las decisiones judiciales apoyan la opinión de que el estado de necesidad puede constituir una circunstancia que excluya la ilicitud en condiciones muy limitadas, y esta opinión se recoge en el artículo 25. Los casos muestran que el estado de necesidad se ha invocado para excluir la ilicitud de hechos contrarios a una amplia variedad de obligaciones, tanto de origen consuetudinario como convencional³⁹⁶. Se ha invocado para proteger una gran diversidad de intereses, incluidos la salvaguardia del medio ambiente, la preservación de la existencia misma del Estado y de su población en un momento de emergencia pública, o la garantía de la seguridad de una población civil. Sin embargo, se imponen condiciones estrictas para

permitir esa excusa, lo que se refleja en el artículo 25. En particular, para subrayar el carácter excepcional del estado de necesidad y las preocupaciones por su posible abuso, el artículo 25 se ha redactado en forma negativa («ningún Estado puede invocar [...] a menos que»)³⁹⁷. A este respecto, refleja la redacción del artículo 62 de la Convención de Viena de 1969, que trata del cambio fundamental en las circunstancias. Refleja también esa redacción al establecer, en su párrafo 1, dos condiciones sin las que no podrá invocarse el estado de necesidad, y excluir, en su párrafo 2, dos situaciones que quedan totalmente fuera del ámbito de la excusa del estado de necesidad³⁹⁸.

15) La primera condición, expuesta en el apartado a del párrafo 1, es que el estado de necesidad sólo podrá invocarse para salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente. La medida en que un interés determinado sea «esencial» dependerá de todas las circunstancias y no puede prejuzgarse. La condición se extiende a los intereses particulares del Estado y de su población, así como de la comunidad internacional en su conjunto. Sin embargo, cualquiera que sea ese interés, sólo se satisfará cuando la amenaza sea de un peligro grave e inminente. El peligro tiene que establecerse objetivamente y no ser considerado simplemente como posible. Además de ser grave, el peligro tiene que ser inminente en el sentido de próximo. Sin embargo, como declaró la CIJ en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*:

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 es por ello menos cierta e inevitable³⁹⁹.

Además, las medidas adoptadas deben ser el «único modo» disponible para salvaguardar el interés. La excusa quedará excluida si existen otros modos (por lo demás legítimos), aunque puedan ser más costosos o menos convenientes. Así, en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte no se mostró persuadida de que la suspensión y el abandono unilaterales del proyecto fuera la única medida posible dada las circunstancias, teniendo en cuenta en particular el volumen de trabajo ya realizado y el dinero invertido, y la posibilidad de remediar cualesquiera problemas por otros medios⁴⁰⁰. La palabra «modo» del apartado a del párrafo 1 no se limita a una acción unilateral sino que puede comprender también otras formas de comportamiento posibles mediante la cooperación con otros Estados o por conducto de organizaciones internacionales (por ejemplo, medidas de conservación de una pesquería adoptadas por medio del organismo regional de pesca competente). Además, el requisito de la necesidad es intrínseco a esa excusa: todo comportamiento que vaya más allá de lo estrictamente necesario para el fin no quedará comprendido.

³⁹² *Compétence en matière de pêcheries* (véase la nota 390 *supra*), pág. 443, párr. 20. Véase también la Contramemoria del Canadá (29 de febrero de 1996), *C.I.J. Mémoires* (nota 391 *supra*), párrs. 17 a 45.

³⁹³ Por medio de una minuta convenida entre la Comunidad Europea y el Canadá, el Canadá se comprometió a revocar los reglamentos de aplicación de la Ley de 1994 a los buques españoles y portugueses en la zona de la NAFO y a liberar al *Estai*. Las partes mantuvieron expresamente sus posiciones respectivas «sobre la conformidad de la enmienda de 25 de mayo de 1994 a 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» y se reservaron «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 sobre la conservación y la ordenación de las especies de peces, Bruselas, 20 de abril de 1995, ILM, vol. 34, n.º 5 (septiembre de 1995), pág. 1260. Véase también el Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios.

³⁹⁴ Véanse B. Ayala, *De jure et officiis bellicis et disciplina militari, libri tres* (1582), Washington D.C., Carnegie Institution, 1912, vol. II (traducción inglesa), pág. 135; A. Gentili, *De iure belli, libri tres* (1612), Oxford, Clarendon Press, 1933, vol. II (traducción inglesa), pág. 351; H. Grotius, *De jure belli ac pacis, libri tres* (1646), Oxford, Clarendon Press, 1925, vol. II (traducción inglesa), pág. 193; S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium, libri octo* (1688), Oxford, Clarendon Press, 1934, vol. II (traducción inglesa), págs. 295 y 296; C. Wolff, *Jus gentium methodo scientifica pertractatum* (1764), Oxford, Clarendon Press, 1934, vol. II (traducción inglesa), págs. 173 y 174; y E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle* (1758), Washington D.C., Carnegie Institution, 1916, vol. III, pág. 149.

³⁹⁵ Véase un examen de la doctrina anterior en *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 45 a 47; véanse también P. A. Pillitu, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, Universidad de Perugia/Editrice Licosa, 1981; J. Barboza, «Necessity (revisited) in international law», en J. Makarczyk (ed.), *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1984, pág. 27; y R. Boed, «State of necessity as a justification for internationally wrongful conduct», *Yale Human Rights and Development Law Journal*, vol. 3 (2000), pág. 1.

³⁹⁶ Sobre la carencia de importancia de la fuente de la obligación violada, véanse en general el artículo 12 y su comentario.

³⁹⁷ A esta redacción negativa hizo referencia la CIJ en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (véase la nota 27 *supra*), pág. 40, párr. 51.

³⁹⁸ Otra exclusión, común a todas las circunstancias que excluye la ilicitud, es la de las normas imperativas (véanse el artículo 26 y su comentario).

³⁹⁹ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (véase la nota 27 *supra*), pág. 42, párr. 54.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, págs. 42 y 43, párr. 55.

16) A los efectos del apartado *a* del párrafo 1 no basta simplemente con que el peligro se perciba o sea posible. Es cierto que en cuestiones relacionadas, por ejemplo, con la conservación y el medio ambiente o con la seguridad de grandes estructuras, habrá con frecuencia problemas de incertidumbre científica y que los expertos bien informados pueden adoptar diferentes opiniones sobre si existe un peligro, sobre su gravedad o inminencia y sobre si los medios propuestos son los únicos disponibles dadas las circunstancias. Por definición, en los casos de estado de necesidad el peligro no se habrá producido todavía. En el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte señaló que el Estado que lo invocara no podía ser el único juez de la necesidad⁴⁰¹, pero cierto grado de incertidumbre con respecto al futuro no impedirá necesariamente a un Estado invocar el estado de necesidad, si el peligro está claramente determinado sobre la base de las pruebas razonablemente disponibles en ese momento.

17) La segunda condición para invocar el estado de necesidad, expuesta en el apartado *b* del párrafo 1, es que el comportamiento de que se trate no afecte gravemente a un interés esencial del Estado o los Estados involucrados, o de la comunidad internacional en su conjunto (véase párr. 18 *infra*). En otras palabras, el interés de que se trate debe predominar sobre cualquier otra consideración, no sólo desde el punto de vista del Estado que actúe sino desde el de una evaluación razonable de los intereses contrapuestos, sean individuales o colectivos⁴⁰².

18) Como cuestión terminológica, basta utilizar la frase «comunidad internacional en su conjunto», en lugar de «comunidad internacional de Estados en su conjunto», que se utiliza en el contexto específico del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. La inserción de las palabras «de Estados» en el artículo 53 de esa Convención tenía por objeto subrayar la supremacía de los Estados en la elaboración del derecho internacional, incluida especialmente el establecimiento de normas de carácter imperativo. En cambio, la CIJ utilizó la frase «comunidad internacional en su conjunto» en el asunto *Barcelona Traction*⁴⁰³, y esa expresión se utiliza frecuentemente en los tratados y otros instrumentos internacionales en el mismo sentido del apartado *b* del párrafo 1⁴⁰⁴.

19) Además de las condiciones expuestas en el párrafo 1, el párrafo 2 establece dos límites generales para poder invocar el estado de necesidad. Esto se deja en claro mediante la utilización de las palabras «en todo caso». El apartado *a* del párrafo 2 se refiere a los casos en que la

obligación internacional de que se trate excluya explícita o implícitamente la invocación del estado de necesidad. Así, algunas convenciones humanitarias aplicables a los conflictos armados excluyen expresamente la invocación de la necesidad militar. Otras, aunque no excluyan explícitamente el estado de necesidad, deben aplicarse en situaciones anormales de peligro para el Estado responsable y que, evidentemente, comprometen sus intereses esenciales. En tal caso, la imposibilidad de alegar el estado de necesidad se deduce claramente del objeto y el fin de la norma.

20) De conformidad con el apartado *b* del párrafo 2 no puede alegarse el estado de necesidad si el Estado responsable ha contribuido a que se produzca esa situación de necesidad. Así, en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la CIJ estimó que, como Hungría había «ayudado, por acción u omisión, a provocar» la situación de presunta necesidad, no podía basarse en esa situación como circunstancia que excluyera la ilicitud⁴⁰⁵. Para que una excusa de estado de necesidad quede excluida de conformidad con el apartado *b* del párrafo 2, la contribución a la situación de necesidad debe ser suficientemente sustancial y no simplemente incidental o periférica. El apartado *b* del párrafo 2 se ha redactado en términos más categóricos que el apartado *a* del párrafo 2 del artículo 23 y el apartado *a* del párrafo 2 del artículo 24, porque los requisitos del estado de necesidad deben definirse de manera más estricta.

21) Tal como se recoge en el artículo 25, la excusa de estado de necesidad no tiene por objeto abarcar un comportamiento que en principio se rija por las obligaciones primarias. Esto tiene especial importancia en relación con las normas relativas al uso de la fuerza en las relaciones internacionales y a la cuestión de la «necesidad militar». Es cierto que, en algunos casos, se ha invocado el estado de necesidad para excusar las actuaciones militares en el extranjero, en particular en el contexto de reclamaciones por intervenciones humanitarias⁴⁰⁶. La cuestión de si las medidas de intervención humanitaria por la fuerza, no autorizadas de conformidad con los Capítulos VII u VIII de la Carta de las Naciones Unidas, pueden ser lícitas de conformidad con el moderno derecho internacional no se trata en el artículo 25⁴⁰⁷. Lo mismo se aplica a la doctrina de la «necesidad militar», que es, en primer lugar, el criterio subyacente de una serie de normas sustantivas del derecho de la guerra y la neutralidad, y se incluye ex-

⁴⁰¹ *Ibid.*, pág. 40, párr. 51.

⁴⁰² En el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* la CIJ afirmó la necesidad de tener en cuenta todo interés compensatorio del otro Estado involucrado (véase la nota 27 *supra*), pág. 46, párr. 58.

⁴⁰³ *Barcelona Traction* (véase la nota 25 *supra*), pág. 32, párr. 33.

⁴⁰⁴ Véanse, por ejemplo, el tercer párrafo del preámbulo de la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos; el cuarto párrafo del preámbulo de la Convención internacional contra la toma de rehenes; el quinto párrafo del preámbulo del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima; el tercer párrafo del preámbulo de la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado; el décimo párrafo del preámbulo del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas; el noveno párrafo del preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; y el noveno párrafo del preámbulo del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo.

⁴⁰⁵ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (véase la nota 27 *supra*), pág. 46, párr. 57.

⁴⁰⁶ Por ejemplo, en 1960 Bélgica invocó el estado de necesidad para justificar su intervención militar en el Congo. La cuestión se debatió en el Consejo de Seguridad pero no desde el punto de vista del estado de necesidad como tal. Véase *Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, decimoquinto año*, 873.^a sesión, 13 y 14 de julio de 1960, párrs. 144, 182 y 192; 877.^a sesión, 20 y 21 de julio de 1960, párrs. 31 y ss., y párr. 142; 878.^a sesión, 21 de julio de 1960, párrs. 23 y 65; 879.^a sesión, 21 y 22 de julio de 1960, párrs. 80 y ss., y párrs. 118 y 151. Con respecto al incidente del *Caroline*, véase *supra* el párrafo 5 del comentario.

⁴⁰⁷ Sobre la exclusión general del ámbito de las circunstancias que excluyen la ilicitud de un comportamiento que infrinja una norma imperativa, véanse también el artículo 26 y su comentario.

presamente en cierto número de disposiciones de tratados en materia de derecho humanitario internacional⁴⁰⁸. En ambos aspectos, aunque consideraciones semejantes a las que subyacen en el artículo 25 puedan desempeñar un papel, se tienen en cuenta en el contexto de la formulación e interpretación de las obligaciones primarias⁴⁰⁹.

Artículo 26. Cumplimiento de normas imperativas

Ninguna disposición del presente capítulo excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general.

Comentario

1) De conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general será nulo. En virtud del artículo 64, un tratado anterior que esté en oposición con una nueva norma imperativa se convertirá en nulo y terminará⁴¹⁰. La cuestión es saber qué implicaciones pueden tener esas disposiciones para las cuestiones de que se ocupa el capítulo V.

2) Fitzmaurice, como Relator Especial sobre el derecho de los tratados, se ocupó de esta cuestión sobre la base de una condición implícita de «compatibilidad continua con el derecho internacional» y señaló lo siguiente:

Toda obligación convencional cuya observancia sea incompatible con una nueva regla o prohibición que tenga en derecho internacional el 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 tratado⁴¹¹.

⁴⁰⁸ Véase por ejemplo el apartado *g* del artículo 23 del Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre (anexo a la Convención II de La Haya de 1899 y a la Convención IV de 1907), que prohíbe destruir propiedades enemigas «excepto los casos en que estas destrucciones o apropiaciones sean imperiosamente reclamadas por las necesidades de la guerra». De igual modo, el párrafo 5 del artículo 54 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales parece permitir los ataques a bienes indispensables para la supervivencia de la población civil si «una necesidad militar imperiosa» lo requiere.

⁴⁰⁹ Véanse, por ejemplo, M. Huber, «Die kriegsrechtlichen Verträge und die Kriegsraison», *Zeitschrift für Völkerrecht*, vol. VII (1913), pág. 351; D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, Roma, Athenaeum, 1915, vol. III, pág. 207; C. De Visscher, «Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité», *RGDIP*, vol. 24 (1917), pág. 74; N. C. H. Dunbar, «Military necessity in war crimes trials», *BYBIL* 1952, vol. 29, pág. 442; C. Greenwood, «Historical development and legal basis», en D. Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, 1995, pág. 1, en las págs. 30 a 33; y Y. Dinstein, «Military necessity», en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, Amsterdam, Elsevier, 1997, págs. 395 a 397.

⁴¹⁰ Véase también el párrafo 5 del artículo 44 que dispone que en los casos previstos en el artículo 53 no se admitirá la división de las disposiciones del tratado.

⁴¹¹ Cuarto informe sobre el derecho de los tratados (véase la nota 307 *supra*), pág. 51. Véase también S. Rosenne, *Breach of Treaty*, Cambridge, Grotius, 1985, pág. 63.

Sin embargo, la Comisión no propuso artículos concretos sobre esta cuestión, salvo los propios artículos 53 y 64.

3) Cuando existe una oposición aparente entre obligaciones primarias, una de las cuales se deriva para un Estado directamente de una norma imperativa de derecho internacional general, es evidente que esa obligación imperativa prevalecerá. Los procesos de interpretación y aplicación deberían resolver esas cuestiones sin necesidad de recurrir a las normas secundarias de la responsabilidad de los Estados. En teoría, cabría imaginar que surgiera un conflicto en una ocasión ulterior entre una obligación convencional, aparentemente legítima a primera vista e inocente en su finalidad, y una norma imperativa. Si se planteara ese caso, sería excesivo invalidar el tratado en su totalidad simplemente por no haber previsto su aplicación a ese caso determinado. Sin embargo, en la práctica no parecen darse esas situaciones⁴¹². Aunque se dieran, las normas imperativas de derecho internacional general dan origen a firmes principios interpretativos que resolverán todos los conflictos, o los más evidentes.

4) Con todo, resulta conveniente dejar en claro que las circunstancias que excluyen la ilicitud en el capítulo V de la primera parte no autorizan ni excusan ninguna desviación de una norma imperativa de derecho internacional general. Por ejemplo, el Estado que adopte contramedidas no podrá apartarse de una norma de esa índole: un genocidio no podrá justificar otro genocidio⁴¹³. De igual modo, el estado de necesidad no puede excusar la violación de una norma imperativa. Sería posible incorporar este principio expresamente en cada uno de los artículos del capítulo V, pero resulta más práctico y más conforme con el carácter preponderante de esa clase de normas tratar este principio básico separadamente. Por ello, el artículo 26 prevé que nada de lo dispuesto en el capítulo V excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación nacida de una norma imperativa de derecho internacional general⁴¹⁴.

5) Los criterios para identificar las normas imperativas de derecho internacional general son exigentes. El artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 no sólo requiere que la norma reúna todos los criterios necesarios para ser reconocida como norma de derecho internacional general, vinculante como tal, sino también que haya sido reconocida como de carácter imperativo por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Hasta la fecha, son relativamente pocas las normas imperativas reconocidas como tales. Sin embargo, diversos tribunales, tanto nacionales como internacionales, han afirmado la idea de las normas imperativas en contextos que no se limitan a

⁴¹² Véase una posible analogía en las observaciones del juez *ad hoc* Lauterpacht en el asunto *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, medidas provisionales, providencia de 13 de septiembre de 1993, *C.I.J. Recueil* 1993, pág. 325, en las págs. 439 a 441. En su decisión la CIJ no se ocupó de esas cuestiones.

⁴¹³ Como señaló la CIJ en su decisión en el asunto *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (reconvenciones), providencia de 17 de diciembre de 1997, «en ningún caso puede una violación de la Convención servir de excusa para otra violación», *C.I.J. Recueil* 1997, pág. 258, párr. 35.

⁴¹⁴ Para mayor comodidad, esa limitación se expresa nuevamente en el contexto de las contramedidas en el capítulo II de la tercera parte. Véanse el artículo 50 y su comentario, párrs. 9 y 10.

la validez de los tratados⁴¹⁵. Esas normas imperativas que son claramente aceptadas y reconocidas comprenden las prohibiciones de agresión, genocidio, esclavitud, discriminación racial, delitos contra la humanidad y tortura, y el derecho a la libre determinación⁴¹⁶.

6) De conformidad con el artículo 26, las circunstancias que excluyen la ilicitud no justificarán ni excusarán una violación de obligaciones del Estado en virtud de una norma imperativa de derecho internacional general. El artículo 26 no se ocupa de la cuestión previa de si se ha producido la violación en el caso determinado. Esto resulta de especial pertinencia en determinados artículos del capítulo V. Un Estado no puede dispensar a otro de la obligación de cumplir una norma imperativa, por ejemplo en relación con el genocidio o la tortura, por medio de un tratado ni de otro modo⁴¹⁷. Sin embargo, al aplicar algunas normas imperativas, el consentimiento de un Estado determinado puede ser pertinente. Por ejemplo, un Estado puede consentir válidamente la presencia militar extranjera en su territorio para un fin legítimo. Determinar en qué circunstancias se ha dado válidamente ese consentimiento es también objeto de otras normas de derecho internacional y no de las normas secundarias sobre la responsabilidad de los Estados⁴¹⁸.

Artículo 27. Consecuencias de la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud

La invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud en virtud del presente capítulo se entenderá sin perjuicio de:

a) El cumplimiento de la obligación de que se trate, en el caso y en la medida en que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir;

b) La cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión.

Comentario

1) El artículo 27 es una cláusula de salvedad que trata de determinados incidentes o consecuencias de la invocación de circunstancias que excluyen la ilicitud en virtud del capítulo V. Se ocupa de dos cuestiones. En primer lugar, pone en claro que las circunstancias que excluyen la ilicitud no afectan en sí a la obligación subyacente, por lo que si dejan de existir las circunstancias, la obligación recupera plena fuerza y efecto. En segundo lugar, se refiere a la posibilidad de indemnización en algunos casos. El artículo 27 está estructurado como cláusula de salvedad, ya que, en lo que se refiere al primer punto, cabe que los hechos que revelan una circunstancia excluyente de la ilicitud tengan también por efecto la terminación de la

obligación y en lo que se refiere al segundo punto, dado que no puede especificarse en términos generales cuándo debe pagarse una indemnización.

2) El *apartado* a del artículo 27 trata de la cuestión de lo que sucede cuando no existe ya o deja gradualmente de surtir efecto una condición que impide el cumplimiento de una obligación. Pone en claro que el capítulo V tiene un efecto puramente excluyente. Cuando, y en la medida en que, deja de existir una circunstancia que excluye la ilicitud, o deja de surtir efecto excluyente por cualquier motivo, tendrá de nuevo que cumplirse la obligación de que se trate (suponiendo que siga vigente) y el Estado al que se excusó su anterior incumplimiento debe actuar en la forma correspondiente. Las palabras «en la medida en que» tienen por objeto abarcar situaciones en que las condiciones que impiden el cumplimiento se aminoran gradualmente y permiten el cumplimiento parcial de la obligación.

3) Este principio fue afirmado por el tribunal en el arbitraje del asunto *Rainbow Warrior*⁴¹⁹, y todavía más claramente por la CIJ en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. Al examinar el argumento de Hungría de que la ilicitud de su comportamiento por cesar los trabajos relativos al proyecto quedó excluida en virtud de un estado de necesidad, la Corte observó que «[t]an pronto como desaparece el estado de necesidad, renace la obligación de cumplir las obligaciones dimanantes del tratado»⁴²⁰. Puede suceder que las circunstancias concretas que excluyan la ilicitud constituyan, al mismo tiempo, una base suficiente para dar por terminada la obligación subyacente. De este modo, la violación de un tratado que justifique contramedidas puede ser «grave» en el sentido de lo dispuesto en el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969 y permitir que el Estado lesionado dé por terminado el tratado. A la inversa, puede que se haya restablecido por completo la obligación o que se hayan revalidado plenamente sus efectos, pero quizás deban resolverse las modalidades para reanudar el cumplimiento. El artículo 27 no puede decidir estas cuestiones sino disponiendo que la invocación de las circunstancias que excluyen la ilicitud se entiende sin perjuicio del «cumplimiento de la obligación de que se trate, en el caso y en la medida en que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir». En este caso, el «cumplimiento de la obligación de que se trate» incluye la cesación del comportamiento ilícito.

4) El *apartado* b del artículo 27 es una reserva con respecto a las cuestiones de una posible indemnización por daños en los casos comprendidos en el capítulo V. Aunque el *apartado* b del artículo 27 utiliza la palabra «indemnización» no se ocupa de la indemnización dentro del marco de la reparación de un comportamiento ilícito, que es objeto del artículo 34. Trata más bien de la cuestión de si cabe esperar que un Estado que invoca una circunstancia excluyente de la ilicitud deba reparar, no obstante, cualquier pérdida efectiva sufrida por un Estado directamente afectado. La referencia a la «pérdida efectiva» es más limitada que el concepto de daño que figura en otros

⁴¹⁵ Véanse, por ejemplo, las decisiones del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el asunto *Prosecutor v. Furundžija*, n.º IT-95-17/1-T, fallo de 10 de diciembre de 1998; ILM, vol. 38, n.º 2 (marzo de 1999), pág. 317; y de la Cámara de los Lores inglesa en *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others*, ex parte *Pinochet Ugarte (N.º 3)*, ILR, vol. 119. Cf. *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (nota 54 *supra*), pág. 257, párr. 79.

⁴¹⁶ Cf. *Timor oriental* (nota 54 *supra*).

⁴¹⁷ Véase el párrafo 4 del comentario al artículo 45.

⁴¹⁸ Véanse los párrafos 4 a 7 del comentario al artículo 20.

⁴¹⁹ *Rainbow Warrior* (véase la nota 46 *supra*), págs. 251 y 252, párr. 75.

⁴²⁰ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (véase la nota 27 *supra*), pág. 63, párr. 101; véase también pág. 38, párr. 47.

lugares en los artículos: el artículo 27 se ocupa únicamente de la liquidación de las pérdidas que puedan ocurrir cuando una parte invoque una circunstancia comprendida en el capítulo V.

5) El apartado *b* es una condición adecuada, en algunos casos, para que un Estado invoque una circunstancia excluyente de la ilicitud. Sin la posibilidad de tal recurso, el Estado cuyo comportamiento sería de otro modo ilícito podría tratar de hacer recaer la carga de defender sus propios intereses o preocupaciones sobre un tercer Estado inocente. Este principio fue aceptado por Hungría al invocar el estado de necesidad en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. Como hizo observar la Corte, «Hungría reconoció expresamente que, en cualquier caso, el estado de necesidad no le eximiría de la obligación de indemnizar a sus socios»⁴²¹.

6) El apartado *b* no trata de especificar las circunstancias en que debería abonarse una indemnización. En general, el ámbito de las posibles situaciones comprendidas en el capítulo V es tal que no procede establecer un régimen detallado de indemnización. Será el Estado que invoque una circunstancia excluyente de la ilicitud el que deba convenir con cualquier Estado afectado la posibilidad y alcance de la indemnización abonable en un determinado caso.

SEGUNDA PARTE

CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

1) Mientras que en la primera parte del proyecto de artículos se definen las condiciones generales necesarias para que nazca la responsabilidad del Estado, la segunda parte se ocupa de las consecuencias jurídicas para el Estado responsable. Es cierto que un Estado puede afrontar consecuencias jurídicas por un comportamiento internacionalmente ilícito realizado al margen de la esfera de la responsabilidad de los Estados. Por ejemplo, la violación grave de un tratado puede conferir al Estado lesionado el derecho a dar por terminado o suspendido el tratado total o parcialmente⁴²². Sin embargo, la segunda parte se centra en la nueva relación jurídica que surge al cometer un Estado un hecho internacionalmente ilícito. Esto constituye el fondo o contenido de la responsabilidad internacional de un Estado con arreglo a los artículos.

2) En la esfera de la responsabilidad de los Estados, las consecuencias que surgen en virtud de un hecho internacionalmente ilícito de un Estado pueden estar previstas en tales términos que se excluyan otras consecuencias, total o parcialmente⁴²³. Sin embargo, a falta de una disposición específica, el derecho internacional atribuye al Estado responsable nuevas obligaciones, y en particular la obligación de reparar las consecuencias perjudiciales derivadas de ese hecho. El estrecho vínculo entre la vio-

lación de una obligación internacional y su consecuencia jurídica inmediata, que es la obligación de reparar, quedó reconocido en el párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto de la CPJI, recogido sin cambio como párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto de la CIJ. De conformidad con el párrafo 2 del Artículo 36, los Estados Partes en el Estatuto pueden reconocer como obligatoria la jurisdicción de la Corte, entre otras cosas, en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre:

[...]

c) La existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional;

d) La naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.

En la primera parte de los artículos se enuncian las normas jurídicas generales aplicables a la cuestión a que se refiere el apartado *c*, mientras que en la segunda parte se hace lo mismo respecto del apartado *d*.

3) La segunda parte consta de tres capítulos. En el capítulo I se exponen ciertos principios generales y se especifica con mayor precisión el alcance de esa parte. El capítulo II se centra en las formas de reparación (restitución, indemnización, satisfacción) y las relaciones entre ellas. El capítulo III trata de la situación especial que se produce en caso de violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa de derecho internacional general y especifica ciertas consecuencias jurídicas de esas violaciones, tanto para el Estado responsable como para otros Estados.

CAPÍTULO I

PRINCIPIOS GENERALES

Comentario

1) El capítulo I de la segunda parte comprende seis artículos, que definen en términos generales las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito de un Estado. Las violaciones individuales del derecho internacional pueden ser muy variadas, desde las comparativamente triviales o secundarias hasta aquéllas que ponen en peligro la supervivencia de comunidades y pueblos, la integridad territorial y la independencia política de los Estados y el medio ambiente de regiones enteras. Esto puede ocurrir ya sea que las obligaciones de que se trate existan con relación a otro Estado, a varios Estados o a la totalidad de ellos o con relación a la comunidad internacional en su conjunto. Pero, por encima de la gravedad o de los efectos de los casos individuales, las normas e instituciones de la responsabilidad del Estado son importantes para el mantenimiento del respeto del derecho internacional y el logro de los objetivos que los Estados propugnan mediante la elaboración del derecho a nivel internacional.

2) En el capítulo I, el artículo 28 es un artículo introductorio en el que se enuncia el principio de que, siempre que un Estado comete un hecho internacionalmente ilícito, se producen consecuencias jurídicas. El artículo 29 indica que esas consecuencias no afectan ni reemplazan

⁴²¹ *Ibid.*, pág. 39, párr. 48. Otra cuestión diferente es la contabilización del incremento de costos relacionados con el proyecto: *ibid.*, pág. 81, párrs. 152 y 153.

⁴²² Convención de Viena de 1969, art. 60.

⁴²³ Por lo que se refiere al principio de la *lex specialis* en relación con la responsabilidad de los Estados, véanse el artículo 55 y su comentario.

el deber del Estado responsable de seguir cumpliendo la obligación violada. Se abunda en este punto en el artículo 30, que trata de la obligación de cesación y de las seguridades y garantías de no repetición. El artículo 31 enuncia la obligación general de reparar el perjuicio sufrido como consecuencia de una violación del derecho internacional por un Estado. El artículo 32 pone en claro que el Estado responsable no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para eludir las obligaciones de cesación y reparación surgidas con arreglo a la segunda parte. Por último, el artículo 33 especifica el alcance de la segunda parte, tanto en lo que respecta a los Estados con los que existen las obligaciones como a determinadas consecuencias jurídicas que, por referirse directamente a personas o entidades distintas de los Estados, no están comprendidas ni en la segunda ni en la tercera parte de los artículos.

Artículo 28. Consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito

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

Comentario

1) El artículo 28 sirve de introducción a la segunda parte y tiene carácter expositivo. Vincula las disposiciones de la primera parte, en las que se define cuándo nace la responsabilidad internacional de un Estado, con las de la segunda parte, en las que se exponen las consecuencias jurídicas que entraña la responsabilidad por un hecho internacionalmente ilícito.

2) Las consecuencias jurídicas básicas de un hecho internacionalmente ilícito que se exponen en la segunda parte son las obligaciones del Estado responsable de cesar el comportamiento ilícito (art. 30) y de reparar plenamente el perjuicio causado por ese hecho ilícito (art. 31). Cuando el hecho internacionalmente ilícito constituye una violación grave por el Estado de una obligación nacida de una norma imperativa de derecho internacional general, esa violación puede tener ulteriores consecuencias para el Estado responsable y para otros Estados. En particular, todos los Estados tienen en esos casos las obligaciones de cooperar para poner término a la violación, de no reconocer como lícita la situación creada por la violación y de no prestar ayuda o asistencia al Estado responsable para mantener la situación así creada (arts. 40 y 41).

3) El artículo 28 no excluye la posibilidad de que un hecho internacionalmente ilícito surta consecuencias jurídicas en las relaciones entre el Estado responsable y personas o entidades distintas de los Estados. Esto se deriva del artículo 1, que abarca todas las obligaciones internacionales *del* Estado y no sólo de las que tiene *con* otros Estados. De este modo, la responsabilidad del Estado abarca, por ejemplo, las violaciones de los derechos humanos y otras violaciones del derecho internacional en que el beneficiario primario de la obligación violada no es un Estado. Sin embargo, mientras que la primera parte se aplica a todos los casos en que un Estado puede cometer

un hecho internacionalmente ilícito, la segunda parte tiene un alcance más limitado. No se aplica a las obligaciones de reparación en la medida en que éstas nacen con respecto a una persona o entidad distinta de un Estado o son invocadas por ella. En otras palabras, las disposiciones de la segunda parte se entienden sin perjuicio de cualquier derecho, derivado de la responsabilidad internacional de un Estado, que pueda adquirir directamente cualquier persona o entidad distinta de un Estado, y el artículo 33 pone esto en claro.

Artículo 29. Continuidad del deber de cumplir la obligación

Las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito con arreglo a lo dispuesto en esta parte no afectan la continuidad del deber del Estado responsable de cumplir la obligación violada.

Comentario

1) Cuando un Estado viola una obligación internacional, se plantean cuestiones fundamentales sobre el restablecimiento y el futuro de la relación jurídica afectada por esa violación. Con independencia de la cuestión de la reparación, surgen inmediatamente dos cuestiones, a saber, el efecto del comportamiento del Estado responsable sobre la obligación que ha sido violada, y la cesación de la violación, si ésta continúa. El artículo 29 se ocupa de la primera cuestión, y el 30 de la segunda.

2) El artículo 29 enuncia el principio general de que las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito no afectan la continuidad del deber del Estado responsable de cumplir la obligación violada. Como consecuencia del hecho internacionalmente ilícito, se establece un nuevo conjunto de relaciones jurídicas entre el Estado responsable y el Estado o Estados con los que existe la obligación internacional. Pero esto no significa que desaparezca la relación jurídica preexistente establecida por la obligación primaria. Incluso si el Estado responsable cumple las obligaciones que le impone la segunda parte de cesar el comportamiento ilícito y reparar plenamente el perjuicio causado, no queda exonerado por ello del deber de cumplir la obligación violada. La continuidad del deber de cumplir una obligación internacional, pese a su violación, está subyacente en el concepto de hecho ilícito continuado (véase el artículo 14) y en la obligación de cesación (véase el artículo 30 a).

3) Es cierto que, en algunas situaciones, el efecto definitivo de la violación de una obligación puede ser el de poner término a la obligación en sí. Por ejemplo, el Estado lesionado por una violación grave de un tratado bilateral puede decidir dar por terminado el tratado⁴²⁴. Pero, como dejan claro las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena de 1969, el simple hecho de una violación e incluso de una repudiación de un tratado, no da por terminado éste⁴²⁵. Corresponde al Estado lesiona-

⁴²⁴ Véase la nota 422 *supra*.

⁴²⁵ De hecho, en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* la CIJ sostuvo que las continuas violaciones graves por ambas partes no surtían el efecto de dar por terminado el Tratado relativo a la construcción y funcionamiento del sistema de la presa de Gabčíkovo-Nagymaros de 1977 (véase la nota 27 *supra*), pág. 68, párr. 114.

do reaccionar ante la violación en la medida permitida por la Convención. Puede ocurrir que el Estado lesionado no tenga interés en dar por terminado el tratado como opción distinta a pedir que continúe cumpliéndose. Cuando se da debidamente por terminado un tratado a causa de su violación, la terminación no afecta las relaciones jurídicas establecidas por el tratado antes de su terminación, incluida la obligación de reparar cualquier violación⁴²⁶. Es todavía menos probable que la violación de obligaciones de derecho internacional general afecte la obligación subyacente y, de hecho, nunca tendrá ese efecto, *en cuanto tal*. En cambio, la relación jurídica secundaria de responsabilidad del Estado nace al producirse la violación y sin necesidad de invocación alguna por parte del Estado lesionado.

4) El artículo 29 no tiene por qué ocuparse de estos casos. Todo lo que dispone es que las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito por cuanto concierne a la responsabilidad del Estado no afectan la continuidad del deber de cumplir la obligación violada. Si, y en qué medida, esa obligación subsiste pese a la violación es una cuestión que no está regulada por el derecho de la responsabilidad del Estado, sino por las normas relativas a la obligación primaria pertinente.

Artículo 30. Cesación y no repetición

El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado:

- a) **A ponerle fin si ese hecho continúa;**
- b) **A ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen.**

Comentario

1) El artículo 30 se ocupa de dos cuestiones separadas, pero relacionadas, que plantea la violación de una obligación internacional: la cesación del comportamiento ilícito y el ofrecimiento de seguridades y garantías de no repetición por el Estado responsable, si las circunstancias lo exigen. Ambas son aspectos del restablecimiento y reconstitución de la relación jurídica afectada por la violación. La cesación es, por decirlo así, el aspecto negativo del cumplimiento futuro, que mira a poner fin al comportamiento ilícito que continúa, mientras que las seguridades y garantías cumplen una función preventiva y pueden describirse como un reforzamiento positivo del cumplimiento futuro. Ambos aspectos suponen necesariamente que continúa en vigor la obligación subyacente, ya que si ha cesado esta obligación no se plantea la cuestión de

la cesación y no puede ser pertinente ninguna seguridad o garantía⁴²⁷.

2) El apartado a del artículo 30 se ocupa de la obligación del Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito de cesar el comportamiento ilícito. De conformidad con el artículo 2, la palabra «hecho» comprende tanto las acciones como las omisiones. Así pues, la cesación concierne a todos los hechos ilícitos que se prolongan en el tiempo «con independencia de si el comportamiento del Estado es una acción u omisión [...] ya que puede haber una cesación consistente en abstenerse de determinadas acciones»⁴²⁸.

3) El tribunal en el asunto del arbitraje del *Rainbow Warrior* subrayó «dos condiciones esenciales íntimamente ligadas» para que nazca el requisito de la cesación de un comportamiento ilícito, a saber, «que el hecho ilícito tenga carácter continuo y que la norma violada siga en vigor en el momento en que se dicta esa providencia»⁴²⁹. Si bien lo más habitual es que la obligación de cesar un comportamiento ilícito nazca en el caso de un hecho ilícito continuado⁴³⁰, el artículo 30 abarca también situaciones en que un Estado ha violado una obligación en una serie de ocasiones lo que implicaría la posibilidad de ulteriores repeticiones. La expresión «si ese hecho continúa», al final del apartado a del artículo, pretende abarcar ambas situaciones.

4) La cesación de un comportamiento contrario a una obligación internacional es el primer requisito para eliminar las consecuencias de un comportamiento ilícito. Junto con la reparación es una de las dos consecuencias generales de un hecho internacionalmente ilícito. La cesación es con frecuencia el foco principal de la controversia originada por el comportamiento contrario a una obligación internacional⁴³¹. Exigen con frecuencia la cesación no sólo los Estados sino también los órganos de organizaciones internacionales como la Asamblea General y el Consejo de Seguridad ante violaciones graves del derecho internacional. En cambio, la reparación, si bien es importante en muchos casos, puede no ser el problema principal en una controversia entre Estados sobre cuestiones de responsabilidad⁴³².

⁴²⁷ Convención de Viena de 1969, art. 70.1.

⁴²⁸ *Rainbow Warrior* (véase la nota 46 *supra*), pág. 270, párr. 113.

⁴²⁹ *Ibíd.*, párr. 114.

⁴³⁰ En lo que respecta al concepto de hecho ilícito continuado, véase el comentario al artículo 14, párrs. 3 a 11.

⁴³¹ El Mecanismo de solución de diferencias de la OMC está centrado en la cesación y no en la reparación: Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, anexo 2, Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, especialmente el párrafo 7 del artículo 3, que sólo prevé la compensación «en el caso de que no sea factible suprimir inmediatamente las medidas incompatibles con el acuerdo abarcado y como solución provisional hasta su supresión». En lo que respecta a la distinción entre cesación y reparación a los efectos de la OMC, véase por ejemplo, Australia-Subvenciones concedidas a los productores y exportadores de cuero para automóviles, informe del Grupo Especial (WT/DS126/RW y Corr.1), de 21 de enero de 2000, párr. 6.49.

⁴³² En lo que respecta a los casos en que la CIJ ha reconocido que podía ser así, véanse, por ejemplo *Compétence en matière de pêcheries* (República Federal de Alemania c. Islandia), fondo, fallo, *C.I.J. Recueil* 1974, pág. 175, en las págs. 201 a 205, párrs. 65 a 76; y *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (nota 27 *supra*), pág. 81, párr. 153. Véase también C. D. Gray, *Judicial Remedies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, págs. 77 a 92.

⁴²⁶ Véase, por ejemplo, el asunto *Rainbow Warrior* (nota 46 *supra*), pág. 266, en el que se cita la opinión disidente del Presidente McNair en el asunto *Ambatielos*, excepción preliminar, fallo, *C.I.J. Recueil* 1952, pág. 28, en la pág. 63. La propia Corte convino en este punto concreto, *ibíd.*, pág. 45. En el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, Hungría aceptó las consecuencias jurídicas de su decisión de terminar el Tratado relativo a la construcción y funcionamiento del sistema de la presa de Gabčíkovo-Nagymaros de 1977, debido a que el incumplimiento de Checoslovaquia era tan sólo una posibilidad y no afectaba los derechos que cada parte tenía según el Tratado (véase la nota 27 *supra*), págs. 73 y 74, párrs. 125 a 127. La Corte sostuvo que el Tratado seguía vigente, por lo que no se ocupó de la cuestión.

5) La cesación tiene por función poner término a una violación del derecho internacional y salvaguardar la continua validez y eficacia de la norma primaria subyacente. De este modo, la obligación de cesación a cargo del Estado responsable protege tanto los intereses del Estado o Estados lesionados como los de la comunidad internacional en su conjunto por mantener el imperio del derecho y atenerse a él.

6) Hay varias razones para considerar la cesación como más que una simple función del deber de cumplir la obligación primaria. En primer lugar, la cuestión de la cesación sólo se plantea en caso de violación. Lo que debe ocurrir entonces depende no sólo de la interpretación de la obligación primaria, sino también de las normas secundarias relativas a los recursos, y es procedente que se traten esas normas, por lo menos en términos generales, en los artículos relativos a las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito. En segundo lugar, los hechos ilícitos continuados son una característica común de los casos concernientes a la responsabilidad de los Estados y se tratan concretamente en el artículo 14. Es necesario detallar las consecuencias de esos actos en la segunda parte.

7) La cuestión de la cesación se plantea con frecuencia en estrecha relación con la de la reparación, y sobre todo la restitución. El resultado de la cesación puede ser indistinguible de la restitución, por ejemplo en casos relativos a la liberación de rehenes o la devolución de objetos o locales incautados. Sin embargo, deben distinguirse ambas. A diferencia de la restitución, la cesación no es objeto de limitaciones relativas a la proporcionalidad⁴³³. Puede dar lugar a una obligación continuada, incluso cuando se excluye el retorno literal al *statu quo ante* o éste sólo puede conseguirse de manera aproximada.

8) La dificultad de distinguir entre cesación y restitución fue puesta de manifiesto por el arbitraje en el asunto *Rainbow Warrior*. Nueva Zelandia trató de obtener la devolución de los dos agentes a su lugar de detención en la isla de Hao. Según Nueva Zelandia, Francia estaba obligada a devolver los agentes y mantenerlos detenidos en la isla por el resto de los tres años; esa obligación no había caducado, ya que no se debía computar a tal efecto el tiempo pasado fuera de la isla. El tribunal no estuvo de acuerdo. En su opinión, la obligación era a plazo fijo, el cual había expirado, por lo que no había cuestión de cesación⁴³⁴. Evidentemente, Nueva Zelandia no tenía interés en que se devolvieran los dos agentes a la isla si Francia no continuaba obligada a mantenerlos en ella. De este modo, el retorno al *statu quo ante* puede tener escaso o nulo valor si la obligación violada deja de existir. A la inversa, puede que un Estado lesionado no tenga opción a renunciar a la restitución si el cumplimiento continuado de la obligación violada incumbe al Estado responsable y aquél no es competente para eximir a este último del cumplimiento. La distinción entre cesación y restitución puede tener importantes consecuencias en lo que respecta a las obligaciones de los Estados interesados.

9) El apartado b del artículo 30 trata de la obligación del Estado responsable de ofrecer seguridades y garan-

tías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen. Las seguridades y garantías se refieren al restablecimiento de la confianza en una relación continuada, aunque suponen mucha más flexibilidad que la cesación y no se requieren en todos los casos. Lo más frecuente es que se traten de obtener cuando el Estado lesionado tenga motivos para pensar que el simple restablecimiento de la situación preexistente no le protege satisfactoriamente. Por ejemplo, tras las repetidas manifestaciones contra la Embajada de los Estados Unidos en Moscú en los años 1964 y 1965, el Presidente Johnson afirmó que

[l]os Estados Unidos deben insistir en que se preste a sus locales y a su personal diplomático la protección que requieren el derecho y los usos internacionales, la cual es necesaria para el mantenimiento de las relaciones diplomáticas entre los Estados. Las manifestaciones de pesar y el ofrecimiento de una indemnización no pueden suplir a una protección adecuada⁴³⁵.

Estas exigencias no siempre se expresan en función de seguridades y garantías, pero comparten las características de estar orientadas hacia el futuro y obedecer a la preocupación por otras posibles violaciones. Se centran en la prevención más bien que en la reparación y se incluyen en el artículo 30.

10) La cuestión de si la obligación de dar seguridades o garantías de no repetición puede ser una consecuencia jurídica de un hecho internacionalmente ilícito fue debatida en el asunto *LaGrand*. Este asunto se refería al incumplimiento reconocido de la notificación consular prevista en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. En su cuarta conclusión, Alemania trató de obtener seguridades y garantías, tanto generales como específicas, sobre los medios de cumplimiento futuro de la Convención. Los Estados Unidos adujeron que la prestación de esas seguridades o garantías iba más allá del ámbito de las obligaciones impuestas en la Convención y que la Corte no era competente para exigir las. En cualquier caso, la prestación formal de seguridades y garantías carecía de precedentes y no debería exigirse. El derecho de Alemania a una reparación no podía exceder del ofrecimiento de excusas, lo que ya habían hecho los Estados Unidos. Por lo demás, ninguna seguridad o garantía era adecuada a la luz de las amplias medidas que los Estados Unidos habían adoptado para garantizar que los funcionarios federales y estatales cumplieran en el futuro la Convención. Respecto de la cuestión de la competencia, la Corte sostuvo que

[u]na controversia sobre los remedios apropiados por la violación de la Convención denunciada por Alemania es una controversia nacida de la interpretación o aplicación de la Convención, por lo que la Corte es competente para conocer de ella. Cuando existe competencia sobre una controversia relativa a una cuestión concreta, la Corte no necesita una base de competencia distinta para examinar la reparación que una parte ha solicitado por incumplimiento de la obligación. [...] En consecuencia, la Corte tiene competencia en el presente caso respecto de la cuarta conclusión de Alemania⁴³⁶.

En lo que respecta a la cuestión de qué era lo adecuado, la Corte hizo observar que no sería suficiente con presentar excusas por no haber efectuado la notificación consular cuando un súbdito extranjero hubiera sido «objeto

⁴³³ Véanse el artículo 35, apartado b, y su comentario.

⁴³⁴ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, pág. 217, en la pág. 266, párr. 105 (1990).

⁴³⁵ Reimpreso en ILM, vol. 4, n.º 2 (julio de 1965), pág. 698.

⁴³⁶ *LaGrand*, fallo (véase la nota 119 *supra*), párr. 48, en el que cita *Usine de Chorzów*, competencia (nota 34 *supra*).

de encarcelamiento prolongado o condenado a graves penas»⁴³⁷. Pero, a la luz de la información proporcionada por los Estados Unidos sobre las medidas adoptadas para garantizar el cumplimiento en el futuro, la Corte sostuvo que

debe considerarse que el compromiso expresado por los Estados Unidos de garantizar la aplicación de las medidas concretas adoptadas en cumplimiento de las obligaciones que le impone el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 36, satisface las exigencias de Alemania de una garantía general de no repetición⁴³⁸.

En cuanto a las seguridades concretas pretendidas por Alemania, la Corte se limitó a decir que

si los Estados Unidos, pese a su compromiso antes mencionado [...] incumplen su obligación de efectuar la notificación consular en detrimento de nacionales alemanes, no sería suficiente con presentar excusas cuando los particulares del caso hubieran sido objeto de encarcelamiento prolongado o declarados culpables y condenados a graves penas. Si ocurriera tal declaración de culpabilidad y condena, incumbiría a los Estados Unidos autorizar la revisión y reconsideración de la declaración de culpabilidad y de la condena teniendo en cuenta la violación de los derechos enunciados en la Convención⁴³⁹.

La Corte afirmó así su competencia respecto de la cuarta conclusión de Alemania y respondió a ella en la parte dispositiva. Sin embargo, no examinó la base jurídica de las garantías de no repetición.

11) Puede tratarse de obtener seguridades o garantías de no repetición por vía de satisfacción (por ejemplo, la revocación de la ley que permitió que se produjera la violación), de manera que en la práctica hay ciertas coincidencias entre ambas⁴⁴⁰. Sin embargo, es preferible tratar las seguridades o garantías como aspecto de la continuación y restauración de la relación jurídica afectada por la violación. Cuando un Estado lesionado pide seguridades y garantías de no repetición, se trata fundamentalmente de una cuestión de fortalecimiento de una relación jurídica continuada, centrada en el futuro y no en el pasado. Además, las seguridades y garantías de no repetición pueden ser requeridas por un Estado distinto del Estado lesionado en virtud del artículo 48.

12) Las seguridades suelen darse verbalmente, mientras que las garantías de no repetición entrañan algo más, por ejemplo, la adopción de medidas preventivas por el Estado responsable para evitar una repetición de la violación. En lo que respecta al tipo de garantías que puede solicitarse, la práctica internacional no es uniforme. El Estado lesionado suele pedir salvaguardias contra la repetición del hecho ilícito sin especificar la forma que deben adoptar⁴⁴¹, o bien, cuando el hecho ilícito afecta a sus nacionales, garantías de una mejor protección de las personas y

los bienes⁴⁴². En el asunto *LaGrand*, la Corte especificó con algún detalle la obligación que nacería para los Estados Unidos de una futura violación, pero añadió que «esta obligación puede cumplirse de diversas formas. La elección de los medios debe dejarse a los Estados Unidos»⁴⁴³. Hizo observar asimismo que un Estado puede no estar en condiciones de ofrecer una firme garantía de no repetición⁴⁴⁴. Esto dependerá de la naturaleza de la obligación de que trate.

13) En algunos casos, el Estado lesionado puede pedir al Estado responsable que adopte medidas concretas o que actúe de una forma determinada para evitar la repetición. En ocasiones el Estado lesionado sólo persigue garantías del Estado responsable de que en el futuro respetará los derechos de aquél⁴⁴⁵. En otros casos, el Estado lesionado exige que se impartan instrucciones específicas⁴⁴⁶, o que se observe otro comportamiento específico⁴⁴⁷. Pero las seguridades y garantías de no repetición no siempre serán apropiadas, incluso si se exigen. Mucho dependerá de las circunstancias del caso, incluida la naturaleza de la obligación y de la violación. El carácter más bien excepcional de las medidas viene indicado por las palabras «si las circunstancias lo exigen» al final del apartado *b*. La obligación del Estado responsable en lo que respecta a las seguridades y garantías de no repetición se formula de manera flexible para impedir los tipos de reclamaciones abusivas o excesivas que han caracterizado algunas exigencias de seguridades y garantías por los Estados en el pasado.

Artículo 31. Reparación

1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.

2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado.

⁴⁴² Esas garantías se dieron en el incidente «Doane», Moore, *Digest*, vol. VI, págs. 345 y 346 (1886).

⁴⁴³ *LaGrand*, fallo (véase la nota 119 *supra*), párr. 125.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, párr. 124.

⁴⁴⁵ Véase por ejemplo, el caso de 1901 en que el Imperio otomano dio oficialmente a los servicios postales británicos, austríacos y franceses la seguridad de que en lo sucesivo actuarían libremente en su territorio, RGDIP, vol. 8 (1901), pág. 777, en las págs. 788 y 792.

⁴⁴⁶ Véanse, por ejemplo, los incidentes del «*Herzog*» y el «*Bundesrath*», dos buques alemanes apresados por la marina de guerra británica en diciembre de 1899 y enero de 1900, durante la guerra de los Boers, en que Alemania señaló a la atención del Gobierno británico, «la necesidad de dar instrucciones a los comandantes navales británicos de no molestar a los buques mercantes alemanes que no se encuentren en los parajes del teatro de guerra», Martens, *op. cit.* (nota 441 *supra*), vol. XXIX, págs. 456 y 486.

⁴⁴⁷ En el asunto *Fonderie de Trail* (véase la nota 253 *supra*) el tribunal arbitral especificó las medidas que debía adoptar la Fundación de Trail, entre otras cosas para «impedir que se produzcan en el futuro emisiones importantes de humo hacia los Estados Unidos», pág. 1934. Con frecuencia órganos internacionales piden la modificación o revocación de leyes. Véanse por ejemplo las decisiones del Comité de Derechos Humanos: *Torres Ramírez c. Uruguay*, decisión de 23 de julio de 1980, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/35/40)*, pág. 128, párr. 19; *Lanza c. Uruguay*, decisión de 3 de abril de 1980, *ibid.*, pág. 121, párr. 17; y *Dermitt Barbato c. Uruguay*, decisión de 21 de octubre de 1982, *ibid.*, *trigésimo octavo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/38/40)*, párr. 136, párr. 11.

⁴³⁷ *LaGrand*, fallo (véase la nota 119 *supra*), párr. 123.

⁴³⁸ *Ibid.*, párr. 124; véase también la parte dispositiva, párr. 128.6.

⁴³⁹ *Ibid.*, párr. 125, véase también, párr. 127, y la parte dispositiva, párr. 128.7.

⁴⁴⁰ Véase el párrafo 5 del comentario al artículo 36.

⁴⁴¹ En el incidente del «Dogger Bank», en 1904, el Reino Unido exigió «seguridades contra la repetición de tales incidentes intolerables», G. F. de Martens, *Nouveau recueil général de traités*, 2.ª serie, vol. XXXIII, pág. 642. Véase también el intercambio de notas entre China e Indonesia tras el ataque en marzo de 1966 contra el Consulado General de China en Yakarta, en el que el Ministro Adjunto de Relaciones Exteriores de China exigió la garantía de que no se repetirían esos incidentes en el futuro, RGDIP, vol. 70 (1966), págs. 1013 y ss.

Comentario

1) La obligación de reparar íntegramente es la segunda obligación general del Estado responsable como consecuencia de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. El principio general de las consecuencias de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito fue enunciado por la CPJI en la causa relativa a la *Usine de Chorzów*:

Constituye un principio del derecho internacional que la infracción de un compromiso entraña la obligación de dar reparación en la forma debida. Por lo tanto, la reparación es el complemento indispensable del incumplimiento de una convención y no es necesario expresar esto en la propia convención. Las diferencias relativas a la reparación, que pueden obedecer al incumplimiento de una convención, son en consecuencia diferencias relativas a su aplicación⁴⁴⁸.

En este párrafo, que ha sido citado y aplicado en muchas ocasiones⁴⁴⁹, la Corte utilizaba la palabra «reparación» en su sentido más general y rechazó el alegato de Polonia de que la competencia para interpretar y aplicar un tratado no entrañaba la competencia para conocer de controversias en cuanto a la forma y el monto de una reparación. A esa altura de la controversia, Alemania ya no pedía que se devolviera a su nacional ni la fábrica de que se trataba ni los bienes decomisados con ella.

2) En una etapa más avanzada de la misma causa, la Corte especificó en más detalle el contenido de la obligación y declaró que:

El principio esencial que consagra el concepto real de hecho ilícito (principio que parece establecido por la práctica internacional y en particular por los laudos de tribunales arbitrales) es que la reparación debe, en toda la medida de lo posible, hacer desaparecer todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido de no haberse cometido el hecho. Los principios que habían de servir para determinar el monto de la indemnización debida por un hecho contrario al derecho internacional eran la restitución en especie o, si ello no fuera posible, el pago en una suma correspondiente al valor que arrojaría la restitución en especie y la concesión, de ser necesario, de una indemnización por los daños o perjuicios sufridos que no quedasen comprendidos en la restitución en especie o el pago en lugar de la restitución⁴⁵⁰.

En la primera oración, la Corte daba una definición general de la reparación e insistía en que su función consistía en restablecer la situación como si no hubiese habido incumplimiento⁴⁵¹. En la segunda oración, se refería al aspecto de reparación consistente en la «indemnización» por un hecho ilícito, a saber la restitución en especie o su valor en dinero y, además, la indemnización por los daños o perjuicios sufridos como consecuencia del hecho ilícito.

3) La obligación impuesta al Estado responsable por el artículo 31 es «reparar íntegramente» en el sentido del caso *Usine de Chorzów*. En otras palabras, el Estado responsable debe tratar de «hacer desaparecer todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido de no haberse

cometido el hecho»⁴⁵² ofreciendo una o más de las formas de reparación que figuran en el capítulo II de esta parte.

4) La obligación general de reparar se formula en el artículo 31 como corolario inmediato de la responsabilidad del Estado, es decir, como una obligación del Estado responsable resultante de la infracción, más que como un derecho del Estado o Estados lesionados. Esta formulación evita las dificultades que podrían surgir cuando se tiene al mismo tiempo la misma obligación para con varios o muchos Estados, o para con todos ellos, de los cuales sólo unos cuantos han sido especialmente afectados por la infracción. Pero aparte de las cuestiones que se plantean cuando más de un Estado está facultado para invocar la responsabilidad⁴⁵³, la obligación general de reparar surge automáticamente de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito y no depende, como tal, de una demanda o protesta por cualquier Estado, aun si la forma que debe adoptar la reparación en las circunstancias del caso puede depender de la respuesta del Estado o Estados lesionados.

5) La obligación del Estado responsable de reparar íntegramente se refiere a «el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito». La noción de «perjuicio» definida en el párrafo 2 debe entenderse que abarca todo daño causado por ese hecho. En particular, de conformidad con el párrafo 2, el «perjuicio» incluye todo daño material o moral causado de ese modo. Esta formulación es al mismo tiempo inclusiva, por cuanto comprende los daños tanto materiales como morales en sentido amplio, y limitativa, porque excluye las preocupaciones meramente abstractas o los intereses generales de un Estado que individualmente no ha resultado afectado por la violación⁴⁵⁴. El daño «material» se refiere al daño a los bienes u otros intereses del Estado o sus nacionales que puede cuantificarse en términos financieros. El daño «moral» comprende hechos tales como el dolor y el sufrimiento individuales, la pérdida de personas queridas o la ofensa personal asociada con la intrusión en el hogar o la vida privada de una persona. Las cuestiones de reparación por estas formas de daño se tratan con más detalle en el capítulo II de esta parte⁴⁵⁵.

6) La cuestión de si el daño a un interés protegido es un elemento necesario de un hecho internacionalmente ilícito ya se ha examinado⁴⁵⁶. Por lo general no existe dicho requisito; se trata más bien de una cuestión determina-

⁴⁴⁸ *Usine de Chorzów*, fondo (véase la nota 34 *supra*), pág. 47.

⁴⁴⁹ Para los Estados que tienen derecho a invocar la responsabilidad, véanse los artículos 42 y 48 y sus comentarios. Para la situación en la que existe una pluralidad de Estados lesionados, véanse el artículo 46 y su comentario.

⁴⁵⁴ Aunque no haya sido perjudicado individualmente, ese Estado puede tener derecho a invocar en interés general la responsabilidad respecto de las violaciones de ciertos tipos de obligaciones, de conformidad con el artículo 48. Para una apreciación general de las nociones de perjuicio y daño véanse B. Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, París, Pedone, 1973; B. Graefrath, «Responsibility and damages caused: relationship between responsibility and damages», *Recueil des cours... 1984-II* (La Haya, Nijhoff, vol. 185 (1985), pág. 95; A. Tanzi, «Is damage a distinct condition for the existence of an internationally wrongful act?», en B. Simma y M. Spinedi (eds.), *op. cit.* (nota 175 *supra*), pág. 1; e I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility* (nota 92 *supra*), págs. 53 a 88.

⁴⁵⁵ Véanse en particular el artículo 36 y su comentario.

⁴⁵⁶ Véase el párrafo 9 del comentario al artículo 2.

⁴⁴⁸ *Usine de Chorzów*, competencia (véase la nota 34 *supra*).

⁴⁴⁹ Cf. la referencia de la CIJ a esta decisión en *LaGrand*, fallo (nota 119 *supra*), párr. 48.

⁴⁵⁰ *Usine de Chorzów*, fondo (véase la nota 34 *supra*), pág. 47.

⁴⁵¹ Cf. P.-M. Dupuy, «Le fait générateur de la responsabilité internationale des États», *Recueil des cours... 1984-V* (Dordrecht), Martinus Nijhoff, vol. 188 (1986), pág. 9, en la pág. 94, que emplea el término «restauración».

da por la norma primaria pertinente. En algunos casos, lo esencial de la infracción consiste en haber causado un daño real a otro Estado. En otros, lo que importa es el hecho de no haber adoptado las precauciones necesarias para prevenir el daño aun si en la práctica éste no se ha infligido. Todavía en otros casos existe un compromiso explícito de llevar a cabo un determinado acto, por ejemplo, de incorporar normas uniformes al derecho interno. En cada caso, la obligación primaria determinará lo que debe hacerse. En consecuencia, el artículo 12 define la infracción de una obligación internacional como el hecho de no cumplir una obligación.

7) El corolario es que no existe ningún requisito de carácter general, además de los establecidos por la obligación primaria pertinente, de que el Estado deba haber sufrido perjuicio o daño material antes de que pueda tratar de obtener reparación por una violación. La existencia de un daño real será muy pertinente en cuanto a la forma y el monto de reparación. Pero no existe ningún requisito general de perjuicio o daño material para que un Estado tenga derecho a tratar de obtener alguna forma de reparación. En el arbitraje del caso *Rainbow Warrior* se dijo en un primer momento que «en la teoría de la responsabilidad internacional, el daño es necesario para constituir la base de la obligación de reparar», pero más adelante las partes convinieron en que:

el hecho ilícito contra intereses no materiales, tales como los hechos que afectan al honor, la dignidad o el prestigio de un Estado, facultan al Estado víctima a recibir una reparación adecuada, aun si los hechos no han tenido por resultado una pérdida pecuniaria o material para el Estado reclamante⁴⁵⁷.

El tribunal sostuvo que la violación cometida por Francia había «provocado indignación pública en Nueva Zelanda y causado un nuevo daño adicional no material [...] de carácter moral, político y jurídico, resultante de la ofensa a la dignidad y el prestigio no sólo de Nueva Zelanda como tal, sino también de sus más altas autoridades judiciales y ejecutivas»⁴⁵⁸.

8) Cuando dos Estados han acordado tener un determinado comportamiento, el hecho de que uno de los Estados no cumpla la obligación afecta necesariamente al otro. Se ha roto una promesa y, por consiguiente, se ha infringido el derecho del otro Estado al cumplimiento de la obligación. No se justificaría que en este momento intervinieran las normas secundarias de responsabilidad del Estado para prescribir que no existe responsabilidad porque no se ha producido ningún perjuicio o daño identificable. Si las partes hubieran deseado comprometerse con esa formulación de la obligación, hubieran podido hacerlo. En muchos casos, el daño que puede ser consecuencia de una infracción (por ejemplo, el daño a una industria pesquera por haberse efectuado la pesca en una estación en que estaba prohibida, el daño al medio ambiente por emisiones superiores al límite prescrito, el uso del agua de un río en cantidad superior a la permitida) puede ser distante, contingente o incierto. Sin embargo, los Estados pueden concertar compromisos inmediatos e incondicionales conforme a su interés mutuo a largo plazo en estas esferas. En consecuencia, en el artículo 31 se define el

«perjuicio» de manera amplia, y lo que se requiere en cada caso debe especificarse en las obligaciones primarias.

9) El párrafo 2 trata otra cuestión, a saber la cuestión del vínculo causal entre el hecho internacionalmente ilícito y el perjuicio. Sólo debe repararse íntegramente «el perjuicio [...] causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado». Se usa esta frase para dejar en claro que el objeto de la reparación es, en términos generales, el perjuicio causado por un hecho ilícito e imputable al hecho, más que todas y cada una de las consecuencias dimanadas de un hecho internacionalmente ilícito.

10) La imputación del perjuicio o la pérdida a un hecho ilícito constituye, en principio, un proceso jurídico y no meramente histórico o causal. Se utilizan diversos términos para describir el nexo que debe existir entre el hecho ilícito y el perjuicio para que surja la obligación de reparar. Por ejemplo, puede hacerse referencia a pérdidas «imputables [al hecho ilícito] como causa próxima»⁴⁵⁹, o a los daños de carácter «demasiado indirecto, remoto e incierto para ser evaluados»⁴⁶⁰, o toda pérdida directa y daño directo, incluidos los daños al medio ambiente y la destrucción de recursos naturales, y por todo perjuicio directo a gobiernos, ciudadanos y empresas extranjeras como resultado del hecho ilícito⁴⁶¹. Por consiguiente la causalidad es, de hecho, una condición necesaria pero no suficiente para la reparación. Hay otro elemento vinculado a la exclusión del daño de carácter demasiado «remoto» o «indirecto» para ser objeto de reparación. En algunos casos se emplea el criterio de la «relación directa»⁴⁶², y, en otros, el de la «previsibilidad»⁴⁶³ o el

⁴⁵⁹ Véase *Décision administrative n.º II*, Comisión mixta de reclamaciones Estados Unidos-Alemania, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII (n.º de venta: 1956.V.5), pág. 23, en la pág. 30 (1923). Véase también *Dix* (nota 178 *supra*), pág. 121, y la declaración del Canadá sobre la reclamación presentada a raíz de la desintegración del *Cosmos 954*, satélite soviético alimentado por energía nuclear, ocurrida sobre su territorio en 1978: ILM, vol. 18 (1979), pág. 907, párr. 23.

⁴⁶⁰ Véase el arbitraje en el caso *Fonderie de Trail* (nota 253 *supra*), pág. 1931. Véase también A. Hauriou, «Les dommages indirects dans les arbitrages internationaux», RGDIP, vol. 31 (1924), pág. 209, en que se cita el arbitraje del caso *Alabama* como la aplicación más notable de la norma que excluye el daño «indirecto» (nota 87 *supra*).

⁴⁶¹ Resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad, de 3 de abril de 1991, párr. 16. Se trataba de una resolución aprobada en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pero se expresaba la responsabilidad que incumbe al Iraq «con arreglo al derecho internacional [...] resultante de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait». La Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas y el Consejo de Administración han impartido cierta orientación acerca de la interpretación de los requisitos de relación directa y nexo causal previstos en el párrafo 16. Véanse, por ejemplo, Recomendaciones formuladas por el Grupo de Comisionados en relación con las reclamaciones individuales por lesiones corporales graves o muerte (reclamaciones de la categoría «B»), informe de 14 de abril de 1994 (S/AC.26/1994/1), aprobadas por el Consejo de Administración en su decisión 20, de 26 de mayo de 1994 [S/AC.26/Dec.20 (1994)]; informe y recomendaciones hechas por el Grupo de Comisionados nombrado para examinar la reclamación por el control del estallido de los pozos de petróleo (reclamación «WBC») de 15 de noviembre de 1996 [S/AC.26/1996/5/Annex, resumen ejecutivo en español: S/AC.26/1996/5], párrs. 66 a 86; aprobados por el Consejo de Administración en su decisión 40, de 17 de diciembre de 1996 [S/AC.26/Dec.40 (1996)].

⁴⁶² Como la resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad, párr. 16.

⁴⁶³ Véase, por ejemplo, el caso *Naulilaa* (nota 337 *supra*), pág. 1031.

⁴⁵⁷ *Rainbow Warrior* (véase la nota 46 *supra*), págs. 266 y 267, párrs. 107 y 109.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, pág. 267, párr. 110.

de la «proximidad»⁴⁶⁴. Sin embargo, hay otros factores que pueden ser pertinentes, por ejemplo si los órganos del Estado causaron el daño en cuestión deliberadamente, o si el daño causado está comprendido en el ámbito de la norma incumplida, teniendo en cuenta el propósito de ésta⁴⁶⁵. En otras palabras el requisito del nexo causal no es necesariamente el mismo en relación con todas las violaciones de una obligación internacional. Tanto en el derecho internacional como en el nacional, la cuestión del carácter remoto del daño «no es una parte del derecho que pueda resolverse satisfactoriamente buscando una fórmula verbal única»⁴⁶⁶. El concepto de un nexo causal suficiente que no sea demasiado remoto está contenido en el requisito general del artículo 31 de que el perjuicio debe ser consecuencia del hecho ilícito, pero sin que se añada ninguna expresión que lo modifique.

11) La cuestión de la mitigación del daño es un elemento que afecta el alcance de la reparación. Frente a la lesión, se espera que incluso la víctima absolutamente inocente de un comportamiento ilícito actúe en forma razonable. Si bien suele estar expresada en la forma de una «obligación de mitigar», no se trata de una obligación en derecho que a su vez dé lugar a responsabilidad. Más bien, es la circunstancia de que la parte lesionada no mitigue el daño lo que puede obstar a la indemnización de la parte no mitigada del daño⁴⁶⁷. La CIJ se expresó claramente en ese sentido en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagyymaros*:

Eslovaquia sostenía también que, al aplicar la Variante C, actuaba en razón de la obligación de mitigar los daños. Señaló que «constituye un principio general del derecho internacional el que la parte lesionada por el incumplimiento de la otra parte en el contrato debe tratar de mitigar los daños que ha sufrido».

De ese principio se desprendería que el Estado lesionado que no hubiese adoptado las medidas necesarias para limitar los daños sufridos no tendría derecho a reclamar indemnización por los daños que podría haber evitado. Este principio, que puede servir de base para el cálculo de la indemnización, no puede justificar un hecho por lo demás ilícito⁴⁶⁸.

12) Otros dos factores separados se combinan para causar la lesión. En el caso *Personnel diplomatique et consu-*

*laire des États-Unis à Téhéran*⁴⁶⁹, la toma de rehenes por los estudiantes militantes (que a la sazón no actuaban como órganos o agentes del Estado) era imputable inicialmente a la combinación del acto independiente de los propios estudiantes y a que las autoridades iraníes no habían tomado las medidas necesarias para proteger la Embajada. En el caso relativo al *Détroit de Corfou*⁴⁷⁰, el daño a los buques británicos fue causado tanto por la acción de un tercer Estado que sembró las minas como por la omisión de Albania, que no advirtió de la presencia de éstas. Aunque en dichos casos, el perjuicio en cuestión fue causado efectivamente por una combinación de factores, uno de los cuales debe imputarse al Estado responsable, la práctica internacional y las decisiones de los tribunales internacionales no confirman la reducción o atenuación de la reparación por causas concurrentes⁴⁷¹, salvo en casos de acción u omisión de la otra parte⁴⁷². En el caso del *Détroit de Corfou*, por ejemplo, el Reino Unido obtuvo el monto íntegro de la indemnización que pedía porque Albania, ilícitamente, no había advertido la existencia de las minas aunque no las había sembrado⁴⁷³. Ese resultado debería seguir *a fortiori* en los casos en que la causa concurrente no fuese el hecho de otro Estado (al que podría imputarse responsabilidad separada) sino de particulares o algún accidente natural como una inundación. En el asunto *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, se imputó a la República Islámica del Irán plena responsabilidad por la detención de los rehenes desde el momento en que no había tomado medidas para protegerlos⁴⁷⁴.

13) Es cierto que pueden ocurrir casos en que proceda imputar un elemento identificable del daño a una de las varias causas concurrentes. Pero a menos que se demuestre que una parte del daño obedecía a una causa distinta de la del daño imputado al Estado responsable, debe imputarse a éste la responsabilidad de todas las consecuencias, que no sean demasiado remotas, de su comportamiento ilícito. En efecto, en la reclamación relativa al caso *Zafiro* el Tribunal fue más allá e impuso al Estado responsable la carga de probar qué proporción del daño *no era* imputable a su comportamiento. El Tribunal dijo lo siguiente:

⁴⁶⁹ *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (véase la nota 59 *supra*), págs. 29 a 32.

⁴⁷⁰ *Détroit de Corfou*, fondo (véase la nota 35 *supra*), págs. 17 y 18, y 22 y 23.

⁴⁷¹ Este planteamiento concuerda con la manera como, por lo general, se tratan estas cuestiones en el derecho nacional. «Existe una regla muy general en el sentido de que, si se ha de sostener que el comportamiento del autor es la causa del daño sufrido por la víctima, el autor es responsable de todo el daño causado a pesar de que haya habido una causa concurrente y de que haya otro responsable por esa causa. En otras palabras, la responsabilidad de quien causa el daño respecto de la víctima no cambia por el hecho de que concurrentemente haya otros responsables» [T. Weir, «Complex liabilities», en A. Tunc (ed.), *op. cit.* (nota 464 *supra*), vol. XI, segunda parte, pág. 43]. Los Estados Unidos recurrieron al derecho comparado en los alegatos en el asunto *Incident aérien du 27 juillet 1955* (Estados Unidos de América c. Bulgaria) cuando sostuvieron, remitiendo al artículo 38.1 *c* y *d* del Estatuto de la CIJ que «la regla es sustancialmente la misma en todos los países civilizados. El agraviado puede demandar conjunta o solidariamente, a cualquiera de los responsables o a todos si bien sólo podrá cobrarles a uno o más de ellos, el monto íntegro de los daños sufridos», Memoria de 2 de diciembre de 1958 (véase la nota 363 *supra*), pág. 229.

⁴⁷² Véanse el artículo 39 y su comentario.

⁴⁷³ *Détroit de Corfou*, determinación de la cuantía de la indemnización, fallo, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 244, en la pág. 250.

⁴⁷⁴ *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (véase la nota 59 *supra*), págs. 31 a 33.

⁴⁶⁴ Para un estudio comparado de las cuestiones del nexo causal y el carácter remoto, véanse, por ejemplo, H. L. A. Hart y A. M. Honoré, *Causation in the Law*, 2.^a ed., Oxford, Clarendon Press, 1985; A. M. Honoré, «Causation and remoteness of damage», A. Tunc (ed.), en *International Encyclopedia of Comparative Law*, Tubinga, Mohr/La Haya, Martinus Nijhoff, 1983, vol. XI, primera parte, cap. VII; Zweigert y Kötz, *op. cit.* (nota 251 *supra*), págs. 601 a 627, en especial págs. 609 y ss.; y B. S. Markesinis, *The German Law of Obligations*, vol. II, *The Law of Torts: A Comparative Introduction*, 3.^a ed., Oxford, Clarendon Press, 1997, págs. 95 a 108, con muchas referencias bibliográficas.

⁴⁶⁵ Véase, por ejemplo, la decisión del Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán en *The Islamic Republic of Iran v. The United States of America*, asuntos n.ºs A15 (IV) y A24, laudo 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.

⁴⁶⁶ P. S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, 5.^a ed., Oxford, Clarendon Press, 1995, pág. 466.

⁴⁶⁷ En el contexto de la reclamación «WBC», un Grupo de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas señaló que «en virtud de los principios generales de derecho internacional relativos a la mitigación de los daños [...] el reclamante no sólo estaba autorizado sino de hecho estaba obligado a tomar medidas razonables para [...] mitigar los daños, perjuicios o lesiones que se estaban causando», informe de 15 de noviembre de 1996 (S/AC.26/1996/5/Annex) (véase la nota 461 *supra*), párr. 54.

⁴⁶⁸ *Projet Gabčíkovo-Nagyymaros* (véase la nota 27 *supra*), pág. 55, párr. 80.

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

En vista, sin embargo, de que hemos llegado a la conclusión de que una parte considerable, aunque no determinable, del daño no es imputable a la tripulación china del *Zafiro*, fallamos que no hay lugar a la petición de intereses⁴⁷⁵.

14) A veces se ha expresado preocupación ante la posibilidad de que un principio general de reparación por todo el daño resultante de una infracción tenga por consecuencia una reparación que no guarde proporción alguna con la gravedad de la infracción. Sin embargo el concepto de «proporcionalidad» se aplica de manera diferente a las diferentes formas de reparación⁴⁷⁶. La cuestión se trata, como es debido, en los distintos artículos del capítulo II que se refieren a las formas de reparación.

Artículo 32. Irrelevancia del derecho interno

El Estado responsable no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de la presente parte.

Comentario

1) El artículo 3 se refiere a la función que desempeña el derecho interno en la calificación de un hecho como ilícito. En el artículo 32 se prescribe claramente la irrelevancia del derecho interno del Estado en relación con el cumplimiento de las obligaciones de cesación y reparación. Se establece que un Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito no puede invocar su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en relación con esta parte. Entre ellas, los artículos 3 y 32 hacen valer, a los efectos de la responsabilidad del Estado, el principio general de que un Estado no puede basarse en su derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales⁴⁷⁷. Aunque pueden surgir dificultades prácticas para el órgano del Estado que hace frente a un obstáculo que se opone al cumplimiento debido a las normas de su ordenamiento jurídico interno que está obligado a respetar, el Estado no está facultado para oponer su derecho o su práctica interna como argumento jurídico para no cumplir una obligación internacional que le incumbe en virtud de la segunda parte.

2) El artículo 32 sigue la redacción del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, en el que se establece que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Este principio general se aplica igualmente a las obligaciones internacionales dimanadas de las normas de responsabilidad del Estado enunciadas en la segunda parte.

⁴⁷⁵ *Zafiro* (véase la nota 154 *supra*), págs. 164 y 165.

⁴⁷⁶ Véanse los artículos 35 b, 37.3, 39 y sus comentarios.

⁴⁷⁷ Véanse los párrafos 2 a 4 del comentario al artículo 3.

te. El principio puede ser modificado por la norma primaria pertinente, o por una *lex specialis*, como el artículo 50 del Convenio europeo de derechos humanos, en que se prescribe la justa satisfacción en lugar de la plena reparación «si el derecho interno de dicha parte sólo permite de manera imperfecta reparar»⁴⁷⁸.

3) El principio de que un Estado responsable no puede basarse en las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones surgidas de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito está confirmado tanto por la práctica de los Estados como por las decisiones internacionales. Por ejemplo, la controversia entre los Estados Unidos y el Japón de 1906 acerca de las políticas discriminatorias en materia de educación aplicadas en California se resolvió mediante la revisión de la legislación del Estado de California⁴⁷⁹. En el incidente relativo al párrafo 2 del artículo 61 de la Constitución de Weimar se estipuló una enmienda constitucional a fin de asegurar el cumplimiento de la obligación derivada del artículo 80 del Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania (Tratado de Versalles)⁴⁸⁰. En el caso *Université Peter Pázmány*, la CPJI falló que los bienes que tenían que devolverse debían quedar «libres de toda medida de transferencia, administración obligatoria o embargo»⁴⁸¹. En suma, el derecho internacional no reconoce que las obligaciones de un Estado responsable con arreglo a la segunda parte estén sometidas al ordenamiento jurídico interno del Estado ni permite que el derecho interno constituya una justificación para el incumplimiento de las obligaciones de cesación o reparación.

Artículo 33. Alcance de las obligaciones internacionales enunciadas en la presente parte

1. Las obligaciones del Estado responsable enunciadas en la presente parte pueden existir con relación a otro Estado, a varios Estados o a la comunidad internacional en su conjunto, según sean, en particular, la naturaleza y el contenido de la obligación internacional violada y las circunstancias de la violación.

2. La presente parte se entiende sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado.

Comentario

1) El artículo 33 concluye las disposiciones del capítulo I de la segunda parte aclarando el alcance y el efecto

⁴⁷⁸ Artículo 41 del texto del Convenio modificado de conformidad con las disposiciones del Protocolo n.º 11 del Convenio, relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por Convenio. Otros ejemplos figuran en el artículo 32 del Acta General para el arreglo pacífico de desacuerdos internacionales revisada, y el artículo 30 del Convenio europeo para el arreglo pacífico de las controversias.

⁴⁷⁹ Véase R. L. Buell «The development of the anti-Japanese agitation in the United States», *Political Science Quarterly*, vol. 37 (1922), págs. 620 y ss.

⁴⁸⁰ Véase *British and Foreign State Papers, 1919*, Londres, H. M. Stationery Office, 1922, vol. 112, pág. 1094.

⁴⁸¹ *Appel contre une sentence du tribunal arbitral mixte hongaro-tchécoslovaque (Université Peter Pázmány)*, fallo, 1933, C.P.J.I., *série A/B*, n.º 61, pág. 208, en la pág. 249.

de las obligaciones internacionales enunciadas en dicha parte. En particular, en el *párrafo 1* se deja en claro que la identificación del Estado o los Estados con relación a los cuales existen las obligaciones del Estado responsable a que se hace referencia en la segunda parte depende tanto de la norma primaria que establece la obligación que ha sido violada como de las circunstancias de la violación. Por ejemplo, la contaminación del mar, en caso de ser extensa e importante, puede afectar a la comunidad internacional en su conjunto o a los Estados ribereños de una región; en otras circunstancias podría afectar tan sólo a un Estado vecino. Evidentemente, la gravedad de la violación puede afectar también el alcance de las obligaciones de cesación y reparación.

2) De conformidad con el *párrafo 1*, las obligaciones del Estado responsable en un determinado caso pueden existir con relación a otro Estado, a varios Estados o a la comunidad internacional en su conjunto. La referencia a varios Estados comprende el caso en que la violación afecta a todas las demás partes en un tratado o en un régimen jurídico establecido con arreglo al derecho internacional consuetudinario. Por ejemplo, cuando una violación puede definirse como obligación «integral», la violación por un Estado afecta necesariamente a todas las demás partes en el tratado⁴⁸².

3) Cuando existe una obligación de reparar para con un Estado, la reparación no se realiza necesariamente en beneficio de dicho Estado. Por ejemplo, la responsabilidad de un Estado por la violación de una obligación que le incumbe conforme a un tratado relativo a la protección de los derechos humanos puede existir en relación con todas las partes del tratado, pero las personas interesadas deben considerarse como beneficiarias en última instancia y, en tal sentido, como los titulares de los derechos pertinentes. Fuera del marco de los derechos humanos pueden surgir también derechos individuales en el marco del derecho internacional⁴⁸³. La gama de posibilidades se expuso en el fallo de la CIJ en el caso *LaGrand* en que la Corte sostuvo que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares «crea derechos individuales que, en virtud del artículo I del Protocolo Facultativo, pueden ser invocados ante esta Corte por el Estado nacional de la persona detenida»⁴⁸⁴.

4) Estas posibilidades ponen de relieve la necesidad de contar con el *párrafo 2* del artículo 33. La segunda parte se refiere a las obligaciones secundarias de los Estados en relación con la cesación y la reparación y esas obligaciones pueden existir con relación a uno o varios Estados o a la comunidad internacional en su conjunto. En los casos en que la obligación primaria exista con relación a una entidad no estatal es posible que se disponga de un procedimiento mediante el cual dicha entidad pueda invocar la responsabilidad por cuenta propia y sin mediación de ningún Estado. Esto es cierto, por ejemplo, cuando los tratados de derechos humanos prescriben que las personas afectadas tienen derecho a presentar una petición ante un

tribunal o algún otro órgano. También lo es en el caso de los derechos conforme a acuerdos bilaterales o regionales de protección de las inversiones. La tercera parte se refiere a la invocación de la responsabilidad por otros Estados, estén considerados o no como «Estados lesionados» con arreglo al artículo 42, u otros Estados interesados con arreglo al artículo 48, o si pueden ejercer derechos específicos para invocar la responsabilidad con arreglo a una norma especial (art. 55). Los artículos no tratan la posibilidad de la invocación de la responsabilidad por personas o entidades que no sean Estados y esto queda en claro en el *párrafo 2*. La norma primaria de que se trate será la que determine cómo y en qué medida las entidades que no sean Estados están facultadas para invocar la responsabilidad por cuenta propia. En el *párrafo 2* se reconoce simplemente esa posibilidad: es el sentido de las palabras «pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado».

CAPÍTULO II

REPARACIÓN DEL PERJUICIO

Comentario

En el capítulo II, que versa sobre las formas de reparación del perjuicio, se expone con más detalle el principio general enunciado en el artículo 31 y, en particular, se procura definir más claramente las relaciones entre las diferentes formas de reparación, esto es, la restitución, la indemnización y la satisfacción, así como el papel de los intereses y la cuestión de cómo tener en cuenta la contribución al perjuicio que se pueda atribuir a la víctima.

Artículo 34. Formas de reparación

La reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada, de conformidad con las disposiciones del presente capítulo.

Comentario

1) El artículo 34 da principio al capítulo II mediante la exposición de las formas de reparación que, de manera única o combinada, permiten cumplir la obligación de reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito. Como el concepto de «perjuicio» y la necesaria relación de causalidad entre el hecho ilícito y el perjuicio se definen en el artículo 31, que enuncia la obligación general de prestar íntegra reparación⁴⁸⁵, en el artículo 34 basta con mencionar la «reparación íntegra del perjuicio causado».

2) En el asunto *Usine de Chorzów*, como el perjuicio era material, la CPJI se ocupó únicamente de dos formas de reparación: la restitución y la indemnización⁴⁸⁶. En determinados casos puede ser apropiada otra forma de reparación, a saber, la satisfacción. Por eso, la reparación íntegra puede adoptar la forma de restitución, de indem-

⁴⁸² Véanse más adelante el artículo 42 b ii) y su comentario.

⁴⁸³ Cf. *Compétence des tribunaux de Dantzig* (nota 82 *supra*), págs. 17 a 21.

⁴⁸⁴ *LaGrand*, fallo (véase la nota 119 *supra*), párr. 77. En las circunstancias del caso la CIJ no consideró necesario decidir si los derechos individuales habían «asumido el carácter de un derecho humano», párr. 78.

⁴⁸⁵ Véanse los párrafos 4 a 14 del comentario al artículo 31.

⁴⁸⁶ *Usine de Chorzów*, fondo (véase la nota 34 *supra*), pág. 47.

nización y de satisfacción, según el caso. El artículo 34 también deja bien sentado que, en determinados casos, la reparación íntegra sólo puede lograrse mediante la combinación de las diferentes formas de reparación. Por ejemplo, el restablecimiento de la situación que existía antes de la violación quizás no sea suficiente para una reparación íntegra porque el hecho ilícito ha ocasionado otros daños materiales (por ejemplo, el perjuicio originado por la privación del uso de bienes objeto de apropiación ilícita). Cabe, pues, que para borrar todas las consecuencias del hecho ilícito haya que recurrir a algunas o a todas las formas de reparación, según el tipo y alcance del perjuicio que se haya causado.

3) La obligación primaria violada también puede desempeñar una función importante con respecto a la forma y el alcance de la reparación. En particular, en los casos de restitución que no entrañen la devolución de personas, bienes o territorio del Estado lesionado, el concepto de reposición del *statu quo ante* tiene que aplicarse teniendo en cuenta los derechos y competencias respectivos de los Estados interesados. Así puede ocurrir, por ejemplo, cuando lo que se plantea es una obligación de procedimiento que condiciona el ejercicio de las competencias soberanas del Estado. En tales casos, la restitución no debería otorgar al Estado lesionado más de lo que hubiera tenido derecho a recibir si se hubiera ejecutado la obligación⁴⁸⁷.

4) El otorgamiento de cada una de las formas de reparación mencionadas en el artículo 34 está sujeto a las condiciones enunciadas en los artículos siguientes del capítulo II. Esa limitación se desprende de las palabras «de conformidad con las disposiciones del presente capítulo». También puede resultar afectado por la elección que válidamente haya hecho el Estado lesionado entre las diferentes formas de reparación. En la mayoría de los casos, por ejemplo, el Estado lesionado está facultado para elegir una indemnización en vez de la restitución. Esta posibilidad de elección se recoge en el artículo 43.

5) A veces se ha expresado la preocupación de que el principio de reparación íntegra pueda dar lugar a exigencias desproporcionadas y hasta excesivas en lo que concierne al Estado responsable. Lo que hay que determinar es si el principio de proporcionalidad debería configurarse como un elemento de la obligación de prestar íntegra reparación. En el presente articulado, la proporcionalidad se aborda en relación con cada forma de reparación, teniendo en cuenta su carácter específico. Así, la restitución queda excluida si entraña una carga totalmente desproporcionada con relación a la ventaja que el Estado lesionado u otra parte derivaría de la restitución⁴⁸⁸. La indemnización se limita al daño efectivamente sufrido como consecuencia del hecho internacionalmente ilícito y excluye cualquier daño que sea indirecto o remoto⁴⁸⁹. La satisfacción no

debe ser «desproporcionada con relación al perjuicio»⁴⁹⁰. Por consiguiente, cada una de las formas de reparación tiene en cuenta esas consideraciones.

6) Las formas de reparación a que se refiere el capítulo II representan las maneras de hacer efectiva la obligación básica de reparación enunciada en el artículo 31. No constituyen, por decirlo así, obligaciones secundarias separadas de restitución, indemnización y satisfacción. En la práctica existe cierta flexibilidad en lo que se refiere a la conveniencia de exigir más una forma de reparación que otra, sin perjuicio del requisito de reparación íntegra de la violación de conformidad con el artículo 31⁴⁹¹. En la medida en que en un caso concreto se prescinde de una forma de reparación, o no se puede recurrir a ella, otras, especialmente la indemnización, serán en consecuencia más importantes.

Artículo 35. Restitución

El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución:

a) No sea materialmente imposible;

b) No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización.

Comentario

1) De conformidad con el artículo 34, la restitución es la primera de las formas de reparación de que dispone el Estado lesionado por un hecho internacionalmente ilícito. La restitución implica el restablecimiento hasta donde sea posible de la situación que existía antes de la comisión del hecho internacionalmente ilícito, en la medida en que se pueda considerar que los cambios que se han producido en esa situación se remontan a ese hecho. En su forma más simple, ello implica un comportamiento como la liberación de personas detenidas ilícitamente o la devolución de bienes ilícitamente confiscados. En otros casos, la restitución puede constituir un acto más complejo.

2) En concepto de restitución no está definido de manera uniforme. Según una definición, la restitución consiste en restablecer el *statu quo ante*, a saber, la situación que existía con anterioridad a la ocurrencia del hecho ilícito. De acuerdo con otra definición, la restitución es el establecimiento o restablecimiento de la situación que habría existido de no haberse cometido el hecho ilícito. La primera definición es la definición estricta; no abarca la compensación que puede deberse a la parte lesionada por la pérdida sufrida, por ejemplo, por la privación de uso de

⁴⁸⁷ Así, en el asunto *LaGrand* (fallo), la CIJ señaló que el incumplimiento del requisito de notificación establecido en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que hubiera dado lugar a una pena severa o prisión preventiva prolongada, exigiría que se reexaminase la imparcialidad de la condena «teniendo en cuenta la violación de los derechos enunciados en la Convención» (véase la nota 119 *supra*), párr. 125. Esto sería una forma de restitución que tendría en cuenta el carácter limitado de los derechos de que se trata.

⁴⁸⁸ Véanse el artículo 35, apartado b, y su comentario.

⁴⁸⁹ Véanse el artículo 31 y su comentario.

⁴⁹⁰ Véanse el artículo 37, párrafo 3, y su comentario.

⁴⁹¹ Véase, por ejemplo, el asunto *Différend dame Mélanie Lachenal*, en el que se aceptó la indemnización, en lugar de la restitución originalmente decretada, al convenir la Comisión de Conciliación franco-italiana que la restitución requeriría difíciles procedimientos jurídicos internos [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIII (n.º de venta: 64.V.3), pág. 116, en las págs. 130 y 131 (1954)]. Véase también el párrafo 4 del comentario al artículo 35.

los bienes retenidos ilícitamente pero ulteriormente devueltos. La segunda definición subsume en el concepto de restitución otros elementos de reparación íntegra y tiende a refundir la restitución como forma de reparación en la propia obligación básica de reparar. El artículo 35 adopta la definición más estricta que tiene la ventaja de centrarse en la evaluación de una situación de hecho y de no exigir una indagación hipotética en lo que habría sido la situación si no se hubiera cometido el hecho ilícito. En este sentido estricto la restitución puede, por supuesto, haberse realizado mediante indemnización a fin de asegurar la íntegra reparación del daño causado, como lo deja claro el artículo 36.

3) No obstante, como la restitución se conforma mejor al principio general según el cual el Estado responsable está obligado a borrar todas las consecuencias jurídicas y materiales de su hecho ilícito mediante el restablecimiento de la situación que habría existido de no haberse cometido este hecho, se coloca en primer lugar entre las formas de reparación. La primacía de la restitución fue confirmada por la CPJI en el asunto *Usine de Chorzów*, cuando dijo que el Estado responsable estaba «obligado a restablecer la empresa y, de no ser ello posible, a pagar su valor en el momento de la indemnización, valor que ha de tomar el lugar de la restitución que ha pasado a ser imposible». La Corte agregó que «la imposibilidad, en la cual las partes están de acuerdo, de restablecer la fábrica de Chorzów no podría por lo tanto tener otro efecto que el de sustituir la restitución por el pago del valor de la empresa»⁴⁹². Tal primacía se desprende de los casos en que los tribunales han tomado en consideración la indemnización sólo después de concluir, por una u otra razón, que no podía procederse a la restitución⁴⁹³. A pesar de las dificultades con que la restitución puede tropezar en la práctica, los Estados han insistido a menudo en reivindicarla con preferencia a la indemnización. Incluso en ciertos casos, especialmente los relativos a la aplicación de normas imperativas, puede exigirse la restitución como un elemento del cumplimiento de la obligación primaria.

4) Por el contrario, existen a menudo situaciones en que no se puede recurrir a la restitución o en que el valor de ésta para el Estado lesionado es tan pequeño que otras formas de reparación adquieren primacía. Las cuestiones que plantea la elección entre las diferentes formas de reparación se examinan en el contexto de la tercera parte⁴⁹⁴. Pero aparte de la válida elección por el Estado u otra entidad lesionados, la posibilidad de restitución puede quedar excluida en la práctica, por ejemplo, porque los bienes de que se trata han sido destruidos o se ha modificado fundamentalmente su naturaleza, o porque por algún motivo no se puede reponer el *statu quo ante*. En algunos casos, efectivamente, los tribunales de arbitraje han inferido del tenor del convenio arbitral o de las conclusiones de las partes lo que viene a ser una facultad discrecional para

otorgar indemnización en vez de restitución. Por ejemplo, en el asunto *Walter Fletcher Smith*, el árbitro, si bien sostuvo que la restitución no sería inapropiada en principio, interpretó el convenio arbitral en el sentido de que dejaba a su arbitrio la decisión de otorgar una indemnización, y así lo hizo «para atender mejor los intereses de las partes y del público»⁴⁹⁵. En el arbitraje relativo a la *Aminoil*, las partes convinieron en que no sería posible restablecer el *statu quo ante* después de la anulación de la concesión por el decreto de Kuwait⁴⁹⁶.

5) La restitución puede adoptar la forma de una reintegración o devolución material de territorio, personas o bienes, o la revocación de algún acto jurídico, o una combinación de esas cosas. Son ejemplos de restitución material, entre otros, la liberación de personas detenidas, la entrega a un Estado de una persona detenida en su territorio⁴⁹⁷, la restitución de buques⁴⁹⁸ u otros tipos de bienes⁴⁹⁹, incluidos documentos, obras de arte, acciones, etc.⁵⁰⁰. La expresión «restitución jurídica» se utiliza a veces en los casos en que la restitución requiere o implica la modificación de una situación jurídica, bien en el marco del ordenamiento jurídico del Estado responsable, bien en el marco de sus relaciones jurídicas con el Estado lesionado. Estos casos comprenden la revocación, la anulación o la enmienda de una disposición constitucional o legislativa promulgada en violación de una norma de derecho internacional⁵⁰¹, la anulación o revisión de un acto administrativo o de una resolución judicial ilícitamente adoptados con respecto a la persona o a los bienes de un extranjero⁵⁰² o la exigencia de que se adopten disposiciones (en la medida en que el

⁴⁹⁵ *Walter Fletcher Smith* (véase la nota 493 *supra*). En el asunto *Compagnie grecque des téléphones*, el tribunal arbitral, si bien decretó la restitución, afirmó que el Estado responsable podía sustituirla por una indemnización pecuniaria «por importantes razones de Estado» [véase J.G. Wetter y S. M. Schwebel, «Some little known cases on concessions», BYBIL 1964, vol. 40, pág. 216, en la pág. 221].

⁴⁹⁶ *Government of Kuwait v. American Independent Oil Company (Aminoil)*, ILR, vol. 66, pág. 519, en la pág. 533 (1982).

⁴⁹⁷ Como ejemplos de restitución material referidos a personas, véanse en especial los asuntos *Trent* (1861) y *Florida* (1864), ambos relativos a la detención de personas a bordo de navíos, Moore, *Digest*, vol. VII, págs. 768 y 1090 y 1091; y el asunto *Personnel diplomatique et consulaire des États Unis à Téhéran*, en el que la CIJ exigió al Irán la liberación inmediata de todos los nacionales de los Estados Unidos detenidos (nota 59 *supra*), págs. 44 y 45.

⁴⁹⁸ Véase, por ejemplo, el incidente del *Giaffarieh* (1886), que tuvo su origen en la captura por un navío de guerra egipcio de cuatro buques mercantes de Massawa, de matrícula italiana: Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale-Consiglio Nazionale delle Ricerche, *La prassi italiana di diritto internazionale*, primera serie, Dobbs Ferry (Nueva York), Oceana, 1970, vol. II, págs. 901 y 902.

⁴⁹⁹ Por ejemplo, el asunto *Temple de Préah Vihear*, fondo, fallo, C.I.J. *Recueil* 1962, pág. 6, en las págs. 36 y 37, en el que la CIJ falló en favor de la demanda de Camboya, que incluía la restitución de ciertos objetos que habían sido retirados del templo y de la zona vecina por las autoridades tailandesas. Véanse también el asunto del *Hôtel Métropole*, *Différend Société foncière lyonnaise*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIII (n.º de venta: 64.V.3), pág. 219 (1950); el asunto *Différend Ottoz*, *ibid.*, pág. 240 (1950); y el asunto *Différend dame Hénon*, *ibid.*, pág. 248 (1951).

⁵⁰⁰ En el asunto *Chemins de fer de Buzau-Nehoiási*, el tribunal arbitral decretó la restitución a una sociedad alemana de las acciones en una compañía de ferrocarriles de Rumania, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (n.º de venta: 1949.V.2), pág. 1839 (1939).

⁵⁰¹ Por lo que respecta a los casos en que la existencia misma de una ley equivale a la violación de una obligación internacional, véase el comentario al artículo 12, párr. 12.

⁵⁰² Por ejemplo, el asunto *Martini*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 975 (1930).

⁴⁹² *Usine de Chorzów*, fondo (véase la nota 34 *supra*), pág. 48.

⁴⁹³ Véanse, por ejemplo: reclamaciones relativas a los asuntos *Biens britanniques au Maroc espagnol* (nota 44 *supra*), págs. 621 a 625, y 651 a 742; *Propriétés religieuses expropriées par le Portugal*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. I (n.º de venta: 1948.V.2), pág. 7 (1920); *Walter Fletcher Smith*, *ibid.*, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 913, en la pág. 918 (1929); y *Différend héritiers Lebas de Courmont*, *ibid.*, vol. XIII (n.º de venta: 64.V.3), pág. 761, en la pág. 764 (1957).

⁴⁹⁴ Véanse los artículos 43 y 45 y sus comentarios.

derecho internacional lo autorice) para dar por terminado un tratado⁵⁰³. En algunos casos la restitución puede ser a la vez material y jurídica⁵⁰⁴. En otros, un tribunal judicial o arbitral internacional, al definir la posición jurídica con fuerza obligatoria para las partes, dicta una resolución que equivale a una restitución con otra forma⁵⁰⁵. Por consiguiente, el término «restitución» del artículo 35 tiene un sentido amplio, que abarca cualquier medida que debe adoptar el Estado responsable para corregir la situación resultante de su hecho internacionalmente ilícito.

6) Lo exigido con carácter de restitución dependerá a menudo del contenido de la obligación primaria violada. La restitución, como primera de las formas de reparación tiene una importancia especial cuando la obligación violada es de carácter continuo, y aún más cuando emana de una norma imperativa de derecho internacional general. En el caso, por ejemplo, de anexión ilícita de un Estado, la retirada de las fuerzas del Estado ocupante y la anulación del decreto de anexión pueden considerarse más bien como cesación que como restitución⁵⁰⁶. Aun así, serán necesarias medidas auxiliares (la devolución de las personas apresadas o los bienes confiscados durante la invasión) como un elemento de la cesación o de la restitución.

7) La obligación de restituir no es ilimitada. En particular, el artículo 35 dispone que existe una obligación de restituir «siempre que y en la medida en que» esa restitución no sea materialmente imposible ni totalmente desproporcionada. Las palabras «siempre que y en la medida en que» dejan bien sentado que la restitución sólo puede ser excluida parcialmente, en cuyo caso el Estado responsable estará obligado a restituir en la medida en que ello no sea imposible ni desproporcionado.

8) De conformidad con el apartado a del artículo 35, no existe obligación de restituir si la restitución es «materialmente imposible». Esto ocurre cuando el bien que tiene

⁵⁰³ En el asunto del *Tratado Bryan-Chamorro* (Costa Rica c. Nicaragua), la Corte de Justicia Centroamericana resolvió que «el Gobierno de Nicaragua está obligado, usando para ello todos los medios posibles conforme al derecho internacional, a restablecer y mantener la condición legal que existía antes del Tratado Bryan-Chamorro entre las repúblicas litigantes en cuanto corresponde a las cuestiones examinadas en la presente acción» [*Anales de la Corte de Justicia Centroamericana*, San José, Costa Rica, vol. VI, N.ºs 16 a 18 (diciembre de 1916 a mayo de 1917), pág. 7; *AJIL*, vol. 11, n.º 3 (1917), pág. 674, en particular págs. 683 y 696].

⁵⁰⁴ Así, la CPJI resolvió que «el Gobierno de Checoslovaquia [debía] devolver a la Real Universidad Húngara Peter Pázmány, de Budapest, los bienes inmuebles que ésta [reclamaba], exonerados de toda medida de transferencia, administración obligatoria o embargo, y en la condición en la cual se encontraban antes de la aplicación de esas medidas» [*Appel contre une sentence du tribunal arbitral mixte hongaro-tchécoslovaque* (véase la nota 481 *supra*)].

⁵⁰⁵ En el asunto del *Statut juridique du Groënland oriental*, la CPJI resolvió que «la declaración de ocupación promulgada por el Gobierno de Noruega el 10 de julio de 1931 y cualesquiera medidas adoptadas a este respecto por ese Gobierno, [constituían] una violación de la situación jurídica existente y, en consecuencia, son ilícitas e inválidas» [fallo, 1933, *C.P.J.I., série A/B, n.º 53*, pág. 22, en la pág. 75]. En el asunto de las *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex* (véase la nota 79 *supra*), la Corte resolvió que Francia «debe retirar sus despachos aduaneros de conformidad con las disposiciones de dichos tratados e instrumentos [...] y que este régimen debe continuar en vigor hasta tanto no se modifique en virtud de acuerdo entre las partes», pág. 172. Véase asimismo F. A. Mann, «The consequences of an international wrong in international and municipal law», *BYBIL* 1976-1977, vol. 48, pág. 1, en las págs. 5 a 8.

⁵⁰⁶ Véase el párrafo 8 del comentario al artículo 30.

que ser restituido se ha perdido o destruido irremediablemente, o se ha deteriorado hasta el punto de perder todo valor. En cambio, la restitución no es imposible meramente por razón de dificultades jurídicas o prácticas, aunque el Estado responsable tenga que esforzarse especialmente para superarlas. A tenor del artículo 32, el Estado autor del hecho ilícito no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de la obligación de reparar íntegramente el daño causado, por lo que el mero hecho de la existencia de obstáculos políticos o administrativos a la restitución no equivale a una imposibilidad.

9) La imposibilidad material no se circunscribe a los supuestos en que el objeto de que se trata ha sido destruido, sino que puede abarcar situaciones más complejas. En el asunto *Forêts du Rhodope central*, el demandante no era el único con derecho a realizar operaciones forestales pero los demás participantes no habían formulado ninguna reclamación. Los bosques no estaban en el mismo estado en que se encontraban en el momento de la expropiación ilícita y sería necesario proceder a una investigación detallada para determinar su estado. Después de la expropiación, terceros habían adquirido derechos al respecto. Por esa serie de razones, se denegó la restitución⁵⁰⁷. Este asunto respalda una interpretación amplia de la imposibilidad de otorgar la restitución, pero versaba sobre cuestiones de derechos de propiedad privada en el marco del ordenamiento jurídico del Estado responsable⁵⁰⁸. La situación puede ser diferente en los casos en que los derechos y obligaciones de que se trata nacen directamente en el ámbito internacional. En ese contexto, la restitución desempeña una función especialmente importante.

10) En algunos casos, al considerar si la restitución es posible materialmente, habrá que tener en cuenta la posición de los terceros. Así ocurrió en el asunto *Forêts du Rhodope central*. Ahora bien, si la posición de un tercero impide o no la restitución dependerá de las circunstancias, en particular si el tercero, en el momento de concertar el trato o de asumir los derechos litigiosos, actuó de buena fe y sin conocimiento de la pretensión a obtener restitución.

11) Una segunda excepción, a la que se refiere el apartado b del artículo 35, versa sobre los supuestos en que la ventaja que se derivaría de la restitución es totalmente desproporcionada con relación al costo que entrañaría para el Estado responsable. Concretamente, no existe obligación de restituir si la restitución «entraña una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que se derivaría de la restitución en vez de la indemnización». Esto se aplica sólo cuando existe una grave desproporción entre la carga que la restitución impondría al Estado responsable y el beneficio que podría obtener, bien el Estado lesionado, bien cualquier víctima de la violación. Se basa, pues, en consideraciones de equidad y de

⁵⁰⁷ *Forêts du Rhodope central* (véase la nota 382 *supra*), pág. 1432.

⁵⁰⁸ Por lo que respecta a las cuestiones de restitución en relación con el arbitraje sobre contratos de Estado, véase *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, *ILR*, vol. 53, pág. 389, en las págs. 507 y 508, párr. 109 (1977); *BP Exploration Company (Libya) Limited v. Government of the Libyan Arab Republic*, *ibíd.*, pág. 297, en la pág. 354 (1974); y *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic*, *ibíd.*, vol. 62, pág. 140, en la pág. 200 (1977).

lo que es razonable⁵⁰⁹, aunque otorgando preferencia a la posición del Estado lesionado en los casos en que, tras sopesar todas las circunstancias, no se vea claramente que haya que dar prioridad a la indemnización con respecto a la restitución. Ese proceso favorecerá invariablemente al Estado lesionado en los casos en que el incumplimiento de la obligación de restitución ponga en peligro su independencia política o su estabilidad económica.

Artículo 36. Indemnización

1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución.

2. La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado.

Comentario

1) El artículo 36 versa sobre la indemnización del daño causado por un hecho internacionalmente ilícito, en la medida en que ese daño no haya sido reparado mediante restitución. El concepto de «daño» se define de una manera general en el párrafo 2 del artículo 31 como todo daño tanto material como moral⁵¹⁰. En el párrafo 2 del artículo 36 se desarrolla esa definición especificando que la indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que sea comprobado en el caso de que se trate. El requisito «susceptible de evaluación financiera» tiene por objeto excluir la indemnización de lo que a veces se denomina el «daño moral» a un Estado, es decir, la afrenta o el perjuicio causado por una violación de derechos con independencia de un daño real a las personas o a los bienes, que se repara mediante la satisfacción, a la que se refiere el artículo 37.

2) De las distintas formas de reparación, la indemnización es quizá la forma habitualmente más solicitada en la práctica internacional. En el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la CIJ declaró: «es una norma firmemente establecida de derecho internacional que el Estado lesionado tiene derecho a obtener indemnización del Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito por el daño causado por ese hecho»⁵¹¹. Está igualmente bien comprobado que un tribunal judicial o arbitral internacional que es competente para conocer de una reclamación en materia de responsabilidad de los Estados tiene, como un elemento de esa competencia, la potestad de otorgar una indemnización por el daño sufrido⁵¹².

⁵⁰⁹ Véanse, por ejemplo, J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leiden, Sijthoff, 1973, parte VI, pág. 744, y la posición adoptada por la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht, *Anuario...* 1969, vol. II, pág. 156.

⁵¹⁰ Véanse los párrafos 5, 6 y 8 del comentario al artículo 31.

⁵¹¹ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (véase la nota 27 *supra*), pág. 81, párr. 152. Véase también el pronunciamiento de la CPJI en el asunto *Usine de Chorzów*, fondo (nota 34 *supra*), según el cual «es un principio de derecho internacional que la reparación de un daño puede consistir en una indemnización», pág. 27.

⁵¹² *Usine de Chorzów*, competencia (véase la nota 34 *supra*); *Compétence en matière de pêcheries* (véase la nota 432 *supra*), págs. 203 a

3) La relación con la restitución queda clara en virtud de las palabras finales del párrafo 1 del artículo 36 («en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución»). La restitución, a pesar del principio jurídico de su primacía, frecuentemente es imposible o inadecuada. Puede ser excluida total o parcialmente en virtud de las excepciones enunciadas en el artículo 35, o porque el Estado lesionado prefiera la indemnización o por otras razones. Incluso en los casos en que se otorga la restitución, ésta puede ser insuficiente para garantizar una reparación íntegra. La función de la indemnización es llenar las posibles lagunas a fin de lograr la íntegra reparación del daño sufrido⁵¹³. Como afirmó el superárbitro en el asunto del *Lusitania*:

El concepto fundamental de la «indemnización de daños y perjuicios» es [...] la reparación de una *pérdida* sufrida, una *compensación*, judicialmente determinada de un hecho lesivo. El remedio debe ser proporcionado a la pérdida, a fin de que la parte perjudicada pueda reintegrarse de ella⁵¹⁴.

Análogamente, la CPJI expresó la función de la indemnización en los términos siguientes:

La restitución en especie o, si ésta no fuere posible, el pago de una suma que corresponda al valor que habría representado la restitución en especie; el otorgamiento, si fuere necesario, de daños y perjuicios por las pérdidas sufridas que no se puedan resarcir mediante la restitución en especie o el pago en su defecto: tales son los principios en que debe inspirarse la determinación de la cuantía de la indemnización debida por un hecho contrario al derecho internacional⁵¹⁵.

El derecho a ser indemnizado por tales pérdidas se apoya en una abundante jurisprudencia, la práctica de los Estados y la doctrina.

4) En comparación con la satisfacción, la indemnización tiene por función remediar las pérdidas efectivas sufridas como consecuencia del hecho internacionalmente ilícito. En otras palabras, la función del artículo 36 es puramente de indemnización, como lo indica su título. La indemnización corresponde al daño susceptible de evaluación financiera sufrido por el Estado lesionado o sus nacionales. La indemnización no tiene por objeto castigar al Estado responsable ni tampoco tiene un carácter expresivo o ejemplar⁵¹⁶. Por tanto, la indemnización consiste

205, párrs. 71 a 76; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (véase la nota 36 *supra*), pág. 142.

⁵¹³ *Usine de Chorzów*, fondo (véase la nota 34 *supra*), págs. 47 y 48.

⁵¹⁴ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII (n.º de venta: 1956.V.5), pág. 32, en la pág. 39 (1923).

⁵¹⁵ *Usine de Chorzów*, fondo (véase la nota 34 *supra*), pág. 47, citado y aplicado, en particular, por el TIDM en el asunto *Navire «Saiga» (n.º 2)* (San Vicente y las Granadinas c. Guinea), fallo, *TIDM Recueil 1999*, pág. 10, párr. 170 (1999). Véanse también *Papamichalopoulos et autres c. Grèce (article 50)*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Série A n.º 330-B*, párr. 36 (1995); *Velásquez Rodríguez* (nota 63 *supra*), págs. 26 y 27, y 30 y 31; y *Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran, Iran-U.S. C.T.R.*, vol. 6, pág. 219, en la pág. 225 (1984).

⁵¹⁶ En el asunto *Velásquez Rodríguez* (indemnización compensatoria), la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que el derecho internacional no reconocía el concepto de indemnización punitiva o ejemplar, *Serie C*, n.º 7 (1989). Véase también *Letelier and Moffitt*, ILR, vol. 88, pág. 727 (1992) acerca del asesinato en Washington por agentes chilenos de un ex ministro chileno: el convenio arbitral excluía el otorgamiento de una indemnización punitiva, a pesar de su disponibilidad en el derecho de los Estados Unidos. Sobre la indemnización

generalmente en el pago de una suma de dinero, aunque se pueda otorgar a veces en forma de otros valores pactados. Es cierto que los pagos en dinero también pueden estar indicados a título de satisfacción en la aplicación del artículo 37, pero cumplen una función distinta de la de la indemnización. La indemnización pecuniaria tiene por objeto compensar, en la medida de lo posible, el daño sufrido por el Estado lesionado como consecuencia de la violación. La satisfacción se refiere a un perjuicio no material, concretamente un perjuicio no material irrogado al Estado, al que sólo se puede atribuir un valor dinerario de manera muy aproximada y teórica⁵¹⁷.

5) Como en el caso de otras disposiciones de la segunda parte, el artículo 36 se expresa como una obligación del Estado responsable de reparar las consecuencias dimanantes de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito⁵¹⁸. El alcance de esta obligación viene delimitada por las palabras «todo daño susceptible de evaluación financiera», es decir, todo daño que puede ser evaluado pecuniariamente. El daño susceptible de evaluación financiera abarca tanto el daño sufrido por el Estado mismo (daños a sus bienes o a su personal, o gastos razonablemente realizados para remediar o aminorar los daños dimanantes de un hecho internacionalmente ilícito) como los daños sufridos por los nacionales de ese Estado, sean personas físicas o jurídicas, en cuyo nombre el Estado presenta una reclamación en el marco de la protección diplomática.

6) Además de la CIJ, los órganos judiciales o cuasijudiciales internacionales que se ocupan de cuestiones de indemnización comprenden, entre otros, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar⁵¹⁹, el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán⁵²⁰, los tribunales y otros órganos de derechos humanos⁵²¹, y los tribunales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) a tenor del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados⁵²². Otras demandas

de indemnización han sido resueltas por vía de acuerdo, generalmente sin reconocimiento de responsabilidad, siendo una de las condiciones del acuerdo el pago de una indemnización sustancial⁵²³. Las normas y principios elaborados por esos órganos para determinar la cuantía de la indemnización pueden considerarse como manifestaciones del principio general enunciado en el artículo 36.

7) En cuanto a los tipos de daños que pueden dar lugar a indemnización y a los principios de evaluación que tienen que aplicarse para cuantificarlos, éstos serán distintos según el contenido de cada obligación primaria, la apreciación del comportamiento respectivo de las partes y, de manera más general, la preocupación por llegar a un resultado equitativo y aceptable⁵²⁴. Los ejemplos siguientes muestran los tipos de daños que pueden ser resarcibles y los métodos que pueden emplearse para cuantificarlos.

8) Puede causarse un daño al Estado como tal cuando sus aviones son derribados o sus buques hundidos, cuando sus locales y su personal diplomáticos son atacados, cuando otros bienes públicos sufren deterioro, cuando debe sufragar los gastos efectuados para poner remedio a los daños causados por la contaminación o cuando sufre un daño accesorio relacionado, por ejemplo, con la necesidad de pagar pensiones y gastos médicos a funcionarios heridos de resultas de un hecho ilícito. Una lista de esta índole no puede ser exhaustiva y las categorías de perjuicios indemnizables sufridos por los Estados no están predeterminadas.

9) En el asunto *Détroit de Corfou* el Reino Unido reclamó una indemnización por tres conceptos: la sustitución del destructor *Saumarez*, que había pasado a constituir una pérdida total, los daños causados al destructor *Volage*, y el daño resultante de muertes y lesiones corporales entre el personal naval. La CIJ solicitó un dictamen pericial para la determinación de los daños. En el caso del destructor *Saumarez*, la Corte consideró que «la justa medida de la reparación» era «el valor de reposición de [destructor] en el momento de la pérdida» y declaró que la cuantía de la indemnización reclamada por el Gobierno del Reino Unido (700.087 libras esterlinas) estaba justificada. En lo concerniente a los daños causados al destructor *Volage*, los peritos habían calculado una suma ligeramente inferior a las 93.812 libras esterlinas reclamadas por el Reino

(Continuación de la nota 516.)

punitiva véanse también N. Jorgensen «A reappraisal of punitive damages in international law», *BYBIL* 1997, vol. 68, pág. 247; S. Wittich, «Awe of the gods and fear of the priests: punitive damages in the law of State responsibility», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 3, n.º 1 (1998), pág. 101.

⁵¹⁷ Véase el párrafo 3 del comentario al artículo 37.

⁵¹⁸ Por lo que respecta al requisito de un nexo causal o suficiente entre el hecho internacionalmente ilícito y el daño, véanse los párrafos 11 a 13 del comentario al artículo 31.

⁵¹⁹ Por ejemplo el asunto *Saiga* (véase la nota 515 *supra*), párrs. 170 a 177.

⁵²⁰ El Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán ha producido una jurisprudencia considerable sobre las cuestiones de determinación del daño y de evaluación de bienes expropiados. Véanse algunos estudios de la jurisprudencia del Tribunal sobre estas materias, en particular en: Aldrich, *op. cit.* (nota 357 *supra*), caps. 5, 6 y 12; C. N. Brower y J. D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1998, caps. 14 a 18; M. Pellonpää, «Compensable claims before the Tribunal: expropriation claims», en R. B. Lillich y D. B. McGraw (eds.), *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility*, Irvington-on-Hudson, Transnational, 1998, págs. 185 a 266; y D. P. Stewart, «Compensation and valuation issues», *ibíd.*, págs. 325 a 385.

⁵²¹ Puede verse un examen de la práctica de esos órganos en materia de indemnización en D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, 1999, págs. 214 a 279.

⁵²² Los tribunales del CIADI tienen competencia para otorgar una indemnización por daños y perjuicios u otros tipos de reparación en las diferencias relativas a inversiones que surjan entre Estados Partes y

nacionales de otros Estados. Algunas de esas reclamaciones conllevan la invocación directa del derecho internacional como fundamento de la reclamación. Véase, por ejemplo, *Asian Agricultural Products Ltd. v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, *ICSID Reports*, vol. 4, Cambridge University Press, 1997, pág. 245 (1990).

⁵²³ Véanse, por ejemplo, el asunto *Certaines terres à phosphates à Nauru*, excepciones preliminares (nota 230 *supra*), y el auto de caducidad de la instancia dictado por la Corte a raíz de un arreglo extrajudicial, *ibíd.*, providencia (nota 232 *supra*); el asunto *Passage par le Grand Belt* (Finlandia c. Dinamarca), providencia de 10 de septiembre de 1992, *C.I.J. Recueil* 1992, pág. 348 (auto de caducidad de la instancia a raíz de un arreglo extrajudicial); y el asunto del *Incident aérien du 3 juillet 1988* (República Islámica del Irán c. Estados Unidos de América), providencia de 22 de febrero de 1996, *C.I.J. Recueil* 1996, pág. 9 (auto de caducidad de la instancia a raíz de un arreglo extrajudicial).

⁵²⁴ Cf. Aldrich, *op. cit.* (nota 357 *supra*), pág. 242. Véanse asimismo B. Graefrath, «Responsibility and damages caused: relationship between responsibility and damages» (véase la nota 454 *supra*), pág. 101; L. Reitzer, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international*, París, Sirey, 1938; Gray, *op. cit.* (nota 432 *supra*), págs. 33 y 34; J. Personnaz, *La réparation du préjudice en droit international public*, París, 1939; y M. Iovane, *La riparazione nella teoria e nella prassi dell'illecito internazionale*, Milán, Giuffrè, 1990.

Unido, lo que «se explica[ba] por el carácter necesariamente aproximado de la valoración, especialmente en lo que respecta a los pertrechos y el equipo». Además de las sumas otorgadas por los daños causados a los dos destructores, la Corte apoyó la demanda del Reino Unido de que se otorgara la suma de 50.048 libras esterlinas, que representaba «los gastos resultantes de las pensiones y otros subsidios que había abonado a las víctimas o a sus derechohabientes, así como los gastos de administración, tratamiento médico, etc.»⁵²⁵.

10) En el asunto *Saiga*, San Vicente y las Granadinas habían solicitado de Guinea una indemnización por el apresamiento y la inmovilización ilícitos de un buque matriculado en ese país, el *Saiga*, y su tripulación. El TIDM otorgó una indemnización de 2.123.357 dólares de los EE.UU., con intereses. Las bases de indemnización comprendían, en particular, los daños sufridos por el buque, incluidos los costos de reparación, las pérdidas relacionadas con el precio del fletamento del buque, los gastos relativos a la inmovilización del buque y los daños y perjuicios por la retención del capitán, los miembros de la tripulación y otras personas a bordo del buque. San Vicente y las Granadinas habían pedido una indemnización por la violación de sus derechos respecto de los buques que enarbolaban su pabellón como resultado del apresamiento y la inmovilización del *Saiga*, pero el Tribunal estimó que su declaración de que Guinea había actuado ilícitamente al proceder al apresamiento del buque en las circunstancias del caso y haciendo uso de una fuerza excesiva constituía una reparación adecuada⁵²⁶. También fueron desestimadas las demandas relativas a la pérdida de derechos de matrícula a causa del apresamiento ilegal del buque y a los gastos resultantes del tiempo dedicado por funcionarios a los problemas del apresamiento y la inmovilización del buque y de su tripulación. En el primer caso, el Tribunal sostuvo que San Vicente y las Granadinas no habían aportado ninguna prueba en apoyo de su demanda. En el segundo caso, el Tribunal consideró que sus gastos no eran resarcibles ya que se habían realizado en el marco de las funciones normales del Estado del pabellón⁵²⁷.

11) Pagos por concepto de indemnización han sido negociados directamente entre el Estado lesionado y el Estado infractor en algunos casos de ataques ilícitos a buques con un saldo de daños al buque o su hundimiento y, en ciertos casos, de muerte o lesiones entre los miembros de la tripulación⁵²⁸. Otros pagos similares han sido negociados en casos de daños causados a aeronaves de un Estado, como por ejemplo el «arreglo extrajudicial completo y definitivo» pactado por el Irán y los Estados Unidos a raíz

de una controversia sobre la destrucción de una aeronave iraní y la muerte de sus 290 pasajeros y tripulantes⁵²⁹.

12) Los Estados también negocian a menudo acuerdos de indemnización después de ataques contra locales diplomáticos, ya sea por los daños causados a la embajada misma⁵³⁰, ya sea por los daños causados a su personal⁵³¹. Los daños causados a otros bienes públicos, como carreteras o infraestructuras, también han sido objeto de demandas de indemnización⁵³². En muchos casos, esos pagos, se han hecho *ex gratia* o sin reconocimiento de responsabilidad⁵³³.

13) Otro supuesto en el que los Estados pueden pedir una indemnización por los daños sufridos por el Estado como tal es cuando se realizan gastos para remediar unos daños causados por la contaminación. Después de que el satélite soviético *Cosmos 954* se estrellase en territorio canadiense en enero de 1978, el Canadá presentó una reclamación de indemnización por los gastos efectuados para la localización, recuperación, eliminación y análisis de residuos radiactivos y la limpieza de las zonas afectadas que se basaban «conjuntamente o por separado en a) los acuerdos internacionales pertinentes [...] y b) los principios generales del derecho internacional»⁵³⁴. El Canadá afirmó que aplicaba «los criterios pertinentes establecidos por los principios generales del derecho internacional, según los cuales debe pagarse una indemnización justa, al incluir en su reclamación tan sólo los costos razonables, causados directamente por la intrusión del satélite y el depósito de residuos y que pueden ser calculados con un grado de certeza razonable»⁵³⁵. La reclamación se liquidó en abril de 1981, cuando las partes

⁵²⁵ *Dérouville de Corfou*, determinación de la cuantía de la indemnización (véase la nota 473 *supra*), pág. 249.

⁵²⁶ *Saiga* (véase la nota 515 *supra*), párr. 176.

⁵²⁷ *Ibid.*, párr. 177.

⁵²⁸ Véanse el pago hecho por Cuba a las Bahamas en razón del hundimiento por una aeronave cubana de un buque de las Bahamas en alta mar, con pérdida de vidas humanas entre la tripulación [RGDIP, vol. 85 (1981), pág. 540]; el pago por Israel de una indemnización por el ataque en 1967 del *U.S.S. Liberty*, con resultado de muerte y lesiones entre los tripulantes (*ibid.*, pág. 562); y el pago por el Iraq de una suma de 27 millones de dólares por las 37 muertes causadas en mayo de 1987 cuando aeronaves iraquíes dañaron gravemente al *U.S.S. Stark* [AJIL, vol. 83, n.º 3 (julio de 1989), pág. 561].

⁵²⁹ *Incident aérien du 3 juillet 1988* (véase la nota 523 *supra*) (auto de caducidad de la instancia a raíz de un arreglo extrajudicial). Por lo que respecta al arreglo extrajudicial, véase el Acuerdo General de 9 de febrero de 1996 entre el Irán y los Estados Unidos sobre la solución de ciertos asuntos sometidos a la Corte Internacional de Justicia y al Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán, declarado cosa juzgada por acuerdo mutuo en virtud de providencia dictada por el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán, Iran-U.S. C.T.R., vol. 32, pág. 207, en la pág. 213 (1996).

⁵³⁰ Véanse, por ejemplo, el Acuerdo de 1.º de diciembre de 1966 entre el Reino Unido e Indonesia por el que este último país se comprometía a pagar una indemnización, entre otras cosas, por los daños causados durante un tumulto popular [*Treaty Series* n.º 34 (1967), Londres, H. M. Stationery Office] y el pago por el Pakistán a los Estados Unidos de una indemnización por el saqueo de la Embajada de los Estados Unidos en Islamabad en 1979 [RGDIP, vol. 85 (1981), pág. 880].

⁵³¹ Véanse, por ejemplo, Reclamación del Cónsul *Henry R. Myers* (*United States v. Salvador*) (1890), *Papers relating to the Foreign Relations of the United States*, págs. 64 y 65; (1892), págs. 24 y 49 a 51; (1893), págs. 174 a 179, 181 y 182 y 184; y M. M. Whiteman, *Damages in International Law* (nota 347 *supra*), págs. 80 y 81.

⁵³² Véanse algunos ejemplos en M. M. Whiteman, *Damages in International Law* (nota 347 *supra*), pág. 81.

⁵³³ Véase, por ejemplo, el acuerdo entre los Estados Unidos y China en el que se estipulaba un pago *ex gratia* de 4,5 millones de dólares a las familias de las personas muertas y heridas en el bombardeo de la Embajada china en Belgrado el 7 de mayo de 1999, AJIL, vol. 94, n.º 1 (enero de 2000), pág. 127.

⁵³⁴ Reclamación presentada por el Canadá contra la URSS por los daños causados por el satélite soviético *Cosmos 954*, 23 de enero de 1979 (véase la nota 459 *supra*), págs. 899 y 905.

⁵³⁵ *Ibid.*, pág. 907.

acordaron un pago *ex gratia* de 3 millones de dólares canadienses (alrededor del 50% de la suma reclamada)⁵³⁶.

14) La Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas ha tenido que examinar demandas de indemnización por los gastos efectuados para combatir la contaminación en relación con la determinación de la responsabilidad del Iraq con arreglo al derecho internacional «por toda pérdida directa y daño directo, incluidos los daños al medio ambiente y la destrucción de recursos naturales [...] resultante de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait» por el Iraq⁵³⁷. La decisión 7 del Consejo de Administración de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas enumera las distintas pérdidas a que se refieren las palabras «por los daños directos causados al medio ambiente y por la explotación abusiva de recursos naturales»⁵³⁸.

15) En los casos en que se ha otorgado o pactado una indemnización a raíz de un hecho internacionalmente ilícito que causa o amenaza causar un daño al medio ambiente, los pagos han tenido como finalidad reembolsar al Estado lesionado los gastos razonablemente efectuados para prevenir o poner remedio a la contaminación, o indemnizarlo por la pérdida de valor de los bienes afectados por la contaminación⁵³⁹. Sin embargo los daños al medio ambiente a menudo no se limitan a los que pueden cuantificarse fácilmente como gastos de limpieza o de pérdida de valor de un bien. Los daños causados a esos valores ecológicos (biodiversidad, esparcimiento, etc., denominados a veces «valores no de uso») no son, en principio, menos reales e indemnizables que los daños a los bienes, aunque pueda resultar más difícil cuantificarlos.

16) En el campo de la protección diplomática existen bastantes elementos de referencia en cuanto a criterios de indemnización y métodos de valoración, especialmente en lo que respecta a los casos de daño personal y de privación de bienes corporales o de daños a tales bienes. Es un principio bien arraigado que el Estado puede exigir una indemnización por el daño sufrido personalmente por sus agentes o sus nacionales, además de todo perjuicio directo que él mismo haya sufrido en relación con el mismo hecho. Los daños personales indemnizables comprenden no sólo las pérdidas materiales conexas, como el lucro cesante y la disminución del nivel de ingresos, los gastos médicos y otros conceptos similares, sino también el daño inmaterial, o no patrimonial, sufrido por el particular (a veces, aunque no siempre, denominado «daño moral» en los ordenamientos jurídicos nacionales). Por lo general se entiende que el daño inmaterial comprende la pérdida de los seres queridos, el dolor y el sufrimiento, así como

cualquier atentado contra la persona, su domicilio o su vida privada. Al igual que el perjuicio material sufrido por el Estado lesionado, el daño inmaterial o no patrimonial puede evaluarse en dinero y puede ser objeto de una reclamación de indemnización, como se puso de relieve en el caso del *Lusitania*⁵⁴⁰. En este asunto el superárbitro consideró que el derecho internacional da derecho a obtener reparación por el sufrimiento psíquico, los sentimientos heridos, la humillación, la vergüenza, la degradación, la pérdida de posición social o de crédito moral y reputación, ya que tales daños son «muy reales, y el mero hecho de que sean difíciles de medir o estimar con criterios monetarios no los hace menos reales y no es razón para que la persona lesionada no deba ser indemnizada»⁵⁴¹.

17) Los tribunales judiciales y arbitrales internacionales han procedido en múltiples ocasiones a determinar la cuantía de la reparación debida por daños personales. Por ejemplo, en el asunto *Saiga*⁵⁴², el tribunal estimó que el derecho de San Vicente y las Granadinas a obtener reparación abarcaba la indemnización por el perjuicio causado a la tripulación, su detención ilegal, la privación de su libertad y otras formas de malos tratos.

18) Tradicionalmente, la cuestión de la indemnización por los daños personales sufridos por un nacional de un Estado extranjero o uno de sus agentes se planteaba principalmente en el contexto de las comisiones mixtas de reclamaciones que habían de conocer de la responsabilidad del Estado por daños ocasionados a nacionales extranjeros. Las comisiones de reclamaciones otorgaban indemnización por un daño personal en caso tanto de muerte como de privación de libertad resultantes de un hecho ilícito. En el caso de reclamaciones por muerte consecutiva a un hecho ilícito, las indemnizaciones por daños y perjuicios generalmente se basaban en una evaluación de las pérdidas de los herederos supervivientes o los sucesores, calculadas de acuerdo con la conocida fórmula del superárbitro en el asunto del *Lusitania*, en la que se tuvieron en cuenta:

las sumas a) que la persona fallecida, de no haber sido muerta, hubiera aportado probablemente al reclamante, añadiéndose b) el valor pecuniario que representaban para dicho reclamante los servicios personales de la persona fallecida en lo que respecta al cuidado, la educación o la supervisión del reclamante, y añadiéndose también c) una indemnización razonable por el sufrimiento psíquico o el trauma, si procede, resultante de la ruptura violenta de los lazos familiares que el reclamante pudiera haber padecido a causa de dicha muerte. La suma de esas estimaciones, expresada en su valor actual en efectivo, representará por lo general la pérdida sufrida por el reclamante⁵⁴³.

En los casos de privación de libertad, los árbitros algunas veces otorgaron una cantidad fija por cada día de detención⁵⁴⁴. A menudo se aumentó la cuantía de la indemnización en los casos en que a la detención y prisión ilegales

⁵³⁶ Protocolo entre el Canadá y la URSS sobre la reclamación por los daños causados por el satélite *Cosmos 954* (Moscú, 2 de abril de 1981), Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1470, n.º 24934, pág. 270. Véase también ILM, vol. 20, n.º 3 (mayo de 1981), pág. 689.

⁵³⁷ Resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad, párr. 16 (véase la nota 461 *supra*).

⁵³⁸ Decisión 7, de 16 de marzo de 1992, «Criterios aplicables a categorías adicionales de reclamaciones» (S/AC.26/1991/7/Rev.1), párr. 35.

⁵³⁹ Véase el laudo dictado por el tribunal arbitral en el asunto *Fonderie de Trail* (nota 253 *supra*), pág. 1911, que dispuso el pago a los Estados Unidos de una indemnización por los daños causados a tierras y bienes por las emisiones de dióxido de azufre procedentes de una fundición situada al otro lado de la frontera en el Canadá. La indemnización se fijó sobre la base de la reducción del valor de las tierras afectadas.

⁵⁴⁰ Véase la nota 514 *supra*. Los órganos jurisdiccionales internacionales han otorgado frecuentemente indemnizaciones por el daño moral causado a particulares. Por ejemplo, en el asunto *Chevreau* (véase la nota 133 *supra*), AJIL, vol. 27, n.º 1 (enero de 1933), pág. 153; el asunto *Gage*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (n.º de venta: 59.V.5), pág. 226 (1903); el asunto *Di Caro*, *ibíd.*, vol. X (n.º de venta: 60.V.4), pág. 597 (1903); y el asunto *Héritiers de Jean Maninat*, *ibíd.*, pág. 55 (1903).

⁵⁴¹ *Lusitania* (véase la nota 514 *supra*), pág. 40.

⁵⁴² Véase la nota 515 *supra*.

⁵⁴³ *Lusitania* (véase la nota 514 *supra*), pág. 35.

⁵⁴⁴ Por ejemplo, el asunto *Topaze*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (n.º de venta: 59.V.5), pág. 387, en la

se añadían unas condiciones de detención abusivas que habían ocasionado un daño físico o psíquico particularmente grave⁵⁴⁵.

19) La cuestión de la indemnización por daños personales se ha planteado en los órganos competentes en materia de derechos humanos, en particular el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las indemnizaciones otorgadas abarcan tanto las pérdidas materiales (lucro cesante, pensiones, gastos médicos, etc.) como los daños no patrimoniales (*pretium doloris*, dolor psíquico o moral, humillación, pérdida de alegría de vivir y pérdida de relaciones de afecto y amistad), los cuales generalmente se cuantifican sobre la base de una evaluación equitativa. Hasta ahora, la cuantía de la reparación o la indemnización de daños y perjuicios otorgada o recomendada por esos órganos ha sido modesta⁵⁴⁶. No obstante, las resoluciones dictadas por los órganos de derechos humanos en materia de indemnización se fundan en los principios del derecho internacional general relativos a la reparación⁵⁴⁷.

20) Además de un gran número de acuerdos de indemnización mediante el pago de una suma global o a tanto alzado relativos a reclamaciones múltiples⁵⁴⁸, una amplia variedad de tribunales y comisiones especiales y permanentes conocen desde hace dos siglos de las demandas de indemnización por daños patrimoniales causados a nacionales de los Estados por un hecho internacionalmente ilícito. Dada la diversidad de los órganos jurisdiccionales, las sentencias dictadas son muy variadas⁵⁴⁹. No obstante,

proporcionan principios útiles para determinar la cuantía de la indemnización por ese tipo de daños.

21) El punto de referencia a efectos de evaluación es la pérdida sufrida por el demandante cuyos derechos patrimoniales han sido conculcados. Generalmente las pérdidas se calculan en relación con determinadas clases de daños: i) la indemnización por el valor en capital; ii) la indemnización por lucro cesante; y iii) la indemnización por gastos accesorios.

22) La indemnización por el valor en capital del bien confiscado o destruido como consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito generalmente se calcula con arreglo al «valor normal de mercado» del bien perdido⁵⁵⁰. El método empleado para calcular el «valor normal de mercado» depende, sin embargo, de la naturaleza del bien de que se trate. Cuando el bien de que se trate o un bien comparable sea objeto de libre comercio en el mercado abierto, su valor se puede determinar más fácilmente. En tales casos, la elección y aplicación de los métodos del valor del activo basados en los datos del mercado y las características físicas del bien no plantean muchos problemas, aparte de los relacionados con la prueba en el caso de reclamaciones pendientes desde hace mucho tiempo⁵⁵¹. Cuando los bienes de que se trata son únicos o raros, por ejemplo, obras de arte u otros bienes cultu-

pág. 389 (1903); y el asunto *Faulkner*, ibíd., vol. IV (n.º de venta: 1951.V.1), pág. 67, en la pág. 71 (1926).

⁵⁴⁵ Por ejemplo, el asunto *William McNeil*, ibíd., vol. V (n.º de venta: 1952.V.3), pág. 164, en la pág. 168 (1931).

⁵⁴⁶ Véanse el estudio de D. Shelton, *op. cit.* (nota 521 *supra*), caps. 8 y 9; A. Randelzhofer y C. Tomuschat (eds.), *State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1999; y R. Pisillo Mazzeschi, «La riparazione per violazione dei diritti umani nel diritto internazionale e nella Convenzione europea», *La Comunità internazionale*, vol. 53, n.º 2 (1998), pág. 215.

⁵⁴⁷ Véase, por ejemplo, la resolución dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto *Velásquez Rodríguez* (nota 63 *supra*), págs. 26 y 27 y 30 y 31. Cf. *Papamichalopoulos* (nota 515 *supra*).

⁵⁴⁸ Véanse, por ejemplo, R. B. Lillich y B. H. Weston, *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1975; y B. H. Weston, R. B. Lillich y D. J. Bederman, *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements, 1975-1995*, Ardsley (Nueva York), Transnational, 1999.

⁵⁴⁹ Persiste la controversia en relación con los casos de expropiación, especialmente con respecto a las normas aplicables en materia de indemnización a la luz de la distinción entre expropiación legal de bienes decretada por el Estado, por una parte, y privación ilícita de bienes, por otra, distinción formulada claramente por la CPJI en el asunto *Usine de Chorzów*, fondo (nota 34 *supra*), pág. 47. En varios asuntos, los tribunales han aplicado la distinción para otorgar indemnización por lucro cesante en los casos de privación ilícita de bienes [véanse, por ejemplo, las observaciones del árbitro en el asunto *Libyan American Oil Company (LIAMCO)* (nota 508 *supra*), págs. 202 y 203; y también el arbitraje relativo al asunto *Aminoil* (nota 496 *supra*) en la pág. 600, párr. 138; y el asunto *Amoco International Finance Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S. C.T.R., vol. 15, pág. 189, en la pág. 246, párr. 192 (1987)]. Ahora bien, esa distinción entre los principios aplicables en materia de indemnización según la legalidad o ilegalidad de la privación de los bienes no se ha hecho en todos los casos. Véase, por ejemplo, la resolución del Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán en *Phillips Petroleum Company Iran* (nota 164 *supra*), pág. 122, párr. 110. Véase también *Starrett Housing Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Iran-

U.S. C.T.R., vol. 16, pág. 112 (1987), en el que el Tribunal no hizo ninguna distinción según la licitud de la privación de bienes y otorgó una indemnización por lucro cesante.

⁵⁵⁰ Véase el asunto *American International Group Inc. v. The Islamic Republic of Iran*, en el que el Tribunal decretó que, en derecho internacional general, «la valoración debe efectuarse sobre la base del valor normal de mercado de las acciones» [Iran-U.S. C.T.R., vol. 4, pág. 96, en la pág. 106 (1983)]. En el asunto *Starrett Housing Corporation* (nota 549 *supra*) el Tribunal aceptó la definición de valor normal de mercado formulada por el perito, a saber, «el precio que un comprador de buena fe estaría dispuesto a pagar a un vendedor de buena fe en circunstancias en que ambos poseyeran información adecuada, desearan obtener el máximo beneficio económico posible y ninguno de ellos estuviera sujeto a coacción o amenaza», pág. 201. Véanse también las Directrices relativas al Tratamiento de la Inversión Extranjera Directa del Banco Mundial, que, en el párrafo 3 de la parte IV, establecen que la indemnización «se considerará “adecuada” si se basa en el valor normal de mercado del bien expropiado, cuando ese valor se determine inmediatamente antes del momento en que se produjo la expropiación o se hizo pública la decisión de expropiar el bien» (Banco Mundial, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment*, Washington D.C., 1992, vol. II, pág. 41). Asimismo, con arreglo al párrafo 1 del artículo 13 del Tratado sobre la Carta de la Energía, la indemnización por expropiación «equivaldrá al justo valor de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de [...] la expropiación».

⁵⁵¹ Especialmente cuando se pacta el pago de una suma global, se llega a un acuerdo decenas de años después de la presentación de la reclamación. Véanse, por ejemplo, el Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la URSS sobre la resolución de reclamaciones mutuas financieras y de bienes desde antes de 1939 celebrado el 15 de julio de 1986 [*Treaty Series* n.º 65 (1986), Londres, H. M. Stationery Office], concerniente a reclamaciones que se remontaban a 1917, y el Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República Popular de China sobre la resolución de reclamaciones mutuas de propiedades históricas, de 5 de junio de 1987 [*Treaty Series* n.º 37 (1987), ibíd.], con respecto a reclamaciones presentadas en 1949. En esos casos, la elección del método de valoración a veces estuvo dictado por la disponibilidad de pruebas.

rales⁵⁵², o no han sido objeto de operaciones frecuentes o recientes en el mercado, la determinación del valor es más difícil. Así puede ocurrir, por ejemplo, con respecto a ciertas entidades mercantiles que tienen el carácter de empresas en funcionamiento, especialmente si las acciones no son objeto periódicamente de operaciones en bolsa⁵⁵³.

23) Las decisiones de diversos tribunales especiales, en particular después de 1945, versan fundamentalmente sobre reclamaciones concernientes a entidades mercantiles nacionalizadas. El método más utilizado en esos casos consistió en examinar los activos de la empresa, teniendo en cuenta el fondo de comercio y la rentabilidad, según el caso. Este método ofrece la ventaja de que permite determinar la indemnización en toda la medida de lo posible a partir de una evaluación objetiva del valor de la masa de activos físicos de la empresa. El valor del fondo de comercio y otros indicadores de rentabilidad puede ser incierto, a menos que se derive de datos procedentes de una venta reciente o de una oferta aceptable en condiciones de mercado. Con todo, en el caso de entidades mercantiles rentables en las que el todo es mayor que la suma de las partes, la indemnización resultaría incompleta si no se prestara debida atención a esos factores⁵⁵⁴.

24) Otro método de valoración de la pérdida de capital es la determinación del valor contable neto, es decir, la diferencia entre el activo total de la empresa y el pasivo total que figuran en sus libros. Sus ventajas son que las cifras pueden determinarse en función de los costos de mercado, se extraen normalmente de un libro actual y se basan en datos generados para fines distintos del de fundar en ellos la reclamación. En consecuencia, el valor contable neto (o alguna variante de ese método) se ha empleado para calcular el valor de las empresas. Las limitaciones del método estriban en el hecho de basarse en los costos históricos, en el carácter conservador de ciertos principios de contabilidad que tienden a infravalorar los activos, particularmente en períodos de inflación, y en el hecho de que al calcular las cifras el objetivo que se persigue no tiene en cuenta el contexto de indemnización y las

normas que le son propias. El balance tal vez contenga un asiento relativo al fondo de comercio, pero la fiabilidad de esas cifras depende de su proximidad al momento de una venta real.

25) En los casos en que no se trata de una empresa en funcionamiento⁵⁵⁵, se suele emplear el denominado valor de «liquidación» o de «disolución». En esos casos no se tiene en cuenta ningún valor por encima del valor de mercado de cada uno de los elementos del activo. Se han elaborado técnicas para calcular, a falta de transacciones reales, valores hipotéticos que representan lo que podrían acordar un comprador de buena fe y un vendedor de buena fe⁵⁵⁶.

26) Desde 1945, se han elaborado técnicas de valoración más complejas para descomponer en factores los diferentes elementos de riesgo y de probabilidad⁵⁵⁷. El método del flujo de efectivo actualizado ha cobrado cierto predicamento, particularmente en el contexto de los cálculos de ingresos durante un período limitado, como ocurre en el caso de los activos consumibles. Si bien fue elaborado para evaluar el valor comercial de un bien, también puede ser utilizado para calcular el valor de un bien a efectos de indemnización⁵⁵⁸. No obstante, la aplicación del método del flujo de efectivo actualizado para determinar el valor en capital a efectos de indemnización puede plantear dificultades. Este método analiza una amplia gama de elementos de índole intrínsecamente especulativa, algunos de los cuales influyen considerablemente en el resultado (por ejemplo, las tasas de actualización, las fluctuaciones monetarias, la tasa de inflación, el precio de los productos básicos, los tipos de interés y otros riesgos comerciales). Esto ha dado lugar a que los tribunales apliquen ese método con cautela. De ahí que, aunque los métodos de evaluación basados en los ingresos hayan sido aceptados en principio, se manifiesta una marcada preferencia por los métodos basados en los activos⁵⁵⁹. Motivo particular de

⁵⁵² Véase Informe y recomendaciones formulados por el Grupo de Comisionados en relación con la segunda parte de la primera serie de reclamaciones individuales por daños y perjuicios que exceden de 100.000 dólares (reclamaciones de la categoría «D»), de 12 de marzo de 1998 (S/AC.26/1998/3), párrs. 48 y 49, en que la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas examinó una reclamación de indemnización en relación con la colección de arte islámico de que había sido privado el reclamante por personal militar iraquí.

⁵⁵³ Puede utilizarse el precio de las acciones cuando éste constituya prueba suficiente de su valor, como se hizo en el asunto *INA Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S. C.T.R., vol. 8, pág. 373 (1985).

⁵⁵⁴ En las primeras reclamaciones se reconocía que incluso cuando la privación de bienes era legal, en el caso de una empresa en plena actividad la indemnización iba más allá del valor de los elementos del patrimonio de la empresa. Así, la Comisión de reclamaciones México-Estados Unidos, al rechazar una reclamación por lucro cesante en un caso de privación lícita, indicó que la cantidad en concepto de pago por los elementos del patrimonio «aumentaría a causa de la existencia de los elementos constitutivos de una empresa en plena actividad», *Wells Fargo and Company* (Decisión n.º 22-B), *American Mexican Claims Commission*, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1948, pág. 153 (1926). Véase también la decisión 9 del Consejo de Administración de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, «Propuestas y conclusiones sobre la indemnización de las pérdidas comerciales: tipos de daños y su evaluación» (S/AC.26/1992/9), párr. 16.

⁵⁵⁵ Véase un ejemplo de empresa no considerada en plena actividad en *Phelps Dodge Corp. v. The Islamic Republic of Iran* [Iran-U.S. C.T.R., vol. 10, pág.121 (1986)], en el que la empresa no llevaba constituida suficiente tiempo para demostrar su viabilidad. En el asunto *SEDCO, Inc. v. National Iranian Oil Company*, el reclamante únicamente pedía el valor de liquidación [ibíd., pág. 180 (1986)].

⁵⁵⁶ El carácter hipotético del resultado se examina en el asunto *Amoco International Finance Corporation* (véase la nota 549 *supra*), págs. 256 y 257, párrs. 220 a 223.

⁵⁵⁷ Véase, por ejemplo, la metodología detallada elaborada por la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas para evaluar las reclamaciones de sociedades kuwaitíes [informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la primera serie de reclamaciones «E4», 19 de marzo de 1999 (S/AC.26/1999/4), párrs. 32 a 62] y las reclamaciones presentadas en nombre de sociedades mercantiles y otras personas jurídicas no kuwaitíes, con exclusión de las reclamaciones de los sectores petrolero, construcción e ingeniería y garantías a la exportación [informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la tercera serie de reclamaciones «E2», 9 de diciembre de 1999 (S/AC.26/1999/22)].

⁵⁵⁸ La utilización del método de flujo de efectivo actualizado para evaluar el valor de capital fue analizado con cierto detalle en *Amoco International Finance Corporation* (véase la nota 549 *supra*); *Starrett Housing Corporation* (ibíd.); *Phillips Petroleum Company Iran* (nota 164 *supra*); y *Shahin Shaine Ebrahimi v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S. C.T.R., vol. 30, pág. 170 (1994).

⁵⁵⁹ Véanse, por ejemplo, los asuntos *Amoco International Finance Corporation* (nota 549 *supra*); *Starrett Housing Corporation* (ibíd.); y *Phillips Petroleum Company Iran* (nota 164 *supra*). En el caso de las reclamaciones por lucro cesante, existe igualmente una preferencia a favor de tener en cuenta los resultados pasados en vez de las previsiones. Por ejemplo, la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas

preocupación es el riesgo de doble imputación que resulta de la relación entre el valor en capital de una empresa y sus beneficios de origen contractual⁵⁶⁰.

27) El párrafo 2 del artículo 36 reconoce que en ciertos casos la indemnización por lucro cesante puede ser apropiada. Varios tribunales internacionales han incluido un componente de lucro cesante al fijar la cuantía de las indemnizaciones: por ejemplo, las resoluciones dictadas en el asunto del *Cape Horn Pigeon*⁵⁶¹ y el asunto *Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Company*⁵⁶². El lucro cesante desempeñó un papel incluso en el asunto *Usine de Chorzów*, al resolver la CPJI que la parte perjudicada debía recibir a título de indemnización de daños y perjuicios el valor que tenían los bienes, no en el momento de la expropiación, sino en el del resarcimiento⁵⁶³. En los arbitrajes *Libyan American Oil Company (LIAMCO)*⁵⁶⁴ y en algunos arbitrajes del CIADI⁵⁶⁵ también se otorgó una indemnización por lucro cesante con respecto a las ganancias dejadas de obtener en virtud del contrato. No obstante, las indemnizaciones por las ganancias dejadas de obtener no se han otorgado en la práctica con tanta frecuencia como las indemnizaciones por pérdidas acumuladas. Los tribunales se han mostrado renuentes a otorgar indemnización en casos de reclamaciones con elementos intrínsecamente especulativos⁵⁶⁶. En comparación con los activos físicos, los beneficios (y

señala en sus directrices para la valoración de las pérdidas mercantiles, en su decisión 9, lo siguiente: «Por eso, el método de evaluación debería basarse en el rendimiento pasado y no en previsiones y proyecciones para el futuro» (véase la nota 554 *supra*), párr. 19.

⁵⁶⁰ Véase, por ejemplo *Ebrahimi* (nota 558 *supra*), pág. 227, párr. 159.

⁵⁶¹ *Navires* (véase la nota 222 *supra*) (asunto *Cape Horn Pigeon*), pág. 63 (1902) (incluida una indemnización por lucro cesante como consecuencia del apresamiento de un ballenero estadounidense). Se llegó a conclusiones análogas en el asunto *Delagoa Bay Railway*, Martens, *op. cit.* (nota 441 *supra*), vol. XXX, pág. 329 (1900); y Moore, *History and Digest*, vol. II, pág. 1865 (1900); el asunto *William Lee* (nota 139 *supra*), págs. 3405 a 3407; y el asunto *Yuille Shortridge and Co.* (Gran Bretaña c. Portugal), A. de Lapradelle y N. Politis, *op. cit.* (ibíd.), vol. II, pág. 78 (1861). Estas resoluciones se diferencian de las adoptadas en el asunto *Canada* (Estados Unidos de América c. Brasil), Moore, *History and Digest*, vol. II, pág. 1733 (1870), y el asunto *Lacaze* (nota 139 *supra*).

⁵⁶² ILR, vol. 35, pág. 136, en las págs. 187 y 189 (1963).

⁵⁶³ *Usine de Chorzów*, fondo (véase la nota 34 *supra*), págs. 47, 48 y 53.

⁵⁶⁴ *Libyan American Oil Company (LIAMCO)* (véase la nota 508 *supra*), pág. 140.

⁵⁶⁵ Véanse, por ejemplo, *Amco Asia Corporation and Others v. The Republic of Indonesia, First Arbitration* (1984); *Annulment* (1986); *Resubmitted Case* (1990), *ICSID Reports*, vol. 1, Cambridge, Grotius, 1993, pág. 377; y *AGIP SpA v. Government of the People's Republic of the Congo*, ibíd., pág. 306 (1979).

⁵⁶⁶ Según el árbitro en el asunto *Shufeldt* (véase la nota 87 *supra*), «el lucro cesante debe ser el resultado directo del contrato y no demasiado remoto ni especulativo», pág. 1099. Véase también *Amco Asia Corporation and Others* (nota 565 *supra*), donde se dice que las «ganancias no especulativas» son indemnizables (pág. 612, párr. 178). La Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas también ha hecho hincapié en el requisito de que los reclamantes aporten «pruebas claras y convincentes de la rentabilidad en ese momento y de la que se esperaba en el futuro» [Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la primera serie de reclamaciones «E3», de 17 de diciembre de 1998 (S/AC.26/1998/13), párr. 147]. Al evaluar las reclamaciones por lucro cesante en relación con contratos de construcción, los Grupos de Comisionados generalmente han exigido que el reclamante tenga en cuenta en su cálculo el riesgo inherente al proyecto [ibíd., párr. 157; Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la cuarta serie de reclamaciones «E3», de 30 de septiembre de 1999 (S/AC.26/1999/14), párr. 126].

los bienes inmateriales cuyo valor se basa en los ingresos) son relativamente vulnerables a los riesgos comerciales y políticos tanto más cuanto más lejos se llega en las proyecciones. Se ha otorgado una indemnización por pérdida de beneficios futuros en los casos en que una corriente de ingresos previstos había adquirido tales características que podía ser considerada un interés legítimo jurídicamente protegido con un grado suficiente de certeza para ser indemnizable⁵⁶⁷. Esto se ha logrado normalmente en virtud de pactos contractuales o, en algunos casos, una larga serie de antecedentes de tratos comerciales⁵⁶⁸.

28) Se pueden distinguir tres categorías de ganancias dejadas de obtener: en primer lugar la pérdida de los beneficios dimanantes de bienes generadores de renta sufrida durante un período en que no se ha producido injerencia alguna en el dominio, distinta de la pérdida temporal del uso o disfrute; en segundo lugar, la pérdida de los beneficios dimanantes de bienes generadores de renta sufrida entre la fecha de privación del dominio y la de la solución del litigio⁵⁶⁹; y en tercer lugar, la pérdida de beneficios futuros en que se otorga una indemnización por los beneficios previstos después de la fecha de solución del litigio⁵⁷⁰.

29) La primera categoría comprende las reclamaciones de indemnización por ganancias dejadas de obtener a causa de la pérdida temporal del uso y disfrute del activo generador de renta⁵⁷¹. En esos casos no hay injerencia en

⁵⁶⁷ Al examinar las reclamaciones por pérdida de beneficios futuros, el Grupo de Comisionados de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas que se ocupaba de la cuarta serie de reclamaciones «E3» expresó la opinión de que, para que una reclamación de esa clase mereciera una recomendación «es necesario demostrar, mediante las debidas pruebas documentales o de otra índole, que las actividades anteriores del reclamante han tenido buen fin (es decir, que han sido rentables), y aportar datos que permitan concluir el carácter fundado de la hipótesis de que había firmado otros contratos rentables» [S/AC.26/1999/14, párr. 140 (véase la nota 566 *supra*)].

⁵⁶⁸ Según Whiteman, «para ser resarcibles, los beneficios futuros no deben ser demasiado especulativos, contingentes, inciertos, etc. Debe probarse que habían sido *razonablemente* previstos; y que los beneficios previstos eran probables y no meramente posibles» (*Damages in International Law*, vol. III, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1943, pág. 1837).

⁵⁶⁹ Se trata generalmente de la privación de bienes, a diferencia de la resolución ilícita de un contrato o una concesión. De concederse la restitución, el otorgamiento de una indemnización por ganancias dejadas de obtener sería análogo a la otorgada en el caso de un desposeimiento temporal. Si no se otorga la restitución, como en el asunto *Usine de Chorzów*, fondo (véase la nota 34 *supra*), y en el asunto *Réclamations des armateurs norvégiens* (nota 87 *supra*), el resarcimiento de las ganancias dejadas de obtener se concede hasta el momento en que se otorga una indemnización en lugar de la restitución.

⁵⁷⁰ La indemnización de las pérdidas de beneficios futuros se ha otorgado más bien en el caso de ingresos estipulados en un contrato, como en el asunto *Amco Asia Corporation and Others v. The Republic of Indonesia, First Arbitration; Annulment; Resubmitted Case* (véase la nota 565 *supra*), y no basándose en la expropiación de bienes generadores de renta. En el Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la segunda serie de reclamaciones «E2» relativas a la disminución de los beneficios, el Grupo de Comisionados resolvió que las pérdidas derivadas de un descenso de la actividad comercial eran indemnizables aunque no hubieran resultado afectados bienes corporales y la empresa hubiera continuado en funcionamiento durante el período considerado (S/AC.26/1999/6, párr. 76).

⁵⁷¹ Muchos de los primeros asuntos conciernen a buques apresados e inmovilizados. En el asunto del *Montijo*, un buque de los Estados Unidos apresado en Panamá, el superárbitro otorgó una suma de dinero por día por la pérdida de uso del buque (véase la nota 117 *supra*). En

(Continuación en la página siguiente.)

el dominio, y por lo tanto, la pérdida indemnizada en el período correspondiente es la renta a que tenía derecho el reclamante en virtud de su posesión pacífica.

30) La segunda categoría de reclamaciones versa sobre la privación ilícita de un bien generador de renta. En esos casos se ha otorgado una indemnización por las ganancias dejadas de obtener hasta el momento de la solución del litigio. En el asunto *Usine de Chorzów*⁵⁷², esa indemnización adoptó la forma de reinversión de ingresos, correspondiente a los beneficios calculados para el período comprendido entre la fecha de la expropiación y la fecha de la sentencia. En el asunto *Réclamations des armateurs norvégiens*⁵⁷³, la indemnización por las ganancias dejadas de obtener tampoco fue otorgada por un período posterior a la fecha de la resolución dictada. Una vez reintegrado el valor capitalizado de los bienes generadores de renta por medio del mecanismo de la indemnización, las sumas pagadas por ese concepto se pueden volver a invertir para restablecer una corriente de ingresos. Aunque las razones que justifican el otorgamiento de una indemnización por las ganancias dejadas de obtener en estos casos son menos claras, ello puede deberse a que el derecho de goce ininterrumpido del reclamante respecto del bien de que se trata se considera que abarca hasta el momento en que la restitución potencial se convierte en el pago de una indemnización⁵⁷⁴.

31) La tercera categoría de reclamaciones por lucro cesante se plantea en relación con las concesiones y otros derechos contractualmente protegidos. También en esos casos, la pérdida de renta futura ha sido a veces indemnizada⁵⁷⁵. En el caso de los contratos, lo que se indemniza es la corriente de ingresos futura, hasta el momento en que concluya el reconocimiento legal del título. En al-

(Continuación de la nota 571.)

el asunto *Betsey*, se otorgó una indemnización, no sólo por el valor del cargamento embargado y retenido, sino también por las demoras debidas por el período correspondiente a la pérdida de uso, Moore, *International Adjudications*, vol. V, Nueva York, Oxford University Press, 1933, pág. 47, en la pág. 113.

⁵⁷² *Usine de Chorzów*, fondo (véase la nota 34 *supra*).

⁵⁷³ *Réclamations des armateurs norvégiens* (véase la nota 87 *supra*).

⁵⁷⁴ Por lo que respecta al método adoptado por la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas cuando conoce de las reclamaciones por lucro cesante relacionadas con la destrucción de empresas a raíz de la invasión de Kuwait por el Iraq, véase S/AC.26/1999/4 (nota 557 *supra*), párrs. 184 a 187.

⁵⁷⁵ En algunos casos, la indemnización por las ganancias dejadas de obtener no se otorgó más tarde de la fecha de la resolución, aunque por motivos que no guardaban relación con la naturaleza del bien generador de renta. Véase, por ejemplo, el asunto *Robert H. May* (Estados Unidos c. Guatemala), 1900 For. Rel. 648; M. M. Whiteman, *Damages in International Law*, vol. III (nota 568 *supra*), págs. 1704 y 1860, en que la concesión había expirado. En otro asunto, un caso de fuerza mayor tuvo por efecto suspender la ejecución de obligaciones contractuales: véanse, por ejemplo, *Gould Marketing, Inc. v. Ministry of Defence of the Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S. C.T.R., vol. 6, pág. 272 (1984); y *Sylvania Technical Systems, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, *ibíd.*, vol. 8, pág. 298 (1985). En el asunto de *Delagoa Bay Railway* (nota 561 *supra*), y en el asunto *Shufeldt* (nota 87 *supra*), pág. 1079, se otorgó una indemnización por lucro cesante respecto de una concesión que había vencido. En *Sapphire International Petroleum Ltd.* (véase la nota 562 *supra*), pág. 136; *Libyan American Oil Company (LIAMCO)* (véase la nota 508 *supra*), pág. 140; y *Amco Asia Corporation and Others v. The Republic of Indonesia, First Arbitration; Annulment; Resubmitted Case* (véase la nota 565 *supra*) se otorgaron indemnizaciones por las ganancias dejadas de obtener sobre la base de relaciones contractuales.

gunos contratos, ello es inmediato, por ejemplo, cuando el contrato puede ser resuelto a instancias del Estado⁵⁷⁶, o cuando existe otro motivo de resolución del contrato. O puede producirse en una fecha ulterior fijada en las propias cláusulas del contrato.

32) En otros casos, las ganancias dejadas de obtener quedaron excluidas basándose en que no habían sido suficientemente probadas como derecho jurídicamente protegido. Por ejemplo, en el asunto *Oscar Chinn*⁵⁷⁷ no se reconoció a un monopolio la condición de derecho adquirido. En el asunto *Asian Agricultural Products*⁵⁷⁸, la reclamación en concepto de ganancias dejadas de obtener formulada por una empresa de reciente creación fue rechazada por falta de pruebas acerca de sus ganancias acreditadas. Las reclamaciones en concepto de lucro cesante también están sujetas a la serie habitual de limitaciones del resarcimiento de los daños y perjuicios, como el nexo causal, el grado de proximidad de la causa, los requisitos de prueba y los principios de contabilidad, que tienden a descontar los elementos especulativos de las cifras proyectadas.

33) De otorgarse el resarcimiento de las ganancias dejadas de obtener, no parece apropiado otorgar intereses a tenor de lo dispuesto en el artículo 38 sobre el capital generador de renta durante el mismo período de tiempo, sencillamente porque el capital no puede simultáneamente devengar intereses y generar beneficios. La finalidad principal es evitar el doble resarcimiento y garantizar al mismo tiempo una reparación completa.

34) Se reconoce generalmente que los gastos accesorios son indemnizables si se efectuaron razonablemente para reparar el daño y aminorar de otro modo las pérdidas derivadas del incumplimiento⁵⁷⁹. Esos gastos pueden ser los relacionados con el desplazamiento de personal o la necesidad de almacenar o vender con pérdidas productos no entregados.

Artículo 37. Satisfacción

1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho en la medida que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización.

⁵⁷⁶ Como en el asunto *Sylvania Technical Systems, Inc.* (véase la nota *supra*).

⁵⁷⁷ Véase la nota 385 *supra*.

⁵⁷⁸ Véase la nota 522 *supra*.

⁵⁷⁹ Han otorgado indemnizaciones en concepto de gastos accesorios la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas [Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la primera serie de reclamaciones «E2» (S/AC.26/1998/7), al otorgar indemnización por los gastos de evacuación y socorro (párrs. 133, 153 y 249), el costo de repatriación de los empleados (párr. 228), los gastos de resolución de los contratos (párr. 214), los gastos de renovación (párr. 225) y los gastos realizados para aminorar el daño (párr. 183)], y el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán [véase *General Electric Company v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S. C.T.R., vol. 26, pág. 148, en las págs. 165 a 169, párrs. 56 a 60, y 67 a 69 (1991), que otorgó una indemnización por las partidas revendidas con pérdidas y los gastos de almacenamiento].

2. La satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada.

3. La satisfacción no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable.

Comentario

1) La satisfacción es la tercera forma de reparación que el Estado responsable puede tener que proporcionar en cumplimiento de su obligación de dar plena reparación por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito. No se trata de una forma normal de reparación, por cuanto en muchos casos el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de un Estado puede repararse íntegramente por restitución o indemnización. El carácter bastante excepcional del recurso a la satisfacción y su relación con el principio de la reparación íntegra se ponen de relieve en la frase «en la medida en que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización». Sólo en los casos en que esas dos formas no hayan proporcionado la reparación íntegra puede ser necesaria la satisfacción.

2) El artículo 37 se divide en tres párrafos, cada uno de los cuales trata de un aspecto distinto de la satisfacción. El párrafo 1 se refiere al carácter jurídico de la satisfacción y a los tipos de perjuicios por los que puede darse esta satisfacción. El párrafo 2 describe, de manera no exhaustiva, alguna de las modalidades de la satisfacción. El párrafo 3 pone limitaciones a la obligación de dar satisfacción, teniendo en cuenta la práctica anterior en casos en que a veces se pidieron formas de satisfacción no razonables.

3) De conformidad con el párrafo 2 del artículo 31, el perjuicio que el Estado responsable está obligado a reparar íntegramente comprende «todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado». El daño material y moral resultante de un hecho internacionalmente ilícito podrá evaluarse normalmente en términos financieros y, por consiguiente, estará cubierto por el recurso a la indemnización. Por otra parte, la satisfacción es el remedio para los perjuicios que no pueden evaluarse en términos financieros y que equivalen a una ofensa al Estado. Esos perjuicios son a menudo de carácter simbólico, y dimanar del hecho mismo del incumplimiento de la obligación, independientemente de sus consecuencias materiales para el Estado interesado.

4) La disponibilidad del remedio de satisfacción por un perjuicio de ese tipo, a veces descrito como «perjuicio no material» (*préjudice immatériel*)⁵⁸⁰, está bien establecido en el derecho internacional. Por ejemplo, según el laudo dictado en el asunto del *Rainbow Warrior*:

Es una práctica de larga data de los Estados y las cortes y tribunales internacionales recurrir a la satisfacción como un remedio o forma de reparación (en un sentido amplio) por la violación de una obligación internacional. En particular, esta práctica guarda relación con los casos de daño moral o jurídico ocasionado directamente al Estado, especial-

mente en oposición a los casos de daño a las personas en los que ha lugar a responsabilidades internacionales⁵⁸¹.

En la práctica de los Estados también hay muchos casos en que se ha exigido satisfacción en circunstancias en que el hecho internacionalmente ilícito de un Estado causa un perjuicio no material a otro Estado. Como ejemplos cabe citar los ultrajes a los símbolos del Estado, por ejemplo la bandera nacional⁵⁸², las violaciones de la soberanía o la integridad territorial⁵⁸³, los ataques a buques o aeronaves⁵⁸⁴, los malos tratos o ataques deliberados contra jefes de Estado o de gobierno o contra representantes diplomáticos o consulares, u otras personas que gozan de protección diplomática⁵⁸⁵ y la violación de los locales de embajadas o consulados o de las residencias particulares de los miembros de la misión⁵⁸⁶.

5) Según el párrafo 2 del artículo 37 la satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la infracción, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada. Las formas de satisfacción que se citan en el artículo son sólo ejemplos. La forma de satisfacción adecuada dependerá de las circunstancias y no puede prescribirse de antemano⁵⁸⁷. Hay muchas posibilidades, incluida una investigación de las causas de un accidente que provocó un daño o perjuicio⁵⁸⁸, un fondo

⁵⁸¹ *Rainbow Warrior* (véase la nota 46 *supra*), págs. 272 y 273, párr. 122.

⁵⁸² Como ejemplo cabe citar el asunto *Magee*, M. M. Whiteman, *Damages in International Law*, vol. I (nota 347 *supra*), pág. 64 (1874), el asunto *Petit Vaisseau*, *La prassi italiana di diritto internazionale*, segunda serie (nota 498 *supra*), vol. III, n.º 2564 (1863), y el asunto que planteó el ultraje a la bandera francesa en Berlín en 1920, C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, New York University Press, 1928, págs. 186 y 187.

⁵⁸³ Como ocurrió en el arbitraje relativo al asunto *Rainbow Warrior* (véase la nota 46 *supra*).

⁵⁸⁴ Como ejemplos cabe citar el ataque en 1961 contra una aeronave soviética, con el Presidente Brezhnev a bordo, realizado por cazas franceses sobre las aguas internacionales del Mediterráneo [RGDIP, vol. 65 (1961), pág. 603]; y el hundimiento en 1980 de un buque de las Bahamas por un avión cubano [ibíd., vol. 84 (1980), págs. 1078 y 1079].

⁵⁸⁵ Véase F. Przetacznik, «La responsabilité internationale de l'État à raison des préjudices de caractère moral et politique causés à un autre État», RGDIP, vol. 78 (1974), pág. 919, en la pág. 951.

⁵⁸⁶ A título de ejemplo cabe citar el ataque por manifestantes en 1851 al Consulado de España en Nueva Orleans (Moore, *Digest*, vol. VI, pág. 811, en pág. 812) y la fallida tentativa de dos policías egipcios de violar la sede del Consulado de Italia en Alejandría [*La prassi italiana di diritto internazionale*, segunda serie (nota 498 *supra*) vol. III, n.º 2558]. Véanse también los casos de disculpas y expresiones de pesar por las manifestaciones realizadas ante la embajada francesa en Belgrado en 1961 [RGDIP, vol. 65 (1961), pág. 610], y el incendio de las bibliotecas del Servicio de Información de los Estados Unidos en El Cairo en 1964 [ibíd., vol. 69 (1965), págs. 130 y 131] y en Karachi en 1965 [ibíd., vol. 70 (1966), págs. 165 y 166].

⁵⁸⁷ En el arbitraje del *Rainbow Warrior* el tribunal, aunque rechazó la demanda de Nueva Zelanda de restitución o cesación y no otorgó indemnización, hizo varias declaraciones a título de satisfacción y formuló también una recomendación «para ayudar [a las partes] a poner término a este lamentable asunto». En particular, recomendó que Francia hiciera una contribución por un valor de 2 millones de dólares de los EE.UU. a un fondo que habría de establecerse con el fin de «promover relaciones estrechas de amistad entre los ciudadanos de ambos países» (véase la nota 46 *supra*, págs. 217 a 274, párrs. 126 y 127). Véase también L. Migliorino «Sur la déclaration d'illicéité comme forme de satisfaction: À propos de la sentence arbitrale du 30 avril 1990 dans l'affaire du *Rainbow Warrior*», RGDIP, vol. 96 (1992), pág. 61.

⁵⁸⁸ Véase por ejemplo, la investigación de la marina de los Estados Unidos sobre las causas de la colisión entre un submarino de los

⁵⁸⁰ Véase C. Dominicé, «De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un État», en *L'ordre juridique international entre tradition et innovation: Recueil d'études*, París, Presses Universitaires de France, 1997, pág. 349, en la pág. 354.

fiduciario para gestionar el pago de indemnizaciones en interés de los beneficiarios, medidas disciplinarias o penales contra las personas cuya conducta causó el hecho internacionalmente ilícito⁵⁸⁹ o el otorgamiento de daños y perjuicios simbólicos por un perjuicio no pecuniario⁵⁹⁰. Las seguridades o garantías de no repetición, que se tratan en los artículos en el contexto de la cesación, también pueden ser una forma de satisfacción⁵⁹¹. En el párrafo 2 no se trata de enumerar todas las posibilidades pero tampoco de excluirlas. Además, el orden de las modalidades de satisfacción citadas en el párrafo 2 no refleja ninguna jerarquía o preferencia. El párrafo 2, sencillamente, da ejemplos cuyo orden no implica que sean más apropiados o formales. El modo apropiado, de haber alguno, se determinará teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso.

6) Una de las modalidades de satisfacción más corrientes en el caso de un perjuicio moral o no material causado al Estado es la declaración de la ilicitud del hecho por una corte o tribunal competente. La utilidad del recurso a la declaración como forma de satisfacción en el caso de perjuicio no material a un Estado fue confirmada por la CIJ en el asunto *Détroit de Corfou*, en que la Corte, tras declarar ilícita la operación de desminado (Operación Retail) efectuada por la marina británica tras la explosión, dijo lo siguiente:

para asegurar la observancia del derecho internacional, del cual es un órgano, la Corte debe declarar que los actos de la marina británica han violado la soberanía de Albania.

Esta declaración se formula de conformidad con la demanda hecha en nombre de Albania por su consejero y constituye de por sí una satisfacción apropiada⁵⁹².

Esta modalidad de satisfacción se ha aplicado en muchos casos ulteriores⁵⁹³. Sin embargo, aunque la formulación de una declaración por una corte o tribunal competente puede considerarse una forma de satisfacción en un caso determinado, esas declaraciones no están asociadas intrínsecamente con el remedio de satisfacción. Cualquier corte o tribunal que entienda de una controversia tiene facultades para determinar la licitud del comportamiento de que se trate y presentar sus conclusiones en una declaración, como parte necesaria del proceso que lleva a fallar sobre el asunto. Esa declaración puede ser un preliminar de una decisión sobre cualquier forma de reparación, o bien puede ser el único remedio exigido. Lo que hizo la CIJ en el asunto *Détroit de Corfou* fue utilizar una decla-

ración como forma de satisfacción en un caso en que Albania no había pedido ninguna otra forma de satisfacción. Además, esa declaración tiene otras ventajas: deberá ser clara y autosuficiente y, por definición, no podrá exceder del ámbito o límites que se imponen a la satisfacción en el párrafo 3 del artículo 37. En el párrafo 2 no se incluye una declaración judicial porque debe emanar de un tercero competente con jurisdicción sobre una controversia, y en los artículos no se trata de especificar quién ha de ser ese tercero ni tampoco se abordan las cuestiones de jurisdicción. En cambio, el artículo 37 especifica como modalidad de satisfacción el reconocimiento de la violación por el Estado responsable.

7) Otra forma común de satisfacción es una disculpa, que puede darse de palabra o por escrito por un funcionario apropiado o incluso por el jefe de Estado. En los asuntos *I'm Alone*⁵⁹⁴, *Kellett*⁵⁹⁵ y *Rainbow Warrior*⁵⁹⁶, fueron exigidas expresiones de pesar o disculpas, que fueron ofrecidas por el Estado responsable en los asuntos *Relations consulaires*⁵⁹⁷ y *LaGrand*⁵⁹⁸. Las peticiones o los ofrecimientos de disculpas son un aspecto muy frecuente de la práctica diplomática y la presentación a tiempo de una disculpa, cuando las circunstancias lo justifican, puede hacer mucho para resolver la controversia. En otras circunstancias, es posible que no haga falta una disculpa, por ejemplo cuando un asunto se soluciona sobre una base *ex gratia*, o bien las disculpas pueden ser insuficientes. En el asunto *LaGrand* la Corte consideró que «en este caso las disculpas no son suficientes como tampoco lo serían en otros casos en que no se hubiera comunicado sin demora a los nacionales extranjeros sus derechos conforme al párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena o hubieran estado sometidos a una detención prolongada o sentenciados a penas severas»⁵⁹⁹.

8) Las exigencias excesivas formuladas en el pasado so pretexto de «satisfacción»⁶⁰⁰ sugieren la necesidad de imponer algún límite a las medidas que pueden reclamarse a título de satisfacción para evitar abusos, incompatibles con el principio de la igualdad de los Estados⁶⁰¹. En particular, la satisfacción no debe ser de carácter punitivo y tampoco puede incluir una indemnización punitiva. El párrafo 3 del artículo 37 impone limitaciones a la obliga-

⁵⁹⁴ Véase la nota 590 *supra*.

⁵⁹⁵ Moore, *Digest*, vol. V, pág. 44 (1897).

⁵⁹⁶ Véase la nota 46 *supra*.

⁵⁹⁷ *Convention de Vienne sur les relations consulaires* (Paraguay c. Estados Unidos de América), medidas provisionales, providencia de 9 de abril de 1998, *C.I.J. Recueil 1998*, pág. 248. Véase el texto de las disculpas presentadas por los Estados Unidos en Departamento de Estado de los Estados Unidos, texto de la declaración publicada en Asunción (Paraguay); comunicado de prensa del portavoz James P. Rubin, 4 de noviembre de 1998. Véase la resolución de caducidad de la instancia en la providencia de 10 de noviembre de 1998, *C.I.J. Recueil 1998*, pág. 426.

⁵⁹⁸ Véase la nota 119 *supra*.

⁵⁹⁹ *LaGrand*, fallo (ibíd.), párr. 123.

⁶⁰⁰ Por ejemplo, la nota conjunta presentada al Gobierno chino en 1900 a raíz de la rebelión de los bóxer y la demanda de la Conferencia de Embajadores contra Grecia en el asunto *Tellini* en 1923; véase C. Eagleton, *op. cit.* (nota 582 *supra*), págs. 187 y 188.

⁶⁰¹ La necesidad de evitar los abusos en materia de satisfacción fue puesta de relieve por tratadistas anteriores como C. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, 3.ª ed., Nördlingen, Beck, 1878; traducción francesa de M. C. Lardy, *Le droit international codifié*, 5.ª edición revisada, París, Félix Alcan, 1895, págs. 268 y 269.

(Continuación de la nota 588.)

Estados Unidos y el buque de pesca japonés *Ehime Maru* en aguas de Honolulu, *The New York Times*, 8 de febrero de 2001, secc. 1, pág. 1.

⁵⁸⁹ El castigo de las personas responsables fue exigido en el caso de la muerte en Palestina, en 1948, del Conde Bernadotte cuando estaba al servicio de las Naciones Unidas (M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 8, págs. 742 y 743) y en el caso de la muerte de dos oficiales de los Estados Unidos en Teherán [RGDIP, vol. 80 (1976), pág. 257].

⁵⁹⁰ Véanse por ejemplo, los asuntos *I'm Alone*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (n.º de venta: 1949.V.2), pág. 1609 (1935), y *Rainbow Warrior* (nota 46 *supra*).

⁵⁹¹ Véase el párrafo 11 del comentario al artículo 30.

⁵⁹² *Détroit de Corfou*, fondo (véase la nota 35 *supra*), pág. 35, que se repite en la parte dispositiva, pág. 36.

⁵⁹³ Por ejemplo, *Rainbow Warrior* (véase la nota 46 *supra*), párr. 123.

ción de dar satisfacción estableciendo dos criterios: primero, la proporcionalidad de la satisfacción con relación al perjuicio; segundo, la exigencia de que la satisfacción no adopte una forma humillante para el Estado responsable. Es cierto que la expresión «humillante» es imprecisa, pero con seguridad hay ejemplos históricos de demandas de ese tipo.

Artículo 38. Intereses

1. Se debe pagar intereses sobre toda suma principal adeudada en virtud del presente capítulo, en la medida necesaria para asegurar la reparación íntegra. La tasa de interés y el modo de cálculo se fijarán de manera que se alcance ese resultado.

2. Los intereses se devengarán desde la fecha en que debería haberse pagado la suma principal hasta la fecha en que se haya cumplido la obligación de pago.

Comentario

1) Los intereses no constituyen una forma autónoma de reparación; tampoco son en todos los casos una parte necesaria de la indemnización. Por esta razón en el artículo 38 se utiliza el término «suma principal» en lugar de «indemnización». No obstante, en algunos casos puede ser necesaria una adjudicación de intereses para obtener la reparación íntegra del perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito, y esta cuestión se suele tratar por separado en las reclamaciones de indemnización y en los fallos de los tribunales.

2) Como principio general, un Estado lesionado tiene derecho a percibir intereses sobre la suma principal que representa su pérdida, si esa suma se calcula en una fecha anterior a la fecha de la liquidación de la reclamación o del fallo o laudo relativo a la reclamación, en la medida en ello sea necesario para asegurar la reparación íntegra⁶⁰². La jurisprudencia internacional apoya en favor una regla general para el otorgamiento de intereses como elemento de la reparación íntegra⁶⁰³. En el asunto relativo al *Wimbledon*, la CPJI otorgó unos intereses simples del 6% a partir de la fecha de la sentencia, basándose en que sólo eran exigibles «a partir del momento en que se haya fijado la suma debida y se haya determinado la obligación de pagar»⁶⁰⁴.

3) En otros tribunales también se han planteado con frecuencia cuestiones relativas a la adjudicación de intereses, tanto en casos en que la reclamación se refería

a perjuicios sufridos por particulares como en casos en que el perjudicado era el propio Estado⁶⁰⁵. A este respecto merece señalarse la experiencia del Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán. En el asunto *The Islamic Republic of Iran v. The United States of America* (asunto n.º A/19), el Tribunal Plenario estimó que su competencia general para conocer de las reclamaciones incluía la facultad de otorgar intereses, pero rehusó establecer normas uniformes al respecto, basándose en que ello era de la competencia de cada Sala y correspondía al «ejercicio de las facultades discrecionales que se les dieran para decidir en cada caso particular»⁶⁰⁶. Sobre la cuestión de principio el Tribunal dijo:

Las demandas de intereses son parte de la indemnización solicitada y no constituyen una acción distinta que requiera una decisión judicial independiente. De conformidad con el artículo V de la Declaración sobre la solución de las controversias, el presente Tribunal debe decidir las controversias «sobre la base del respeto al derecho». Al hacerlo, ha tratado normalmente los intereses, cuando se solicitaban, como parte integrante de la «reclamación» sobre la que estaba obligado a decidir. El Tribunal observa que todas las Salas han otorgado igualmente intereses como «indemnización por daños sufridos como consecuencia de la demora en el pago» [...] De hecho, es habitual que los tribunales arbitrales concedan intereses como parte de una decisión sobre daños y perjuicios, a pesar de la ausencia de toda referencia a los intereses en el convenio arbitral. Dado que la facultad de otorgar intereses es parte intrínseca de las facultades del Tribunal para resolver las controversias, la exclusión de esa facultad sólo podría basarse en una disposición expresa de la Declaración sobre la solución de controversias. Tal disposición no existe. En consecuencia, el Tribunal llega a la conclusión de que forma parte claramente de sus facultades otorgar intereses a título de indemnización del daño sufrido⁶⁰⁷.

El Tribunal ha otorgado intereses a una tasa distinta y ligeramente inferior en el caso de reclamaciones intergubernamentales⁶⁰⁸. No ha otorgado intereses en algunos casos, por ejemplo cuando consideró que la suma global constituía una indemnización completa, o cuando se daban otras circunstancias especiales⁶⁰⁹.

4) La decisión 16 del Consejo de Administración de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas trata de la cuestión de los intereses. Dispone lo siguiente:

1. Se abonarán intereses desde la fecha en que se produjo la pérdida hasta la fecha del pago de la indemnización otorgada, a una tasa que sea suficiente para compensar a los reclamantes cuyas solicitudes hayan sido estimadas de la pérdida que se les haya irrogado por no haber podido utilizar el principal de la indemnización otorgada;

2. El Consejo de Administración examinará en su momento los métodos de cálculo y de pago de los intereses;

⁶⁰² Así no se adjudicará interés cuando la pérdida se evalúe en términos de valor corriente en la fecha del laudo. Véase el arbitraje *Phares* (nota 182 *supra*), págs. 252 y 253.

⁶⁰³ Véanse por ejemplo, la adjudicación de intereses hecha en el asunto *Illinois Central Railroad Co. (U.S.A.) v. United Mexican States*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (n.º de venta: 1951.V.1), pág. 134 (1926); y el asunto *Lucas*, ILR, vol. 30, pág. 220 (1966); véase también *Décision administrative n.º III* de la Comisión mixta de reclamaciones Estados Unidos-Alemania, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII (n.º de venta: 1956.V.5), pág. 66 (1923).

⁶⁰⁴ Véase la nota 34 *supra*. La Corte estimó fundada la demanda francesa de un tipo de interés del 6%, dada «la situación financiera actual en el mundo y [...] las condiciones admitidas en los empréstitos públicos».

⁶⁰⁵ En el asunto *Saiga*, el TIDM adjudicó intereses a diferentes tasas para diferentes categorías de pérdidas (véase la nota 515 *supra*), párr. 173.

⁶⁰⁶ *Iran-U.S. C.T.R.*, vol. 16, pág. 285, en la pág. 290 (1987). Como señala Aldrich, *op. cit.* (nota 357 *supra*), págs. 475 y 476, la práctica de las tres Salas no ha sido totalmente uniforme.

⁶⁰⁷ *The Islamic Republic of Iran v. The United States of America* (véase la nota 606 *supra*), págs. 289 y 290.

⁶⁰⁸ Véase C. N. Brower y J. D. Brueschke, *op. cit.* (nota 520 *supra*), págs. 626 y 627, con referencias a los distintos asuntos. La tasa de interés adoptada fue del 10%, en comparación con el 12% por las reclamaciones comerciales.

⁶⁰⁹ Véase el análisis detallado de la Sala Tercera en *McCullough and Company, Inc. v. The Ministry of Post, Telegraph and Telephone, Iran-U.S. C.T.R.*, vol. 11, pág. 3, en las págs. 26 a 31 (1986).

3. Los intereses se pagarán después del principal de la indemnización otorgada⁶¹⁰.

Esta disposición combina una decisión de principio favorable a los intereses, cuando sean necesarios para indemnizar a un demandante, y la flexibilidad en la aplicación de ese principio; al propio tiempo, los intereses, aunque sean una forma de indemnización, se consideran como elemento secundario, subordinado al principal de la reclamación.

5) En ocasiones también han considerado la posibilidad de otorgar intereses las cortes y tribunales de derechos humanos, aunque la práctica de esos órganos en materia de indemnización es relativamente prudente y las reclamaciones casi nunca están cuantificadas. Esto se hace, por ejemplo, para proteger el valor de las indemnizaciones por daños y perjuicios pagaderas a plazos⁶¹¹.

6) En su práctica más reciente, las comisiones y tribunales nacionales de indemnización han solido otorgar intereses al fijar la cuantía de la indemnización. Sin embargo, en algunos casos de liquidación parcial en forma de suma global, las reclamaciones se limitaron expresamente al principal, considerando que, dada la limitación de los fondos que debían distribuirse, debía darse prioridad a las reclamaciones del principal⁶¹². Algunas decisiones de tribunales nacionales también han tratado las cuestiones de intereses conforme al derecho internacional⁶¹³, aunque es más frecuente que las cuestiones relativas a los intereses se traten como parte de la ley del foro.

7) Aunque en las decisiones y la práctica internacionales la tendencia sea hacia una mayor exigibilidad de los intereses como elemento de la reparación completa, un Estado lesionado no tiene automáticamente derecho al pago de intereses. El otorgamiento de intereses depende de las circunstancias de cada caso; en particular, de si el otorgamiento de intereses es necesario para asegurar la reparación íntegra. Este enfoque es compatible con la tradición de varios ordenamientos jurídicos así como con la práctica de los tribunales internacionales.

8) Un aspecto de la cuestión de los intereses es la posible concesión de intereses compuestos. La opinión general de las cortes y tribunales ha sido contraria al otorgamiento de intereses compuestos, lo que es cierto incluso en el caso de los tribunales que consideran que los demandantes tienen normalmente derecho a intereses compensatorios. Por ejemplo, el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán ha denegado de forma consecuyente las demandas de intereses compuestos, incluso en casos en que el demandante había sufrido un perjuicio por haber tenido que pagar intereses compuestos o por las deudas relacionadas

con la reclamación. En el asunto *R. J. Reynolds Tobacco Company v. The Government of Iran*, el Tribunal no encontró

ninguna razón especial para apartarse de los precedentes internacionales que normalmente no permiten otorgar intereses compuestos. Como señala un autor: «hay pocas normas en el ámbito de los daños y perjuicios en derecho internacional que estén más asentadas que la norma de que el interés compuesto no es admisible» [...] Aunque la expresión «todas las sumas» podría interpretarse en el sentido de que incluye los intereses y, en consecuencia, permite el interés compuesto, el Tribunal, por la ambigüedad de la redacción, interpreta esa cláusula a la luz de la norma internacional que acaba de mencionarse, y por consiguiente excluye el interés compuesto⁶¹⁴.

De conformidad con este enfoque, el Tribunal ha interpretado restrictivamente las disposiciones contractuales que parecerían permitir el interés compuesto, a fin de impedir que el demandante obtuviera un beneficio «totalmente desproporcionado con la posible pérdida que podría haber sufrido por no tener las sumas debidas a su disposición»⁶¹⁵. La mayoría de los autores siguen, pues, apoyando la opinión expresada por el árbitro Huber en el asunto *Biens britanniques au Maroc espagnol*:

la jurisprudencia arbitral en lo que se refiere a la indemnización que debe conceder un Estado a otro por daños sufridos por los nacionales de éste en el territorio del primero [...] es unánime [...] en rechazar el interés compuesto. En esas circunstancias, harían falta argumentos muy fuertes y muy específicos para admitir el otorgamiento de ese tipo de intereses⁶¹⁶.

Ocurre lo mismo con respecto al interés compuesto, en las reclamaciones de Estado a Estado.

9) No obstante, varios autores han pedido que volviera a examinarse ese principio, aduciendo que «el interés compuesto razonablemente devengado por la parte lesionada debe ser exigible como elemento de la indemnización por daños y perjuicios»⁶¹⁷. Esta opinión ha contado también en algunos casos con el apoyo de tribunales arbitrales⁶¹⁸. Pero dada la situación actual del derecho internacional, no puede decirse que un Estado lesionado tenga derecho al otorgamiento de intereses compuestos, en ausencia de circunstancias especiales que justifiquen cierto elemento de interés compuesto como aspecto de la reparación completa.

10) El cálculo efectivo de los intereses sobre cualquier suma principal pagadera a título de reparación plantea una serie de problemas relativos a la fecha inicial de devengo

⁶¹⁴ Iran-U.S. C.T.R., vol. 7, pág. 181, en las págs. 191 y 192 (1984), que cita a M. M. Whiteman, *Damages in International Law*, vol. III (nota 568 *supra*), pág. 1997.

⁶¹⁵ *Anaconda-Iran, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S. C.T.R., vol. 13, pág. 199, en la pág. 235 (1986). Véase también Aldrich, *op. cit.* (nota 357 *supra*), págs. 477 y 478.

⁶¹⁶ *Biens britanniques au Maroc espagnol* (véase la nota 44 *supra*), pág. 650. Cf. el arbitraje en el caso *Aminoil*, en que el interés otorgado era compuesto durante un cierto período sin dar ninguna razón de ello. Esto representaba más de la mitad de la suma total definitiva (nota 496 *supra*), pág. 613, párr. 178 (5).

⁶¹⁷ Por ejemplo, F. A. Mann, «Compound interest as an item of damage in international law», en *Further Studies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1990, pág. 377, en la pág. 383.

⁶¹⁸ Véase, por ejemplo, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S. A. v. Republic of Costa Rica*, asunto n.º ARB/96/1, *ICSID Reports*, vol. 5, Cambridge University Press, 2002, laudo firme de 17 de febrero de 2000, párrs. 103 a 105.

⁶¹⁰ Adjudicación de intereses, decisión de 18 de diciembre de 1992 (S/AC.26/1992/16).

⁶¹¹ Véase, por ejemplo, *Velásquez Rodríguez*, indemnización compensatoria (nota 516 *supra*), párr. 57. Véase también *Papamichalopoulos* (nota 515 *supra*), párr. 39. En este asunto los intereses sólo eran pagaderos con respecto a la indemnización pecuniaria concedida. Véase asimismo D. Shelton, *op. cit.* (nota 521 *supra*), págs. 270 a 272.

⁶¹² Véase por ejemplo, *Foreign Compensation (People's Republic of China)*, providencia, Texto reglamentario n.º 2201 (1987), Londres, H. M. Stationery Office, párr. 10, que da efecto al Acuerdo de solución entre el Reino Unido y China (nota 551 *supra*).

⁶¹³ Véase, por ejemplo, *McKesson Corporation v. The Islamic Republic of Iran*, Tribunal Federal del Distrito de Columbia, 116 F. Supp. 2d 13 (2000).

(fecha del incumplimiento⁶¹⁹, fecha en la que hubiera debido hacerse el pago, fecha de la reclamación o demanda), la fecha final (fecha de la transacción o del laudo, fecha del pago efectivo) y la tasa de interés aplicable (tasa vigente en el Estado demandado, en el Estado demandante, tasas de los préstamos internacionales). En el plano internacional no hay un enfoque uniforme de las cuestiones de la cuantificación y evaluación de las sumas pagaderas en concepto de intereses⁶²⁰. En la práctica, las circunstancias de cada caso y el comportamiento de las partes influyen considerablemente en el resultado. Es muy sensata la observación del Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán de que esas cuestiones, si las partes no pueden resolverlas, deben dejarse al «ejercicio de las facultades discrecionales dadas [a los distintos tribunales] para decidir sobre cada asunto determinado»⁶²¹. Por otra parte, la actual confusión de la práctica hace que sea útil incluir una disposición general sobre el cálculo de los intereses. En consecuencia, en el artículo 38 se indica que la fecha a partir de la cual ha de calcularse los intereses es la fecha en que debería haberse pagado la suma principal. Los intereses se devengarán desde esa fecha hasta que se haya cumplido la obligación de pago. Conviene determinar la tasa de interés y el modo de cálculo para conseguir el resultado de dar reparación íntegra del perjuicio sufrido como resultado del hecho internacionalmente ilícito.

11) Cuando, como parte de la indemnización del perjuicio causado por un hecho ilícito, se incluya una suma por lucro cesante, sería inapropiado otorgar intereses si el Estado lesionado obtuviera así un doble resarcimiento. Una suma en capital no puede devengar intereses y teóricamente utilizarse al mismo tiempo para obtener beneficios. Sin embargo, pueden pagarse intereses sobre los beneficios que se hubieran realizado pero que el propietario original no ha podido realizar.

12) El artículo 38 no trata de los intereses posteriores a la decisión o los intereses de demora. Sólo versa sobre los intereses que se incluyen en la suma que una corte o tribunal debe otorgar, es decir, los intereses compensatorios. La facultad de una corte o tribunal para otorgar intereses posteriores a la decisión es cuestión de su procedimiento.

⁶¹⁹ La utilización de la fecha del incumplimiento como fecha de partida para el cálculo de los intereses es problemática, dado que puede haber dificultades para determinar esa fecha, y muchos ordenamientos jurídicos requieren que el demandante presente una demanda de pago antes de que empiecen a correr los intereses. La fecha de la demanda oficial se tomó como fecha pertinente en el asunto *Indemnité russe* (véase la nota 354 *supra*), pág. 442, por analogía con la posición general de los ordenamientos jurídicos europeos. En cualquier caso, la presentación oportuna de una demanda de pago es importante cuando se trata de decidir si se han de otorgar intereses.

⁶²⁰ Véase, por ejemplo, J. Y. Gotanda, *Supplemental Damages in Private International Law*, La Haya, Kluwer, 1998, pág. 13. Hay que señalar que diversos países islámicos, influidos por el derecho cherrámico, prohíben el pago de intereses en sus leyes o incluso en su constitución. Sin embargo, han establecido alternativas a los intereses en el contexto comercial e internacional. Por ejemplo, la Constitución del Irán prohíbe el pago de intereses (arts. 43 y 49), pero el Consejo de Guardianes de la Revolución ha estimado que el precepto no se aplica a «gobiernos, instituciones, sociedades y personas extranjeras que, de conformidad con los principios de su propia fe, no consideren que estén prohibidos [los intereses]», *ibid.*, págs. 38 a 40, y véanse las referencias que cita.

⁶²¹ *The Islamic Republic of Iran v. The United States of America*, asunto n.º A/19 (véase la nota 606 *supra*).

Artículo 39. Contribución al perjuicio

Para determinar la reparación se tendrá en cuenta la contribución al perjuicio resultante de la acción o la omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado o de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación.

Comentario

1) El artículo 39 trata de la situación en que un perjuicio ha sido causado por un hecho internacionalmente ilícito de un Estado, que en consecuencia es responsable del perjuicio de conformidad con los artículos 1 y 28, pero en que el Estado lesionado, o la persona víctima de la infracción, ha contribuido materialmente al perjuicio por alguna acción u omisión, intencional o negligente. Se refiere a las situaciones llamadas en los ordenamientos jurídicos nacionales «culpa concurrente», *comparative fault*, *faute de la victime*, etc.⁶²².

2) El artículo 39 reconoce que el comportamiento del Estado lesionado o de cualquier persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación debe tenerse en cuenta para evaluar la forma y la cuantía de la reparación. Esto corresponde al principio de que el perjuicio que es consecuencia del hecho internacionalmente ilícito conlleva la reparación íntegra, pero nada más. También está en consonancia con la equidad en el trato del Estado responsable y de la víctima de la infracción.

3) En el asunto *LaGrand* la CIJ reconoció que el comportamiento del Estado demandante podía ser pertinente para la determinación de la forma y la cuantía de la reparación. En ese caso, Alemania había tardado en denunciar el incumplimiento e iniciar el procedimiento correspondiente. La Corte señaló que «Alemania puede ser criticada por la manera en que inició ese procedimiento y por el momento en que se inició», y declaró que hubiera tenido en cuenta ese factor, entre otros, «si la demanda de Alemania hubiera incluido una reclamación de indemnización»⁶²³.

4) La pertinencia de la contribución del Estado lesionado al perjuicio para determinar la reparación adecuada se reconoce ampliamente en la doctrina⁶²⁴ y en la práctica de los Estados⁶²⁵. Aunque las cuestiones relativas a la con-

⁶²² Véase C. von Bar, *op. cit.* (nota 315 *supra*), págs. 544 a 569.

⁶²³ *LaGrand*, fallo (véase la nota 119 *supra*), párrs. 57 y 116. En lo que se refiere a la pertinencia del plazo para la pérdida del derecho a invocar la responsabilidad véanse el artículo 45, apartado b, y su comentario.

⁶²⁴ Véanse, por ejemplo, B. Graefrath, «Responsibility and damages caused: relationship between responsibility and damages» (nota 454 *supra*) y B. Bollecker-Stern, *op. cit.* (nota 454), págs. 265 a 300.

⁶²⁵ En el asunto de *Delagoa Bay Railway*, los árbitros señalaron que «todas las circunstancias que se pueden alegar en contra de la compañía concesionaria y en descargo del Gobierno portugués atenúan la responsabilidad de este último y justifican [...] una reducción de la reparación» (véase la nota 561 *supra*). En el asunto del *Wimbledon* se planteó la cuestión de si el hecho de que el buque hubiera permanecido en el puerto de Kiel durante algún tiempo, al habérsele denegado el paso por el canal de Kiel, antes de tomar una ruta alternativa, había contribuido al perjuicio sufrido (véase la nota 34 *supra*), pág. 31. La CPIJ reconoció implícitamente que la conducta del capitán podía influir en la cuantía de la indemnización pagadera, aunque estimó que el capitán había actuado razonablemente en las circunstancias del caso. Véanse más ejemplos en Gray, *op. cit.* (nota 432 *supra*), pág. 23.

tribución de un Estado lesionado al perjuicio se plantean con más frecuencia en el contexto de la indemnización, el principio también puede tener su importancia para otras formas de reparación. Por ejemplo, si un buque propiedad de un Estado es detenido ilícitamente por otro Estado y mientras está detenido sufre daños atribuibles a la negligencia del capitán, podrá exigirse al Estado responsable que simplemente devuelva el buque en el estado en que esté.

5) No todas las acciones u omisiones que contribuyan al perjuicio sufrido son pertinentes en este contexto. Antes bien, el artículo 39 solamente permite que se tengan en cuenta las acciones u omisiones que puedan considerarse intencionales o negligentes, es decir, cuando es manifiesto que la víctima de la infracción no ha ejercido la debida diligencia en relación con sus bienes o derechos⁶²⁶. Aunque la noción de acción u omisión negligente no se califica, por ejemplo, exigiendo que la negligencia haya llegado a ser «grave», la pertinencia de cualquier negligencia para la reparación dependerá del grado en que haya contribuido al perjuicio así como de las demás circunstancias del caso⁶²⁷. La expresión «se tendrá en cuenta» indica que el artículo trata de factores que pueden afectar a la forma de la reparación o reducir su cuantía en su caso.

6) La acción u omisión intencional o negligente que contribuye al perjuicio puede ser la del Estado lesionado o «de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación». Esto tiene por objeto cubrir no sólo la situación en que un Estado presenta una reclamación en nombre de uno de sus nacionales en el contexto de la protección diplomática, sino también cualquier otra situación en que un Estado invoque la responsabilidad de otro Estado en relación con un comportamiento que afecta primordialmente a terceros. Según los artículos 42 y 48, pueden darse diversas situaciones diferentes en que tal sea el caso. La idea fundamental es que la posición del Estado que exige la reparación no debe ser más favorable, en lo que se refiere a la reparación en interés de terceros, de la que sería si la persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación presentara individualmente una reclamación.

CAPÍTULO III

VIOLACIONES GRAVES DE OBLIGACIONES EMANADAS DE NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

Comentario

1) El capítulo III de la segunda parte, que lleva por título «Violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas del derecho internacional general», establece ciertas consecuencias de determinados tipos de

⁶²⁶ Esta terminología se toma del párrafo 1 del artículo VI del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales.

⁶²⁷ Es posible considerar situaciones en que el perjuicio de que se trate pueda atribuirse en su totalidad al comportamiento de la víctima y no al del Estado «responsable». Esas situaciones están cubiertas por el requisito general de la causa inmediata a que se hace referencia en el artículo 31, y no por el artículo 39. Para las cuestiones relativas a la amonificación del daño véase el párrafo 11 del comentario al artículo 31.

violaciones del derecho internacional, en función de dos criterios: primero, entrañan violaciones de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general; segundo, las violaciones de que se trata son en sí graves, considerando su escala o su carácter. El capítulo III contiene dos artículos, el primero define su ámbito de aplicación (art. 40), y el segundo expone las consecuencias jurídicas derivadas de las violaciones incluidas en el ámbito del capítulo (art. 41).

2) La conveniencia de establecer una distinción cualitativa entre diferentes violaciones del derecho internacional ha sido objeto de un importante debate⁶²⁸. La CIJ puso de relieve esta cuestión en el asunto de la *Barcelona Traction*, al afirmar que:

debe hacerse una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado respecto de la comunidad internacional en su conjunto y las obligaciones respecto de otro Estado en el ámbito de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras obligaciones mencionadas conciernen a todos los Estados. Habida cuenta de la importancia de los derechos en cuestión, cabe considerar que todos los Estados tienen un interés legítimo en su protección; se trata de obligaciones *erga omnes*⁶²⁹.

La Corte contrastaba aquí la posición de un Estado lesionado en el contexto de la protección diplomática con la posición de todos los Estados en relación con la violación de una obligación respecto de la comunidad internacional en su conjunto. Aunque en el asunto de que se trataba no estaba en juego una obligación de ese tipo, la declaración de la Corte indica claramente que, a los efectos de la responsabilidad del Estado, ciertas obligaciones son debidas a la comunidad internacional en su conjunto y que habida cuenta «de la importancia de los derechos en cuestión» todos los Estados tienen un legítimo interés en su protección.

3) La Corte ha afirmado ulteriormente en diversas ocasiones la noción de las obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto, aunque ha aplicado esa noción con precaución. En el asunto de *Timor oriental*, la Corte dijo que «la afirmación de Portugal de que el derecho de los pueblos a la libre determinación, como se ha desarrollado a partir de la Carta y de la práctica de las Naciones Unidas, es oponible *erga omnes* es irreprochable»⁶³⁰. En la fase de las objeciones preliminares, en el asunto *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la Corte afirmó que «los derechos y las obligaciones consagrados en la Convención eran derechos y obligaciones *erga omnes*»⁶³¹: así, concluyó que su competencia temporal respecto de la causa no se limitaba a la fecha a partir de la cual las partes estaban vinculadas *inter se* por la Convención.

⁶²⁸ Se encontrarán bibliografías completas en M. Spinedi, «Crimes of State: Bibliography», en J. Weiler, A. Cassese y M. Spinedi (eds.), *International Crimes of State*, Berlín, De Gruyter, 1989, págs. 339 a 353, y N. Jørgensen, *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press, 2000, págs. 299 a 314.

⁶²⁹ *Barcelona Traction* (véase la nota 25 *supra*), pág. 32, párr. 33. Véase M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, 1997.

⁶³⁰ Véase la nota 54 *supra*.

⁶³¹ *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, excepciones preliminares (véase la nota 54 *supra*), pág. 616, párr. 31.

4) Un aspecto que tiene relación directa con esta cuestión es el reconocimiento del concepto de normas imperativas de derecho internacional en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969. Esas disposiciones reconocen la existencia de normas sustantivas de carácter fundamental, tal que no pueden ser derogadas ni siquiera por un tratado⁶³².

5) Desde el primer momento se reconoció que esa doctrina tenía repercusiones para las normas secundarias de la responsabilidad del Estado que deberían reflejarse de algún modo en los artículos. Al principio se pensó que esto podría hacerse introduciendo una referencia a una categoría de «crímenes internacionales del Estado», en contraste con todos los demás casos de hechos internacionalmente ilícitos («delitos internacionales»)⁶³³. Sin embargo, no se han desarrollado las consecuencias penales que entrañan para los Estados las violaciones de esas normas fundamentales. Por ejemplo, el otorgamiento de una indemnización punitiva no se reconoce en el derecho internacional ni siquiera en relación con violaciones graves de obligaciones que dimanen de normas imperativas. De conformidad con el artículo 34, la función de la indemnización es esencialmente compensatoria⁶³⁴. En suma, como dijo en 1946 el Tribunal Militar Internacional:

Los crímenes contra el derecho internacional se cometen por hombres, no por entidades abstractas, y únicamente pueden hacerse cumplir las disposiciones del derecho internacional castigando a quienes cometen esos crímenes⁶³⁵.

6) Según este planteamiento, a pesar de que los tribunales militares de Nuremberg y Tokio juzgaron y condenaron a diversas personas por hechos criminales cometidos en su calidad de miembros o funcionarios del gobierno, ni Alemania ni el Japón fueron tratados como «criminales» en los instrumentos por los que se crearon esos tribunales⁶³⁶. En lo que se refiere a la práctica internacional más reciente, el establecimiento por el Consejo de Seguridad de los tribunales especiales para Yugoslavia y Rwanda se basa en un planteamiento análogo. Ambos tribunales se ocupan sólo del enjuiciamiento de personas⁶³⁷. En su decisión relativa a una *subpoena duces tecum* en el asunto *Blaskic*, la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia consideró que «con arreglo al derecho internacional actual, no cabe duda de que los Estados, por definición, no pueden ser objeto de sanciones penales similares a las que se prevén en los ordenamientos penales nacionales»⁶³⁸. En el Estatuto de Roma de la Corte

Penal Internacional se establece también la competencia de la Corte sobre «los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto» (preámbulo), pero limita esa competencia a las «personas naturales» (art. 25, párr. 1). El mismo artículo especifica que nada de lo dispuesto en el Estatuto «respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional» (párr. 4)⁶³⁹.

7) En consecuencia, en los presentes artículos no se reconoce la existencia de ninguna distinción entre «crímenes» y «delitos» del Estado a los efectos de la primera parte. Además, es necesario que en los artículos se refleje que hay ciertas *consecuencias* que dimanen de los conceptos básicos de normas imperativas de derecho internacional general y de obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto dentro del ámbito de la responsabilidad del Estado. Sean o no las normas imperativas de derecho internacional y las obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto aspectos de una idea básica única, hay por lo menos una coincidencia sustancial entre ellas. Los ejemplos que la CIJ ha dado de las obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto⁶⁴⁰ se refieren todos a obligaciones que, según se acepta generalmente, dimanen de normas imperativas de derecho internacional general. Asimismo, los ejemplos de normas imperativas que dio la Comisión en su comentario a lo que luego fue el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969⁶⁴¹ entrañan obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto. Pero hay al menos alguna diferencia en cuanto a la importancia que se les asigna. Mientras que las normas imperativas de derecho internacional general se centran en el alcance y la prioridad que ha de darse a un cierto número de obligaciones fundamentales, en el caso de las obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto el centro de atención es esencialmente el interés jurídico de todos los países en su cumplimiento, es decir, desde el punto de vista de los presentes artículos, en tener derecho a invocar la

la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (excepciones preliminares) (nota 54 *supra*), en que ninguna de las partes consideraron que el procedimiento tuviera carácter penal. Véase también el comentario al artículo 12, párr. 6.

⁶³⁹ Véase también el artículo 10: «Nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo de derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto».

⁶⁴⁰ Según la CIJ, hay obligaciones *erga omnes* que «demanan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión y del genocidio, así como de los principios y normas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial» [*Barcelona Traction* (nota 25 *supra*), pág. 32, párr. 34]. Véanse también los asuntos *Timor oriental* (nota 54 *supra*); *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (ibíd.); y *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, excepciones preliminares (ibíd.).

⁶⁴¹ La Comisión dio los siguientes ejemplos de tratados que violarían el artículo debido a un conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general, o una norma de *jus cogens*: «a) un tratado relativo a un caso de uso ilegítimo de la fuerza con violación de los principios de la Carta; b) un tratado relativo a la ejecución de cualquier otro acto delictivo en derecho internacional, y c) un tratado destinado a realizar o tolerar actos tales como la trata de esclavos, la piratería o el genocidio, en cuya represión todo Estado está obligado a cooperar. [...] también se citaron como posibles ejemplos los tratados que violen los derechos humanos, la igualdad de los Estados o el principio de la libre determinación», *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 271.

⁶³² Véanse *supra* el artículo 26 y su comentario.

⁶³³ Véase *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), págs. 94 a 121, especialmente los párrafos 6 a 34. Véase también el párrafo 5 del comentario al artículo 12.

⁶³⁴ Véase el párrafo 4 del comentario al artículo 36.

⁶³⁵ Sentencia del Tribunal Militar Internacional para el juicio de los principales criminales de guerra alemanes de 1.º de octubre de 1946, reimpresa en AJIL (véase la nota 321 *supra*), pág. 221.

⁶³⁶ Esto a pesar de que en el Estatuto de Londres de 1945 se preveía la posibilidad de que un «grupo u organización» fuese declarado «criminal» (véase Estatuto del Tribunal Militar Internacional, anexo al Acuerdo relativo al procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias europeas del Eje, Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 82, n.º 251, pág. 279, arts. 9 y 10).

⁶³⁷ Véanse, respectivamente, los artículos 1 y 6 del estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y los artículos 1 y 7 del estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda (nota 257 *supra*).

⁶³⁸ *Prosecutor v. Blaskic*, asunto n.º IT-95-14-AR 108 bis, ILR, vol. 110, pág. 688, en la pág. 698, párr. 25 (1997). Cf. *Application de*

responsabilidad de un Estado que cometa una violación. Teniendo en cuenta esa diferente orientación conviene reflejar las consecuencias de los dos conceptos de dos maneras distintas. En primer lugar, las violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general pueden tener consecuencias adicionales, no sólo para el Estado responsable sino para todos los demás Estados. En segundo lugar, todos los Estados tienen derecho a invocar la responsabilidad por la violación de obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto. La primera de esas proposiciones es el objeto del presente capítulo; la segunda se trata en el artículo 48.

Artículo 40. Aplicación de este capítulo

1. El presente capítulo se aplicará a la responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general.

2. La violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable.

Comentario

1) El artículo 40 sirve para definir la importancia de las violaciones a que se refiere el capítulo. Establece dos criterios para distinguir las «violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general» de otros tipos de violaciones. El primero se refiere al carácter de la obligación violada, que debe emanar de una norma imperativa de derecho internacional general. El segundo califica la importancia de la violación, que debe haber sido de carácter grave. El capítulo III sólo se aplica a las violaciones del derecho internacional que cumplen ambos criterios.

2) El primer criterio se refiere al carácter de la obligación violada. Para dar lugar a la aplicación de este capítulo, una violación debe referirse a una obligación contraída en virtud de una norma imperativa de derecho internacional general. De conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, una norma imperativa del 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.

El concepto de norma imperativa de derecho internacional general se reconoce en la práctica internacional, en la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales y nacionales y en la doctrina jurídica⁶⁴².

3) No es apropiado dar ejemplos de las normas imperativas a que se hace referencia en el texto del propio artículo 40, como tampoco se hizo en el texto del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. Las obligaciones a que se refiere el artículo 40 dimanar de aquellas normas

sustantivas de comportamiento que prohíben lo que ha llegado a considerarse intolerable porque representa una amenaza para la supervivencia de los Estados y sus pueblos y para los valores humanos más fundamentales.

4) Se conviene generalmente que, entre esas prohibiciones, la prohibición de la agresión ha de considerarse imperativa. Esto lo corroboran, por ejemplo, el comentario de la Comisión a lo que luego fue el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969⁶⁴³, las declaraciones no contradictorias de los Gobiernos durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados⁶⁴⁴, las exposiciones de ambas partes en el asunto *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* y la posición de la propia Corte en ese asunto⁶⁴⁵. También parece haber un amplio acuerdo respecto de otros ejemplos citados en el comentario de la Comisión al artículo 53: por ejemplo, la prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos, el genocidio, y la discriminación racial y el *apartheid*. Esas prácticas han sido prohibidas en tratados y convenciones internacionales que han gozado de amplia ratificación y que no admiten excepciones. En la Conferencia de Viena hubo acuerdo general entre los gobiernos en cuanto al carácter imperativo de esas prohibiciones. En lo que se refiere al carácter imperativo de la prohibición del genocidio, está apoyado por diversas decisiones de tribunales nacionales e internacionales⁶⁴⁶.

5) Aunque no se menciona específicamente en el comentario de la Comisión al artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, también parece ser aceptado generalmente el carácter imperativo de ciertas otras normas. Esto se aplica a la prohibición de la tortura tal como se define en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. El carácter imperativo de esta prohibición ha sido confirmado por las decisiones de órganos internacionales y nacionales⁶⁴⁷. Teniendo presente que la CIJ ha definido como «inconculcables» las normas básicas de derecho humanitario internacional aplicables en los conflictos armados, parecería estar justificado que se considerasen

⁶⁴³ *Anuario... 1966*, vol. II, págs. 271 y 272.

⁶⁴⁴ Durante la Conferencia, diversos gobiernos declararon imperativas las prohibiciones de la agresión y del uso ilegal de la fuerza: véase *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo al 24 de mayo de 1968, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.68.V.7), sesiones 52.ª, párrs. 3, 31 y 43; 53.ª, párrs. 4, 9, 15, 16, 35, 48, 59 y 69; 54.ª, párrs. 9, 41, 46 y 55; 55.ª, párrs. 31 y 42; y 56.ª, párrs. 6, 20, 29 y 51.

⁶⁴⁵ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (véase la nota 36 *supra*), págs. 100 y 101, párr. 190; véase también la opinión separada del magistrado Nagendra Singh, presidente, pág. 153.

⁶⁴⁶ Véanse por ejemplo la CIJ en *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, medidas provisionales (nota 412 *supra*), págs. 439 y 440; reconveniones (nota 413 *supra*), pág. 243; y el Tribunal de Distrito de Jerusalén en el asunto *Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, ILR, vol. 36, pág. 5 (1961).

⁶⁴⁷ Véanse Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, noveno circuito, en *Siderman de Blake v. The Republic of Argentina and Others*, ILR, vol. 103, pág. 455, en la pág. 471 (1992); Tribunal de Apelaciones del Reino Unido en *Al-Adsani v. Government of Kuwait and Others*, ILR, vol. 107, pág. 536, en las págs. 540 y 541 (1996); y Cámara de los Lores del Reino Unido en *Pinochet* (nota 415 *supra*), págs. 841 y 881. Véase Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, segundo circuito, en *Filartiga v. Pena-Irala*, ILR, vol. 77, pág. 169, en las págs. 177 a 179 (1980).

⁶⁴² Para el examen de los requisitos que determinan si una norma es imperativa, véase el párrafo 5 del comentario al artículo 26, con referencias escogidas a la jurisprudencia y la literatura.

también imperativas⁶⁴⁸. Por último, merece ser mencionada la obligación de respetar el derecho a la libre determinación. Como lo señaló la CIJ en el asunto relativo a *Timor oriental*, «el principio de la libre determinación [...] es uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo», que da lugar a la obligación de la comunidad internacional en su conjunto de permitir y respetar su ejercicio⁶⁴⁹.

6) Hay que destacar que los ejemplos que se han dado no pueden ser exhaustivos. Además, el artículo 64 de la Convención de Viena de 1969 prevé la posibilidad de que lleguen a crearse nuevas normas imperativas de derecho internacional general a través del proceso de aceptación y reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como se menciona en el artículo 53. Estos ejemplos se dan, pues, sin perjuicio de que existan o se desarrollen normas de derecho internacional que cumplan los criterios de las normas imperativas a tenor del artículo 53.

7) Aparte de su limitado alcance, considerando el número comparativamente pequeño de normas que pueden considerarse imperativas, el artículo 40 aplica otra limitación a los efectos del capítulo, es decir, que la violación en sí debe haber sido «grave». Una violación «grave» se define en el párrafo 2 como aquella que implica «el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación» de que se trate. La palabra «grave» significa que se precisa una cierta magnitud de violación para no trivializarla y no quiere sugerir que alguna violación de esas obligaciones no sea grave, o sea de algún modo excusable. Pero cabe imaginar casos relativamente menos graves de violación de normas imperativas y por ello es preciso limitar el alcance de este capítulo a las violaciones más graves o sistemáticas. Esa limitación se observa en la práctica de los Estados. Por ejemplo, cuando reaccionan ante las violaciones del derecho internacional, los Estados han destacado con frecuencia su carácter sistemático, flagrante o manifiesto. Del mismo modo, los procedimientos internacionales de denuncia, por ejemplo en la esfera de los derechos humanos, atribuyen diferentes consecuencias a las violaciones sistemáticas, por ejemplo en lo que se refiere a la no aplicabilidad de la norma del agotamiento de los recursos internos⁶⁵⁰.

8) Para ser considerada sistemática, una violación debe llevarse a cabo de manera organizada y deliberada. En cambio, el término «flagrante» se refiere a la intensidad de la violación o de sus efectos; corresponde a violaciones de naturaleza flagrante que equivalgan a un ataque directo y abierto contra los valores que protege la norma. Esos términos no son, por supuesto, mutuamente excluyentes; las violaciones graves serán normalmente sistemáticas y flagrantes. Entre los factores que permiten establecer la

gravedad de una violación estarán la intención de violar la norma; el alcance y el número de violaciones individuales; y la gravedad de sus consecuencias para las víctimas. También hay que tener presente que algunas de las normas imperativas de que se trata, muy especialmente las prohibiciones de la agresión y del genocidio, requieren por su propia naturaleza una violación intencional en gran escala⁶⁵¹.

9) El artículo 40 no define ningún procedimiento para determinar si se ha cometido o no una violación grave. Los artículos no tienen por objeto establecer nuevos procedimientos institucionales para tratar los casos individuales, ya se planteen en relación con el capítulo III de la segunda parte o de cualquier otro modo. Además, es probable que las violaciones graves a que se refiere este capítulo sean objeto de la atención de las organizaciones internacionales competentes, incluidos el Consejo de Seguridad y la Asamblea General. En el caso de la agresión, la Carta de las Naciones Unidas atribuye una función específica al Consejo de Seguridad.

Artículo 41. Consecuencias particulares de la violación grave de una obligación en virtud del presente capítulo

1. Los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40.

2. Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación.

3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las demás consecuencias enunciadas en esta parte y de toda otra consecuencia que una violación a la que se aplique el presente capítulo pueda generar según el derecho internacional.

Comentario

1) El artículo 41 enuncia las consecuencias particulares de las violaciones del tipo y gravedad a que se hace referencia en el artículo 40. Consta de tres párrafos. Los dos primeros prescriben las obligaciones jurídicas especiales de los Estados ante la comisión de «violaciones graves»

⁶⁵¹ En su 22.º período de sesiones, la Comisión propuso los siguientes ejemplos como casos denominados «crímenes internacionales»:

«a) [...] una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión;

«b) [...] una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial;

«c) [...] una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el *apartheid*;

«d) [...] una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares.»

Anuario... 1976, vol. II (segunda parte), pág. 94.

⁶⁴⁸ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (véase la nota 54 *supra*), pág. 257, párr. 79.

⁶⁴⁹ *Timor oriental* (ibíd.). Véase la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, anexo (Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, quinto principio).

⁶⁵⁰ Véase el asunto *Irlande c. Royaume-Uni* (nota 236 *supra*), párr. 159; véase, por ejemplo, el procedimiento establecido en virtud de la resolución 1503 (XLVIII) del Consejo Económico y Social, que requiere un «cuadro persistente de violaciones manifiestas [...] de los derechos humanos».

en el sentido del artículo 40, mientras que el tercero constituye una cláusula de salvaguardia.

2) Según el párrafo 1 del artículo 41, los Estados tienen el deber positivo de cooperar para poner fin a toda violación grave en el sentido del artículo 40. Dada la diversidad de circunstancias que cabe imaginar, la disposición no prescribe de manera detallada qué forma deberá adoptar esa cooperación. Ésta podrá organizarse en el marco de una organización internacional competente, en particular las Naciones Unidas. Sin embargo, el párrafo 1 también prevé la posibilidad de una colaboración no institucionalizada.

3) Tampoco prescribe el párrafo 1 qué medidas deben adoptar los Estados para poner fin a las violaciones graves en el sentido del artículo 40. Esa cooperación debe recurrir a medios lícitos, cuya elección dependerá de las circunstancias de la situación de que se trate. Sin embargo, está claro que la obligación de cooperar se aplica a los Estados independientemente de que resulten o no afectados por la violación grave. Lo que se pide es que ante las violaciones graves todos los Estados realicen un esfuerzo conjunto y coordinado para contrarrestar los efectos de esas violaciones. Puede discutirse si en la actualidad el derecho internacional general prescribe un deber positivo de colaboración, y a este respecto el párrafo 1 puede reflejar el desarrollo progresivo del derecho internacional. Pero, de hecho, esa cooperación, especialmente en el marco de organizaciones internacionales, ya existe en respuesta a las violaciones más graves del derecho internacional y es con frecuencia el único modo de aplicar un remedio eficaz. El párrafo 1 trata de reforzar los mecanismos de cooperación existentes al exigir que todos los Estados respondan adecuadamente a las violaciones graves a que se hace referencia en el artículo 40.

4) Conforme al párrafo 2 del artículo 41, los Estados tienen un deber de abstención, que comprende dos obligaciones: la primera no reconocer como lícita ninguna situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, y la segunda no prestar ayuda ni asistencia para mantener esa situación.

5) La primera de esas dos obligaciones se refiere a la obligación de no reconocimiento colectivo por la comunidad internacional en su conjunto de la legitimidad de situaciones directamente resultantes de violaciones graves en el sentido del artículo 40⁶⁵². La obligación se aplica a las «situaciones» creadas por esas violaciones, por ejemplo el intento de adquirir la soberanía sobre un territorio mediante la denegación del derecho de los pueblos a la libre determinación. No sólo se refiere al reconocimiento formal de esas situaciones, sino que también prohíbe cualquier acto que implique ese reconocimiento.

6) La existencia de una obligación de no reconocimiento en respuesta a violaciones graves de obligaciones dimanantes de normas imperativas ya cuenta con apoyo en la práctica internacional y en las decisiones de la CIJ.

⁶⁵² Esto se ha descrito como «un arma jurídica esencial en la lucha contra las violaciones graves de las normas fundamentales del derecho internacional», C. Tomuschat, «International crimes by States: an endangered species?», en K. Wellens (ed.), *International Law: Theory and Practice - Essays in Honour of Eric Suy*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1998, pág. 253, en la pág. 259.

El principio de que las adquisiciones territoriales conseguidas con el uso de la fuerza no son válidas y no deben ser reconocidas halló una clara expresión durante la crisis de Manchuria en 1931-1932, cuando el entonces Secretario de Estado de los Estados Unidos, Henry Stimson, declaró que los Estados Unidos, junto con una amplia mayoría de los Miembros de la Sociedad de las Naciones,

no admitirían la legalidad de ninguna situación *de facto* ni [...] reconocerían ningún tratado o acuerdo concluido entre esos gobiernos, o sus agentes, que pudiera menoscabar [...] la soberanía, la independencia o la integridad territorial y administrativa de la República de China [...] [ni] reconocerían ninguna situación, tratado o acuerdo a que se llegara por medios contrarios a las cláusulas y obligaciones del Pacto de París de 27 de agosto de 1928⁶⁵³.

La Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas afirma ese principio declarando inequívocamente que los Estados no reconocerán como legal ninguna adquisición territorial derivada del uso de la fuerza⁶⁵⁴. Como afirmó la CIJ en el asunto *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, el consentimiento unánime de los Estados a esa declaración «puede entenderse como la aceptación de la validez de la norma o el conjunto de normas proclamados por la resolución»⁶⁵⁵.

7) Un ejemplo de la práctica del no reconocimiento de hechos realizados en violación de normas imperativas es la reacción del Consejo de Seguridad ante la invasión de Kuwait por el Iraq en 1990. Tras la declaración por el Iraq de una «fusión total y eterna» con Kuwait, el Consejo de Seguridad, en su resolución 662 (1990), de 9 de agosto de 1990, decidió que la anexión carecía «de validez jurídica y ha de considerarse nula y sin valor», y exhortó a todos los Estados, organizaciones internacionales y organismos especializados a no reconocer esa anexión y abstenerse de todo acto o transacción que pudiera interpretarse como un reconocimiento directo o indirecto de la anexión. De hecho, ningún Estado reconoció la legalidad de la pretendida anexión, cuyos efectos quedaron anulados posteriormente.

8) En lo que respecta a la denegación por un Estado del derecho de los pueblos a la libre determinación, la opinión consultiva de la CIJ sobre el asunto *Namibie* es igualmente clara por cuanto exhorta a que no se reconozca la situación⁶⁵⁶. Las mismas obligaciones se reflejan en las resoluciones del Consejo de Seguridad y de la Asam-

⁶⁵³ Nota del Secretario de Estado a los Gobiernos chino y japonés, en Hackworth, *Digest of International Law*, vol. I, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1940, pág. 334; hecha suya por la Asamblea en las resoluciones de 11 de marzo de 1932, Sociedad de las Naciones, *Journal officiel* (marzo de 1932), suplemento especial n.º 101, pág. 87. Para un examen de la práctica anterior respecto al no reconocimiento colectivo, véase J. Dugard, *Recognition and the United Nations*, Cambridge, Grotius, 1987, págs. 24 a 27.

⁶⁵⁴ Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, anexo, primer principio.

⁶⁵⁵ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (véase la nota 36 *supra*), pág. 100, párr. 188.

⁶⁵⁶ Asunto *Namibie* (véase la nota 176 *supra*), en que la Corte afirmó que «la terminación del mandato y la declaración de la ilegalidad de la presencia de Sudáfrica en Namibia son oponibles a todos los Estados en el sentido de hacer ilegal *erga omnes* una situación que se mantiene en violación del derecho internacional», pág. 56, párr. 126.

blea General relativas a la situación en Rhodesia⁶⁵⁷ y en los bantustanes de Sudáfrica⁶⁵⁸. Esos ejemplos reflejan el principio según el cual cuando de una violación grave en el sentido del artículo 40 se ha derivado una situación que de no ser así podría requerir un reconocimiento, ese reconocimiento deberá no obstante retirarse. El no reconocimiento colectivo parecería ser un requisito previo para cualquier respuesta concertada de la comunidad a esas violaciones y representa la respuesta mínima necesaria por parte de los Estados a las violaciones graves a que se hace referencia en el artículo 40.

9) Conforme al párrafo 2 del artículo 41, ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave. Esta obligación se aplica a todos los Estados, incluido el Estado responsable. Ha habido casos en que el Estado responsable ha tratado de consolidar la situación mediante su propio «reconocimiento». Evidentemente, el Estado responsable tiene la obligación de no reconocer o mantener la situación ilícita creada por la violación. Consideraciones análogas se aplican incluso al Estado lesionado: como la violación afecta por definición a la comunidad internacional en su conjunto, el hecho de que el Estado responsable obtenga del Estado lesionado una renuncia o reconocimiento no puede impedir que la comunidad internacional tenga interés en buscar una solución justa y apropiada. Esas conclusiones concuerdan con el artículo 30 sobre la cesación y quedan reforzadas por el carácter imperativo de las normas en cuestión⁶⁵⁹.

10) No obstante, las consecuencias de la obligación de no reconocimiento van acompañadas de ciertas reservas. En la opinión consultiva sobre el asunto de *Namibia*, la Corte, aun afirmando que la ilegalidad de la situación era oponible *erga omnes* y no que esa situación podía ser reconocida como lícita ni siquiera por Estados que no fueran miembros de las Naciones Unidas, dijo que:

el no reconocimiento de la administración sudafricana en el Territorio no debería tener por efecto privar al pueblo de Namibia de cualquier ventaja derivada de la cooperación internacional. En particular, aunque las medidas adoptadas oficialmente por el Gobierno de Sudáfrica en nombre de Namibia o en lo que se refiere a Namibia después de la terminación del mandato son ilegales o nulas, esa nulidad no puede hacerse extensiva a actos como, por ejemplo, el registro de los nacimientos, fallecimientos y matrimonios, cuyos efectos no pueden pasarse por alto salvo en detrimento de los habitantes del Territorio⁶⁶⁰.

Tanto el principio del no reconocimiento como esta reserva a dicho principio han sido aplicados, por ejemplo, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁶¹.

11) La segunda obligación contenida en el párrafo 2 prohíbe a los Estados prestar ayuda o asistencia para

⁶⁵⁷ Véase la resolución 216 (1965) del Consejo de Seguridad, de 12 de noviembre de 1965.

⁶⁵⁸ Véanse, por ejemplo, la resolución 31/6 A de la Asamblea General, de 26 de octubre de 1976, que el Consejo de Seguridad hizo suya en su resolución 402 (1976), de 22 de diciembre de 1976; las resoluciones 32/105 N y 34/93 G de la Asamblea, de 14 de diciembre de 1977 y 12 de diciembre de 1979; véanse también las declaraciones formuladas por los respectivos presidentes del Consejo de Seguridad, de 21 de septiembre de 1979 y de 15 de diciembre de 1981, en relación con la creación de Venda y Ciskei (S/13549 y S/14794).

⁶⁵⁹ Véanse también el párrafo 7 del comentario al artículo 20 y el párrafo 4 del comentario al artículo 45.

⁶⁶⁰ *Namibia* (véase la nota 176 *supra*), pág. 56, párr. 125.

⁶⁶¹ *Loizidou*, fondo (véase la nota 160 *supra*), pág. 2216; *Chypre c. Turquie* (véase la nota 247 *supra*), párrs. 89 a 98.

mantener una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40. Esto va más allá de las disposiciones relativas a la ayuda o asistencia en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, de las que trata el artículo 16. Se refiere al comportamiento *a posteriori* que presta asistencia al Estado responsable para mantener una situación contraria a una obligación «oponible a todos los Estados en el sentido de hacer ilegal *erga omnes* una situación que se mantiene en violación del derecho internacional»⁶⁶². Más allá de la comisión de la violación grave propiamente dicha incluye el mantenimiento de la situación creada por esa violación, y se aplica independientemente de que la violación continúe o no. En cuanto a los elementos de «ayuda o asistencia», el artículo 41 ha de leerse en relación con el artículo 16. En particular, el concepto de ayuda o asistencia según el artículo 16 presupone que el Estado conoce «las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito». No hay necesidad de mencionar ese requisito en el párrafo 2 del artículo 41 porque difícilmente cabe imaginar que un Estado no esté al corriente de la comisión de una violación grave por otro Estado.

12) En algunos aspectos, la prohibición contenida en el párrafo 2 puede verse como una prolongación lógica del deber de no reconocimiento. Sin embargo, su ámbito de aplicación es distinto en la medida en que se refiere a acciones que no implicarían un reconocimiento de la situación creada por violaciones graves en el sentido del artículo 40. Su existencia independiente está confirmada, por ejemplo, en las resoluciones del Consejo de Seguridad que prohíben la prestación de cualquier tipo de ayuda o asistencia para el mantenimiento del régimen ilegal de *apartheid* en Sudáfrica o el dominio colonial portugués⁶⁶³. Lo mismo que en el caso del deber de no reconocimiento, esas resoluciones parecerían expresar una idea general aplicable a todas las situaciones creadas por violaciones graves en el sentido del artículo 40.

13) Conforme al párrafo 3, el artículo 41 se entiende sin perjuicio de las demás consecuencias enunciadas en la segunda parte y de toda otra consecuencia que una violación grave a la que se aplique el artículo 40 pueda generar. La finalidad de este párrafo es doble. En primer lugar, deja claro que una violación grave en el sentido del artículo 40 entraña las consecuencias jurídicas estipuladas para todas las violaciones en los capítulos I y II de la segunda parte. En consecuencia, una violación grave en el sentido del artículo 40 da lugar a una obligación para el Estado responsable de cesar el hecho ilícito, seguir el cumplimiento de su obligación y, en caso apropiado, dar garantías y seguridades de no repetición. Del mismo modo, entraña el deber de dar reparación de conformidad con las normas expuestas en el capítulo II de esta parte. La incidencia de estas obligaciones se verá sin duda alguna afectada por la gravedad de la violación de que se trate, pero este aspecto se expresa en el tenor efectivo de los artículos pertinentes.

⁶⁶² *Namibia* (véase la nota 176 *supra*), pág. 56, párr. 126.

⁶⁶³ Véanse, por ejemplo, las resoluciones del Consejo de Seguridad 218 (1965), de 23 de noviembre de 1965, sobre las colonias portuguesas, y 418 (1977), de 4 de noviembre de 1977, y 569 (1985), de 26 de julio de 1985, sobre Sudáfrica.

14) En segundo lugar, el párrafo 3 prevé toda otra consecuencia que la violación grave pueda generar según el derecho internacional. Esto puede ser en virtud de la norma primaria individual, como en el caso de la prohibición de la agresión. Así pues, el párrafo 3 prevé que el derecho internacional puede reconocer consecuencias jurídicas adicionales derivadas de la comisión de una violación grave en el sentido del artículo 40. El hecho de que esas otras consecuencias no se mencionen expresamente en el capítulo III no prejuzga su reconocimiento en el derecho internacional actual, o su desarrollo ulterior. Además, el párrafo 3 refleja el convencimiento de que el propio régimen jurídico de las violaciones graves está en estado de desarrollo. Al mencionar ciertas consecuencias jurídicas básicas de las violaciones graves en el sentido del artículo 40, el artículo 41 no trata de excluir el futuro desarrollo de un régimen más elaborado de las consecuencias que entrañan esas violaciones.

TERCERA PARTE

MODOS DE HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

La tercera parte trata de los modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional de un Estado, es decir del cumplimiento de las obligaciones de cesación y reparación que incumben a un Estado responsable con arreglo a la segunda parte en virtud de su comisión de un hecho internacionalmente ilícito. Aunque la responsabilidad del Estado dimana del derecho internacional independientemente de su invocación por otro Estado, siempre es necesario especificar lo que pueden hacer otros Estados ante la violación de una obligación internacional, y qué medidas pueden adoptar a fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones de cesación y reparación por el Estado responsable. Esto, que algunas veces se ha llamado la *mise-en-oeuvre* de la responsabilidad del Estado, es el tema de la tercera parte. La tercera parte consta de dos capítulos. El capítulo I se refiere a la invocación de la responsabilidad del Estado por otros Estados y a algunas cuestiones conexas. El capítulo II se refiere a las contramedidas adoptadas a fin de inducir al Estado responsable a que cese el comportamiento de que se trate y preste reparación.

CAPÍTULO I

INVOCACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Comentario

1) La primera parte de los artículos identifica por lo general el hecho internacionalmente ilícito de un Estado en términos de la violación de cualquier obligación internacional que incumbe a dicho Estado. La segunda parte define las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos en la esfera de la responsabilidad como obligaciones del Estado responsable, no como derechos de cualquier otro Estado, persona o entidad. La tercera parte se refiere a la ejecución de la responsabilidad del Estado, es decir, al derecho de otros Estados a invocar la respon-

sabilidad internacional del Estado responsable así como a ciertas modalidades de esa invocación. Los derechos dimanantes de la violación de una obligación internacional que otras personas o entidades puedan tener son objeto del párrafo 2 del artículo 33.

2) El concepto de Estado lesionado es de importancia fundamental en la invocación de la responsabilidad. Se trata del Estado cuyo derecho individual ha sido negado o menoscabado por el hecho internacionalmente ilícito o que ha quedado particularmente afectado por ese hecho. Este concepto se introduce en el artículo 42 y de él se deducen diversas consecuencias en otros artículos del presente capítulo. Conforme a la amplia gama de obligaciones internacionales abarcada por los artículos, es necesario reconocer que una gama más amplia de Estados puede tener interés jurídico en invocar la responsabilidad y en asegurar el cumplimiento de la obligación de que se trate. En efecto, en ciertas situaciones, todos los Estados pueden tener ese interés, aunque ninguno de ellos haya sido individual o especialmente afectado por la violación⁶⁶⁴. Esta posibilidad se reconoce en el artículo 48. Los artículos 42 y 48 están redactados en términos del derecho de los Estados a invocar la responsabilidad de otro Estado. Con ellos se trata de evitar los problemas que surgen del uso de términos posiblemente equívocos como perjuicio «directo» o «indirecto» y derechos «objetivos» o «subjctivos».

3) Aunque el artículo 42 está redactado en singular («el Estado lesionado»), más de un Estado puede resultar lesionado por el hecho internacionalmente ilícito y tener derecho a invocar la responsabilidad en tanto que Estado lesionado. Esto queda en claro en el artículo 46. Los artículos 42 y 48 tampoco se excluyen mutuamente. Pueden surgir situaciones en las cuales un Estado sea «lesionado» en el sentido del artículo 42 y otros Estados tengan el derecho de invocar la responsabilidad conforme al artículo 48.

4) El capítulo I se refiere también a una serie de cuestiones conexas: requisito de notificar si un Estado desea invocar la responsabilidad de otro (art. 43), ciertos aspectos de la admisibilidad de la reclamación (art. 44), la renuncia al derecho de invocar la responsabilidad (art. 45), y los casos en que puede invocarse la responsabilidad de más de un Estado en relación con el mismo hecho internacionalmente ilícito (art. 47).

5) También debe hacerse referencia al artículo 55, que se refiere claramente al carácter supletorio de los artículos. Además de dar lugar a obligaciones internacionales para los Estados, ciertas normas especiales pueden determinar qué otro Estado o Estados tienen derecho a invocar la responsabilidad internacional surgida de su violación y qué recursos pueden presentar. Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 396 del Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania (Tratado de Versalles), que fue objeto de la decisión en el asunto del *Wimbledon*⁶⁶⁵.

⁶⁶⁴ Cf. la declaración de la CIJ en el sentido de que «todos los Estados tienen un interés legítimo» en lo que se refiere a la violación de las obligaciones *erga omnes* [*Barcelona Traction* (nota 25 *supra*), pág. 32, párr. 33, citada en el párrafo 2 del comentario del capítulo III de la segunda parte].

⁶⁶⁵ En este caso cuatro Estados invocaron la responsabilidad de Alemania, y por lo menos uno de ellos, el Japón, no tenía un interés específico en el viaje del *Wimbledon* (véase la nota 34 *supra*).

También es el caso del artículo 33 del Convenio europeo de derechos humanos. En cada caso es cuestión de interpretación decidir si esas disposiciones deben ser exclusivas, es decir aplicables como una *lex specialis*.

Artículo 42. Invocación de la responsabilidad por el Estado lesionado

Un Estado tendrá derecho como Estado lesionado a invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada existe:

- a) **Con relación a ese Estado individualmente; o**
- b) **Con relación a un grupo de Estados del que ese Estado forme parte, o con relación a la comunidad internacional en su conjunto, y la violación de la obligación:**
 - i) **afecta especialmente a ese Estado; o**
 - ii) **es de tal índole que modifica radicalmente la situación de todos los demás Estados con los que existe esa obligación con respecto al ulterior cumplimiento de ésta.**

Comentario

1) El artículo 42 prescribe que la ejecución de la responsabilidad de un Estado es en primer lugar un derecho del «Estado lesionado». Este término se define de manera relativamente estricta, haciendo una distinción entre el perjuicio que afecta a un determinado Estado o posiblemente a un pequeño número de Estados y los intereses jurídicos de varios o de todos los Estados por ciertas obligaciones establecidas en interés colectivo. Este último caso se trata en el artículo 48.

2) Este capítulo se expresa en términos de la invocación por un Estado de la responsabilidad de otro Estado. Con tal objeto, debe entenderse que la invocación significa adoptar medidas de carácter relativamente oficial como, por ejemplo, la presentación de una reclamación contra otro Estado o la iniciación de procedimientos ante una corte o tribunal internacional. Un Estado no invoca la responsabilidad de otro Estado tan sólo porque critica a dicho Estado por una violación y pide que se cumpla la obligación, o incluso si se reserva sus derechos o protesta. A los efectos de los presentes artículos, la protesta como tal no es una invocación de la responsabilidad; tiene diversas formas y propósitos y no se limita a los casos que entrañan la responsabilidad del Estado. En general no existe el requisito de que un Estado que desee protestar contra una violación del derecho internacional por otro Estado, o recordarle sus responsabilidades internacionales con respecto a un tratado o a otra obligación que incumba a ambos, deba establecer cualquier título o interés específico para hacerlo. Esos contactos diplomáticos oficiosos no equivalen a invocar la responsabilidad a menos que impliquen reclamaciones concretas del Estado interesado y hasta el momento en que se presenten esas reclamaciones, como las relativas a una indemnización por una violación que le afecta, o una medida específica como puede ser la presentación de una solicitud ante un tribunal internacional

competente⁶⁶⁶, o incluso la adopción de contramedidas. A fin de tomar esas medidas, es decir de invocar la responsabilidad en el sentido de los artículos, se requiere un derecho más específico. En particular, para que un Estado invoque la responsabilidad por cuenta propia, debe tener un derecho específico a hacerlo, es decir, un derecho que le haya conferido específicamente un tratado⁶⁶⁷, o bien debe ser considerado como Estado lesionado. El propósito del artículo 42 es definir esta última categoría.

3) Un Estado lesionado en el sentido del artículo 42 tiene derecho a recurrir a todos los medios de reparación previstos en los artículos. Puede invocar la responsabilidad apropiada de conformidad con la segunda parte. Puede también —como queda en claro la primera frase del artículo 49— recurrir a contramedidas de conformidad con las normas establecidas en el capítulo II de la presente parte. La situación de un Estado lesionado debe distinguirse de la de cualquier otro Estado que pueda tener derecho a invocar la responsabilidad, por ejemplo, con arreglo al artículo 48 que se refiere al derecho a invocar la responsabilidad en relación con un interés general compartido. Esta distinción se aclara en la primera frase del artículo 42: «Un Estado tendrá derecho como Estado lesionado a invocar la responsabilidad...».

4) La definición del artículo 42 sigue de cerca el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969 aunque el alcance y propósito de esas dos disposiciones son diferentes. El artículo 42 se refiere a toda violación de una obligación internacional de cualquier carácter, mientras el artículo 60 se refiere a la violación de un tratado. Más aún, el artículo 60 se refiere exclusivamente al derecho de un Estado parte en un tratado a invocar una violación grave de ese tratado por otra de las partes como causa para su suspensión o terminación y no trata la cuestión de la responsabilidad por la violación del tratado⁶⁶⁸. Por eso el artículo 60 se limita a las violaciones «graves» de los tratados. Sólo una violación grave justifica la terminación o suspensión del tratado, mientras que en el contexto de la responsabilidad del Estado toda violación de un tratado da lugar a responsabilidad, cualquiera que sea su gravedad. A pesar de esas diferencias, se justifica la analogía con el artículo 60. En el artículo 60 se trata de identificar a los Estados partes en un tratado que tienen derecho a responder individualmente y por derecho propio a una violación grave terminando o suspendiendo el tratado. En el caso de un tratado bilateral el derecho sólo puede ser del otro Estado parte, pero tratándose de un tratado multilateral el párrafo 2 del artículo 60 no permite a cualquier otro Estado dar por terminado el tratado o suspender su aplicación a causa de una violación grave. El otro Estado debe estar especialmente afectado por la violación o por lo menos afectado individualmente en el sentido de que la violación menoscaba o suprime necesariamente sus posibilidades con respecto a la ejecución ulterior del tratado.

⁶⁶⁶ Una distinción semejante se hace en el párrafo 2 del artículo 27 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, que distingue entre la presentación de una reclamación internacional en materia de protección diplomática y «las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia».

⁶⁶⁷ En relación con el artículo 42, ese derecho previsto en un tratado puede considerarse como una *lex specialis*: véanse el artículo 55 y su comentario.

⁶⁶⁸ Cf. Convención de Viena de 1969, art. 73.

5) Paralelamente a los casos previstos en el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969, en el artículo 42 se identifican tres casos. En el primero, a fin de invocar la responsabilidad de otro Estado en tanto que Estado lesionado, un Estado puede tener un derecho individual al cumplimiento de una obligación, del mismo modo que un Estado parte en un tratado bilateral lo tiene con respecto a otro Estado (apartado *a*). En segundo lugar, un Estado debe estar especialmente afectado por la violación de una obligación en la cual es parte, aunque no pueda decirse que la obligación exista con relación a él individualmente (apartado *b i*). En tercer lugar, puede ocurrir que el cumplimiento de la obligación por el Estado responsable sea una condición necesaria para su cumplimiento por todos los demás Estados (apartado *b ii*). Esto es lo que se llama una obligación «integral» o «interdependiente»⁶⁶⁹. En cada uno de estos casos, la posible suspensión o terminación de la obligación o de su cumplimiento por el Estado lesionado pueden tener escaso valor en tanto que recurso. Su interés primordial puede ser la restauración de la relación jurídica mediante la cesación y la reparación.

6) De conformidad con el apartado *a* del artículo 42, un Estado se considera «lesionado» si la obligación violada existe con relación a ese Estado individualmente. La expresión «individualmente» indica que en esas circunstancias se debía a ese Estado el cumplimiento de la obligación. Esto será necesariamente cierto de una obligación dimanante de un tratado bilateral entre los dos Estados partes del mismo, pero también será cierto en otros casos, por ejemplo, tratándose de un compromiso unilateral asumido por un Estado en relación con otro. Esto también puede ocurrir conforme a una norma del derecho internacional general: por ejemplo, las normas relativas a los usos de un río internacional para fines distintos de la navegación, que pueden dar lugar a obligaciones individuales entre un Estado ribereño y otro. O bien en el caso de un tratado multilateral que impone el cumplimiento de una obligación entre un Estado parte y otro. Por ejemplo, la obligación del Estado receptor, con arreglo al artículo 22 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de proteger los locales de una misión existe con relación al Estado que envía. Estos casos contrastan con las situaciones en que el cumplimiento de la obligación se debe generalmente a las partes en un tratado al mismo tiempo y no de manera diferenciada o individualizada. Determinar a qué categoría corresponde la obligación es cuestión de interpretación y de aplicación de la norma primaria. El examen que figura a continuación tiene un carácter meramente ilustrativo.

7) Un buen ejemplo de los casos comprendidos en el apartado *a* es una relación generada por un tratado bilateral. Si un Estado viola una obligación cuyo cumplimiento debe de manera específica a otro Estado, este último es el «Estado lesionado» en el sentido del artículo 42. Entre otros ejemplos pueden citarse los hechos unilaterales vinculantes mediante los cuales un Estado asume una obligación en relación con otro Estado; o al caso de un

tratado que crea obligaciones para con un tercer Estado que no es parte en el tratado⁶⁷⁰. Si se establece que los beneficiarios de la promesa o de la estipulación en favor de un tercer Estado debían adquirir derechos efectivos al cumplimiento de la obligación de que se trate, esos Estados resultarían lesionados por la violación. Otro ejemplo es el fallo vinculante de una corte o tribunal internacional que imponga obligaciones a un Estado parte en el litigio en beneficio de la otra parte⁶⁷¹.

8) Además, el apartado *a* tiene por objeto tratar los casos en que el cumplimiento de una obligación en virtud de un tratado multilateral o del derecho internacional consuetudinario se debe a un determinado Estado. En tal sentido el apartado *a* tiene un alcance distinto al párrafo 1 del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969, que se basa en el criterio formal de los tratados bilaterales en comparación con los tratados multilaterales. Pero si bien un tratado multilateral establece un marco de reglas aplicables a todos los Estados partes, en algunos casos su cumplimiento en una situación dada entraña una relación de carácter bilateral entre dos partes. Muchas veces se ha dicho que los tratados multilaterales de esta clase crean «conjuntos de relaciones bilaterales»⁶⁷².

9) La identificación de un determinado Estado como lesionado por la violación de una obligación con arreglo a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas no excluye que todos los Estados partes puedan tener un interés de carácter general en el respeto del derecho internacional y en el mantenimiento de las instituciones y disposiciones internacionales que se han construido con los años. En el asunto relativo al *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, después de referirse al «carácter fundamentalmente ilícito» del comportamiento del Irán al participar en la detención del personal diplomático y consular, la Corte señaló:

a la atención de toda la comunidad internacional, de la que el Irán es miembro desde tiempo inmemorial, el daño irreparable que pueden causar los acontecimientos de la índole de los que está examinando la Corte. Esos acontecimientos no pueden sino menoscabar la estructura de derecho cuidadosamente construida por la humanidad durante siglos, cuyo mantenimiento es esencial para la seguridad y el bienestar de la compleja comunidad internacional del día de hoy, para lo cual es más necesario que nunca que se respeten de manera constante y escrupulosa las normas establecidas para garantizar el desarrollo ordenado de las relaciones entre sus miembros⁶⁷³.

10) Aunque el debate sobre las obligaciones multilaterales se ha centrado por lo general en las obligaciones establecidas en tratados multilaterales, se aplican consideraciones semejantes a las obligaciones nacidas en vir-

⁶⁷⁰ Cf. Convención de Viena de 1969, art. 36.

⁶⁷¹ Véase por ejemplo el Artículo 59 del Estatuto de la CIJ.

⁶⁷² Véanse, por ejemplo K. Sachariew, «State responsibility for multilateral treaty violations: identifying the “injured State” and its legal status», *Netherlands International Law Review*, vol. 35, n.º 3 (1988), pág. 273, en las págs. 277 y 278; B. Simma, «Bilateralism and community interest in the law of State responsibility», en Y. Dinstein (ed.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, pág. 821, en la pág. 823; C. Annacker, «The legal régime of *erga omnes* obligations in international law», *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 46, n.º 2 (1994), pág. 131, en la pág. 136; y D. N. Hutchinson, «Solidarity and breaches of multilateral treaties», *BYBIL* 1988, vol. 59, pág. 151, en las págs. 154 y 155.

⁶⁷³ *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (véase la nota 59 *supra*), págs. 41 a 43, párrs. 89 y 92.

⁶⁶⁹ El concepto de obligaciones «integrales» fue desarrollado por Fitzmaurice cuando era Relator Especial sobre el derecho de los tratados (véase *Anuario... 1957*, vol. II, pág. 58). A veces el término ha dado lugar a confusión, pues se usa para referirse a los derechos humanos o las obligaciones sobre el medio ambiente que no se deben sobre una base de «todo o nada». El término «obligaciones interdependientes» puede ser más apropiado.

tud de normas del derecho internacional consuetudinario. Por ejemplo, las normas del derecho internacional general que rigen las relaciones diplomáticas o consulares entre los Estados establecen relaciones bilaterales entre los Estados receptores y los Estados que envían, y las violaciones de estas obligaciones por un determinado Estado receptor afectan al Estado que envía al cual se debía el cumplimiento de la obligación en ese caso concreto.

11) El *apartado b* trata del perjuicio que es consecuencia de las violaciones de obligaciones colectivas, es decir las obligaciones que se aplican a más de dos Estados y cuyo cumplimiento en el caso de que se trate no es debido a un Estado individualmente sino a un grupo de Estados o inclusive a la comunidad internacional en su conjunto. La violación de esas obligaciones sólo lesiona a un Estado determinado si se reúnen otras condiciones. Al emplear la expresión «grupo de Estados» el *apartado b* del artículo 42 no implica que el grupo tenga una existencia por sí mismo o una personalidad jurídica separada. El término tiene más bien por objeto referirse a un grupo de Estados, integrado por todos o por un número considerable de Estados del mundo o de una determinada región, que se han unido para lograr un propósito colectivo y que para dicho propósito pueden considerarse una comunidad de Estados de carácter funcional.

12) En el *apartado b i)* se prescribe que un Estado será lesionado si la violación de una obligación colectiva le «afecta especialmente». La expresión «afecta especialmente» es semejante a la empleada en el *apartado b* del párrafo 2 del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969. Aun en casos en que las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito abarquen a todo el grupo de Estados al cual incumbe la obligación o a la comunidad internacional en su conjunto, el hecho ilícito puede tener efectos particularmente perjudiciales para un Estado o un pequeño número de Estados. Por ejemplo, un caso de contaminación de la alta mar en violación del artículo 194 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar puede tener consecuencias especialmente graves para uno o varios Estados cuyas costas pueden ser contaminadas por los residuos tóxicos o cuyas pesquerías costeras puedan tener que cerrar. En ese caso, aparte de cualquier interés general que tengan los Estados Partes en la Convención en la preservación del medio ambiente marino, los Estados Partes ribereños deben considerarse como lesionados por la violación. Al igual que el *apartado b* del párrafo 2 del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969, en el *apartado b i)* no se define la naturaleza o el alcance de las consecuencias especiales que debe haber sufrido un Estado para que se le considere «lesionado». Eso tendrá que evaluarse según los casos, habida cuenta del objeto y el propósito de la obligación primordial que se ha violado y de los hechos de cada caso. Para que un Estado sea considerado como lesionado debe resultar afectado por la violación de manera que lo distinga de los demás Estados con relación a los cuales existe la obligación.

13) Por el contrario, el *apartado b ii)* se refiere a una categoría especial de obligaciones cuya violación es de tal índole que se considera afecta *per se* a todos los demás Estados con relación a los cuales existe la obligación. En el *apartado c* del párrafo 2 del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969 se reconoce una categoría análoga

de tratados, a saber aquellos «de tal índole que una violación grave de sus disposiciones por una parte modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones». Entre los ejemplos figuran un tratado de desarme⁶⁷⁴, un tratado sobre una zona libre de armas nucleares, o cualquier otro tratado en que el cumplimiento por cada una de las partes está condicionado efectivamente por el cumplimiento de las demás y lo requiere. Conforme al *apartado c* del párrafo 2 del artículo 60, cualquier Estado parte en estos tratados puede terminar o suspender su aplicación con respecto no sólo al Estado responsable sino en general con respecto a todas las demás partes.

14) Las mismas consideraciones se aplican, en lo fundamental, a las obligaciones de esta índole a los efectos de la responsabilidad del Estado. Los demás Estados partes pueden no tener ningún interés en la terminación o suspensión de dichas obligaciones, por contraposición a que se continúe su aplicación, y debe considerarse que todos tienen individualmente derecho a reaccionar ante una violación. Esto ocurre haya sido o no afectado especialmente uno de ellos; de hecho, es posible que todos estén igualmente afectados y que ninguno haya sufrido un daño cuantificable a los efectos del artículo 36. Sin embargo pueden tener un interés importante en la cesación y otros aspectos de la reparación, en particular la restitución. Por ejemplo, si un Estado Parte en el Tratado Antártico quiere hacer valer su derecho a la soberanía sobre una zona no reclamada del Antártico, contrariamente al artículo 4 de dicho Tratado, los demás Estados Partes deben considerarse lesionados y tienen derecho a pedir la cesación, la restitución (en forma de anulación de la reclamación) y garantías de no repetición de conformidad con la segunda parte.

15) Los artículos tratan de las obligaciones dimanantes del derecho internacional cualquiera que sea su fuente y no se limitan a las obligaciones asumidas en virtud de tratados. En la práctica, las obligaciones interdependientes comprendidas en el *apartado b ii)* surgirán por lo general de tratados que establecen regímenes particulares. Aun con arreglo a dichos tratados puede no ocurrir que cualquier violación de la obligación tenga el efecto de menoscabar el cumplimiento por parte de todos los demás Estados de que se trate, y es de desear que este *apartado* tenga un alcance estricto. En consecuencia, con arreglo al *apartado b ii)*, sólo se considera que un Estado es lesionado si la violación es de tal índole que afecta radicalmente el disfrute de los derechos o el cumplimiento de las obligaciones de todos los demás Estados con relación a los cuales existe la obligación.

Artículo 43. Notificación de la reclamación por el Estado lesionado

1. El Estado lesionado que invoque la responsabilidad de otro Estado notificará su reclamación a este Estado.

2. El Estado lesionado podrá especificar, en particular:

⁶⁷⁴ El ejemplo que se da en el comentario de la Comisión a lo que luego fue el artículo 60: *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 279, documento A/6309/Rev.1, párr. 8.

a) El comportamiento que debería observar el Estado responsable para poner fin al hecho ilícito, si este hecho continúa;

b) La forma que debería adoptar la reparación de conformidad con las disposiciones de la segunda parte.

Comentario

1) El artículo 43 versa sobre los requisitos formales a que debe ajustarse el Estado lesionado al invocar la responsabilidad de otro Estado. Esta disposición se aplica al Estado lesionado definido en el artículo 42, pero los Estados que invocan la responsabilidad de otro Estado a tenor del artículo 48 también deben cumplir esos requisitos⁶⁷⁵.

2) Aunque la responsabilidad del Estado nace *ipso iure* cuando un Estado comete un hecho internacionalmente ilícito, en la práctica es necesario que el Estado lesionado u otros Estados interesados manifiesten su voluntad de exigir la cesación o la reparación. Esas declaraciones de voluntad pueden adoptar diversas formas, del mero recordatorio oficioso y confidencial de la necesidad de cumplir la obligación a la protesta formal, las consultas, etc. Además, la inacción del Estado lesionado que ha tenido noticia de una violación puede producir consecuencias jurídicas, en último término incluso la pérdida por renuncia o aquiescencia del derecho a invocar la responsabilidad, un aspecto que constituye el objeto del artículo 45.

3) El artículo 43 dispone que el Estado lesionado que invoque la responsabilidad de otro Estado deberá notificar a este Estado su reclamación. El texto de ese artículo es análogo al del artículo 65 de la Convención de Viena de 1969. No es necesario que la notificación a que se refiere el artículo 43 se haga por escrito, ni tampoco constituye una condición para el cumplimiento de la obligación de prestar reparación. Además, el requisito de notificación de la reclamación no implica que la consecuencia normal del incumplimiento de una obligación internacional sea la presentación de una reclamación. No obstante, el Estado lesionado o interesado tiene derecho a reaccionar ante la violación de una obligación y la primera medida debe consistir en señalar la situación a la atención del Estado responsable y pedirle que tome medidas adecuadas para hacer cesar la violación y dar reparación.

4) Los presentes artículos no tienen por objeto enunciar en detalle la forma en que se ha de hacer valer la responsabilidad. En la práctica, las reclamaciones por responsabilidad se plantean a diferentes niveles de los poderes del Estado, según su gravedad y según el carácter de las relaciones generales entre los Estados interesados. En el asunto *Certaines terres à phosphates à Nauru*, Australia alegaba que la demanda de Nauru era inadmisibles porque no se había presentado «dentro de un plazo razonable»⁶⁷⁶. La CIJ mencionó el hecho de que la reclamación se había planteado, y no resuelto, antes de la independencia de Nauru en 1968, e hizo referencia a informes de prensa en el sentido de que el nuevo Presidente de Nauru la había mencionado en el discurso que pronunció el día de la independencia, así como, indirectamente, en cartas en-

viadas posteriormente a ministros australianos y en conversaciones mantenidas con ellos. Sin embargo, la Corte señaló además que:

No fue hasta el 6 de octubre de 1983 cuando el Presidente de Nauru solicitó por escrito al Primer Ministro de Australia que «reconsiderase favorablemente la posición de Nauru»⁶⁷⁷.

La Corte resumió las comunicaciones entre las partes de la manera siguiente:

La Corte [...] toma nota de que Nauru fue informado oficialmente, a más tardar por carta de 4 de febrero de 1969, de la posición de Australia respecto de la rehabilitación de las tierras fosfáticas explotadas antes del 1.º de julio de 1967. Nauru no se opuso por escrito a esa posición hasta el 6 de octubre de 1983. Entre tanto, sin embargo, como ha sido manifestado por Nauru y no ha sido contradicho por Australia, el Presidente de Nauru había planteado la cuestión en dos ocasiones a las autoridades australianas competentes. La Corte considera que, teniendo en cuenta tanto la naturaleza de las relaciones existentes entre Australia y Nauru como las gestiones realizadas, el tiempo transcurrido no ha hecho inadmisibles la demanda de Nauru⁶⁷⁸.

En ese caso bastaba con que el Estado demandado hubiese tenido conocimiento de la reclamación como resultado de las comunicaciones del reclamante, aunque la prueba de las comunicaciones la constituyeran los informes de prensa sobre discursos o reuniones, en lugar de la correspondencia diplomática oficial.

5) Al notificar una reclamación, el Estado lesionado o interesado normalmente especificará el tipo de comportamiento que, a su juicio, debería observar el Estado responsable para interrumpir la continuación del hecho ilícito y la forma que debería adoptar la reparación. Así, el apartado a del párrafo 2 dispone que el Estado lesionado podrá indicar al Estado responsable lo que hay que hacer para poner fin al hecho ilícito, si este hecho continúa. Esa indicación no es, de por sí, vinculante para el Estado responsable. El Estado lesionado sólo puede exigir al Estado responsable que cumpla sus obligaciones, y no incumbe al Estado lesionado establecer o definir las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito. Con todo, puede ser útil al Estado responsable saber qué sería satisfactorio para el Estado lesionado, lo cual facilitaría la solución del litigio.

6) El apartado b del párrafo 2 versa sobre la cuestión de la elección de la forma de reparación por el Estado lesionado. En general, el Estado lesionado tiene derecho a elegir entre las distintas formas de reparación existentes. Así, puede preferir la indemnización a la posibilidad de restitución, como hizo Alemania en el asunto *Usine de Chorzów*⁶⁷⁹, o como Finlandia finalmente optó por hacer al llegar a un arreglo en el asunto *Grand-Belt*⁶⁸⁰. O puede contentarse con una sentencia declarativa, en general o en

⁶⁷⁷ *Ibid.*, pág. 254, párr. 35.

⁶⁷⁸ *Ibid.*, págs. 254 y 255, párr. 36.

⁶⁷⁹ Como señaló la CPIJ en el asunto *Usine de Chorzów* (competencia), habiendo llegado a este punto la controversia, Alemania ya no pedía en nombre de las sociedades mercantiles alemanas interesadas la devolución de la fábrica o de su contenido (véase la nota 34 *supra*), pág. 17.

⁶⁸⁰ En el asunto *Passage par le Grand-Belt* (Finlandia c. Dinamarca), medidas provisionales, providencia de 29 de julio de 1991, la CIJ no aceptó el argumento de Dinamarca de que la restitución sería imposible si, al resolver sobre el fondo se estimaba que la construcción del puente del Gran Belt constituía una violación de las obligaciones internacionales de Dinamarca (*C.I.J. Recueil 1991*, pág. 12). En cuanto a los términos del arreglo final, véase M. Koskenniemi, «L'affaire du

⁶⁷⁵ Véanse el artículo 48, párrafo 3, y su comentario.

⁶⁷⁶ *Certaines terres à phosphates à Nauru*, excepciones preliminares (véase la nota 230 *supra*), pág. 253, párr. 31.

relación con un aspecto determinado de su reclamación. Por el contrario, hay casos en que un Estado no puede, por decirlo así, embolsarse una indemnización y desentenderse de una situación no resuelta, por ejemplo, una situación concerniente a la vida o a la libertad de personas físicas o al derecho de un pueblo a su territorio o a la libre determinación. En particular, en la medida en que existen unas obligaciones continuadas cuyo cumplimiento no incumbe exclusivamente a los dos Estados interesados, esos Estados quizás no puedan resolver la situación mediante un arreglo extrajudicial, del mismo modo que un Estado lesionado quizás no pueda por sí solo liberar al Estado responsable de sus obligaciones continuadas para con un grupo más amplio de Estados o para con la comunidad internacional en su conjunto.

7) Teniendo en cuenta esas limitaciones de la capacidad del Estado lesionado para elegir la forma preferida de reparación, el artículo 43 no enuncia un derecho absoluto de elección sino que proporciona al Estado lesionado una pauta acerca del tipo de información que debería incluir en la notificación de su reclamación o en comunicaciones posteriores.

Artículo 44. Admisibilidad de la reclamación

La responsabilidad del Estado no podrá ser invocada:

a) Si la reclamación no se presenta de conformidad con las normas aplicables en materia de nacionalidad de las reclamaciones;

b) Si la reclamación está sujeta a la norma del agotamiento de los recursos internos y no se han agotado todas las vías de recurso internas disponibles y efectivas.

Comentario

1) Los presentes artículos no se refieren a las cuestiones relativas a la competencia de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales, ni en general a las condiciones de admisibilidad de los asuntos sometidos a esos tribunales, sino que definen más bien las condiciones para la determinación de la responsabilidad internacional del Estado y para la invocación de esa responsabilidad por otro Estado u otros Estados. Así, pues, los artículos no tienen por objeto regular cuestiones como el requisito del agotamiento de otros modos de solución pacífica antes del acto de iniciación del proceso, ni principios como los de litispendencia o de elección de una vía en lo que afectan a la competencia de un tribunal internacional con respecto a otro⁶⁸¹. En cambio, algunas cuestiones que cabría calificar de cuestiones de admisibilidad si se planteasen ante un

tribunal internacional tienen un carácter más sustantivo. Son, ante todo, condiciones para hacer valer la responsabilidad de un Estado. Dos de esas cuestiones son objeto del artículo 44: el requisito de la nacionalidad de las reclamaciones y el del agotamiento de los recursos internos.

2) El apartado a de este artículo dispone que no se podrá invocar la responsabilidad del Estado sino de conformidad con las normas aplicables en materia de nacionalidad de las reclamaciones. Como dijo la CPIJ en el asunto *Mavrommatis*:

Es un principio elemental del derecho internacional el que autoriza al Estado a proteger a sus nacionales lesionados por actos contrarios al derecho internacional cometidos por otro Estado, del cual no han podido obtener satisfacción por las vías ordinarias⁶⁸².

El apartado a no tiene por objeto enunciar en detalle la norma de la nacionalidad de la reclamación ni sus excepciones, sino que se limita a dejar bien sentado que la norma de la nacionalidad de las reclamaciones no sólo es pertinente en relación con las cuestiones de competencia o de admisibilidad de las reclamaciones sometidas a los órganos jurisdiccionales sino también una condición general para hacer valer la responsabilidad en los casos en que es aplicable⁶⁸³.

3) El apartado b dispone que cuando la norma del agotamiento de los recursos internos se aplica a la reclamación, ésta es inadmisibile si no se han agotado todas las vías de recurso internas disponibles y efectivas. El apartado se formula en términos generales para abarcar todos los supuestos a los que se aplica la norma del agotamiento de los recursos internos, sea en virtud de un tratado o del derecho internacional general, y en esferas no limitadas necesariamente a la protección diplomática.

4) En el asunto *ELSI*, la norma del agotamiento de los recursos internos fue calificada por una Sala de la Corte de «principio importante del derecho internacional consuetudinario»⁶⁸⁴. Habiéndose presentado una demanda en nombre de una sociedad mercantil del Estado demandante, la Sala definió sucintamente la norma de la manera siguiente:

⁶⁸² *Mavrommatis* (véase la nota 236 *supra*), pág. 12.

⁶⁸³ Las cuestiones de nacionalidad de las reclamaciones se examinarán en detalle en relación con los trabajos de la Comisión sobre la protección diplomática. Véase el primer informe del Relator Especial para el tema de la protección diplomática en *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/506 y Add.1.

⁶⁸⁴ *ELSI* (véase la nota 85 *supra*), pág. 42, párr. 50. Véase también *Interhandel*, fallo, *C.I.J. Recueil 1959*, pág. 6, en la pág. 27. Sobre la norma del agotamiento de los recursos internos en general, véanse, por ejemplo, C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, Cambridge, Grotius, 1990; J. Chappetz, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, París, Pedone, 1972; K. Doehring, «Local remedies, exhaustion of», en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3 (nota 409 *supra*), págs. 238 a 242; y G. 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», *Festschrift für R. Bindschedler*, Berna, Stämpfli, 1980, pág. 271. Sobre la norma del agotamiento de los recursos internos en relación con las violaciones de obligaciones en materia de derechos humanos, véase, por ejemplo, A. A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law: Its Rationale in the International Protection of Individual Rights*, Cambridge University Press, 1983; y E. Wyler, *L'illicite et la condition des personnes privées*, París, Pedone, 1995, págs. 65 a 89.

passage par le Grand-Belt», *Annuaire français de droit international*, vol. 38 (1992), pág. 905, en la pág. 940.

⁶⁸¹ Se puede encontrar un análisis de la serie de consideraciones que afectan a la competencia y la admisibilidad de las reclamaciones internacionales sometidas a los tribunales en G. Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, París, Pedone, 1967; G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Cambridge, Grotius, 1986, vol. II, págs. 427 a 575; y S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, 3.ª ed., La Haya, Martinus Nijhoff, 1997, vol. II, «Jurisdiction».

para que una demanda internacional [presentada en nombre de determinadas personas físicas o jurídicas] sea admisible, basta que se haya sometido la sustancia de la demanda a los órganos jurisdiccionales competentes y que se haya perseverado hasta donde permitan las leyes y los procedimientos locales, sin ningún éxito⁶⁸⁵.

Así pues, la Sala consideró que el agotamiento de los recursos internos era distinto, en principio, del «fondo del asunto»⁶⁸⁶.

5) Sólo las vías de recurso internas «disponibles y efectivas» tienen que haber sido agotadas antes de invocar la responsabilidad de un Estado. La mera existencia teórica de vías de recurso en el ordenamiento jurídico interno de un Estado no impone la obligación de hacer uso de esas vías de recurso en cada caso. En particular, no es obligatorio utilizar una vía de recurso que no ofrece ninguna posibilidad de corregir la situación, por ejemplo, cuando es evidente desde el principio que la normativa legal que tendrá que aplicar el tribunal del país sólo puede dar lugar a la desestimación de cualquier recurso. Fuera eso, el apartado *b* del artículo 44 no intenta definir exhaustivamente el alcance y contenido de la norma del agotamiento de los recursos internos, sino que deja tal definición a las normas de derecho internacional aplicables⁶⁸⁷.

Artículo 45. Renuncia al derecho a invocar la responsabilidad

La responsabilidad de un Estado no podrá ser invocada:

a) Si el Estado lesionado ha renunciado válidamente a la reclamación; o

b) Si, en razón del comportamiento del Estado lesionado, debe entenderse que éste ha dado válidamente aquiescencia a la extinción de la reclamación.

Comentario

1) El artículo 45 se inspira en el artículo 45 de la Convención de Viena de 1969, relativo a la pérdida del derecho a invocar una causa de nulidad o terminación del tratado. El artículo versa sobre dos supuestos de pérdida del derecho del Estado lesionado o de otros Estados interesados a invocar la responsabilidad del Estado autor de un hecho ilícito: la renuncia y la aquiescencia a la extinción de la reclamación. A este respecto es necesario distinguir la posición del Estado lesionado, a la que se refiere el artículo 42, y la de otros Estados afectados por la violación. La renuncia o transacción otorgadas válidamente con respecto a la controversia en materia de responsabilidad entre el Estado responsable y el Estado lesionado o, si hubiere más de uno, todos los Estados lesionados, puede impedir cualquier demanda de reparación. La posición adoptada por determinados Estados, a que se refiere el artículo 48, no producirá ese efecto.

⁶⁸⁵ *ELSI* (véase la nota 85 *supra*), pág. 46, párr. 59.

⁶⁸⁶ *Ibid.*, pág. 48, párr. 63.

⁶⁸⁷ El tema se examinará en detalle en relación con los trabajos de la Comisión sobre la protección diplomática. Véase el segundo informe del Relator Especial para el tema de la protección diplomática en *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/514.

2) El apartado *a* se refiere al supuesto en que un Estado lesionado haya renunciado a la demanda en relación con la violación misma, o a sus consecuencias en lo que se refiere a la responsabilidad. Se trata de una manifestación del principio general del consentimiento en materia de derechos u obligaciones comprendidos en el ámbito de libre disposición de un Estado determinado.

3) En algunos casos, la renuncia puede aplicarse sólo a un aspecto de la relación jurídica entre el Estado lesionado y el Estado responsable. Por ejemplo, en el asunto *Indemnité russe*, la Embajada rusa había reclamado repetidamente a Turquía determinada suma correspondiente al principal de un préstamo, sin ninguna referencia a intereses o indemnización por demora. Habiendo Turquía pagado la suma exigida, el tribunal de arbitraje falló que ese comportamiento equivalía al abandono de cualquier otra reclamación dimanante del préstamo⁶⁸⁸.

4) La renuncia sólo surte efecto si ha sido otorgada válidamente. Como en el caso de otras manifestaciones del consentimiento del Estado, se pueden plantear con respecto a una renuncia cuestiones de validez como, por ejemplo, la posible coacción sobre el Estado o sobre su representante, o un error sobre un hecho esencial de la cuestión, dimanante tal vez de una declaración falsa del Estado responsable sobre esos hechos. Se han empleado las palabras «ha renunciado válidamente» para dejar al derecho común la cuestión de qué constituye en cada caso una renuncia válida⁶⁸⁹. Tiene particular importancia a este respecto la cuestión del consentimiento dado por un Estado lesionado a raíz de la violación de una obligación emanada de una norma imperativa de derecho internacional general, especialmente cuando se aplica el artículo 40. Habida cuenta de que esa violación afecta al interés de la comunidad internacional en su conjunto, ni siquiera el consentimiento o aquiescencia del Estado lesionado excluye la expresión de ese interés a fin de garantizar una solución conforme al derecho internacional.

5) Aunque sea posible inferir que ha habido renuncia a partir del comportamiento de los Estados interesados o de una declaración unilateral, el comportamiento o la declaración deben ser inequívocos. En el asunto *Certaines terres à phosphates à Nauru*, se adujo que las autoridades nauruanas anteriores a la independencia habían renunciado a la reclamación de rehabilitación por haber concertado un acuerdo relativo al futuro de la industria de los fosfatos y por haber formulado declaraciones a tal efecto cuando la independencia. Por lo que respecta al primero, las actas de las negociaciones demostraban que la cuestión de la renuncia a la reclamación de rehabilitación se había planteado y no había sido aceptada, pero el acuerdo mismo pasaba en silencio esa cuestión. En cuanto a las segundas, las declaraciones pertinentes eran claras e inequívocas. La CIJ estimó que no había habido renuncia, puesto que mediante dicho comportamiento las autoridades «no habían renunciado nunca a sus pretensiones de manera clara e inequívoca»⁶⁹⁰. En particular, tales declaraciones «a pe-

⁶⁸⁸ *Indemnité russe* (véase la nota 354 *supra*), pág. 446.

⁶⁸⁹ Cf. la posición con respecto a la validez del consentimiento a tenor del artículo 20: véanse los párrafos 4 a 8 del comentario al artículo 20.

⁶⁹⁰ *Certaines terres à phosphates à Nauru*, excepciones preliminares (véase la nota 230 *supra*), pág. 247, párr. 13.

sar de una formulación algo ambigua [...] no implicaban ninguna renuncia al punto de vista expresado de forma clara y reiterada por los representantes del pueblo nauruano ante diversos órganos de las Naciones Unidas»⁶⁹¹.

6) El Estado lesionado, del mismo modo que puede renunciar expresamente al derecho a invocar la responsabilidad, puede dar su aquiescencia a la pérdida de ese derecho. El *apartado b* se refiere al supuesto en que debe entenderse que el Estado lesionado, en razón de su comportamiento, ha dado válidamente aquiescencia a la extinción de la reclamación. El mero transcurso del tiempo sin que se resuelva una reclamación no es, de por sí, suficiente para que se pueda entender que ha habido aquiescencia, en particular cuando el Estado lesionado hace todo lo que razonablemente puede para hacer valer su pretensión.

7) El principio según el cual un Estado puede dar su aquiescencia a la pérdida de su derecho a invocar la responsabilidad obtuvo el respaldo de la CIJ en el asunto *Certaines terres à phosphates à Nauru*, en el pasaje siguiente:

La Corte reconoce que, aun a falta de una disposición convencional aplicable, la demora del Estado demandante puede hacer que su demanda sea inadmisibles. Señala, sin embargo, que el derecho internacional no impone a este respecto un plazo determinado. Corresponde, pues, a la Corte determinar, a la luz de las circunstancias de cada caso, si el transcurso del tiempo hace inadmisibles una demanda⁶⁹².

En el asunto *LaGrand*, la Corte consideró admisible la demanda alemana aunque Alemania no había promovido el procedimiento judicial hasta varios años después de haber tenido conocimiento de la violación⁶⁹³.

8) Una de las preocupaciones que suscitan las normas sobre demora es la de las dificultades adicionales que puede causar al Estado demandado el tiempo transcurrido, por ejemplo, en lo que concierne a la reunión y aportación de pruebas. Así, en los asuntos *Stevenson* y *Gentini*, se alegaron consideraciones de equidad procesal para el Estado demandado⁶⁹⁴. En cambio, se rechazó la excepción de demora cuando, en las circunstancias del caso, el Estado demandado no pudo probar la existencia de un perjuicio, por ejemplo, por haber tenido noticia desde el principio de la reclamación y estar en situación de reunir y preservar las pruebas al respecto⁶⁹⁵.

9) Por otra parte, en contra de lo que parece indicar el término «demora», los tribunales internacionales no se han limitado a medir el tiempo transcurrido y a aplicar unos plazos bien definidos. Nunca se ha fijado un plazo, expresado en años, que haya tenido una aceptación gene-

ral⁶⁹⁶. En 1970, el Departamento Federal suizo propuso que se fijara un plazo de 20 a 30 años contado desde el nacimiento de la reclamación⁶⁹⁷. Otros han afirmado que los requisitos de las reclamaciones contractuales eran más rigurosos que los de las reclamaciones extracontractuales⁶⁹⁸. Ninguna de las tentativas de fijar un plazo preciso o limitado para las reclamaciones internacionales en general ha encontrado aceptación⁶⁹⁹.

10) Una vez que se ha notificado una reclamación al Estado demandado, la demora en presentarla a trámite (por ejemplo, ante un tribunal internacional) no se considerará normalmente motivo de inadmisibilidad⁷⁰⁰. Así, en el asunto *Certaines terres à phosphates à Nauru*, la CIJ declaró que era suficiente que Nauru se hubiera remitido a sus reclamaciones en las negociaciones bilaterales que había mantenido con Australia en el período anterior al acto formal de incoación del procedimiento judicial en 1989⁷⁰¹. En el asunto *Tagliaferro*, el superárbitro Ralston también declaró que, a pesar de haber transcurrido 31 años desde que se causó el daño, la reclamación era admisible, puesto que había sido notificada inmediatamente después de ocurrido el daño⁷⁰².

11) A modo de recapitulación, una reclamación no será considerada inadmisibles por motivo de demora a menos que las circunstancias sean tales que pueda considerarse que el Estado lesionado ha dado su aquiescencia a la extinción de la reclamación o que el Estado demandado resulte gravemente perjudicado. Por lo general, los tribunales internacionales proceden a una ponderación flexible de las circunstancias de cada caso, teniendo en cuenta cuestiones tales como el comportamiento del Estado demandado y la importancia de los derechos de que se trate. El factor decisivo es si el Estado demandado ha sufrido algún perjuicio como resultado de la demora, en el sentido de que el Estado demandado podía razonablemente esperar que no se insistiría en la reclamación. Aunque se

⁶⁹⁶ En algunos casos se fijan plazos para determinar las categorías de reclamaciones dimanantes de tratados concretos (por ejemplo, el plazo de seis meses establecido para las solicitudes individuales a tenor del párrafo 1 del artículo 35 del Convenio europeo de derechos humanos), en especial en la esfera del derecho privado (por ejemplo, en el campo de las operaciones comerciales y el transporte internacional). Véase la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, modificada en virtud del Protocolo por el que se enmienda la Convención. En cambio, es muy poco habitual que las disposiciones de los tratados relativos a reclamaciones interestatales estén sujetas a plazos expresos.

⁶⁹⁷ Véase *Annuaire suisse de droit international*, vol. 32 (1976), pág. 153, comunicado de 29 de diciembre de 1970.

⁶⁹⁸ C.-A. Fleischhauer, «Prescription», en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3 (véase la nota 409 *supra*), pág. 1107.

⁶⁹⁹ En muchas resoluciones internacionales se pone de relieve la falta de normas generales, y en particular la falta de un determinado plazo de prescripción medido en años. Parece, más bien, que la aplicación del principio de demora depende de la apreciación de los hechos del caso de que se trate. Además del asunto *Certaines terres à phosphates à Nauru* (notas 230 y 232 *supra*), véanse, por ejemplo, el asunto *Gentini* (nota 694 *supra*), pág. 561; y el arbitraje en el asunto *Ambatielos*, ILR, vol. 23, pág. 306, en las págs. 314 a 317 (1956).

⁷⁰⁰ En cuanto a la distinción entre la notificación de la reclamación y el inicio del procedimiento, véanse, por ejemplo, *Oppenheim's International Law*, 9.ª ed., publicación dirigida por R. Jennings y A. D. Watts, Harlow, Longman, 1992, vol. I, *Peace*, pág. 527; y C. Rousseau, *Droit international public*, París, Sirey, 1983, vol. V, pág. 182.

⁷⁰¹ *Certaines terres à phosphates à Nauru*, excepciones preliminares (véase la nota 230 *supra*), pág. 250, párr. 20.

⁷⁰² *Tagliaferro* (véase la nota 695 *supra*), pág. 593.

⁶⁹¹ *Ibid.*, pág. 250, párr. 20.

⁶⁹² *Ibid.*, págs. 253 y 254, párr. 32. La Corte prosiguió diciendo que, dadas las circunstancias del caso y habida cuenta de los antecedentes, la demanda de Nauru no era inadmisibles por ese motivo (párr. 36). Aplazó hasta el momento del examen del fondo toda cuestión relacionada con el perjuicio causado al Estado demandado por razón de la demora. Véase además el párrafo 8 del comentario al artículo 13.

⁶⁹³ *LaGrand*, medidas provisionales (véase la nota 91 *supra*), pág. 9, y fallo (véase la nota 119 *supra*), párrs. 53 a 57.

⁶⁹⁴ Véanse el asunto *Stevenson*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (n.º de venta: 59.V.5), pág. 385 (1903); y el asunto *Gentini*, *ibid.*, vol. X (n.º de venta: 60.V.4), pág. 551 (1903).

⁶⁹⁵ Véase, por ejemplo, el asunto *Tagliaferro*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (n.º de venta: 60.V.4), pág. 592, en la pág. 593 (1903); véase también la resolución dictada en el asunto *Stevenson* (nota 694 *supra*), págs. 386 y 387.

haya causado algún perjuicio, quizás sea posible tenerlo en cuenta al determinar la forma o el alcance de la reparación⁷⁰³.

Artículo 46. Pluralidad de Estados lesionados

Cuando varios Estados sean lesionados por el mismo hecho internacionalmente ilícito, cada Estado lesionado podrá invocar separadamente la responsabilidad del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito.

Comentario

1) El artículo 46 trata de la situación de una pluralidad de Estados lesionados, en el sentido definido en el artículo 42. Enuncia el principio de que, cuando hay varios Estados lesionados, cada uno de ellos puede invocar separadamente, por cuenta propia, la responsabilidad del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito.

2) Puede calificarse a varios Estados de «lesionados» con arreglo al artículo 42. Por ejemplo, todos los Estados con relación a los cuales existe una obligación interdependiente en el sentido del inciso ii) del apartado b del artículo 42 resultan lesionados por su violación. Cuando hay una pluralidad de Estados lesionados, cada uno puede tratar de lograr la cesación del hecho ilícito, si éste continúa, y reclamar una reparación por el perjuicio que haya sufrido. Esta conclusión jamás ha sido puesta en duda y va implícita en el texto del artículo 42.

3) No es inusual en absoluto que varios Estados presenten reclamaciones en relación con el mismo hecho internacionalmente ilícito. Por ejemplo, en el asunto del *Wimbledon*, cuatro Estados incoaron procedimientos ante la CPIJ conforme al párrafo 1 del artículo 386 del Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania (Tratado de Versalles), que facultaba a «cualquier Potencia interesada» a reclamar en caso de violación de las disposiciones del Tratado relativas al tránsito por el canal de Kiel. La Corte señaló que «cada una de las cuatro Potencias reclamantes tienen un interés claro en la ejecución de las disposiciones relativas al canal de Kiel, dado que todas ellas poseen armadas y buques mercantes que enarbolan sus respectivos pabellones». La Corte mantuvo que cada una de ellas estaba cubierta por las disposiciones del párrafo 1 del artículo 386 «incluso si no pueden aducir un perjuicio causado a cualquier interés pecuniario»⁷⁰⁴. De hecho, solamente Francia, en representación de la empresa explotadora del buque, reclamó una indemnización que le fue concedida. En los asuntos *Incident aérien du 27 juillet 1955*, los Estados Unidos, el Reino Unido e Israel incoaron procedimientos contra Bulgaria en relación con la destrucción de una aeronave civil israelí, con la consiguiente pérdida de vidas⁷⁰⁵. En los asuntos *Essais*

nucléaires, Australia y Nueva Zelanda pretendieron, cada una por su lado, haber sido perjudicadas de diversas maneras por la realización de ensayos nucleares atmosféricos por Francia en el atolón de Mururoa⁷⁰⁶.

4) Cuando los Estados interesados no reclaman una indemnización por cuenta propia, lo que es distinto a una declaración de la situación jurídica, puede no estar claro si reclaman como Estados lesionados o como Estados que invocan la responsabilidad en nombre del interés común o general conforme al artículo 48. De hecho, en tales casos puede no ser necesario decidir a qué categoría corresponden, siempre que esté claro que corresponden a una u otra categoría. Cuando más de un Estado lesionado reclame una indemnización por cuenta propia o en nombre de sus nacionales, es evidente que cada Estado estará limitado en su reclamación al daño efectivamente sufrido. También se pueden dar circunstancias en las que varios Estados lesionados por el mismo hecho presenten reclamaciones incompatibles. Por ejemplo, un Estado puede pedir la restitución mientras que el otro puede preferir una indemnización. Si la restitución es indivisible en ese caso y la elección del segundo Estado es válida, podrá ser que la indemnización sea apropiada en relación con las dos reclamaciones⁷⁰⁷. En cualquier caso, cuando dos Estados lesionados presentan cada uno una reclamación respecto del mismo acto ilícito deberían coordinar sus reclamaciones a fin de evitar el doble resarcimiento. Como señaló la CIJ en la opinión consultiva relativa al asunto *Réparation*, «Los tribunales internacionales ya conocen el problema de la reclamación en que están interesados dos o más Estados nacionales y saben de qué manera proteger al Estado demandado en ese caso»⁷⁰⁸.

Artículo 47. Pluralidad de Estados responsables

1. Cuando varios Estados sean responsables del mismo hecho internacionalmente ilícito, podrá invocarse la responsabilidad de cada Estado en relación con ese hecho.

2. El párrafo 1:

a) No autoriza a un Estado lesionado a recibir una indemnización superior al daño que ese Estado haya sufrido;

b) Se entenderá sin perjuicio de cualquier derecho a recurrir contra los otros Estados responsables.

Comentario

1) El artículo 47 trata de la situación en que hay una pluralidad de Estados responsables respecto del mismo hecho ilícito. Enuncia el principio general de que en esos

coordinación de ese tipo era evitar, en la medida de lo posible, que el Gobierno búlgaro tuviera que hacer frente a reclamaciones dobles que abrirían la posibilidad de que las indemnizaciones también fueran dobles» (véase la nota 363 *supra*), pág. 106.

⁷⁰⁶ Véanse *Essais nucléaires* (Australia c. Francia) y (Nueva Zelanda c. Francia) (nota 196 *supra*), págs. 256 y 460, respectivamente.

⁷⁰⁷ Cf. el asunto *Forêts du Rhodope central*, en que el árbitro declinó otorgar restitución, entre otras cosas porque no todas las personas o entidades interesadas en la restitución habían presentado una reclamación (nota 382 *supra*), pág. 1432.

⁷⁰⁸ *Réparation* (véase la nota 38 *supra*), pág. 186.

⁷⁰³ Véanse el artículo 39 y el comentario correspondiente.

⁷⁰⁴ *Wimbledon* (véase la nota 34 *supra*), pág. 20.

⁷⁰⁵ La CIJ consideró que no era competente para entender de la reclamación israelí [*Incident aérien du 27 juillet 1955* (Israel c. Bulgaria), fallo, *C.I.J. Recueil 1959*, pág. 131], tras lo cual se retiraron las reclamaciones del Reino Unido y de los Estados Unidos. En su Memoria, Israel señaló que había habido una coordinación activa de las reclamaciones entre los diversos gobiernos reclamantes y añadió: «Una de las razones principales para establecer desde el primer momento una

casos cada Estado es responsable separadamente del comportamiento atribuible a él, y que esa responsabilidad no se aminora ni reduce por el hecho de que uno o más Estados sean también responsables del mismo hecho.

2) Varios Estados pueden ser responsables del mismo hecho internacionalmente ilícito en diversas circunstancias. Por ejemplo, dos o más Estados pueden concertarse para cometer un hecho internacionalmente ilícito en circunstancias en que cabe considerar que actúan conjuntamente respecto de toda la operación. En ese caso, el Estado lesionado puede pedir cuentas a cada Estado responsable del comportamiento ilícito en su conjunto. O dos Estados pueden actuar por conducto de un órgano común que realiza el comportamiento de que se trate, por ejemplo, una administración conjunta encargada de la gestión de un río fronterizo. O un Estado puede dirigir y controlar a otro Estado en la comisión del mismo hecho internacionalmente ilícito por este último, de manera que ambos son responsables del hecho⁷⁰⁹.

3) Conviene no dar por sentado que los conceptos y normas del derecho interno en esta esfera pueden aplicarse directamente al derecho internacional. Conceptos tales como «responsabilidad mancomunada» y «solidaria» derivan de diferentes tradiciones jurídicas⁷¹⁰ y las analogías deben aplicarse con prudencia. En derecho internacional, el principio general en caso de pluralidad de Estados responsables es el de que cada Estado es responsable separadamente del comportamiento atribuible a él en el sentido del artículo 2. El principio de la responsabilidad independiente refleja la posición en derecho internacional general, a falta de acuerdo en contrario entre los Estados interesados⁷¹¹. Sin embargo, puede darse una situación en la aplicación de ese principio en que un solo comportamiento sea atribuible al mismo tiempo a varios Estados y constituya un hecho internacionalmente ilícito para cada uno de ellos. El artículo 47 se ocupa de esos casos.

4) En el asunto *Certaines terres à phosphates à Nauru*⁷¹², Australia, único país denunciado, había administrado Nauru como territorio fideicomitido en virtud del Acuerdo de Administración Fiduciaria en nombre de los tres Estados interesados. Australia alegó que no podía ser demandada individualmente por Nauru, sino sólo junto con los otros dos Estados interesados. Australia alegó que esos dos Estados eran partes necesarias en el asunto y que, de conformidad con el principio formulado en el asunto *Or monétaire*⁷¹³, la demanda incoada solamente contra Australia era inadmisibles. Alegó también que la responsabilidad de los tres Estados que constituían la Autoridad administradora era «solidaria» y que no podía incoarse una demanda sólo contra uno de ellos. La CIJ desestimó ambos argumentos. Sobre la cuestión de la responsabilidad «solidaria» dijo lo siguiente:

⁷⁰⁹ Véanse el artículo 17 y su comentario.

⁷¹⁰ Para un estudio comparado de los derechos internos sobre la responsabilidad mancomunada o solidaria, véase T. Weir, *loc. cit.* (nota 471 *supra*), vol. XI, especialmente págs. 43 y 44, secciones 79 a 81.

⁷¹¹ Véanse los párrafos 1 a 5 del comentario de introducción del capítulo IV de la primera parte.

⁷¹² Véase la nota 230 *supra*.

⁷¹³ Véase la nota 286 *supra*. Véase además el párrafo 11 del comentario al artículo 16.

Australia ha planteado la cuestión de si la responsabilidad de los tres Estados sería «solidaria», de modo que cualquiera de los tres estaría obligado a reparar completamente los daños emergentes de cualquier incumplimiento de las obligaciones de la Autoridad administradora y no simplemente la tercera parte o alguna otra parte proporcional. Esa es una cuestión [...] independiente de la cuestión de si Australia puede ser demandada individualmente. La Corte no considera que se haya demostrado que una demanda incoada solamente contra uno de los tres Estados deba declararse inadmisibles *in limine litis* simplemente porque esa demanda plantea cuestiones relativas a la administración del Territorio, que fue compartida con otros dos Estados. No puede negarse que Australia tenía obligaciones en virtud del Acuerdo de Administración Fiduciaria, por ser uno de los tres Estados que formaban la Autoridad administradora, y no hay nada en la naturaleza de ese Acuerdo que impida a la Corte examinar una demanda de incumplimiento de esas obligaciones por Australia⁷¹⁴.

La Corte tuvo la precaución de agregar que su decisión sobre la competencia no resolvía «la cuestión de saber si Australia, en caso en que sea declarada responsable, debería reparar en forma total, o sólo parcial, los daños que Nauru alega haber sufrido, habida cuenta de las características de los sistemas de mandato y de administración fiduciaria [...] y en especial del papel particular desempeñado por Australia en la administración del Territorio»⁷¹⁵.

5) En ocasiones se determina en tratados el grado de responsabilidad por el comportamiento observado por diversos Estados⁷¹⁶. Un ejemplo bien conocido es el de Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales. El párrafo 1 del artículo IV establece expresamente que en el caso de colisión entre dos objetos espaciales lanzados por dos Estados de la que se deriven daños para un tercer Estado, aquéllos serán «mancomunada y solidariamente responsables». En algunos casos, la responsabilidad es estricta; en otros se basa en la culpa. El párrafo 2 del artículo IV dispone:

En todos los casos de responsabilidad solidaria mencionados en el párrafo 1 de este artículo, la carga de la indemnización por los daños se repartirá entre los dos primeros Estados según el grado de la culpa respectiva; si no es posible determinar el grado de la culpa de cada uno de esos Estados, la carga de la indemnización se repartirá por partes iguales entre ellos. Esa repartición no afectará al derecho del tercer Estado a reclamar su indemnización total, en virtud de este Convenio, a cualquiera de los Estados de lanzamiento que sean solidariamente responsables o a todos ellos⁷¹⁷.

Esto constituye, indudablemente, una *lex specialis* y se refiere a la responsabilidad por un comportamiento lícito y no a la responsabilidad en el sentido de los presentes

⁷¹⁴ *Certaines terres à phosphates à Nauru*, excepciones preliminares (véase la nota 230 *supra*), págs. 258 y 259, párr. 48.

⁷¹⁵ *Ibid.*, en párr. 262, párr. 56. El caso fue retirado posteriormente por acuerdo y Australia aceptó pagar en cuotas una suma equivalente al total de lo reclamado por Nauru. Más adelante, los otros dos Gobiernos aceptaron contribuir a los pagos efectuados de conformidad con el arreglo. Véase *Certaines terres à phosphates à Nauru*, providencia (nota 232 *supra*) y, en lo que respecta al Acuerdo relativo a la resolución en la Corte Internacional de Justicia del asunto, Naciones Unidas, *Recueil des Traités* (*ibid.*).

⁷¹⁶ Un caso especial es la responsabilidad de la Unión Europea y de sus Estados miembros en virtud de «acuerdos mixtos», en los que la Unión y la totalidad o algunos de sus miembros son Partes en su propio nombre. Véase, por ejemplo, el anexo IX a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Por lo que se refiere en general a los acuerdos mixtos, véase por ejemplo A. Rosas, «Mixed Union-Mixed Agreements» en M. Koskeniemi (ed.), *International Law Aspects of the European Union*, La Haya, Kluwer, 1998, pág. 125.

⁷¹⁷ Véase también el párrafo 2 del artículo V que prevé la indemnización entre Estados solidariamente responsables.

artículos⁷¹⁸. Al mismo tiempo, indica lo que significaría un régimen de responsabilidad «solidaria» en lo tocante a un Estado lesionado.

6) Según el *párrafo 1* del artículo 47, cuando varios Estados sean responsables del mismo hecho internacionalmente ilícito, podrá invocarse la responsabilidad de cada Estado en relación con ese hecho. La norma general de derecho internacional es la de la responsabilidad separada de un Estado por sus propios hechos ilícitos, y el párrafo 1 refleja tal norma. El párrafo 1 no reconoce una norma general de responsabilidad solidaria, ni excluye la posibilidad de que dos o más Estados sean responsables del mismo hecho internacionalmente ilícito. Ello dependerá de las circunstancias y de las obligaciones internacionales de cada uno de esos Estados.

7) Con arreglo al párrafo 1 del artículo 47, cuando varios Estados sean responsables del mismo hecho internacionalmente ilícito, el Estado lesionado, en el sentido del artículo 42, podrá invocar por separado la responsabilidad de cada uno de ellos. Las consecuencias que derivan del hecho ilícito, por ejemplo, en lo que respecta a la reparación, serán las que derivan de las disposiciones de la segunda parte en relación con ese Estado.

8) El artículo 47 sólo trata de la situación de una pluralidad de Estados responsables en relación con el mismo hecho internacionalmente ilícito. La determinación de ese hecho dependerá de la obligación primaria de que se trate y no puede establecerse en abstracto. Por supuesto, pueden también darse situaciones en que varios Estados hayan contribuido a causar el mismo daño mediante un comportamiento internacionalmente ilícito separado. Por ejemplo, varios Estados pueden contribuir a contaminar un río mediante el vertimiento por separado de contaminantes. En el incidente del *Détroit de Corfou*, parece que Yugoslavia colocó efectivamente las minas y habría sido responsable de los daños que ocasionaren. La CIJ sostuvo que Albania era responsable ante el Reino Unido por esos mismos daños sobre la base de que sabía, o debería haber sabido, que se habían colocado las minas así como el intento de los buques británicos de ejercer sus derechos de tránsito, pero no previno a los buques⁷¹⁹. Sin embargo, no se sugirió que la responsabilidad de Albania al no haber prevenido de este hecho quedaba reducida, y mucho menos excluida, por la responsabilidad concurrente de un tercer Estado. En esos casos, la responsabilidad de cada Estado participante viene determinada individualmente, sobre la base de su propio comportamiento y por referencia a sus propias obligaciones internacionales.

9) El principio general establecido en el párrafo 1 del artículo 47 está sometido a las dos salvedades enunciadas en el *párrafo 2*. El *apartado a* trata de la cuestión de la doble indemnización del Estado lesionado. Dispone que dicho Estado no puede recibir una indemnización superior al daño sufrido⁷²⁰. Esta disposición tiene por objeto

proteger a los Estados responsables, cuya obligación de indemnizar se limita al daño sufrido. El principio sólo trata de garantizar que no se obtenga una indemnización superior al daño. No excluye la posibilidad de que se obligue simultáneamente a reparar a dos o más Estados responsables, pero, en lo que respecta al Estado lesionado, la obligación de reparar quedaría cumplida con el pago de la totalidad de la indemnización por cualquiera de los Estados responsables.

10) La segunda salvedad, en el *apartado b*, reconoce que, cuando hay más de un Estado responsable respecto del mismo perjuicio, pueden suscitarse cuestiones de contribución entre ellos. Esto se estipula expresamente, por ejemplo, en el párrafo 2 del artículo IV y en el párrafo 2 del artículo V del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales. Por otra parte, puede haber casos en que no se permita a un Estado responsable recurrir contra otro. El *apartado b* no se ocupa de la cuestión de la contribución entre varios Estados responsables del mismo hecho ilícito; dispone simplemente que el principio general enunciado en el párrafo 1 se entiende sin perjuicio de cualquier derecho a recurrir que un Estado responsable tenga contra otro Estado responsable.

Artículo 48. Invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado

1. Todo Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado de conformidad con el párrafo 2 si:

a) La obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo; o

b) La obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto.

2. Todo Estado con derecho a invocar la responsabilidad según el párrafo 1 podrá reclamar al Estado responsable:

a) La cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30; y

b) El cumplimiento de la obligación de reparación, de conformidad con lo dispuesto en los precedentes artículos, en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada.

3. Los requisitos para la invocación de la responsabilidad por parte de un Estado lesionado previstos en los artículos 43, 44 y 45 serán de aplicación en el caso de invocación de la responsabilidad por parte del Estado con derecho a hacerlo en virtud del párrafo 1.

⁷¹⁸ Véase el párrafo 4 del comentario general en lo que respecta a la distinción entre responsabilidad internacional por hechos ilícitos y responsabilidad internacional derivada de un comportamiento ilícito.

⁷¹⁹ *Détroit de Corfou*, fondo (véase la nota 35 *supra*), págs. 22 y 23.

⁷²⁰ Este principio fue afirmado, por ejemplo, por la CPJI en el caso *Usine de Chorzów*, fondo (véase la nota 34 *supra*), al sostener que no podía otorgarse el recurso solicitado por Alemania «pues se habría con-

cedido dos veces la misma indemnización», pág. 59; véanse también págs. 45 y 49.

Comentario

1) El artículo 48 complementa la norma contenida en el artículo 42. Trata de la invocación de la responsabilidad por Estados distintos del Estado lesionado que actúen en interés colectivo. El Estado que tiene el derecho a invocar la responsabilidad en virtud del artículo 48 actúa no a título individual por haber sufrido un perjuicio sino en su calidad de miembro de un grupo de Estados con relación a los cuales existe la obligación o, de hecho, en cuanto miembro de la comunidad internacional en su conjunto. Esta distinción se pone en manifiesto con las palabras «todo Estado que no sea un Estado lesionado», en el párrafo 1 del artículo 48.

2) El artículo 48 se basa en la idea de que en los casos de violación de obligaciones específicas que protegen los intereses colectivos de un grupo de Estados o los intereses de la comunidad internacional en su conjunto, pueden invocar la responsabilidad Estados que no son Estados lesionados en el sentido del artículo 42. De hecho, en lo que respecta a las obligaciones con la comunidad internacional en su conjunto, la CIJ así lo reconoció específicamente en su fallo en el asunto *Barcelona Traction*⁷²¹. Aunque la Corte hizo observar que «cabe sostener que todos los Estados tienen un interés jurídico en» el cumplimiento de esos derechos, el artículo 48 se abstiene de calificar la posición de los Estados indicados en el artículo 42, por ejemplo, refiriéndose a ellos en cuanto «Estados interesados». La expresión «interés jurídico» no permitiría establecer una distinción entre los artículos 42 y 48, ya que los Estados lesionados en el sentido del artículo 42 también tienen intereses jurídicos.

3) En cuanto a la estructura del párrafo 48, el párrafo 1 define las categorías de obligaciones que dan origen al derecho más amplio a invocar la responsabilidad. El párrafo 2 estipula cuáles son las formas de responsabilidad que los Estados distintos de los Estados lesionados pueden reclamar. El párrafo 3 aplica los requisitos de la invocación contenidos en los artículos 43, 44 y 45 a los casos en que se invoca la responsabilidad en virtud del párrafo 1 del artículo 48.

4) El párrafo 1 se refiere a «todo Estado que no sea un Estado lesionado». En la práctica, todos los Estados o muchos de ellos tendrán derecho a invocar la responsabilidad en virtud del artículo 48, y las palabras «todo Estado que no sea un Estado lesionado» tienen por objeto evitar cualquier implicación de que esos Estados deban actuar conjuntamente o al unísono. Además, su derecho coincidirá con el de cualquier Estado lesionado en relación con el mismo hecho internacionalmente ilícito en aquellos casos en que un Estado sufre perjuicios individuales a causa de la violación de una obligación a la que se aplica el artículo 48.

5) El párrafo 1 define las categorías de obligaciones cuya violación faculta a Estados distintos del Estado lesionado a invocar la responsabilidad del Estado. Se establece una distinción entre obligaciones que existen con relación a un grupo de Estados y establecidas para proteger un interés colectivo del grupo (apartado a del párrafo 1) y las obligaciones que existan con relación a la

comunidad internacional en su conjunto (apartado b del párrafo 1)⁷²².

6) Con arreglo al apartado a del párrafo 1, los Estados que no sean el Estado lesionado pueden invocar la responsabilidad si se dan dos condiciones: en primer lugar, la obligación cuya violación ha dado lugar a la responsabilidad tiene que haber existido con relación a un grupo del que el Estado invocante forma parte; y, en segundo, la obligación debe haber sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo. En esta disposición no se distingue entre diferentes fuentes de derecho internacional; las obligaciones que protegen un interés colectivo del grupo pueden derivar de tratados multilaterales o del derecho internacional consuetudinario. En ocasiones se ha calificado a esas obligaciones de «obligaciones *erga omnes partes*».

7) Las obligaciones incluidas en el ámbito del apartado a del párrafo 1 tienen que ser «obligaciones colectivas», es decir, deben aplicarse entre un grupo de Estados y haberse establecido en algún interés colectivo⁷²³. Pueden referirse, por ejemplo, al medio ambiente o la seguridad de una región (por ejemplo, un tratado regional de establecimiento de una zona libre de armas nucleares o un sistema regional para la protección de los derechos humanos). No se limitan a los arreglos establecidos únicamente en interés de los Estados miembros, sino que abarcan los acuerdos establecidos por un grupo de Estados en un interés común más amplio⁷²⁴. Pero, en cualquier caso, el arreglo debe trascender la esfera de las relaciones bilaterales de los Estados partes. En cuanto a la exigencia de que la obligación de que se trate proteja un interés colectivo, no es función de los artículos ofrecer una enumeración de esos intereses. Si están incluidos en el apartado a del párrafo 1, su propósito principal será el de fomentar un interés común, por encima de cualquier interés individual de los Estados interesados. Esto comprendería situaciones en que los Estados, al tratar de establecer normas generales de protección para un grupo o población, han asumido obligaciones de proteger a entidades no estatales⁷²⁵.

8) Con arreglo al apartado b del párrafo 1, los Estados que no sean el Estado lesionado pueden invocar la responsabilidad si la obligación de que se trata «existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto»⁷²⁶. Esta disposición tiene por objeto poner en práctica la declaración hecha por la CIJ en el asunto *Barcelona Traction*, en el que la Corte estableció una «distinción básica»

⁷²² En lo que respecta al alcance de la responsabilidad por violaciones graves de obligaciones con la comunidad internacional en su conjunto, véase la segunda parte, capítulo III y su comentario.

⁷²³ Véase también el párrafo 11 del comentario al artículo 42.

⁷²⁴ En el asunto *Wimbledon* (véase la nota 34 *supra*), la Corte observó «la intención de los autores del Tratado de Versalles de facilitar el acceso al Báltico estableciendo un régimen internacional y, en consecuencia, de mantener el canal abierto en todo momento a los buques extranjeros de cualquier tipo», pág. 23.

⁷²⁵ El artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, por el que se establecía el sistema de mandatos, era una disposición en interés general de este tipo, como lo era cada uno de los acuerdos de mandato concertados de conformidad con dicho artículo. Véase, sin embargo, la decisión, muy criticada, de la CIJ en el asunto *Sud-Ouest africain*, segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1966*, pág. 6, de la que el artículo 48 se desvía deliberadamente.

⁷²⁶ En lo que respecta a la expresión «comunidad internacional en su conjunto», véase el párrafo 18 del comentario al artículo 25.

⁷²¹ *Barcelona Traction* (véase la nota 25 *supra*), pág. 32, párr. 33.

entre las obligaciones que existen con relación a determinados Estados y las «que existen con relación a la comunidad internacional en su conjunto»⁷²⁷. En lo que respecta a estas últimas, la Corte prosiguió diciendo que «habida cuenta de la importancia de los derechos de que se trata, cabe sostener que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección; son obligaciones *erga omnes*».

9) Aun cuando recogen la esencia de esta declaración, los artículos evitan utilizar las palabras «obligaciones *erga omnes*», que transmiten menos información que la referencia hecha por la Corte a la comunidad internacional en su conjunto y que se han confundido en ocasiones con las obligaciones debidas a todas las partes en un tratado. Tampoco es función de los artículos ofrecer una lista de aquellas obligaciones que, con arreglo al derecho internacional vigente, existen con relación a la comunidad internacional en su conjunto. Esto excedería con mucho la tarea de codificar las normas secundarias de responsabilidad del Estado y, en cualquier caso, tal lista sólo tendría un valor limitado, ya que el ámbito del concepto evolucionará necesariamente con el tiempo. La propia Corte ha proporcionado una útil orientación: en su fallo de 1970 se refirió, por vía de ejemplo, a la «proscripción de los actos de agresión y de genocidio» y a los «principios y normas relativos a los derechos fundamentales del ser humano, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial»⁷²⁸. En su fallo en el asunto de *Timor oriental*, la Corte añadió a esta lista el derecho de los pueblos a la libre determinación⁷²⁹.

10) Cada Estado tiene derecho, en cuanto miembro de la comunidad internacional en su conjunto, a invocar la responsabilidad de otro Estado por violaciones de esas obligaciones. Si bien la categoría de obligaciones colectivas incluidas en el apartado *a* del párrafo 1 debe calificarse todavía más con la inserción de criterios adicionales, no son necesarias tales calificaciones en el caso del apartado *b* del párrafo 1. Todos los Estados son, por definición, miembros de la comunidad internacional en su conjunto, y las obligaciones de que se trata son, por definición, obligaciones colectivas que protegen determinados intereses de la comunidad internacional en cuanto tal. Por supuesto, esas obligaciones pueden al mismo tiempo proteger los intereses individuales de los Estados, de la misma manera que la prohibición de actos de agresión protege la supervivencia de cada Estado y la seguridad de su población. De modo análogo, algunos Estados pueden verse especialmente afectados por la violación de una de estas obligaciones, por ejemplo, un Estado ribereño especialmente afectado por la contaminación causada por la violación de una obligación de protección del medio marino en interés colectivo.

11) El párrafo 2 especifica las categorías de reclamaciones que los Estados pueden hacer al invocar la responsabilidad en virtud del artículo 48. La lista dada en ese párrafo es exhaustiva, y la invocación de la responsabilidad con arreglo al artículo 48 da origen a una gama más limitada de derechos en comparación con los que tienen

los Estados lesionados en virtud del artículo 42. En particular, las medidas que adopte un Estado con arreglo al artículo 48 —al no haber sido ese Estado lesionado en su derecho, por lo que no reclama una indemnización por su propia cuenta— se centrarán probablemente en la cuestión misma de si un Estado ha violado una obligación y la cesación de la violación si ésta es continuada. Por ejemplo, en el asunto *Wimbledon*, el Japón, que no tenía interés económico en ese viaje, pretendía sólo una declaración, mientras que Francia, cuyo nacional había tenido que soportar la pérdida, pidió y obtuvo una indemnización por daños⁷³⁰. En los asuntos del *Sud-Ouest africano*, Etiopía y Liberia sólo trataron de lograr declaraciones de la posición jurídica⁷³¹. En ese caso, como la propia Corte señaló en 1971, «la entidad lesionada» era un pueblo, a saber, el pueblo del África sudoccidental⁷³².

12) Con arreglo al apartado *a* del párrafo 2, cualquier Estado mencionado en el artículo 48 tiene derecho a pedir la cesación del hecho ilícito y, si las circunstancias lo requieren, seguridades y garantías de no repetición en virtud del artículo 30. Además, el apartado *b* del párrafo 2 permite a ese Estado reclamar una reparación del Estado responsable de conformidad con las disposiciones del capítulo II de la segunda parte. En el caso de violación de obligaciones a que se refiere el artículo 48, puede ocurrir que ningún Estado haya sido lesionado individualmente por la violación, pero es muy conveniente que uno o más Estados estén en condiciones de pedir reparación, en especial la restitución. De conformidad con el apartado *b* del párrafo 2, dicha reclamación debe hacerse en interés del Estado lesionado, en su caso, o de los beneficiarios de la obligación violada. Este aspecto del párrafo 2 del artículo 48 entraña una medida de desarrollo progresivo, que está justificada ya que es un medio de proteger el interés comunitario o colectivo en juego. En este contexto, cabe observar que ciertas disposiciones, por ejemplo en diversos tratados de derechos humanos, permiten la invocación de responsabilidad por cualquier Estado parte. Cuando se ha recurrido a ellas, se ha establecido una clara distinción entre la capacidad del Estado demandante para plantear la cuestión y los intereses de los beneficiarios de la obligación⁷³³. De este modo, un Estado que invoque la responsabilidad en virtud del artículo 48 y que pretenda lograr algo más que un recurso declaratorio y la cesación puede verse obligado a demostrar que actúa en interés de la parte lesionada. Cuando la parte lesionada es un Estado, su gobierno podrá representar autorizadamente ese interés. Otros casos pueden presentar mayores dificultades, que los presentes artículos no pueden resolver⁷³⁴. El apartado *b* del párrafo 2 no puede sino enunciar el principio general.

13) El apartado *b* del párrafo 2 se refiere al Estado que pretenda «el cumplimiento de la obligación de reparar»

⁷³⁰ *Wimbledon* (véase la nota 34 *supra*), pág. 30.

⁷³¹ *Sud-Ouest africano*, excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil 1962*, pág. 319, y segunda fase, fallo (véase la nota 725 *supra*).

⁷³² *Namibia* (véase la nota 176 *supra*), pág. 56, párr. 127.

⁷³³ Véanse, por ejemplo, las observaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Danemark c. Turquie*, arreglo amistoso, fallo de 5 de abril de 2000, *Recueil des arrêts et décisions 2000-IV*, pág. 13, en las págs. 19, 22 y 23, párrs. 20 y 23.

⁷³⁴ Véanse también los párrafos 3 y 4 del comentario al artículo 33.

⁷²⁷ *Barcelona Traction* (véase la nota 25 *supra*), pág. 32, párr. 33, y véanse los párrafos 2 a 6 del comentario al capítulo III de la segunda parte.

⁷²⁸ *Barcelona Traction* (ibíd.), pág. 32, párr. 34.

⁷²⁹ Véase la nota 54 *supra*.

ción, de conformidad con lo dispuesto en los precedentes artículos». Esto pone en claro que los Estados que se acogan al artículo 48 no pueden pedir una reparación cuando el Estado lesionado no esté en condiciones de hacerlo. Por ejemplo, un requerimiento de cesación presupone la continuación del hecho ilícito; queda excluido un requerimiento de restitución si la restitución en sí se ha hecho imposible.

14) El párrafo 3 somete la invocación de la responsabilidad del Estado por parte de Estados distintos del Estado lesionado a las condiciones que rigen la invocación por este último, concretamente los artículos 43 (notificación de la reclamación), 44 (admisibilidad de la reclamación) y 45 (renuncia al derecho a invocar la responsabilidad). Debe entenderse que estos artículos se aplican por igual, *mutatis mutandis*, a un Estado que invoca la responsabilidad con arreglo al artículo 48.

CAPÍTULO II

CONTRAMEDIDAS

Comentario

1) El presente capítulo trata de las condiciones y limitaciones aplicables a la adopción de contramedidas por un Estado lesionado. En otras palabras, trata de las medidas, que de otro modo serían contrarias a las obligaciones internacionales de un Estado lesionado respecto de un Estado responsable, que puede tomar aquél en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito cometido por este último a fin de obtener la cesación y reparación del hecho. Las contramedidas son un elemento de un sistema descentralizado por el cual los Estados lesionados pueden buscar la vindicación de sus derechos y la restauración de la relación jurídica con el Estado responsable que ha sido rota por el hecho internacionalmente ilícito.

2) Tanto los gobiernos como los tribunales internacionales en sus decisiones reconocen que las contramedidas están justificadas en determinadas circunstancias⁷³⁵. Esto se refleja en el artículo 22 que trata de las contramedidas en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito en el contexto de las circunstancias que excluyen la ilicitud. Como otras formas de autoayuda, las contramedidas se prestan a los abusos, tanto más si se tienen en cuenta las desigualdades de hecho entre los Estados. El capítulo II tiene por objeto establecer un sistema operacional, teniendo en cuenta el carácter excepcional de las contramedidas como respuesta a un comportamiento internacionalmente ilícito. Al propio tiempo trata de asegurar, imponiendo condiciones y limitaciones apropiadas, que las contramedidas se mantengan dentro de límites generalmente aceptables.

⁷³⁵ En cuanto a la extensa literatura sobre el tema, véanse las bibliografías de E. Zoller, *Peacetime Unilateral Remedies: An Analysis of Countermeasures*, Dobbs Ferry (Nueva York), Transnational, 1984, págs. 179 a 189; O. Y. Elagab, *The Legality of Non-Forcible Counter-Measures in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1988, págs. 227 a 241; L.-A. Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite: Des contre-mesures à la légitime défense*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990, págs. 501 a 525; y D. Alland, *Justice privée et ordre juridique international: Étude théorique des contre-mesures en droit international public*, París, Pedone, 1994.

3) En cuanto a la terminología, el término «represalias» se usaba tradicionalmente aplicado a medidas que de otro modo serían ilícitas, incluidas las medidas coercitivas, adoptadas como autoayuda en respuesta a un incumplimiento⁷³⁶. Más recientemente el término «represalias» se ha limitado a las medidas tomadas en el contexto de un conflicto armado internacional; es decir, se ha considerado equivalente a represalias bélicas. El término «contramedidas» cubre la parte del tema de las represalias que no está asociada al conflicto armado y, de conformidad con la práctica moderna y las decisiones judiciales, el término se utiliza en ese sentido en el presente capítulo⁷³⁷. Las contramedidas no son lo mismo que la retorsión, es decir, un comportamiento «inamistoso» que no corresponde a ninguna obligación internacional del Estado que así se comporta, incluso si puede ser una respuesta a un hecho internacionalmente ilícito. Los actos de retorsión pueden incluir la prohibición o limitación de las relaciones diplomáticas normales u otros contactos, embargos de diversos tipos o retirada de los programas voluntarios de ayuda. Cualquiera que sea su motivación, en cuanto que esos actos no son incompatibles con las obligaciones internacionales de los Estados que toman esas medidas contra el Estado al que se dirigen, no son contramedidas y quedan fuera del ámbito de aplicación de los presentes artículos. Muchas veces se utiliza el término «sanción» como equivalente de medidas tomadas contra un Estado por un grupo de Estados o medidas decididas por una organización internacional. Con todo, el término es impreciso: el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas sólo habla de «medidas», aunque estas medidas puedan incluir una gama muy amplia de actos, incluidos el uso de la fuerza armada (Artículos 39, 41 y 42). Las cuestiones relativas al uso de la fuerza en las relaciones internacionales y a la legalidad de las represalias bélicas se rigen por las normas primarias pertinentes. Por otra parte, los artículos tratan de las contramedidas a que se refiere el artículo 23. Esas contramedidas las adopta un Estado lesionado para inducir al Estado responsable a cumplir las obligaciones que le incumben conforme a la segunda parte. Tienen carácter instrumental y se tratan adecuadamente en la tercera parte como un aspecto de los modos de hacer efectiva la responsabilidad del Estado.

4) Las contramedidas deben distinguirse claramente de la terminación o suspensión de las relaciones convencionales en razón de la violación grave de un tratado por otro Estado, como se dispone en el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969. Cuando se da por terminado un tratado o se suspende su aplicación de conformidad con el artículo 60, se verán afectadas las obligaciones jurídicas sustantivas de los Estados partes, pero esto es completamente diferente de la cuestión de la responsabilidad que ya haya podido generar la violación (arts. 70 y 73)⁷³⁸. Las

⁷³⁶ Véase, por ejemplo, E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle* (nota 394 *supra*), vol. II, cap. XVIII, pág. 342.

⁷³⁷ *Accord relatif aux services aériens* (véase la nota 28 *supra*), pág. 443, párr. 80; *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (véase la nota 59 *supra*), pág. 27, párr. 53; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (véase la nota 36 *supra*); *Projet Gabckovo-Nagymaros* (véase la nota 27 *supra*), pág. 55, párr. 82.

⁷³⁸ Sobre los respectivos ámbitos de aplicación del derecho codificado de los tratados y del derecho sobre la responsabilidad del Estado, véanse los párrafos 3 a 7 del comentario general del capítulo V de la primera parte.

contramedidas suponen un comportamiento que va en derogación de una obligación convencional subsistente, pero que se justifica como respuesta necesaria y proporcionada a un hecho internacionalmente ilícito del Estado contra el que se adoptan las contramedidas. Son esencialmente de carácter temporal, se adoptan para lograr un fin concreto, y su justificación termina una vez alcanzado ese fin.

5) En el presente capítulo no se hace ninguna distinción entre lo que a veces se llama «contramedidas recíprocas» y otras medidas. Esa expresión se refiere a las contramedidas que entrañan la suspensión del cumplimiento de obligaciones para con el Estado responsable «si tales obligaciones corresponden a la obligación violada o están directamente relacionadas con ella»⁷³⁹. No es necesario que los Estados que adoptan las contramedidas se limiten a la suspensión del cumplimiento de la misma obligación o de una obligación estrechamente relacionada con ella⁷⁴⁰. Hay diversas consideraciones que apoyan esta conclusión. En primer lugar, en el caso de algunas obligaciones, por ejemplo las relativas a la protección de los derechos humanos, son inconcebibles las contramedidas recíprocas. Esas obligaciones que no tienen un carácter recíproco existen no sólo con relación a otros Estados, sino también los propios individuos⁷⁴¹. En segundo lugar, una limitación a las contramedidas recíprocas supone que el Estado lesionado esté en condiciones de imponer las mismas medidas, o medidas conexas, que el Estado responsable, y es posible que no sea así. La obligación puede tener carácter unilateral, o bien el Estado lesionado puede haber cumplido ya su parte de la obligación. Sobre todo, hay consideraciones de mantenimiento del orden y de humanidad que excluyen la aplicación de muchas medidas de carácter recíproco. Sin embargo, esta conclusión no pone fin a la cuestión. Es más probable que las contramedidas satisfagan los requisitos de necesidad y proporcionalidad si se adoptan en relación con la misma obligación o una directamente relacionada con ella, como en el caso del arbitraje relativo al asunto *Accord relatif aux services aériens*⁷⁴².

6) Esta conclusión confirma la necesidad de asegurar que las contramedidas se limiten estrictamente a lo que requiera la situación y que haya salvaguardias suficientes contra los abusos. En el capítulo II se busca conseguir ese fin de diversas maneras. En primer lugar, como ya se ha indicado, trata sólo de las contramedidas no coercitivas (apartado *a* del párrafo 1 del artículo 50). En segundo lugar, las contramedidas están limitadas por la exigencia de que se dirijan contra el Estado responsable y no contra terceros (párrafos 1 y 2 del artículo 49). En tercer lugar, como las contramedidas han de tener un efecto decisivo —es decir, que se adoptan a fin de lograr la cesación del hecho internacionalmente ilícito y su reparación y no a título de sanción— son de carácter temporal y, en toda la medida de lo posible, deben ser reversibles desde el punto de vista de sus efectos sobre las futuras relaciones jurídi-

cas entre los dos Estados (párrafos 2 y 3 del artículo 49 y artículo 53). En cuarto lugar, las contramedidas deben ser proporcionales al perjuicio sufrido (artículo 51). En quinto lugar, no deben suponer ninguna desviación respecto de ciertas obligaciones básicas (párrafo 1 del artículo 50), en particular las obligaciones dimanantes de normas imperativas del derecho internacional general.

7) El presente capítulo también trata, hasta cierto punto, de las condiciones de la aplicación de las contramedidas. En particular, las contramedidas no pueden afectar a ningún procedimiento de solución de controversias vigente entre los dos Estados que sea aplicable a la controversia (apartado *a* del párrafo 2 del artículo 50). Tampoco pueden adoptarse de manera que vayan en detrimento de la inviolabilidad diplomática o consular (apartado *b* del párrafo 2 del artículo 50). Las contramedidas deben ir precedidas de una demanda formulada por el Estado lesionado al Estado responsable para que éste cumpla sus obligaciones conforme a la segunda parte, deben ir acompañadas de un ofrecimiento a negociar y deberán ser suspendidas si el hecho internacionalmente ilícito ha cesado o si la controversia está sometida de buena fe a una corte o un tribunal facultados para dictar decisiones vinculantes para las partes (párrafo 3 del artículo 52).

8) El capítulo trata principalmente de las contramedidas adoptadas por los Estados lesionados tal como se definen en el artículo 42. En la práctica ha habido ocasiones en que las contramedidas han sido adoptadas por otros Estados, en particular aquellos a los que se refiere el artículo 48, no siendo ninguno de ellos un Estado lesionado, o bien se adoptan en nombre y a petición de un Estado lesionado. Estos casos se prestan a controversia y la práctica a este respecto es embrionaria. Este capítulo no trata de reglamentar la adopción de contramedidas por Estados que no sean el Estado lesionado. Sin embargo, esto es sin perjuicio del derecho de cualquier Estado a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 48 a tomar medidas lícitas contra un Estado responsable para asegurar la cesación de la violación y la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada (art. 54).

9) Como ocurre con otros capítulos de los presentes artículos, las disposiciones sobre las contramedidas tienen carácter residual y pueden ser excluidas o modificadas por una norma especial en contrario (véase el artículo 55). Así, una disposición de un tratado que excluya la suspensión de la ejecución de una obligación en cualquier circunstancia excluirá la aplicación de contramedidas en lo que respecta a la ejecución de la obligación. Asimismo, el régimen para la solución de controversias al que deben recurrir los Estados caso de haberlas, especialmente si (como ocurre con el sistema de solución de diferencias de la OMC) requiere una autorización para tomar medidas del tipo de las contramedidas en respuesta a una violación probada⁷⁴³.

⁷³⁹ Véase el sexto informe del Relator Especial Willem Riphagen sobre la responsabilidad de los Estados, artículo 8 de la segunda parte del proyecto de artículos, *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 11, documento A/CN.4/389.

⁷⁴⁰ Contrasta con la excepción de no cumplimiento en el derecho de los tratados, en la que sí existe ese límite: véase el párrafo 9 del comentario introductorio del capítulo V de la primera parte.

⁷⁴¹ Cf. *Irlande c. Royaume-Uni* (nota 236 *supra*).

⁷⁴² Véase la nota 28 *supra*.

⁷⁴³ Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, anexo 2 (Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias), arts. 1, 3, párr. 7, y 22.

Artículo 49. Objeto y límites de las contramedidas

1. El Estado lesionado solamente podrá tomar contramedidas contra el Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito con el objeto de inducirlo a cumplir las obligaciones que le incumban en virtud de lo dispuesto en la segunda parte.

2. Las contramedidas se limitarán al incumplimiento temporario de obligaciones internacionales que el Estado que toma tales medidas tiene con el Estado responsable.

3. En lo posible, las contramedidas serán tomadas en forma que permitan la reanudación del cumplimiento de dichas obligaciones.

Comentario

1) El artículo 49 describe el objeto permisible de las contramedidas adoptadas por un Estado lesionado contra el Estado responsable y pone ciertos límites a su alcance. Las contramedidas sólo pueden ser adoptadas por un Estado lesionado con objeto de inducir al Estado responsable a cumplir las obligaciones que le incumban conforme a lo dispuesto en la segunda parte, es decir, a poner fin al hecho internacionalmente ilícito si ese hecho continúa y a dar reparación al Estado lesionado⁷⁴⁴. Las contramedidas no han de considerarse como una forma de sanción por un comportamiento ilícito, sino como un instrumento para lograr el cumplimiento de las obligaciones que incumben al Estado responsable conforme a la segunda parte. El objeto limitado y la naturaleza excepcional de las contramedidas se indican con el empleo de la palabra «solamente» en el párrafo 1 del artículo 49.

2) Un requisito previo fundamental para que una contramedida sea legítima es la existencia de un hecho internacionalmente ilícito que ha perjudicado al Estado que adopta la contramedida. La CIJ lo afirmó claramente en relación con el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*:

Para justificarse, una contramedida debe cumplir ciertas condiciones...

En primer lugar debe adoptarse en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito cometido anteriormente por otro Estado y estar dirigida contra ese Estado⁷⁴⁵.

3) El párrafo 1 del artículo 49 presupone una norma objetiva para la adopción de contramedidas y, en particular, requiere que la contramedida se adopte contra el Estado que sea responsable de un hecho internacionalmente ilícito con el objeto de inducirlo a cumplir sus obligaciones de cesación y reparación. Un Estado que adopta contramedidas lo hace por su cuenta y riesgo, si resulta que su opinión sobre la cuestión de la ilicitud no está bien fundada. Un Estado que recurre a la aplicación de contramedidas

⁷⁴⁴ Sobre esas obligaciones véanse los artículos 30 y 31 y los comentarios correspondientes.

⁷⁴⁵ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (véase la nota 27 *supra*), pág. 55, párr. 83. Véanse también *Naulilaa* (nota 337 *supra*), pág. 1027; y *Cysne* (nota 338 *supra*), pág. 1057. En la Conferencia de La Haya de 1930, todos los Estados que respondieron sobre este particular opinaron que un hecho ilícito cometido anteriormente era requisito indispensable para la adopción de represalias; véase Sociedad de las Naciones, Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional, *Bases de discusión...* (nota 88 *supra*), pág. 128.

sobre la base de su evaluación unilateral de la situación lo hace por su cuenta y riesgo y puede incurrir en responsabilidad por su propio comportamiento ilícito en caso de que la evaluación sea incorrecta⁷⁴⁶. A este respecto no hay ninguna diferencia entre las contramedidas y otras circunstancias que excluyen la ilicitud⁷⁴⁷.

4) Un segundo elemento esencial de las contramedidas es que deben «estar dirigidas contra»⁷⁴⁸ un Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito y no ha cumplido sus obligaciones de cesación y reparación conforme a la segunda parte de los presentes artículos⁷⁴⁹. La palabra «solamente» que figura en el párrafo 1 se aplica igualmente al Estado contra el que se adoptan las contramedidas y al propósito de ellas y tiene por objeto expresar que las contramedidas solamente pueden adoptarse contra un Estado que sea el autor del hecho internacionalmente ilícito. Las contramedidas no pueden adoptarse contra Estados distintos del Estado responsable. En una situación en que el Estado que adopta las contramedidas tiene una obligación internacional para con un tercer Estado y esa obligación es violada por la contramedida, la ilicitud de la medida no está excluida respecto del tercer Estado. En ese sentido el efecto de las contramedidas en lo que se refiere a la exclusión de la ilicitud es relativo. Afecta a las relaciones jurídicas entre el Estado lesionado y el Estado responsable⁷⁵⁰.

5) Esto no significa que las contramedidas no puedan incidentalmente afectar la posición de terceros Estados o, de hecho, de otros terceros. Por ejemplo, si el Estado lesionado suspende los derechos de tránsito del Estado responsable de conformidad con este capítulo, otros, incluidos terceros Estados, pueden resultar afectados por esa medida. Si no tienen derechos particulares en este asunto no podrán reclamar. Lo mismo ocurre si, como consecuencia de la suspensión de un acuerdo comercial, se ve afectado el comercio con el Estado responsable y una o más sociedades ven reducido su volumen de negocios o incluso quiebran. Esos efectos indirectos o colaterales no pueden evitarse enteramente.

6) Al adoptar contramedidas, el Estado lesionado suspende efectivamente y de modo temporal el cumplimiento de

⁷⁴⁶ La observación del Tribunal en el asunto *Accord relatif aux services aériens* (véase la nota 28 *supra*) en el sentido de que «cada Estado establece para sí mismo su situación jurídica respecto de otros Estados», pág. 443, párr. 81, no debe interpretarse en el sentido de que hubiera estado justificada la adopción de contramedidas por los Estados Unidos independientemente de que Francia hubiera violado o no el Acuerdo. En ese caso el Tribunal afirmó que los Estados Unidos respondían de hecho a una violación del Acuerdo por parte de Francia y que su respuesta cumplía los requisitos para la adopción de contramedidas según el derecho internacional, en particular en lo que se refiere al propósito y la proporcionalidad. El Tribunal no decidió que una creencia injustificada de los Estados Unidos en cuanto a la existencia de una violación hubiera sido suficiente.

⁷⁴⁷ Véase el párrafo 8 del comentario de introducción del capítulo V de la primera parte.

⁷⁴⁸ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (véase la nota 27 *supra*), págs. 55 y 56, párr. 83.

⁷⁴⁹ En el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* la CIJ estimó que ese requisito se había satisfecho, por cuanto Hungría continuaba incumpliendo las obligaciones que le incumbían en virtud de un tratado bilateral, y la respuesta de Checoslovaquia estaba dirigida contra Hungría por esa razón.

⁷⁵⁰ Sobre la cuestión concreta de las obligaciones relativas a los derechos humanos, véanse el apartado b del párrafo 1 del artículo 50 y el comentario al artículo.

una o más de las obligaciones internacionales que asume para con el Estado responsable, y el párrafo 2 del artículo 49 refleja ese elemento. Aunque normalmente las contramedidas tendrán la forma de incumplimiento de una única obligación, es posible que una medida particular pueda afectar al cumplimiento de varias obligaciones simultáneamente. Esta es la razón por la que en el párrafo 2 se habla de «obligaciones» en plural. Por ejemplo, la congelación de los activos de un Estado puede entrañar lo que de otro modo supondría el incumplimiento de varias obligaciones asumidas por ese Estado en virtud de diferentes acuerdos o arreglos. El mismo hecho puede afectar a obligaciones diferentes y concurrentes. El criterio es siempre el de la proporcionalidad, y un Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito no por ello pasa a ser el objetivo de cualquier forma o combinación de contramedidas, independientemente de su gravedad o consecuencias⁷⁵¹.

7) La palabra «temporario» que figura en el párrafo 2 indica el carácter temporal o provisional de las contramedidas. Su finalidad es la restauración de una situación de legalidad entre el Estado lesionado y el Estado responsable y no la creación de nuevas situaciones que no puedan rectificarse cualquiera que sea la respuesta del Estado responsable a las reclamaciones dirigidas contra él⁷⁵². Las contramedidas se adoptan a modo de incentivo y no de sanción: si son eficaces y consiguen inducir al Estado responsable a cumplir sus obligaciones de cesación y reparación, deberá ponérseles término y reanudar el cumplimiento de la obligación.

8) El párrafo 1 del artículo 49 se refiere a las obligaciones que incumben al Estado responsable «en virtud de lo dispuesto en la segunda parte». Las contramedidas están dirigidas a asegurar el cumplimiento de esas obligaciones. En muchos casos las contramedidas se adoptarán esencialmente para asegurar la cesación de un hecho ilícito que continúa, pero también pueden adoptarse para garantizar la reparación, siempre que se satisfagan las demás condiciones establecidas en el capítulo II. Cualquier otra conclusión haría inmune a las contramedidas a un Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito si el hecho hubiera cesado, independientemente de la gravedad de la violación o de sus consecuencias, o de la negativa del Estado a dar reparación. En tal contexto se plantea la cuestión de si cabe recurrir a contramedidas si el Estado lesionado no recibe la satisfacción que demanda, considerando el papel secundario que ese recurso desempeña en el contexto de la reparación⁷⁵³. En situaciones normales, la satisfacción será simbólica o suplementaria y sería muy poco probable que un Estado que hubiera puesto término al hecho ilícito y ofrecido una indemnización al Estado lesionado pudiera ser objeto de contramedidas por no proporcionar también satisfacción. A esta preocupación puede responder adecuadamente la aplicación de la idea de proporcionalidad enunciada en el artículo 51⁷⁵⁴.

⁷⁵¹ Véanse el artículo 51 y su comentario. Además, el cumplimiento de ciertas obligaciones no puede suspenderse en ninguna circunstancia por la adopción de contramedidas: véanse el artículo 50 y su comentario.

⁷⁵² Esta idea se destaca también en el párrafo 3 del artículo 49 y en el artículo 53 (sobre la terminación de las contramedidas).

⁷⁵³ Véase el párrafo 1 del comentario al artículo 37.

⁷⁵⁴ Se aplican consideraciones análogas a las seguridades y garantías de no repetición. Véanse el apartado b del artículo 30 y el comentario al artículo.

9) El párrafo 3 del artículo 49 está inspirado en el párrafo 2 del artículo 72 de la Convención de Viena de 1969, que establece que cuando un Estado suspende la aplicación de un tratado, durante el período de suspensión el Estado debe abstenerse de todo acto que obstaculice la reanudación de la aplicación del tratado. Por analogía, los Estados deberán en la medida de lo posible escoger contramedidas que sean reversibles. En el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la CIJ reconoció la existencia de esa condición aunque consideró que no era necesario tomar una decisión sobre la cuestión. Tras concluir que «la desviación del Danubio efectuada por Checoslovaquia no constituía una contramedida lícita porque no era proporcionada», la Corte dijo:

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 sus obligaciones con arreglo al derecho internacional y que, por lo tanto, la medida debe ser reversible⁷⁵⁵.

No obstante, la exigencia de que las medidas escogidas sean reversibles no es absoluta. Puede que no sea posible en todos los casos corregir todos los efectos de las contramedidas una vez que ha cesado el hecho que motivó su adopción. Por ejemplo, la exigencia de la notificación de alguna actividad deja de tener valor una vez que la actividad se ha llevado a cabo. En cambio, infligir daños irreparables al Estado responsable puede equivaler a un castigo o a una sanción por incumplimiento, y no a una contramedida tal como se contempla en los artículos. La expresión «en lo posible» que figura en el párrafo 3 indica que si el Estado lesionado tiene elección entre diversas contramedidas legítimas y eficaces, deberá escoger aquella que permita la reanudación del cumplimiento de las obligaciones suspendido como resultado de las contramedidas.

Artículo 50. Obligaciones que no pueden ser afectadas por las contramedidas

1. Las contramedidas no afectarán:

a) La obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, como está enunciada en la Carta de las Naciones Unidas;

b) Las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales;

c) Las obligaciones de carácter humanitario que prohíben las represalias;

d) Otras obligaciones que emanan de normas imperativas del derecho internacional general.

2. El Estado que tome contramedidas no quedará exento del cumplimiento de las obligaciones que le incumban:

a) En virtud de cualquier procedimiento de solución de controversias aplicable entre dicho Estado y el Estado responsable;

⁷⁵⁵ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (véase la nota 27 *supra*), pág. 57, párr. 87.

b) De respetar la inviolabilidad de los agentes, locales, archivos y documentos diplomáticos o consulares.

Comentario

1) En el artículo 50 se prescriben ciertas obligaciones cuyo cumplimiento no puede ser afectado por las contramedidas. Un Estado lesionado debe seguir respetando estas obligaciones en sus relaciones con el Estado responsable, y no puede aducir una violación por el Estado responsable de sus obligaciones con arreglo a la segunda parte para excluir la ilicitud de cualquier incumplimiento de esas obligaciones. En lo que respecta al derecho de las contramedidas, esas obligaciones son sacrosantas.

2) Las obligaciones a que se hace referencia en el artículo 50 se dividen en dos categorías fundamentales. El párrafo 1 trata de ciertas obligaciones que, debido a su carácter, no pueden ser objeto de ninguna contramedida. El párrafo 2 se refiere a ciertas obligaciones relativas, en particular, al mantenimiento de los canales de comunicación entre los dos Estados interesados, en particular el mecanismo para la solución de sus controversias.

3) El párrafo 1 del artículo 50 determina cuatro categorías de obligaciones sustantivas fundamentales que no pueden verse afectadas por las contramedidas: a) la obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, como está enunciada en la Carta de las Naciones Unidas, b) las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales, c) las obligaciones de carácter humanitario que prohíben las represalias, y d) otras obligaciones que emanan de normas imperativas del derecho internacional general.

4) El apartado a del párrafo 1 trata de la prohibición de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, como está enunciada en la Carta de las Naciones Unidas, en particular la prohibición expresa de hacer uso de la fuerza que figura en el párrafo 4 del Artículo 2. Conforme al capítulo II se excluyen del ámbito de las contramedidas permitidas otras medidas que entrañan el uso de la fuerza.

5) La prohibición de emplear contramedidas que entrañen el uso de la fuerza se prescribe en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, en la cual la Asamblea General proclamó que «los Estados tienen el deber de abstenerse de actos de represalia que impliquen el uso de la fuerza»⁷⁵⁶. La prohibición está asimismo conforme con la doctrina prevaleciente así como con un cierto número de pronunciamientos autoriza-

dos de órganos judiciales⁷⁵⁷ y otras entidades internacionales⁷⁵⁸.

6) En el apartado b del párrafo 1 se prescribe que las contramedidas no afectarán las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales. En el arbitraje del caso *Naulilaa*, el Tribunal declaró que para que una contramedida sea lícita «debe estar limitada por las exigencias del humanitarismo y las reglas de buena fe aplicables en las relaciones de Estado a Estado»⁷⁵⁹. El Instituto de Derecho Internacional, en su resolución I de 1934, declaró que al adoptar contramedidas un Estado debe «abstenerse de cualquier medida de rigor que sea contraria a las leyes de la humanidad y a las exigencias de la conciencia pública»⁷⁶⁰. Estas consideraciones se han confirmado como resultado de la evolución registrada desde 1945 en las normas internacionales de derechos humanos. En particular, en los tratados de derechos humanos pertinentes se determinan ciertos derechos humanos inviolables que no pueden dejarse sin efecto ni siquiera en tiempo de guerra o en otra situación excepcional⁷⁶¹.

7) En su Observación general n.º 8 (1997), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales examinó el efecto de las sanciones económicas en la población civil y especialmente en los niños. Consideró tanto el efecto de las medidas adoptadas por organizaciones internacionales, tema que no entra en el ámbito de los presentes artículos⁷⁶², como el de las medidas impuestas por Estados individuales o grupos de Estados. Destacó que «independientemente de las circunstancias, esas sanciones deben siempre tener plenamente en cuenta las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales»⁷⁶³, y añadió que:

resulta esencial distinguir entre el objetivo básico que se persigue al ejercer una presión política y económica sobre la minoría gobernante del país para persuadirla de que respete el derecho internacional y la imposición colateral de sufrimientos a los grupos más vulnerables del país en cuestión⁷⁶⁴.

Pueden hacerse analogías con otros elementos del derecho internacional general. Por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 54 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales dispone incondicionalmente que «queda prohibido, como método de guerra, hacer padecer hambre a las personas

⁷⁵⁷ Véanse en especial *Détroit de Corfou*, fondo (nota 35 *supra*), pág. 35; y *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (nota 36 *supra*), pág. 127, párr. 249.

⁷⁵⁸ Véanse, por ejemplo, las resoluciones del Consejo de Seguridad 111 (1956), de 19 de enero de 1956; 171 (1962), de 9 de abril de 1962; 188 (1964), de 9 de abril de 1964; 316 (1972), de 26 de junio de 1972; 332 (1973), de 21 de abril de 1973; 573 (1985), de 4 de octubre de 1985; y 1322 (2000), de 7 de octubre de 2000. Véase también la resolución 41/38 de la Asamblea General, de 20 de noviembre de 1986.

⁷⁵⁹ *Naulilaa* (véase la nota 337 *supra*), pág. 1026.

⁷⁶⁰ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 38 (1934), pág. 710.

⁷⁶¹ Véanse Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 4; Convenio europeo de derechos humanos, art. 15; y Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 27.

⁷⁶² Véanse *infra* el artículo 59 y su comentario.

⁷⁶³ E/C.12/1997/8, párr. 1.

⁷⁶⁴ *Ibid.*, párr. 4.

⁷⁵⁶ Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, anexo, primer principio. En el Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa de Helsinki de 1.º de agosto de 1975 figura también una condena explícita de las medidas que entrañan el uso de la fuerza. El principio II de la Declaración sobre los Principios que rigen las relaciones entre los Estados participantes contenida en el primer «apartado» del Acta Final dice lo siguiente: «[Los Estados participantes] se abstendrán igualmente en sus relaciones mutuas de cualquier acto de represalia por la fuerza».

civiles»⁷⁶⁵. También en la última oración del párrafo 2 del artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se dice que «en ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia».

8) El apartado c del párrafo 1 se refiere a las obligaciones de carácter humanitario que prohíben las represalias y tiene por modelo el párrafo 5 del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969⁷⁶⁶. El apartado refleja la prohibición básica de tomar represalias contra personas que existe en el derecho internacional humanitario. En particular, conforme al Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1929, a los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra de 12 de agosto de 1949 y al 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 de 1977, se prohíben las represalias contra determinadas clases de personas protegidas y estas prohibiciones gozan de una aceptación muy amplia⁷⁶⁷.

9) En el apartado d del párrafo 1 se prohíben las contramedidas que afecten las obligaciones establecidas con arreglo a las normas imperativas del derecho internacional general. Evidentemente, una norma imperativa, que no puede ser objeto de disposición en contrario entre dos Estados, aun mediante un tratado, no puede quedar sin efecto en virtud de una medida unilateral adoptada en forma de contramedida. En el apartado d se reitera, a los efectos del presente capítulo, el reconocimiento enunciado en el artículo 26 de que las circunstancias que excluyen la ilicitud que figuran en el capítulo V de la primera parte no afectan la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté conforme con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general. La referencia a «otras» obligaciones que emanan de normas imperativas deja en claro que el apartado d no modifica los apartados anteriores, algunos de los cuales abarcan normas de carácter imperativo. En particular, los apartados b y c tienen un enunciado que se basta a sí mismo. En el apartado d se permite el reconocimiento de otras normas imperativas que creen obligaciones que no pueden ser objeto de contramedidas por un Estado lesionado⁷⁶⁸.

10) Los Estados pueden convenir entre sí otras normas de derecho internacional que no podrán ser objeto de contramedidas, se consideren o no como normas imperativas del derecho internacional general. Esta posibilidad está comprendida en la disposición de *lex specialis* contenida en el artículo 55 y no en una exclusión de las contramedidas con arreglo al apartado d del párrafo 1 del artículo 50. En particular en un tratado bilateral o multilateral se podrá renunciar a la posibilidad de adoptar contramedidas por incumplimiento o en relación con el contenido del tratado. Así ocurre, por ejemplo, con los tratados de la Unión Europea, que tienen su propio sistema de ejecutoriedad⁷⁶⁹. Con arreglo al sistema de solución de diferencias de la OMC, se requiere la autorización previa del Órgano de Solución de Diferencias para que un miembro pueda suspender las concesiones u otras obligaciones con arreglo a los acuerdos de la OMC a fin de responder al incumplimiento por otro miembro de las recomendaciones y decisiones de un grupo de la OMC o del Órgano de Apelación⁷⁷⁰. De conformidad con el artículo 23 del Entendimiento sobre solución de diferencias de la OMC, los miembros que «traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas» resultantes de los acuerdos de la OMC, «recurrirán a las normas y procedimientos» del Entendimiento sobre solución de diferencias. Esto se ha interpretado tanto como una «cláusula exclusiva de solución de diferencias» y también como una cláusula destinada a «impedir que los miembros de la OMC resuelvan unilateralmente sus diferencias con respecto a los derechos y obligaciones dimanantes de las normas de la OMC»⁷⁷¹. En la medida en que las cláusulas de inviolabilidad y otras disposiciones de los tratados (como las que prohíben las reservas) se interpreten correctamente en el sentido de que las disposiciones del tratado son incalculables⁷⁷², pueden suponer también la exclusión de las contramedidas.

11) Además de las limitaciones sustantivas impuestas a la adopción de contramedidas en el párrafo 1 del artículo 50, en el párrafo 2 se prescribe que un Estado no podrá tomar contramedidas con respecto a dos categorías de obligaciones, a saber ciertas obligaciones que le incumben en virtud de cualquier procedimiento de solución de controversias aplicable entre dicho Estado y el Estado responsable y las obligaciones relativas al respeto de la inviolabilidad de los agentes diplomáticos y consulares.

⁷⁶⁵ Véanse también el párrafo 2 del artículo 54 («bienes indispensables para la supervivencia de la población civil») y el artículo 75. Véase asimismo el Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, art. 4.

⁷⁶⁶ En el párrafo 5 del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969 se excluye la posibilidad de que un Estado suspenda o dé por terminadas cualesquiera disposiciones de los tratados «relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular [...] las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados». Este párrafo se añadió en la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados por 88 votos a favor contra ninguno y 7 abstenciones.

⁷⁶⁷ Véanse K. J. Partsch, «Reprisals», en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam, Elsevier, 2000, pág. 200 y págs. 203 y 204; y S. Oeter, «Methods and means of combat», en D. Fleck (ed.), *op. cit.* (nota 409 *supra*), pág. 105, en las págs. 204 a 207, párrs. 476 a 479, con referencia a las disposiciones pertinentes.

⁷⁶⁸ Véanse los párrafos 4 a 6 del comentario al artículo 40.

⁷⁶⁹ Sobre la exclusión de las contramedidas unilaterales en la legislación de la Unión Europea, véanse por ejemplo los asuntos acumulados 90 y 91-63, *Comisión de la Comunidad Económica Europea c. Gran Ducado de Luxemburgo y Reino de Bélgica*, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, 1964, edición especial española, pág. 133; asunto 52/75, *Comisión de las Comunidades Europeas c. República Italiana*, *ibíd.*, 1976, edición especial española, pág. 113; asunto 232/78, *Comisión de las Comunidades Europeas c. República Francesa*, *ibíd.*, 1979, edición especial española, pág. 1333; asunto C-5/94, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, ex parte: *Hedley Lomas (Ireland) Ltd.*, *Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, 1996, pág. I-2553.

⁷⁷⁰ Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, anexo 2 (Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias), arts. 3, párr. 7, y 22.

⁷⁷¹ Véase OMC, Estados Unidos-Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 (nota 73 *supra*), párrs. 7.35 a 7.46.

⁷⁷² Para emplear el sinónimo adoptado por la CIJ en *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (véase la nota 54 *supra*), pág. 257, párr. 79.

En cada caso la justificación se refiere no tanto al carácter sustantivo de la obligación sino a su función en lo que respecta a la solución de una controversia entre las partes que ha dado lugar a la amenaza o al uso de contramedidas.

12) La primera disposición, contenida en el apartado *a* del párrafo 2, se aplica a «cualquier procedimiento de solución de controversias aplicable» entre el Estado lesionado y el Estado responsable. Esa frase se refiere sólo a los procedimientos de solución de controversias relacionados con la controversia en cuestión y no con otras cuestiones entre los Estados de que se trate que no estén relacionadas con la controversia. Con tal objeto, debe considerarse que la controversia abarca tanto la controversia inicial sobre un hecho internacionalmente ilícito como la cuestión de la legitimidad de la o las contramedidas adoptadas como respuesta.

13) Es un principio bien establecido que las disposiciones de solución de controversias deben respetarse estén o no contenidas en un tratado que sea objeto de la controversia y cuya continua validez o efecto se haya impugnado. Como dijo la CIJ en el caso *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*:

No es posible, en todo caso, que una suspensión puramente unilateral baste por sí misma para suspender la aplicación de las cláusulas jurisdiccionales, puesto que uno de sus propósitos puede ser, precisamente, permitir que se impugne la validez de la suspensión⁷⁷³.

Un razonamiento semejante es la base del principio de que las disposiciones de solución de controversias vigentes entre el Estado lesionado y el Estado responsable y aplicables a su controversia no pueden suspenderse por medio de una contramedida. De no ser así un hecho unilateral reemplazaría una disposición convenida que puede resolver la controversia que ha dado lugar a las contramedidas. Este aspecto fue afirmado por la CIJ en el caso *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*:

En todo caso, cualquier presunta violación del Tratado [de Amistad] por cualquiera de las Partes no tendría por efecto suprimir la posibilidad de que dicha Parte invocase las disposiciones del Tratado relativas a la solución pacífica de controversias⁷⁷⁴.

14) La segunda excepción del apartado *b* del párrafo 2 limita la medida en que un Estado lesionado puede recurrir a contramedidas que entrañan un comportamiento incompatible con sus obligaciones en materia de relaciones diplomáticas o consulares. Un Estado lesionado puede tomar medidas a diversos niveles. Declarar a un diplomático persona *non grata*, poner fin o suspender las relaciones diplomáticas, o llamar a los embajadores en situaciones previstas en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, son actos que no equivalen a contramedidas en el sentido del presente capítulo. A un segundo nivel, pueden adoptarse medidas que afecten los privilegios diplomáticos o consulares, sin prejuzgar la inviolabilidad de los agentes diplomáticos o consulares o de sus locales, archivos y documentos. Tales medidas pueden ser lícitas en tanto que contramedidas si se respetan los requisitos

⁷⁷³ *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI* (India c. Pakistán), fallo, *C.I.J. Recueil 1972*, pág. 46, en la pág. 53. Véase también S. M. Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems*, Cambridge, Grotius, 1987, págs. 13 a 59.

⁷⁷⁴ *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (véase la nota 59 *supra.*), pág. 28, párr. 53.

enunciados en este capítulo. Por otra parte, el ámbito de las contramedidas prohibidas con arreglo al apartado *b* del párrafo 2 del artículo 50 se limita a las obligaciones destinadas a garantizar la seguridad física y la inviolabilidad (incluida la inmunidad jurisdiccional) de los agentes, locales, archivos y documentos diplomáticos en todas las circunstancias, inclusive el conflicto armado⁷⁷⁵. Lo mismo se aplica, *mutatis mutandis*, a los agentes consulares.

15) En el caso *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, la CIJ señaló que «el propio derecho diplomático prevé los medios necesarios de defensa y las sanciones en caso de actividades ilícitas llevadas a cabo por miembros de misiones diplomáticas o consulares»⁷⁷⁶, y llegó a la conclusión de que las violaciones de las inmunidades diplomáticas o consulares no podían justificarse ni siquiera como contramedidas en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito cometido por el Estado que envía. Como dijo la Corte:

Las reglas de derecho diplomático constituyen un régimen independiente que, por una parte, enuncia las obligaciones del Estado acreditante en materia de facilidades, privilegios e inmunidades que ha de conceder a las misiones diplomáticas y, por otra parte, prevé el mal uso que pueden hacer de ellas las misiones y los miembros de la misión y precisa los medios de que dispone el Estado acreditante para hacer frente a tales abusos⁷⁷⁷.

Si el personal diplomático o consular pudiera ser objeto de contramedidas, sus miembros constituirían en la práctica rehenes residentes contra los hechos ilícitos que se imputan al Estado que envía, menoscabando así la institución de las relaciones diplomáticas y consulares. La exclusión de cualesquiera contramedidas que infrinjan la inviolabilidad diplomática o consular se justifica, en consecuencia, por razones funcionales. Esto no afecta las diversas vías de reparación de que dispone el Estado acreditante conforme a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares⁷⁷⁸. Por otra parte, no hace falta hacer ninguna referencia en el apartado *b* del párrafo 2 del artículo 50 a la diplomacia multilateral. Los representantes de los Estados ante las organizaciones internacionales están protegidos por la referencia a los agentes diplomáticos. En cuanto a los funcionarios de las propias organizaciones internacionales, ninguna medida de represalia adoptada por el Estado receptor en contra suya constituye una contramedida, puesto que entrañaría el incumplimiento no de una obligación debida al Estado responsable sino de una obligación debida a una tercera parte, es decir la organización internacional de que se trate.

Artículo 51. Proporcionalidad

Las contramedidas deben ser proporcionales al perjuicio sufrido, teniendo en cuenta la gravedad del

⁷⁷⁵ Véase, por ejemplo, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, arts. 22, 24, 29, 44 y 45.

⁷⁷⁶ *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (véase la nota 59 *supra.*), pág. 38, párr. 83.

⁷⁷⁷ *Ibid.*, pág. 40, párr. 86. Cf. Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, art. 45 *a*; Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, párr. 27.1 *a* (locales, bienes y archivos que deben ser protegidos «incluso en caso de conflicto armado»).

⁷⁷⁸ Véanse Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, arts. 9, 11, 26, 36.2, 43 *b* y 47.2 *a*; y Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, arts. 10.2, 12, 23, 25 *b* y *c* y 35.3.

hecho internacionalmente ilícito y los derechos en cuestión.

Comentario

1) El artículo 51 establece un límite esencial a la adopción de contramedidas por un Estado lesionado en cualquier caso, sobre la base de consideraciones de proporcionalidad. Es pertinente para determinar qué contramedidas pueden aplicarse y su grado de intensidad. La proporcionalidad constituye una medida de seguridad en cuanto que las contramedidas no proporcionadas pueden dar lugar a responsabilidad de parte del Estado que las adopta.

2) La proporcionalidad es un requisito bien establecido para la adopción de contramedidas, ampliamente reconocido en la práctica de los Estados, la doctrina y la jurisprudencia. Según el laudo dictado en el caso *Naulilaa*:

incluso si se admitiera que el derecho de gentes no exige que la represalia guarde proporción aproximativa con la ofensa, ciertamente se deberían considerar excesivas y por tanto ilícitas, las represalias totalmente desproporcionadas con el acto que las motivó⁷⁷⁹.

3) En el arbitraje sobre el caso *Accord relatif aux services aériens*, la cuestión de la proporcionalidad se examinó con cierto detalle. En ese caso no había ninguna equivalencia exacta entre la negativa de Francia a permitir una ruptura de carga en Londres en los vuelos provenientes de la costa occidental de los Estados Unidos, y la contramedida de los Estados Unidos, que suspendió enteramente los vuelos de Air France con destino a Los Ángeles. No obstante, el Tribunal sostuvo que las medidas de los Estados Unidos eran conformes al principio de proporcionalidad porque «no parece que [...] sean claramente desproporcionadas con respecto a las adoptadas por Francia»⁷⁸⁰. En particular, la mayoría declaró lo siguiente:

Se reconoce generalmente que las contramedidas deben, ante todo, guardar cierta equivalencia con la violación que se alega; se trata de una regla muy conocida [...]. Se ha señalado, en general, que la apreciación de la «proporcionalidad» de las contramedidas no es tarea fácil, y sólo puede realizarse, cuando más, por aproximación. A juicio del Tribunal, es fundamental, en un litigio entre Estados, tener en cuenta no sólo los perjuicios sufridos por las empresas interesadas, sino también la importancia de las cuestiones de principio que plantea la violación alegada. El Tribunal estima que no bastará, en el caso presente, comparar las pérdidas sufridas por Pan Am a causa de la suspensión de los servicios proyectados con las pérdidas que habrían sufrido las compañías francesas como consecuencia de las contramedidas; será preciso asimismo tomar en consideración la importancia de las posiciones de principio que se adoptaron cuando las autoridades francesas prohibieron las rupturas de carga en terceros países. Si se considera la importancia de la cuestión en el marco de la política general adoptada por el Gobierno de los Estados Unidos en materia de transporte aéreo y puesta en práctica mediante la celebración de numerosos acuerdos internacionales con otros países además de Francia, no parece que las medidas adoptadas por los Estados Unidos sean claramente desproporcionadas con respecto a las adoptadas por Francia. Ninguna de las dos partes ha aportado al Tribunal pruebas suficientes para afirmar ni para rechazar la existencia de proporcionalidad, definida de ese modo, y el Tribunal debe conformarse con una apreciación muy aproximativa⁷⁸¹.

⁷⁷⁹ *Naulilaa* (véase la nota 337 *supra*), pág. 1028.

⁷⁸⁰ *Accord relatif aux services aériens* (véase la nota 28 *supra*), párr. 83.

⁷⁸¹ *Ibid.*; Reuter, en un voto particular discrepante, aceptó el análisis jurídico de la proporcionalidad hecho por el Tribunal pero sugirió que existían «serias dudas en cuanto a la proporcionalidad de las contramedidas adoptadas por los Estados Unidos, que el Tribunal no había conseguido evaluar de manera definitiva», pág. 448.

En ese caso, las contramedidas se habían adoptado en el mismo sector que las medidas iniciales y se referían a las mismas rutas, aun si eran más severas en términos de sus efectos económicos sobre los transportistas franceses de lo que había sido la medida adoptada inicialmente por Francia.

4) La cuestión de la proporcionalidad fue también muy importante en cuanto a la legalidad de las posibles contramedidas adoptadas por Checoslovaquia en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. La CIJ, habiendo aceptado que los actos de Hungría al negarse a completar un proyecto equivalían a una violación injustificada del Tratado relativo a la construcción y funcionamiento del sistema de la presa de Gabčíkovo-Nagymaros de 1977 siguió diciendo:

A juicio de la Corte, una importante consideración es que los efectos de una contramedida deben ser proporcionales al daño sufrido, habida cuenta de los derechos en cuestión.

En 1929, la Corte Permanente de Justicia Internacional, en relación con la navegación en el río Oder, declaró lo siguiente:

«La comunidad de intereses en un río navegable constituye la base de un derecho común, cuyas características fundamentales son la igualdad perfecta de todos los Estados ribereños en el uso de todo el curso del río y la exclusión de todo privilegio preferencial de cualquier Estado ribereño en relación con los demás...»

La evolución moderna del derecho internacional ha fortalecido también este principio en relación con los usos no navegacionales de los cursos de agua internacionales [...]

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 de 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 proporcionada⁷⁸².

En consecuencia la Corte tuvo en cuenta la calidad o el carácter de los derechos de que se trataba como cuestión de principio y (al igual que el Tribunal en el caso *Accord relatif aux services aériens*) no evaluó la cuestión de la proporcionalidad tan sólo en términos cuantitativos.

5) En otras esferas del derecho en que es pertinente la proporcionalidad (por ejemplo, la legítima defensa), es normal expresar el requisito en términos positivos aunque, también en dichas esferas, lo que es proporcionado no es una cuestión que pueda determinarse precisamente⁷⁸³. En el artículo 51 se ha adoptado la formulación positiva del requisito de proporcionalidad. Una formulación negativa podría resultar demasiado amplia, en un contexto en que inquieta el posible abuso de contramedidas.

6) Teniendo en cuenta la necesidad de asegurar que la adopción de contramedidas no lleve a resultados inequitativos, la proporcionalidad debe evaluarse teniendo en consideración no sólo el elemento puramente «cuantitativo» al daño sufrido, sino también factores «cualitativos» tales como la importancia del interés protegido por la norma violada y la gravedad de la violación. El artículo 51 establece primordialmente una relación de la proporcio-

⁷⁸² *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (véase la nota 27 *supra*), pág. 56, párrs. 85 a 87, cita del fallo emitido en el asunto *Jurisdiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder, 1929, C.P.J.I., série A, n.º 23*, pág. 27.

⁷⁸³ E. Cannizzaro, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milán, Giuffrè, 2000.

nalidad con el perjuicio sufrido pero «teniendo en cuenta» otros dos criterios: la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y los derechos de que se trate. La referencia a «los derechos en cuestión» tiene un sentido amplio y comprende no sólo los efectos de un hecho ilícito sobre el Estado lesionado sino también los derechos del Estado responsable. Además, también debe tenerse en cuenta la posición de otros Estados que puedan resultar afectados.

7) La proporcionalidad se refiere a la relación entre el hecho internacionalmente ilícito y la contramedida. En algunos aspectos la proporcionalidad está vinculada al requisito del propósito enunciado en el artículo 49: puede considerarse que una medida claramente desproporcionada no haya sido necesaria para inducir al Estado responsable a cumplir con sus obligaciones pero que haya tenido una finalidad punitiva y estar fuera del propósito de las contramedidas enunciado en el artículo 49. No obstante, la proporcionalidad es una limitación, aun en el caso de las medidas que pueden justificarse conforme al artículo 49. En cualquier caso una contramedida debe ser proporcionada al perjuicio sufrido, incluida la importancia de la cuestión de principio en juego, y esto tiene una función que, en parte, es independiente de la cuestión de si la contramedida era necesaria para lograr el resultado de asegurar el cumplimiento.

Artículo 52. Condiciones del recurso a las contramedidas

1. Antes de tomar contramedidas, el Estado lesionado:

a) Requerirá al Estado responsable, de conformidad con el artículo 43, que cumpla las obligaciones que le incumben en virtud de la segunda parte; y

b) Notificará al Estado responsable cualquier decisión de tomar contramedidas y ofrecerá negociar con ese Estado.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado b del párrafo 1, el Estado lesionado podrá tomar las contramedidas urgentes que sean necesarias para preservar sus derechos.

3. Las contramedidas no podrán tomarse y, caso de haberse tomado, deberán suspenderse sin retardo injustificado si:

a) El hecho internacionalmente ilícito ha cesado; y

b) La controversia está sometida a una corte o un tribunal facultados para dictar decisiones vinculantes para las partes.

4. No se aplicará el párrafo 3 si el Estado responsable no aplica de buena fe los procedimientos de solución de controversias.

Comentario

1) El artículo 52 establece algunas condiciones de procedimiento relativas al recurso a las contramedidas por el Estado lesionado. Antes de tomar contramedidas, el Esta-

do lesionado debe requerir al Estado responsable, de conformidad con el artículo 43, que cumpla las obligaciones que le incumben en virtud de la segunda parte. El Estado lesionado también debe notificar al Estado responsable que se propone tomar contramedidas y ofrecer negociar con él. No obstante esta segunda exigencia, el Estado lesionado puede tomar ciertas contramedidas urgentes para preservar sus derechos. Si el Estado responsable ha cesado el hecho internacionalmente ilícito y la controversia está sometida a una corte o tribunal competente, no podrán tomarse contramedidas y, si ya se han tomado, deberán suspenderse. Sin embargo, no es este el caso cuando el Estado responsable no aplica de buena fe el procedimiento de solución de controversias. De ocurrir esto, no tienen que suspenderse las contramedidas y pueden reanudarse.

2) En conjunto, el artículo 52 trata de establecer condiciones de procedimiento razonables para la adopción de contramedidas en un contexto en el que tal vez no esté disponible, con carácter inmediato o en absoluto⁷⁸⁴, un procedimiento obligatorio de solución de controversias por terceros. Al mismo tiempo, debe tomarse en cuenta la posibilidad de que haya una corte o tribunal internacional con facultades para adoptar decisiones vinculantes para las partes en relación con la controversia. Las contramedidas son una forma de autoayuda, que responde a la posición del Estado lesionado en un sistema internacional en el que no se garantiza todavía la solución imparcial de controversias con las debidas garantías procesales. Cuando existe un procedimiento de tercería y éste ha sido invocado por una de las partes en la controversia, los requisitos de ese procedimiento, por ejemplo, en lo tocante a las medidas provisionales de protección, deben reemplazar en lo posible a las contramedidas. Por otra parte, incluso cuando una corte o tribunal internacional tiene competencia sobre una controversia y autoridad para dictar medidas provisionales de protección, puede ocurrir que el Estado responsable no colabore en ese proceso. En esos casos, revive necesariamente el recurso a las contramedidas.

3) El sistema del artículo 52 se basa en las observaciones hechas por el Tribunal en el arbitraje del asunto *Accord relatif aux services aériens*⁷⁸⁵. El primer requisito, estipulado en el apartado a del párrafo 1, es el de que el Estado lesionado requiera al Estado responsable que cumpla sus obligaciones de cesación y reparación antes de recurrir a contramedidas. Este requisito (denominado en ocasiones «conminación») fue destacado tanto por el Tribunal en el arbitraje del asunto *Accord relatif aux services aériens*⁷⁸⁶ como por la CIJ en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*⁷⁸⁷. Parece también reflejar una práctica general⁷⁸⁸.

4) El principio que informa el requisito de la notificación es el de que, habida cuenta del carácter excepcional y de las graves consecuencias posibles de las contramedidas, no deben tomarse antes de que se notifique al otro Estado una reclamación y se le ofrezca alguna oportuni-

⁷⁸⁴ Véase el párrafo 7 del comentario al presente capítulo.

⁷⁸⁵ *Accord relatif aux services aériens* (véase la nota 28 *supra*), págs. 445 y 446, párrs. 91 y 94 a 96.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, pág. 444, párrs. 85 a 87.

⁷⁸⁷ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (véase la nota 27 *supra*), pág. 56, párr. 84.

⁷⁸⁸ A. Gianelli, *Adempimenti preventivi all'adozione di contromisure internazionali*, Milán, Giuffrè, 1997.

dad de presentar una respuesta. Sin embargo, en la práctica, suelen celebrarse negociaciones bastante amplias y detalladas acerca de una controversia antes de llegar al punto en que se piense en tomar algunas contramedidas. En esos casos, el Estado lesionado habrá ya notificado al Estado responsable su reclamación de conformidad con el artículo 43 y no tendrá que hacerlo de nuevo para cumplir el apartado *a* del párrafo 1.

5) El apartado *b* del párrafo 1 requiere que el Estado lesionado que decida tomar contramedidas notifique esa decisión al Estado responsable y ofrezca negociar con ese Estado. Las contramedidas pueden tener graves consecuencias para el Estado contra el que van dirigidas, el cual debería tener la oportunidad de reconsiderar su posición frente a las contramedidas propuestas. La relación temporal entre la aplicación de los apartados *a* y *b* del párrafo 1 no es estricta. Las notificaciones pueden hacerse muy seguidas o incluso simultáneamente.

6) Sin embargo, con arreglo al párrafo 2, el Estado lesionado puede tomar «las contramedidas urgentes que sean necesarias para preservar sus derechos». Dadas las modernas condiciones de las comunicaciones, el Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito que se niegue a cesar dicho acto o a ofrecer una reparación por él puede también tratar de protegerse de las contramedidas, por ejemplo, retirando activos de bancos en el Estado lesionado. Esas medidas pueden adoptarse a muy corto plazo, por lo que la notificación exigida en el apartado *b* del párrafo 1 podría invalidar su objeto. De aquí que el párrafo 2 permita la adopción urgente de contramedidas cuando sea necesario para preservar los derechos del Estado lesionado. Esta frase incluye tanto los derechos del Estado lesionado en la cuestión objeto de la controversia como su derecho a tomar contramedidas. Las órdenes de suspensión temporal, la congelación temporal de activos y medidas análogas podrían quedar incluidas en el párrafo 2, según las circunstancias.

7) El párrafo 3 trata del caso en que ha cesado el hecho ilícito y la controversia se ha sometido a una corte o tribunal facultados para dictar decisiones vinculantes para las partes. En esas condiciones, y en tanto el procedimiento de solución de controversias se esté aplicando de buena fe, no se justifica la adopción unilateral de contramedidas. Una vez cumplidos los requisitos que se exponen en el párrafo 3, el Estado lesionado no puede tomar contramedidas; si ya las ha tomado, debe suspenderlas «sin retardo injustificado». La expresión «sin retardo injustificado» permite una tolerancia limitada respecto de los arreglos necesarios para suspender esas medidas.

8) No se entiende que una controversia «está sometida a una corte o a un tribunal» a los efectos del apartado *b* del párrafo 3, a menos que esa corte o tribunal exista y esté en condiciones de entender del asunto. Una controversia no está sometida a estos efectos a un tribunal *ad hoc* establecido de conformidad con un tratado hasta que se haya constituido efectivamente el tribunal, proceso que puede llevar algún tiempo incluso si ambas partes están colaborando en el nombramiento de los miembros del tribunal⁷⁸⁹. El párrafo 3 se basa en el supuesto de que la corte

o tribunal a que se refiere es competente para conocer de la controversia y tiene también facultad para ordenar medidas provisionales. Esa facultad es una característica habitual de las normas de los tribunales internacionales⁷⁹⁰. La razón de ser del párrafo 3 es que, una vez que las partes someten su controversia a una corte o tribunal para su solución, el Estado lesionado puede pedir a esa corte o tribunal que ordene medidas provisionales para proteger sus derechos. Esa petición, siempre que la corte o tribunal estén disponibles para conocerla, cumplirá una función básicamente equivalente a la de las contramedidas. Siempre que se cumpla la orden, las contramedidas serán innecesarias en espera de la decisión del tribunal. La referencia a «una corte o tribunal», en el párrafo 3, comprende cualquier procedimiento de solución de controversias por decisión vinculante de terceros, cualquiera que sea su designación. No se refiere, sin embargo, a órganos políticos como el Consejo de Seguridad. Tampoco se refiere a un tribunal competente para conocer de una controversia entre un particular y el Estado responsable, incluso si la controversia entre ellos ha dado lugar a la controversia entre el Estado lesionado y el Estado responsable. Ahora bien, en esos casos, el hecho de que la controversia subyacente haya sido sometida a arbitraje será pertinente a los efectos de los artículos 49 y 51, y solamente en casos excepcionales estarán justificadas las contramedidas⁷⁹¹.

9) El párrafo 4 del artículo 52 establece otra condición para la suspensión de las contramedidas con arreglo al párrafo 3. Abarca varias posibilidades, que van de la negativa inicial a colaborar en el procedimiento, por ejemplo no compareciendo, hasta el incumplimiento de una orden de medidas provisionales, sea o no vinculante oficialmente, y la negativa a aceptar la decisión final de la corte o tribunal. Este párrafo se aplica también a situaciones en que un Estado parte no colabora en el establecimiento del tribunal pertinente o no comparece ante él una vez establecido. En las circunstancias que se enuncian en el párrafo 4, no se aplican las limitaciones a la adopción de contramedidas en virtud del párrafo 3.

Artículo 53. Terminación de las contramedidas

Se pondrá fin a las contramedidas tan pronto como el Estado responsable haya cumplido sus obligaciones

ocupe de las solicitudes de medidas provisionales «hasta que se constituya el tribunal arbitral al que se someta una controversia».

⁷⁹⁰ El efecto vinculante de las órdenes relativas a medidas provisionales dictadas con arreglo a la parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar está garantizado por el párrafo 6 del artículo 290. En lo que respecta al efecto vinculante de las órdenes de medidas provisionales con arreglo al Artículo 41 del Estatuto de la CIJ, véase la decisión adoptada en el asunto *LaGrand*, fallo (nota 119 *supra*), párrs. 99 a 104.

⁷⁹¹ En virtud del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, el Estado de la nacionalidad no podrá presentar una reclamación internacional en nombre de un particular o empresa reclamantes «respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el auto dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo» (art. 27 1); véase C. H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001, págs. 397 a 414. Esto excluye todas las formas de invocación de responsabilidad por el Estado de la nacionalidad, incluida la adopción de contramedidas. Véase el párrafo 2 del comentario al artículo 42.

⁷⁸⁹ De aquí que el párrafo 5 del artículo 290 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar disponga que el TIDM se

en relación con el hecho internacionalmente ilícito de conformidad con lo dispuesto en la segunda parte.

Comentario

1) El artículo 53 se ocupa de la situación en que el Estado responsable ha cumplido sus obligaciones de cesación y reparación con arreglo a la segunda parte en respuesta a las contramedidas tomadas por el Estado lesionado. Una vez que el Estado responsable ha cumplido las obligaciones que le impone la segunda parte, no hay motivos para mantener las contramedidas, a las que debe ponerse fin inmediatamente.

2) La idea de que debe ponerse fin a las contramedidas tan pronto como hayan cesado las condiciones que las justificaban va implícita en otros artículos del presente capítulo. Sin embargo, habida cuenta de su importancia, el artículo 53 pone esto en claro. Subraya el carácter específico de las contramedidas adoptadas con arreglo al artículo 49.

Artículo 54. Medidas tomadas por Estados distintos del Estado lesionado

Este capítulo no prejuzga el derecho de cualquier Estado, facultado por el párrafo 1 del artículo 48 para invocar la responsabilidad de otro Estado, a tomar medidas lícitas contra este Estado para asegurar la cesación de la violación y la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada.

Comentario

1) El capítulo II trata del derecho de un Estado lesionado a tomar contramedidas contra un Estado responsable para inducirle a cumplir sus obligaciones de cesación y reparación. Sin embargo, los Estados «lesionados», según se definen en el artículo 42, no son sólo los Estados que tienen derecho a invocar la responsabilidad de un Estado por un hecho internacionalmente ilícito con arreglo al capítulo I de la presente parte. El artículo 48 permite que cualquier Estado invoque esa responsabilidad en el caso de violación de una obligación con la comunidad internacional en su conjunto, o cualquier miembro de un grupo de Estados, en el caso de otras obligaciones establecidas para la protección de los intereses colectivos del grupo. En virtud del párrafo 2 del artículo 48, esos Estados pueden pedir también la cesación del hecho y el cumplimiento de la obligación violada, en interés de los beneficiarios. De este modo, en lo que respecta a las obligaciones mencionadas en el artículo 48, se reconoce que esos Estados tienen un interés jurídico en el cumplimiento. La cuestión está en determinar hasta qué punto esos Estados pueden hacer valer legítimamente un derecho a reaccionar contra violaciones no reparadas⁷⁹².

⁷⁹² Véanse, por ejemplo, M. Akehurst, «Reprisals by third States», *BYBIL* 1970, vol. 44, pág. 1; J. I. Charney, «Third State remedies in international law», *Michigan Journal of International Law*, vol. 10, n.º 1 (1989), pág. 57; D. N. Hutchinson, *loc. cit.* (nota 672 *supra*); L.-A. Sicilianos, *op. cit.* (nota 735 *supra*), págs. 110 a 175; B. Simma, «From bilateralism to community interest in international law», *Recueil des cours... 1994-VI* (La Haya), Martinus Nijhoff, vol. 250 (1997), pág. 217; y J. A. Frowein, «Reactions by not directly affected States

2) Es fundamental, a tal efecto, distinguir entre medidas individuales, ya sean tomadas por un Estado o por un grupo de Estados cada uno de los cuales actúe a título individual y por conducto de sus propios órganos, por una parte, y las reacciones institucionales en el marco de organizaciones internacionales, por otra. Esta última situación, por ejemplo cuando se produce bajo la autoridad del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, no está comprendida en los artículos⁷⁹³. De manera más general, los artículos no abarcan el caso en que las medidas son tomadas por una organización internacional, aun cuando los Estados miembros dirijan o fiscalicen su comportamiento⁷⁹⁴.

3) La práctica a este respecto es limitada y bastante embrionaria. En diversas ocasiones, los Estados han reaccionado en contra de lo que, según denunciaban, eran violaciones de las obligaciones mencionadas en el artículo 48, sin pretender haber sido lesionados individualmente. Las reacciones han adoptado la forma de sanciones económicas o medidas de otra índole (por ejemplo, la ruptura de enlaces aéreos o de otros contactos). Cabe citar los ejemplos siguientes:

- *Los Estados Unidos de América-Uganda* (1978). En octubre de 1978, el Congreso de los Estados Unidos aprobó una normativa por la que se prohibía exportar productos y tecnología a Uganda e importar cualquier cosa de este país⁷⁹⁵. En esa normativa se decía que el Gobierno de Uganda «...ha cometido genocidio contra los ugandeses» y que «los Estados Unidos deben adoptar medidas para desvincularse de todo gobierno extranjero que cometa el crimen internacional del genocidio»⁷⁹⁶.

- *Algunos países occidentales c. Polonia y la Unión Soviética* (1981). El 13 de diciembre de 1981 el Gobierno polaco impuso la ley marcial y posteriormente reprimió manifestaciones y encarceló a muchos disidentes⁷⁹⁷. Los Estados Unidos y otros países occidentales tomaron medidas contra Polonia y la Unión Soviética, entre ellas la suspensión, con efecto inmediato, de los tratados en que conferían derechos de aterrizaje a Aeroflot en los Estados Unidos y a Lot en los Estados Unidos, el Reino Unido, Francia, los Países Bajos, Suiza y Austria⁷⁹⁸. Se hizo caso omiso de los procedimientos de suspensión previstos en los respectivos tratados⁷⁹⁹.

- *Medidas colectivas contra la Argentina* (1982). En abril de 1982, cuando la Argentina se apoderó de parte de las Islas Malvinas (Falkland), el Consejo de Seguridad le pi-

to breaches of public international law», *Recueil des cours... 1994-IV* (Dordrecht), Martinus Nijhoff, vol. 248 (1995), pág. 345.

⁷⁹³ Véanse el artículo 59 y su comentario.

⁷⁹⁴ Véanse el artículo 57 y su comentario.

⁷⁹⁵ Ley de embargo contra Uganda n.º 95-435, de 10 de octubre de 1978, *United States Statutes at Large 1978*, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1980, vol. 92, pág. 1051.

⁷⁹⁶ *Ibid.*, secciones 5 a, 5 b.

⁷⁹⁷ RGDIP, vol. 86 (1982), págs. 603 y 604.

⁷⁹⁸ *Ibid.*, pág. 606.

⁷⁹⁹ Véanse, por ejemplo, el artículo 15 del Acuerdo de Transporte Aéreo entre los Estados Unidos y Polonia de 1972 [*United States Treaties and Other International Agreements*, vol. 23, Part 4 (1972), pág. 4269]; y el artículo 17 del Acuerdo de Transporte Aéreo Civil entre los Estados Unidos y la Unión Soviética de 1966 [ILM, vol. 6, n.º 1 (enero de 1967), pág. 82, y vol. 7, n.º 3 (mayo de 1968), pág. 571].

dió que se retirara de inmediato⁸⁰⁰. A instancias del Reino Unido, los miembros de la Comunidad Europea, Australia, Nueva Zelandia y el Canadá impusieron sanciones comerciales, entre ellas la prohibición temporal de todas las importaciones de productos argentinos, lo que contravenía el artículo XI.1 y, posiblemente, el artículo III del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio. Es dudoso que pudieran justificarse las medidas alegando razones de seguridad nacional conforme a lo previsto en el inciso iii) del apartado b del artículo XXI del Acuerdo⁸⁰¹. El embargo declarado por los países europeos conculcaba también los derechos que tenía la Argentina en virtud de los acuerdos sectoriales de comercio de textiles y comercio de carne ovina⁸⁰², a los que no se aplicaba las excepciones en materia de seguridad del Acuerdo.

• *Los Estados Unidos de América c. Sudáfrica* (1986). Cuando en 1985 el Gobierno de Sudáfrica declaró el estado de excepción en gran parte del país, el Consejo de Seguridad recomendó que se emprendieran boicoteos económicos sectoriales y que se cortaran las relaciones culturales y deportivas con ese país⁸⁰³. Posteriormente otros países aplicaron medidas que rebasan las recomendadas por el Consejo de Seguridad. El Congreso de los Estados Unidos adoptó la *Comprehensive Anti-Apartheid Act*, por la que se suspendían los derechos de aterrizaje de South African Airlines en territorio estadounidense⁸⁰⁴. Esa suspensión inmediata contradecía lo dispuesto en el Acuerdo de aviación concertado en 1947 entre los Estados Unidos y la Unión Sudafricana⁸⁰⁵ y se justificaba como medida para inducir al Gobierno de Sudáfrica a «adoptar medidas que llevarán a instaurar una democracia sin distinción de razas»⁸⁰⁶.

• *Medidas colectivas contra el Iraq* (1990). El 2 de agosto de 1990 las tropas iraquíes invadieron y ocuparon Kuwait. El Consejo de Seguridad condenó inmediatamente la invasión. Los Estados miembros de la Comunidad Europea y los Estados Unidos impusieron embargos comerciales y decidieron congelar los activos iraquíes⁸⁰⁷. Estas medidas se adoptaron con el consentimiento del Gobierno de Kuwait como respuesta directa a la invasión del Iraq.

• *Medidas colectivas contra la República Federativa de Yugoslavia* (1998). En respuesta a la crisis humanitaria

de Kosovo, los Estados miembros de la Comunidad Europea adoptaron leyes para la congelación de los fondos yugoslavos y la prohibición inmediata de los vuelos⁸⁰⁸. Para varios países, como Alemania, Francia y el Reino Unido, esta última medida implicaba la ruptura de acuerdos bilaterales de aviación⁸⁰⁹. Dudando de la legitimidad de la medida, el Gobierno británico se dispuso a aplicar inicialmente el procedimiento de denuncia de un año de duración que preveía el artículo 17 de su acuerdo con Yugoslavia. Sin embargo, cambió después de postura y denunció los vuelos con efecto inmediato. A modo de justificación declaró que «del historial cada vez más grave que tiene el Presidente Milosevic en materia de derechos humanos se desprende que, desde una perspectiva moral y política ha privado a su Gobierno del derecho a insistir en que se le aplique el plazo de 12 meses de antelación que se le aplicaría normalmente»⁸¹⁰. La República Federativa de Yugoslavia protestó y declaró que esas medidas eran «ilegales, unilaterales y ejemplo de política discriminatoria»⁸¹¹.

4) En otros casos, algunos Estados han suspendido también derechos previstos en tratados para ejercer presión sobre Estados que habían incumplido obligaciones colectivas. Sin embargo, no hicieron valer el derecho de adoptar contramedidas, sino el de suspender la aplicación del tratado debido a un cambio fundamental de circunstancias. Cabe citar dos ejemplos:

• *Los Países Bajos-Suriname* (1982). En 1980, un gobierno militar se hizo con el poder en Suriname. En respuesta a la represión que lanzó el nuevo gobierno contra los movimientos de oposición en diciembre de 1982, el Gobierno de los Países Bajos suspendió la aplicación del tratado bilateral de asistencia para el desarrollo en virtud del cual Suriname tenía derecho a recibir subvenciones económicas⁸¹². Si bien el tratado no contenía ninguna cláusula de suspensión o terminación, el Gobierno de los Países Bajos alegó que las violaciones de los derechos humanos en Suriname constituían un cambio fundamental de circunstancias que daba lugar al derecho de suspensión⁸¹³.

• *Los Estados miembros de la Comunidad Europea-Yugoslavia* (1991). En el otoño de 1991, en respuesta a la reanudación de los combates en Yugoslavia, los Estados miembros de la Comunidad Europea suspendieron, y

⁸⁰⁰ Resolución 502 (1982) del Consejo de Seguridad, de 3 de abril de 1982.

⁸⁰¹ Otros miembros del GATT pusieron en entredicho el recurso de los Estados occidentales a esa disposición; véanse el comunicado de los países occidentales (documento del GATT L/5319/Rev.1), y las declaraciones de España y del Brasil (documento del GATT C/M/157, págs. 5 y 6). Se analiza la cuestión en M. J. Hahn, *Die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Repressalie*, Berlín, Springer, 1996, págs. 328 a 334.

⁸⁰² Los tratados figuran en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.º L 298, de 26 de noviembre de 1979, pág. 2; y n.º L 275, de 18 de octubre de 1980, pág. 14.

⁸⁰³ Resolución 569 (1985) del Consejo de Seguridad, de 26 de julio de 1985. Véanse ulteriores referencias en L.-A. Sicilianos, *op. cit.* (nota 735 *supra*), pág. 165.

⁸⁰⁴ Véase el texto de esta disposición en ILM, vol. 26, n.º 1 (enero de 1987), pág. 79 (secc. 306).

⁸⁰⁵ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 66, pág. 233, en la pág. 239 (art. VI).

⁸⁰⁶ Véase el decreto en ILM (nota 804 *supra*), pág. 105.

⁸⁰⁷ Véanse, por ejemplo, los decretos del Presidente Bush de 2 de agosto de 1990, reproducidos en AJIL, vol. 84, n.º 4 (octubre de 1990), págs. 903 a 905.

⁸⁰⁸ Posiciones comunes de 7 de mayo y 29 de junio de 1998, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.º L 143, de 14 de mayo de 1998, pág. 1, y n.º L 190, de 4 de julio de 1998, pág. 3; ejecutadas mediante los Reglamentos del Consejo de la Comunidad Europea 1295/98, *ibíd.*, n.º L 178, de 23 de junio de 1998, pág. 33, y 1901/98, *ibíd.*, n.º L 248, de 8 de septiembre de 1998, pág. 1.

⁸⁰⁹ Véanse, por ejemplo, Reino Unido, *Treaty Series* n.º 10 (1960), Londres, H. M. Stationery Office; y *Recueil des Traités et Accords de la France*, 1967, n.º 69.

⁸¹⁰ BYBIL 1998, vol. 69, pág. 581; véase también BYBIL 1999, vol. 70, págs. 555 y 556.

⁸¹¹ Declaración del Gobierno de la República Federativa de Yugoslavia sobre la suspensión de vuelos de las aerolíneas yugoslavas de 10 de octubre de 1998. Véase M. Weller, *The Crisis in Kosovo 1989-1999*, Cambridge, Documents & Analyzing Publishing, 1999, pág. 227.

⁸¹² *Tractatenblad van het Koninkrijk der Nederlanden* 1975, n.º 140. Véase H.-H. Lindemann, «Die Auswirkungen der Menschenrechtsverletzungen in Surinam auf die Vertragsbeziehungen zwischen den Niederlanden und Surinam», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 44 (1984), pág. 64, en las págs. 68 y 69.

⁸¹³ R. C. R. Siekmann, «Netherlands State practice for the parliamentary year 1982-1983», NYIL, vol. 15 (1984), pág. 321.

denunciaron después, el Acuerdo de cooperación con Yugoslavia de 1983⁸¹⁴. Ello dio lugar a la anulación general de las preferencias comerciales en materia de importaciones, lo que rebasaba el embargo de armas ordenado por el Consejo de Seguridad en su resolución 713 (1991) de 25 de septiembre de 1991. La reacción era incompatible con las condiciones del Acuerdo de cooperación, en el que no se preveía la suspensión inmediata, sino sólo la denuncia, que debería notificarse con una antelación de seis meses. Para justificar la suspensión, los Estados miembros de la Comunidad Europea mencionaron expresamente la amenaza para la paz y la seguridad de la región. Pero, como en el caso de Suriname, alegaron que había habido un cambio fundamental de circunstancias, en lugar de hacer valer el derecho a adoptar contramedidas⁸¹⁵.

5) En ocasiones, algunos Estados se han mostrado dispuestos al parecer a responder a violaciones de obligaciones que entrañaban algún interés general, sin que pudiera considerarse a esos Estados como «Estados lesionados» en el sentido del artículo 42. Cabe observar que en los casos en que podía determinarse con claridad que había un Estado primariamente lesionado por la violación, otros Estados han actuado a petición y en nombre de ese Estado⁸¹⁶.

6) Como muestra este análisis, el estado actual del derecho internacional sobre las contramedidas adoptadas en interés general o colectivo es incierto. La práctica de los Estados es escasa y concierne a un número limitado de Estados. En la actualidad no parece reconocerse claramente el derecho de los Estados mencionados en el artículo 48 a adoptar contramedidas en interés colectivo. En consecuencia, no es apropiado incluir en los presentes artículos una disposición relativa a la cuestión de si se permite a otros Estados, especificados en el artículo 48, adoptar contramedidas para inducir a un Estado responsable a cumplir sus obligaciones. En lugar de ello, el capítulo II incluye una cláusula de salvaguardia que reserva la posición y deja la solución de esta cuestión al ulterior desarrollo del derecho internacional.

7) En consecuencia, el artículo 54 dispone que el capítulo relativo a las contramedidas no prejuzga el derecho de cualquier Estado, facultado por el párrafo 1 del artículo 48 para invocar la responsabilidad de otro Estado, a tomar medidas lícitas contra ese Estado para asegurar la cesación de la violación y la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada. El artículo habla de «medidas lícitas» y no de «contramedidas» para no prejuzgar ninguna posición acerca de las medidas adoptadas por Estados distintos del Estado lesionado en respuesta a violaciones de obli-

gaciones para la protección del interés colectivo o de las obligaciones contraídas con la comunidad internacional en su conjunto.

CUARTA PARTE

DISPOSICIONES GENERALES

La presente parte contiene diversas disposiciones generales aplicables a los artículos en su conjunto, especificando su alcance o bien ciertas cuestiones que no se han tratado. En primer lugar, el artículo 55 deja en claro, por referencia al principio de la *lex specialis*, que los artículos tienen un carácter supletorio. Cuando alguna cuestión tratada en los artículos se rige por una norma especial de derecho internacional, esta última prevalece en caso de cualquier discrepancia. Correlativamente, en el artículo 56 se deja en claro que los artículos no son exhaustivos y que no afectan otras normas aplicables de derecho internacional relativas a cuestiones que no se han tratado. Siguen a continuación tres cláusulas de salvaguardia. El artículo 57 excluye del alcance de los artículos la cuestión relativa a la responsabilidad de las organizaciones internacionales y de los Estados por hechos de las organizaciones internacionales. Los artículos no prejuzgan ninguna cuestión de responsabilidad individual, con arreglo al derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado y esto queda en claro en el artículo 58. Por último, el artículo 59 reserva los efectos de la propia Carta de las Naciones Unidas.

Artículo 55. *Lex specialis*

Los presentes artículos no se aplicarán en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional.

Comentario

1) Al definir las obligaciones primarias que se aplican entre ellos, los Estados suelen establecer una disposición especial sobre las consecuencias jurídicas de la violación de esas obligaciones, e inclusive para determinar si se ha producido dicha violación. La cuestión es saber si esas disposiciones son excluyentes, es decir si las consecuencias que en otro caso se producirían con arreglo al derecho internacional general, o las normas que en otro caso se hubieran aplicado para determinar una violación, quedan excluidas por esas disposiciones. Un tratado puede prever expresamente su relación con otras normas. Muchas veces, sin embargo, no lo hace y se plantea la cuestión de si la disposición específica debe coexistir con la norma general que sería aplicable en otro caso o bien si excluye dicha norma.

2) El artículo 55 prescribe que los artículos no se aplican en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito o sus consecuencias jurídicas se rijan por normas especiales de derecho internacional. Ilustra la máxima *lex specialis*

⁸¹⁴ *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.º L 41, de 14 de febrero de 1983, pág. 1; n.º L 315, de 15 de noviembre de 1991, pág. 1, en lo que respecta a la suspensión; y n.º L 325, de 27 de noviembre de 1991, pág. 23, en lo que respecta a la denuncia.

⁸¹⁵ Véase también la decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto C-162/96, *A. Racke GmbH and Co. c. Hauptzollamt Mainz, Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, 1998-6, pág. I-3655, en las págs. 3706 a 3708, párrs. 53 a 59.

⁸¹⁶ Véase el asunto *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, en el que la CIJ hizo observar que un tercer Estado no podía adoptar medidas de legítima defensa colectiva salvo a petición del Estado objeto de ataque armado (nota 36 *supra*), pág. 105, párr. 199.

derogat legi generali. Aunque esto puede constituir una indicación importante, se trata sólo de uno de los varios posibles planteamientos para determinar cuál de las varias normas potencialmente aplicables debe prevalecer o si las normas simplemente coexisten. En otro planteamiento se otorga prioridad, entre las partes, a la norma cronológicamente posterior⁸¹⁷. En algunos casos las consecuencias dimanantes de la violación de una norma predominante pueden tener un carácter imperativo. Por ejemplo, los Estados no pueden, aun entre sí, prescribir las consecuencias jurídicas de una violación de sus obligaciones mutuas que autoricen actos contrarios a normas imperativas del derecho internacional general. Por consiguiente, en el artículo 55 se da por supuesto que las normas especiales en cuestión tienen por lo menos el mismo rango jurídico que las enunciadas en los artículos. Sobre esta base, en el artículo 55 queda en claro que los presentes artículos se aplican de manera supletoria.

3) Dependerá de la norma especial establecer la medida en que las normas más generales sobre responsabilidad del Estado establecidas en los presentes artículos queden desplazadas por dicha norma. En algunos casos, la redacción de un tratado o de otro texto expresa claramente que sólo se producirán las consecuencias que se han especificado. Cuando así ocurre, la consecuencia estará «determinada» por la norma especial y se aplicará el principio enunciado en el artículo 56. En otras ocasiones, puede modificarse un aspecto de la ley general, y los demás aspectos siguen siendo aplicables. Un ejemplo del primer caso es el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la OMC en cuanto se refiere a ciertos recursos⁸¹⁸. Un ejemplo del segundo caso es el artículo 41 del Protocolo n.º 11 del Convenio europeo de derechos humanos⁸¹⁹. Ambos casos se refieren a cuestiones tratadas en la segunda parte de los artículos. Las mismas consideraciones se aplican a la primera parte. Por consiguiente, un determinado tratado puede imponer obligaciones a un Estado pero con tal objeto definirá «Estado» de manera que suscite consecuencias distintas de las que dimanarían de las normas de atribución del capítulo II⁸²⁰. O bien un tratado puede excluir la posibilidad de que un Estado aduzca una situación de fuerza mayor o necesidad.

⁸¹⁷ Véase la Convención de Viena de 1969, art. 30, párr. 3.

⁸¹⁸ Véase el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, anexo 2, en particular el párrafo 7 del artículo 3, en que se dice que no se debe recurrir a la compensación «sino en el caso de que no sea factible suprimir inmediatamente las medidas incompatibles con el acuerdo abarcado». Para los propósitos de la OMC, «compensación» se refiere al comportamiento futuro, no al pasado, y entraña una contramedida. Véase el artículo 22 del Entendimiento. Sobre la diferencia entre cesación y reparación a efectos de la OMC; véase, por ejemplo, Australia-Subvenciones concedidas a los productores y exportadores de cuero para automóviles (nota 431 *supra*).

⁸¹⁹ Véase el párrafo 2 del comentario al artículo 32.

⁸²⁰ Por ejemplo, el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes sólo se aplica a las torturas infligidas «por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia». Este es probablemente más limitado que los motivos para atribuir el comportamiento al Estado que figuran en el capítulo II de la primera parte. Cf. las cláusulas «federales» de los tratados, que eximen a determinadas unidades integrantes del Estado del ámbito de aplicación del tratado en cuestión o limitan las obligaciones con respecto a esas unidades (por ejemplo, el artículo 34 de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural).

4) Para que se aplique el principio de la *lex specialis* no es suficiente que existan dos disposiciones que traten de las mismas cuestiones; debe existir en la práctica cierta discrepancia entre ellas, o bien la intención discernible de que una disposición excluya a la otra. Por consiguiente se trata, en lo fundamental, de un problema de interpretación. Por ejemplo, en el caso *Neumeister*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que la obligación específica a que se refiere el párrafo 5 del artículo 5 del Convenio europeo de derechos humanos, sobre indemnización por arresto o detención ilícitos, no prevalece sobre las disposiciones más generales relativas a la indemnización enunciadas en el artículo 50. A juicio del Tribunal, la aplicación del principio de la *lex specialis* al párrafo 5 del artículo 5 hubiera tenido «consecuencias incompatibles con el propósito y el objeto del Convenio»⁸²¹. Al aplicar el artículo 50 bastaba tener en cuenta la disposición específica⁸²².

5) El artículo 55 tiene por objeto abarcar tanto las formas «fuertes» de *lex specialis*, inclusive aquellas a que se hace referencia muchas veces como regímenes completos en sí mismos, como las formas «débiles», tales como determinadas disposiciones de un tratado sobre una sola cuestión, por ejemplo una disposición específica de un tratado que excluya la restitución. La CPJI hizo referencia al concepto de régimen completo en el caso del *Wimbledon* tratándose de las disposiciones sobre el tránsito en el canal de Kiel contenidas en el Tratado de Versalles⁸²³, como también lo hizo la CIJ en el caso *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* tratándose de los recursos por abuso de los privilegios diplomáticos y consulares⁸²⁴.

6) El principio enunciado en el artículo 55 se aplica a los artículos en su conjunto. Esto quedó en claro en la redacción utilizada («las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva») que refleja el contenido de las partes primera, segunda y tercera.

Artículo 56. Cuestiones de responsabilidad del Estado no reguladas en los presentes artículos

Las normas de derecho internacional aplicables seguirán rigiendo las cuestiones relativas a la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente

⁸²¹ *Neumeister c. Autriche*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *série A n.º 17* (1974), párrs. 28 a 31, en especial párr. 30.

⁸²² Véanse también *Mavrommatis* (nota 236 *supra*), págs. 29 a 33; *Marcu Colleanu c. État allemand, Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*, vol. IX, París, Sirey, 1930, pág. 216 (1929); OMC, *Turquía-Restricciones a las importaciones de productos textiles y de vestido* (nota 130 *supra*), párrs. 9.87 a 9.95; *Affaire concernant un litige entre la République Argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXI (n.º de venta: E/F.95.V.2), pág. 53, en la pág. 100, párr. 39 (1977). Véase además C. W. Jenks, «The conflict of law-making treaties», *BYBIL* 1953, vol. 30, pág. 401; M. McDougal, H. D. Lasswell y J. C. Miller, *The Interpretation of International Agreements and World Public Order: Principles of Content and Procedure*, New Haven Press, 1994, págs. 200 a 206; y P. Reuter, *Introduction au droit des traités* (nota 300 *supra*), pág. 119, párr. 201.

⁸²³ *Wimbledon* (véase la nota 34 *supra*), págs. 23 y 24.

⁸²⁴ *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (véase la nota 59 *supra*), pág. 40, párr. 86. Véanse el párrafo 15 del comentario al artículo 50 y también B. Simma, «Self-contained regimes», *NYIL*, vol. 16 (1985), pág. 111.

ilícito en la medida en que esas cuestiones no estén reguladas en los presentes artículos.

Comentario

1) Los presentes artículos exponen a través de la codificación y desarrollo progresivo las normas secundarias generales de la responsabilidad del Estado. En ese contexto, el artículo 56 tiene dos funciones. La primera es mantener la aplicación de las normas del derecho internacional consuetudinario relativas a la responsabilidad del Estado en cuestiones no comprendidas en los artículos. En segundo lugar, mantiene otras normas relativas a los efectos de la violación de una obligación internacional que no entrañan cuestiones de responsabilidad del Estado sino dimanar del derecho de los tratados o de otras esferas del derecho internacional. El artículo complementa el principio de *lex specialis* enunciado en el artículo 55. Al igual que el artículo 55, no se limita a las consecuencias jurídicas de los hechos ilícitos sino se aplica a todo el régimen de responsabilidad del Estado establecido en los artículos.

2) En cuanto a la primera de estas funciones, los artículos no tienen por objeto enunciar todas las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito aun con arreglo al derecho internacional vigente y no hay ninguna intención de excluir la ulterior evolución del derecho de la responsabilidad del Estado. Por ejemplo, el principio de derecho expresado en la máxima *ex injuria jus non oritur* puede generar nuevas consecuencias jurídicas en materia de responsabilidad⁸²⁵. A este respecto, el artículo 56 es semejante al párrafo del preámbulo de la Convención de Viena de 1969 en que se afirma que «las normas de derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las cuestiones no reguladas en las disposiciones de la presente Convención». Sin embargo las cuestiones de responsabilidad del Estado no están reguladas tan sólo por el derecho internacional consuetudinario sino también por tratados; en consecuencia, el artículo 56 se refiere a «las normas de derecho internacional aplicables».

3) El artículo 56 desempeña una segunda función que es dejar claro que los presentes artículos no tratan de cualesquiera consecuencias jurídicas de la violación de una obligación internacional que no dimanen de las normas de responsabilidad del Estado sino del derecho de los tratados u otras esferas del derecho. Entre los ejemplos figuran la nulidad de un tratado cuya celebración se haya obtenido por el uso ilegítimo de la fuerza⁸²⁶, la prohibición de invocar un cambio fundamental en las circunstancias si dicho cambio resulta de una violación de una obligación internacional del Estado que invoca con respecto a cualquier Estado parte⁸²⁷, o la terminación de la obligación

internacional violada en caso de violación grave de un tratado bilateral⁸²⁸.

Artículo 57. Responsabilidad de una organización internacional

Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad, en virtud del derecho internacional, de una organización internacional o de un Estado por el comportamiento de una organización internacional.

Comentario

1) El artículo 57 es una cláusula de salvaguardia que reserva del alcance de los artículos dos cuestiones conexas. Se trata, en primer lugar, de cualquier cuestión que entrañe la responsabilidad de organizaciones internacionales y, en segundo lugar, de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad de un Estado por el comportamiento de una organización internacional.

2) De conformidad con los artículos preparados por la Comisión sobre otros temas, la expresión «organización internacional» significa una «organización intergubernamental»⁸²⁹. Una organización de esta clase tiene personalidad jurídica independiente con arreglo al derecho internacional⁸³⁰, y es responsable de sus propios actos, es decir, de actos que la organización lleva a cabo mediante sus propios órganos o funcionarios⁸³¹. Por el contrario, cuando diversos Estados actúan conjuntamente por intermedio de sus propios órganos en contraposición a los de una organización internacional, el comportamiento en cuestión es el de los Estados de que se trata, de conformidad con los principios establecidos en el capítulo II de la primera parte. En estos casos, como lo confirma el artículo 47, cada Estado sigue siendo responsable de su propio comportamiento.

3) Lo mismo que un Estado puede adscribir funcionarios a otro Estado, poniéndolos a su disposición de manera que puedan actuar para sus propósitos y bajo su control, igual puede ocurrir entre una organización internacional y un Estado. La primera de estas situaciones está abarcada por el artículo 6. En cuanto a la segunda situación, si un Estado adscribe funcionarios a una organización internacional de manera que actúen como órganos o funcionarios de esa organización, su comportamiento será imputable a la organización, no al Estado que los ha adscrito, y no estará comprendido en el alcance de los artículos. En cuanto a la situación contraria, no parecen existir en la práctica ejemplos convincentes de órganos de organizaciones interna-

⁸²⁸ *Ibid.*, art. 60.1.

⁸²⁹ Véase la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (en adelante «Convención de Viena de 1986»), inciso i) del párrafo 1 del artículo 2.

⁸³⁰ Una buena base para la personalidad internacional de las Naciones Unidas se establece en la opinión consultiva de la Corte en el caso *Réparation* (véase la nota 38 *supra*), pág. 174, en la pág. 179.

⁸³¹ Como ha observado la Corte «la inmunidad contra toda acción judicial es independiente de la indemnización de los daños provocados por las Naciones Unidas o sus agentes en el desempeño de sus funciones. Puede exigirse a las Naciones Unidas que respondan de los daños causados en el desempeño de sus funciones», *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme* (véase la nota 56 *supra*).

⁸²⁵ Otro posible ejemplo relacionado con la determinación de si se ha producido una violación de una obligación internacional es el llamado principio de «aplicación por aproximación», formulado por Sir Hersch Lauterpacht en *Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1956*, pág. 23, en la pág. 46. En el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte dijo que «aun si el principio existía, podía emplearse por definición sólo dentro de los límites del tratado en cuestión» (véase la nota 27 *supra*), pág. 53, párr. 76. Véase también S. Rosenne, *Breach of Treaty* (nota 411 *supra*), págs. 96 a 101.

⁸²⁶ Convención de Viena de 1969, art. 52.

⁸²⁷ *Ibid.*, art. 62.2 b.

cionales que hayan sido «puestos a [...] disposición» de un Estado en el sentido del artículo 6⁸³², y no existe ninguna necesidad de prever expresamente esta posibilidad.

4) El artículo 57 excluye también del alcance de los artículos las cuestiones de responsabilidad de un Estado por los hechos de una organización internacional, es decir, los casos en que la organización internacional es el agente y el Estado es considerado responsable en virtud de su participación en el comportamiento de la organización o de su calidad de miembro de la misma. Formalmente estas cuestiones pueden estar regidas por el presente artículo, puesto que se refieren a problemas de responsabilidad del Estado semejantes a los que se han tratado en el capítulo IV de la primera parte. Sin embargo plantean cuestiones sustantivas controvertidas en cuanto al funcionamiento de las organizaciones internacionales y a las relaciones entre sus miembros, cuestiones que es mejor tratar en el contexto del derecho de las organizaciones internacionales⁸³³.

5) Por otra parte, el artículo 57 no excluye del alcance de los artículos toda cuestión relativa a la responsabilidad de un Estado por su propio comportamiento, es decir por el comportamiento que se le puede atribuir conforme al capítulo II de la primera parte, que no sea el comportamiento de un órgano de una organización internacional. En tal sentido, el artículo 57 tiene un alcance limitado pues abarca sólo la responsabilidad, a que a veces se hace referencia como derivada o secundaria, de los Estados miembros por los actos o deudas de una organización internacional⁸³⁴.

⁸³² Cf. *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 291 a 295. El Alto Comisionado para la Ciudad Libre de Dantzig fue nombrado por el Consejo de la Sociedad de las Naciones y era responsable ante dicho Consejo; véase *Traitement des nationaux polonais* (nota 75 *supra*). Aunque el Alto Comisionado ejercía sus facultades en relación con Dantzig, cabe dudar de que hubiera sido puesto a disposición de Dantzig conforme al sentido del artículo 6. La posición del Alto Representante, nombrado de conformidad con el anexo 10 del Acuerdo Marco General de Paz en Bosnia y Herzegovina de 14 de diciembre de 1995 tampoco es clara. El Tribunal Constitucional de Bosnia y Herzegovina ha sostenido que el Alto Representante tiene una doble función, como agente internacional y, en ciertas circunstancias, como funcionario que actúa en Bosnia y Herzegovina y ese país; en este último aspecto, los actos del Alto Representante están sometidos a control constitucional. Véase *Affaire U 9/00 concernant la loi sur le service frontalier de l'État*, Diario Oficial de Bosnia y Herzegovina, n.º 1/01 de 19 de enero de 2001.

⁸³³ Esta esfera del derecho internacional ha cobrado importancia a raíz de las controversias llevadas a cabo, entre otras, en torno al Consejo Internacional del Estando: *J. H. Rayner (Mincing Lane) Ltd. v. Department of Trade and Industry*, 2 A.C. 418, Inglaterra, Cámara de los Lores (1990); asunto C-241/87, *Maclaine Watson & Co., Ltd. c. Consejo de las Comunidades Europeas y Comisión de las Comunidades Europeas*, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, 1990-5, pág. I-01797; y la Organización Árabe para la Industrialización [*Westland Helicopters Ltd. v. Arab Organization for Industrialization*, ILR, vol. 80, pág. 595 (1985) (laudo Cámara de Comercio Internacional); *Arab Organization for Industrialization v. Westland Helicopters Ltd.*, *ibid.*, pág. 622 (1987) (Suiza, Corte Suprema Federal); *Westland Helicopters Ltd. v. Arab Organization for Industrialization*, *ibid.*, vol. 108, pág. 564 (1994) (Inglaterra, High Court)]. Véase también *Waite et Kennedy c. Allemagne*, fallo de 18 de febrero de 1999, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Recueil des arrêts et décisions* 1999-I, pág. 429.

⁸³⁴ Véase la labor del Instituto de Derecho Internacional dirigido por el profesor R. Higgins, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 66-I (1995), pág. 251, y vol. 66-II (1996), pág. 444. Véase también P. Klein, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruselas, Bruylant-Éditions de l'Université de Bruxelles, 1998. Véase asimismo OMC,

Artículo 58. Responsabilidad individual

Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado.

Comentario

1) En el artículo 58 queda en claro que los artículos en su conjunto no tratan de ninguna cuestión de responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado. Se aclara una cuestión que, en todo caso, podría deducirse del hecho de que los artículos sólo se refieren a cuestiones relativas a la responsabilidad de los Estados.

2) El principio de que las personas, en particular los funcionarios del Estado, pueden ser responsables con arreglo al derecho internacional se estableció después de la segunda guerra mundial. El principio forma parte del Estatuto del Tribunal Militar Internacional⁸³⁵, en virtud del cual se estableció el Tribunal en Nuremberg y del cual tomó nota la Asamblea General⁸³⁶. El principio ha servido de base a la evolución más reciente del derecho penal internacional, en particular los dos tribunales especiales y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional⁸³⁷. Hasta ahora el principio se ha aplicado en la esfera de la responsabilidad penal, pero no se excluye la posibilidad de que haya una evolución en el campo de la responsabilidad civil individual⁸³⁸. En tanto que cláusula de salvaguardia, el artículo 58 no tiene por objeto excluir esa posibilidad; por ello se emplea el término de alcance general «responsabilidad individual».

3) Cuando los delitos contra el derecho internacional hayan sido cometidos por funcionarios del Estado, ocurre muchas veces que el propio Estado es responsable de los hechos de que se trate o por no haberlos prevenido o sancionado. En algunos casos, en particular la agresión, el Estado, por definición, se encuentra implicado. Aun en este caso, la cuestión de la responsabilidad individual es, en principio, distinta a la cuestión de la responsabilidad del Estado⁸³⁹. El enjuiciamiento y la sanción de los funcionarios del Estado que cometieron el hecho ilícito no eximen al Estado de su propia responsabilidad por el comporta-

Turquía-Restricciones a las importaciones de productos textiles y de vestido (nota 130 *supra*).

⁸³⁵ Véase la nota 636 *supra*.

⁸³⁶ Resolución 95 (I) de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1946. Véanse también los Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg de la Comisión de Derecho Internacional en *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, documento A/1316, pág. 374.

⁸³⁷ Véase el párrafo 6 del comentario al capítulo III de la segunda parte.

⁸³⁸ Véase, por ejemplo, en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes el artículo 14 relativo a la compensación de las víctimas de la tortura.

⁸³⁹ Véase, por ejemplo, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, demandas n.ºs 34044/96, 35532/97 y 44801/98, fallo de 22 de marzo de 2001, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-II («Si la RDA todavía existiera, sería responsable, conforme al derecho internacional, de los hechos de que se trata. Queda aún por establecer que, además de la responsabilidad del Estado, los solicitantes tenían individualmente responsabilidad penal en el momento de los hechos»), párr. 104.

miento internacionalmente ilícito⁸⁴⁰. Tampoco pueden esos funcionarios escudarse en el Estado con respecto a su propia responsabilidad por un comportamiento contrario a las normas de derecho internacional que les sean aplicables. El primero de estos principios se refleja, por ejemplo, en el párrafo 4 del artículo 25 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en el cual se establece que: «Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto a la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional». El segundo principio se refleja, por ejemplo, en el principio bien establecido de que una posición oficial no excusa a una persona de responsabilidad penal individual con arreglo al derecho internacional⁸⁴¹.

4) El artículo 58 refleja esta situación, y deja en claro que los artículos no tratan la cuestión de la responsabilidad individual, conforme al derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado. El término «responsabilidad individual» ha adquirido un sentido aceptado a la luz del Estatuto de Roma y de otros instrumentos; se refiere a la responsabilidad de personas individuales, inclusive funcionarios del Estado, con arreglo a ciertas normas de derecho internacional relativas a comportamientos tales como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad.

⁸⁴⁰ El enjuiciamiento y la sanción de los funcionarios del Estado responsables pueden ser pertinentes para la reparación, en particular la satisfacción: véase el párrafo 5 del comentario al artículo 36.

⁸⁴¹ Véanse, por ejemplo, los Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg, Principio III (nota 836 *supra*), pág. 375, y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 27.

Artículo 59. Carta de las Naciones Unidas

Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de la Carta de las Naciones Unidas.

Comentario

1) De conformidad con el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas: «en caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta». El Artículo 103 está centrado en las obligaciones dimanadas de tratados que no concuerdan con las obligaciones dimanadas de la Carta. Esos conflictos pueden incidir en las cuestiones tratadas en los artículos, por ejemplo en los casos *Lockerbie*⁸⁴². De manera más general los órganos competentes de las Naciones Unidas han recomendado o requerido muchas veces que se pague indemnización por el comportamiento de un Estado caracterizado como una violación de sus obligaciones internacionales, y el Artículo 103 puede desempeñar un papel en tales casos.

2) En consecuencia, en el artículo 59 se establece que los artículos no pueden afectar a la Carta de las Naciones Unidas y deben entenderse sin perjuicio de la misma. Los artículos deben interpretarse en todos los aspectos de conformidad con la Carta.

⁸⁴² *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; (Jamahiriya Árabe Libia c. Estados Unidos de América), *ibíd.*, pág. 114.